

IMPACTOS DA ADI 2404 NA POLÍTICA PÚBLICA DE CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA E SEUS REFLEXOS NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Moacir Silva do Nascimento Júnior¹
Bahia

Introdução

Preocupação antiga e que tem crescido muito após a expansão tecnológica dos últimos trinta anos, o controle sobre aquilo que crianças e adolescentes consomem como entretenimento é um grande desafio para o Direito, enquanto instrumento social que busca determinar comportamentos por meio de coações legitimamente exercidas pelos órgãos estatais a partir de instrumentos normativos.

Extremamente complexa a modelagem de regras e de princípios que partam de uma adequada dosagem entre liberdade e restrição, apta a proteger as pessoas na fase de desenvolvimento mais intenso e importante de suas vidas, sem impedir o acesso a manifestações culturais de especial relevância para a formação de uma personalidade autônoma, preparada para os desafios da vida adulta, e capaz de adotar a postura reflexiva indispensável ao enfrentamento dos complexos problemas da modernidade.

Tal missão é atribuída, em primeiro lugar, à família, em decorrência da própria dicção do art. 227 da Constituição Federal (CF), que a ela impõe os deveres de assegurar, “com absoluta prioridade”, os direitos fundamentais à educação, à cultura, à liberdade, dentre outros, e de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Tais deveres também foram impostos por esse e por outros dispositivos constitucionais à sociedade e ao Estado.

Dificuldade superior à da regulação, é a da aplicação, com a tomada da correta decisão em cada caso concreto, acerca do enquadramento de determinado produto cultural como impróprio para crianças ou mesmo para adolescentes. Como sempre, surge a perplexidade quanto a critérios rigorosos de idade que não permitem, por exemplo, o ingresso de um adolescente com dezessete anos e onze meses, caso esteja desacompanhado e sem autorização² dos pais ou de responsável, em uma sala de cinema cujo filme seja indicado unicamente para adultos, especialmente se tal pessoa já tiver casado e constituído família.

Quase impossível investigar, de forma empírica, a exata extensão dos danos ao desenvolvimento desse adolescente ou comprovar a própria existência destes, na hipótese de haver contato com filme recomendado apenas para adultos. Mas há sólida produção científica em países mais desenvolvidos, como os Estados Unidos (Pozios; Kambam; Bender, 2013), referendada por instituições como o *National Institute of Mental Health*, atestando que a violência exibida pela mídia é um fator de risco para o incremento da violência real³ que, nos níveis atuais, já assombra.

Esse tipo de perplexidade, bastante comum no sistema de justiça, ocorre, por exemplo, quanto ao envio, no sentido jurídico, de pessoa no final da adolescência, que tenha praticado grave ilícito contra a vida, para o sistema de socioeducação ao invés de impor até décadas de privação de liberdade no sistema penitenciário. Trata-se de uma limitação inerente ao próprio Direito, enquanto produto cultural, pela condição daqueles que o produzem. Sem adentrar no debate sobre eventual reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) na área infracional, cumpre observar que o sistema atual encontra-se em vigor e, melhor aplicar as suas regras do que não aplicar nenhuma, pois existe uma série de órgãos que consomem recursos públicos para concretizar, por meio de políticas públicas específicas, os comandos normativos atualmente em vigor. O mesmo raciocínio vale para a regulação de diversões e espetáculos públicos, também prevista

¹ Promotor de Justiça titular da Segunda Promotoria de Justiça de Paulo Afonso/BA. Professor do Curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro (Paulo Afonso/BA). Aluno do Mestrando em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (Aracaju/SE). Membro do Fórum Nacional dos Membros do Ministério Público da Infância e Adolescência (Proinfância) e do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA/ABMP).

² A Portaria nº 368/2014-MJ (DOU 12/2/2014), expedida pelo Ministro da Justiça, que será analisada durante todo este trabalho, regulamenta a classificação indicativa e estabelece, como prerrogativa inerente ao poder familiar, a possibilidade de os pais autorizarem o acesso a diversões e espetáculos públicos mesmo na hipótese de a classificação ser superior à idade dos filhos: “Art. 7º A classificação indicativa tem natureza pedagógica e informativa capaz de garantir à pessoa e à família conhecimento prévio para escolher diversões e espetáculos públicos adequados à formação de seus filhos, tutelados ou curatelados. Parágrafo único. O poder familiar se exerce pela escolha de conteúdos, com possibilidade de: I - bloqueio de acesso a programas ou canais de televisão, quando aplicável; II - bloqueio de acesso a jogos eletrônicos e aplicativos, quando aplicável; e **III - autorização de acesso a diversões e espetáculos públicos, seja por meio do ingresso a salas de cinema, compra ou aluguel de vídeos e de jogos para uso doméstico**, ainda que a classificação indique faixa etária superior à da criança ou do adolescente. Art. 8º A prerrogativa dos pais e responsáveis em autorizar o acesso a obras classificadas para qualquer idade, exceto não recomendadas para menores de dezoito anos, não os desobriga de zelar pela integridade física, mental e moral de seus filhos, tutelados ou curatelados.” (Destaque acrescido) Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/legislacao/portaria-mj-368-14.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2017.

³ Segundo Ericson Scorsim, ao comentar o impacto de programas violentos sobre crianças e adolescentes, “o problema é que eles estão ainda em processo de constituição da personalidade, ocorrendo a aprendizagem mediante mecanismos psicológicos de imitação e identificação. Portanto, os personagens que aparecem nas cenas da televisão podem vir a ter impacto direto sobre o comportamento dos jovens” (Scorsim, 2009, p. 33).

expressamente na legislação brasileira.

A partir dessa problemática, por meio da análise de aspectos jurídicos da política atualmente em execução no país, diretamente impactada pela posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2404, que declarou inconstitucional parte do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴, este trabalho aponta caminhos a serem trilhados pelo Ministério Público na tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, potenciais vítimas da “desregulação” que a Suprema Corte parece ter legitimado.

Fundamentação jurídica

Tomando por fundamento os arts. 20, XVI, e 220, § 3º, I e II, da CF, e as disposições do ECA⁵, da Lei nº 10.359/2001⁶ e da Lei nº 12.485/2011⁷, o Ministro da Justiça editou a Portaria nº 368/2014-MJ, publicada no Diário Oficial da União em 12/2/2014, por meio da qual regulamentou⁸ o processo de classificação indicativa, estabelecendo de forma absolutamente legítima os fundamentos que sustentam tal atividade estatal de indiscutível relevância.

O ato contém seis capítulos, dispondo sobre os fundamentos da política; as categorias e as formas de veiculação; o processo de classificação indicativa; a fiscalização e a garantia da proteção; os colaboradores voluntários e as disposições finais e transitórias. Trata-se de completa regulamentação, construída a partir de consultas populares e às entidades representativas das emissoras, respeitando os parâmetros constitucionais e legais fixados, fugindo do objeto deste trabalho examinar com profundidade cada um dos seus dispositivos.

Cumprir observar, quanto à efetividade da política pública, que ela vai além do que o seu nome revela, visto que não está restrita à competência material prevista no art. 21, XVI da CF, ligada à atividade técnica de realizar a análise de diversões públicas e da programação das emissoras de rádio e televisão para, a partir de critérios temáticos⁹, ligados especialmente a violência, sexo e drogas, explicitar, “para efeito indicativo”, a categoria a que se destina, ou seja, se é livre ou se não é recomendado para menores de dez, doze, quatorze, dezesseis ou dezoito anos¹⁰.

A expressão “efeito indicativo”, constante de tal dispositivo constitucional, diz respeito à necessária informação que deve ser fornecida por todo aquele que oferece diversão pública ou veicula programação televisiva/radiofônica¹¹, seja nas emissoras abertas ou naquelas que oferecem o serviço de acesso condicionado, assim definido pelo art. 2º, VI, da Lei nº 12.485/2011: “complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, por meios eletrônicos quaisquer, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes”.

A partir dessa informação, no desempenho dos deveres inerentes ao poder familiar, cabe aos pais ou aos responsáveis legais decidir sobre o acesso da criança ou do adolescente a determinado conteúdo que, de acordo com a classificação, estaria acima da faixa etária respectiva. Não poderia ser diferente, já que são tais pessoas que dispõem dos mais qualificados conhecimentos acerca do desenvolvimento do filho e poderão, inclusive, aproveitar o momento de contato com determinada diversão para esclarecer dúvidas que possam surgir ou estabelecer diálogo sobre temas ligados, por exemplo, a cuidados relacionados ao contágio de doenças venéreas ou prevenção da gravidez precoce.

O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe aos responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos o dever de “afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação

⁴ 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 [...].

⁵ Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

⁶ Art. 3º Competirá ao Poder Executivo, ouvidas as entidades representativas das emissoras especificadas no art. 1º, proceder à classificação indicativa dos programas de televisão. Parágrafo único. A classificação indicativa de que trata o caput abrangerá, obrigatoriamente, a identificação dos programas que contenham cenas de sexo ou violência.

⁷ Art. 11. Nenhum conteúdo veiculado por meio do Serviço de Acesso Condicionado será exibido sem aviso, antes de sua apresentação, de classificação informando a natureza do conteúdo e as faixas etárias a que não se recomenda.

⁸ A competência regulamentar está expressamente prevista na Constituição Federal: “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: [...] II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;”

⁹ Art. 2º Para efeito desta Portaria, entende-se por: [...] IV - critérios temáticos: tipos de conteúdo considerados potencialmente prejudiciais ao desenvolvimento da criança e do adolescente, especialmente violência, sexo e drogas. (Portaria nº 368/2014-MJ)

¹⁰ Art. 9º As obras de que trata esta Portaria são classificadas nas seguintes categorias: I - livre; II - não recomendado para menores de dez anos; III - não recomendado para menores de doze anos; IV - não recomendado para menores de catorze anos; V - não recomendado para menores de dezesseis anos; e VI - não recomendado para menores de dezoito anos.

¹¹ Embora expressamente prevista no art. 220, § 3º, II, da CF, a classificação indicativa das programações de rádio não foi regulamentada pela Portaria nº 368/2014-MJ, que se restringiu a determinar a criação de um grupo de trabalho: “Art. 53. A Secretaria Nacional de Justiça deverá criar um grupo de trabalho para debater a regulação da classificação indicativa de programas de rádio no prazo de trezentos e sessenta dias a contar da publicação desta Portaria.”

destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação” (art. 74, parágrafo único). Superou-se, portanto, a antiga sistemática do Código de Menores¹², que fixava limites rígidos para ingresso de crianças em locais de diversões públicas e colocava a autoridade judiciária acima dos pais, conferindo aos juízes de menores competência para dispor, de acordo com o seu “prudente arbítrio”¹³, por meio de portarias, sobre questões que ele identificasse como necessárias à proteção dos menores.

A classificação indicativa assume, quanto a isso, importante função informativa, para que os pais decidam sobre os locais que pretendem frequentar na companhia dos filhos ou sobre aqueles que poderão acolhê-los desacompanhados, desde que portando a devida autorização. Evidente que tal decisão encontra limites, por exemplo, quanto ao acesso de crianças ou adolescentes a locais recomendados apenas para adultos. Nesse caso, diante de conteúdo com violência extrema ou forte apelo sexual, o exercício de eventual permissão, por parte dos pais, extrapolaria, em tese, as prerrogativas inerentes ao poder familiar.

Constam da publicação técnica editada pelo Ministério da Justiça (Brasil, 2012), prevista no art. 12, parágrafo único, da Portaria nº 368/2014-MJ, diversos parâmetros para fixação da classificação etária de determinado conteúdo, inclusive aqueles que levam à não recomendação para menores de 18 anos, a exemplo de obras cinematográficas que abordem pedofilia, sexo explícito, apologia ao uso de drogas ilícitas, dentre outros¹⁴.

Mesmo diante da notória lesividade de conteúdos como os acima elencados, até para adultos, afirma-se “em tese” porque uma das principais marcas da política pública de classificação indicativa é a atuação, no campo repressivo, do Poder Judiciário, por meio das varas da infância e da juventude, que detém competência para processar e julgar os feitos relativos à prática das infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre as quais figuram a conduta de não afixar informação sobre a classificação indicativa (art. 252 do ECA), de deixar de observar as restrições do acesso de crianças e adolescentes a locais de diversão (art. 258 do ECA) ou de admitir criança ou adolescente em filme ou peça inadequados à respectiva idade (art. 255 do ECA).

Tome-se o exemplo de um cinema que exhibe filme classificado como inadequado para menores de 16 anos e permite que um adolescente de 15 anos ingresse na sala, vindo ele a ser flagrado por um dos agentes de proteção da vara da infância e juventude, por membro do conselho tutelar ou por qualquer cidadão que constate a situação e comunique o fato para que o Ministério Público ajuíze representação. Nesse caso, incidiria o art. 255 do ECA e o juiz da infância poderia aplicar multa de até cem salários de referência ao cinema. Cumpre observar que, de acordo com o art. 8º da Portaria nº 368/2014-MJ¹⁵, que espelha o poder/dever previsto no art. 1.634 do

¹² Art. 50. É proibida a menor de dez anos, quando desacompanhado dos pais ou responsável, a entrada em salas de espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses, de rádio, televisão e congêneres. § 1º Nenhum menor de dez anos poderá permanecer em local referido neste artigo depois das vinte e duas horas. § 2º Tratando-se de espetáculo instrutivo ou recreativo, a autoridade judiciária poderá alterar os limites e as condições fixadas neste artigo.

¹³ Art. 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

¹⁴ A.6.1. VIOLÊNCIA DE FORTE IMPACTO - Cenas de violência de forte impacto imagético. EXEMPLO: Pessoa sendo carbonizada.

A.6.2. ELOGIO, GLAMOURIZAÇÃO E/OU APOLOGIA À VIOLÊNCIA - Cenas que, por diálogos, imagens e contexto, enalteçam e incentivem a prática de violência. Também quando a violência é retratada como se fosse “bonita”, “interessante”, “positiva”, valorizando o ato violento e/ou os agressores. EXEMPLO: Diálogos com frases como “matar alguém é o sentimento mais prazeroso que um ser humano pode sentir”; jogos que oferecem recompensas por formas criativas de matar o oponente.

A.6.3. CRUELDADE - Cena realista de violência, de forma sádica, que produza intensos padecimentos físicos. EXEMPLO: Homem quer se vingar de outro e o pendura em uma árvore e arranca todos seus dedos e dentes antes de matá-lo.

A.6.4. CRIMES DE ÓDIO - Diálogos, imagens ou contextos que apresentem ataques físicos ou verbais motivados por ódio discriminatório por conta de preconceito de gênero ou identidade de gênero, raça ou etnia, religião ou credo, orientação sexual, pertencimento geográfico, idade, condição física ou social, traços e outras situações em que indivíduos pertençam a grupo. EXEMPLO: Grupo antisemita encontra judeu na rua e lhe agride sem qualquer outra motivação que não o ódio por sua cultura /raça /religião.

A.6.5. PEDOFILIA - Violência sexual contra vulnerável (menores de até 14 anos). EXEMPLO: Adulto pratica sexo com criança de 11 anos, independentemente do seu consentimento. [...]

B.6.1. SEXO EXPLÍCITO - Apresentação de relação sexual explícita, de qualquer natureza, inclusive masturbação, com reações realistas dos personagens participantes do ato sexual, com visualização dos órgãos sexuais. Não ocorre necessariamente em obras pornográficas. EXEMPLO: Mulher abre as calças de homem, acaricia seu pênis e o introduz em sua vagina.

B.6.2. SITUAÇÕES SEXUAIS COMPLEXAS / DE FORTE IMPACTO - Sexo com incesto (apresentação de cenas de sexo ou relações erótico-afetivas entre parentes de primeiro grau ou correlatos, como pai, mãe, irmão, padrasto, enteado etc.), sexo grupal, fetiches violentos e pornografia em geral. EXEMPLO: Casal que participa de sadomasoquismo. [...]

C.6.1. APOLOGIA AO USO DE DROGAS ILÍCITAS - Imagens, diálogos ou contextos em que se estimule ou enalteça o consumo de qualquer droga ilícita. EXEMPLO: Homem discursa sobre os benefícios da cocaína.

¹⁵ Art. 8º A prerrogativa dos pais e responsáveis em autorizar o acesso a obras classificadas para qualquer idade, exceto não recomendadas para menores de dezoito anos, não os desobriga de zelar pela integridade física, mental e moral de seus filhos, tutelados ou curatelados.

Código Civil¹⁶, devidamente autorizado por um dos pais, tal adolescente poderia adentrar à sala de exibição e nenhuma sanção seria imposta à empresa.

A mesma situação, caso envolvesse filme recomendado para maiores de 18 anos, no qual o cinema tivesse permitido a entrada de adolescente de 17 anos e 11 meses, que fez uso de identidade estudantil falsificada, constando a idade de 18 anos, muito provavelmente não levaria à imposição de multa no âmbito judicial. Embora presente na norma sancionadora o critério etário, evidentemente objetivo, a imposição das rígidas sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente passa pelo crivo jurisdicional para que situações limítrofes como essa recebam adequada análise, garantindo-se o exercício da ampla defesa, inclusive por meio da designação de audiência de instrução, conforme previsão do art. 197 do ECA¹⁷.

Possível concluir, portanto, que a política pública vai além da simples “indicação” das faixas etárias a que diversões e espetáculos não se recomendam, tratando-se de verdadeira regulação de atividades marcadas atualmente pela complexidade e variedade, pois abrange as obras destinadas à televisão, ao cinema e ao mercado de vídeo doméstico, os jogos eletrônicos e aplicativos, os jogos de interpretação de personagens, desenvolvidas muitas vezes por conglomerados financeiros internacionais com grande poder econômico.

Embora não estejam sujeitas à classificação indicativa prévia pelo Ministério da Justiça, conforme previsão do art. 4º da Portaria nº 368/2014-MJ¹⁸, as exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, tais como as circenses, teatrais e shows musicais; as competições esportivas; os programas e propagandas eleitorais; as propagandas e publicidades em geral; e os programas jornalísticos, devem ser classificadas pelos seus promotores, para fins de cumprimento das normas de prevenção geral previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que incluem o dever de conferir ampla divulgação, nas peças publicitárias, bilheterias e portarias, dessa classificação, a qual pode ser objeto de aferição pela Secretaria Nacional de Justiça, uma vez provocada por qualquer legítimo, para elaboração de parecer a ser dirigido “aos órgãos competentes em relação às obras e exposições não sujeitas à classificação indicativa, a fim de que sejam averiguadas eventuais irregularidades ou abusos relacionados à violência, sexo ou drogas” (art. 4º, § 2º, da Portaria nº 368/2014-MJ).

A partir da constatação de descompasso da classificação atribuída pelo próprio promotor do espetáculo com o conteúdo – peça teatral na qual são exibidas cenas de sexo explícito e sadomasoquista e com falas de apologia ao uso de drogas, recomendada para adolescentes a partir dos quatorze anos –, é possível aplicar sanções em razão da prática das infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e buscar, por meio de ação civil pública, a condenação ao pagamento de dano moral coletivo, sem prejuízo do pagamento de indenização aos adolescentes presentes e vitimados pela exposição inadvertida a conteúdo prejudicial ao seu processo de formação.

Ponto de extrema importância e que está incluído na política pública de classificação indicativa é o controle dos horários em que a apresentação de atrações televisivas são inadequadas, considerando a faixa etária a que não se recomendam. Regulamentando o art. 220, § 3º, da CF e o art. 74 do ECA, a Portaria nº 368/2014-MJ estabeleceu¹⁹ três faixas – aperfeiçoando-se, nesse ponto, a sistemática do revogado Código de Menores²⁰ –, uma de proteção à criança, que vai das seis às vinte horas, outra de proteção ao adolescente, com restrições a partir das vinte horas, e a terceira faixa adulta, das vinte e três às seis horas, na qual ficou liberada a exibição de

¹⁶ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; [...]

¹⁷ Art. 197. Apresentada a defesa, a autoridade judiciária procederá na conformidade do artigo anterior, ou, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Colhida a prova oral, manifestar-se-ão sucessivamente o Ministério Público e o procurador do requerido, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença.

¹⁸ Art. 4º Não se sujeitam à classificação indicativa pelo Ministério da Justiça: I - exposições ou apresentações ao vivo, abertas ao público, tais como as circenses, teatrais e shows musicais; II - competições esportivas; III - programas e propagandas eleitorais; IV - propagandas e publicidades em geral; e V - programas jornalísticos. § 1º O responsável legal pelas exposições ou apresentações ao vivo abertas ao público mencionadas no inciso I deverá informar a classificação indicativa nos termos do art. 11, respeitada a autorização expedida pelo órgão competente.

¹⁹ Art. 10. A classificação indicativa das obras audiovisuais destinadas à televisão aberta é vinculada ao horário do local de exibição, nos seguintes termos: I - faixa de proteção à criança: a) das seis às vinte horas: exibição de obras classificadas como livres ou não recomendadas para menores de dez anos; II - faixa de proteção ao adolescente: a) a partir das vinte horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de doze anos ou com classificação inferior; b) a partir das vinte e uma horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de catorze anos ou com classificação inferior; e c) a partir das vinte e duas horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de dezesseis anos ou com classificação inferior; e III - faixa adulta: a) de vinte e três às seis horas: exibição de obras classificadas como não recomendadas para menores de dezoito anos ou com classificação inferior.

²⁰ Além de estabelecer a vinculação horária, o Código de Menores também exigia que o aviso de classificação aparecesse tanto antes como durante as transmissões, apresentações ou exposições: “Art. 53. Será vedada a apresentação, em rádio e televisão, de espetáculos proibidos para menores de: I - dez anos, até as vinte horas; II - quatorze anos, até as vinte e duas horas; III - dezoito anos, em qualquer horário. Art. 54. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes e durante sua transmissão, apresentação ou exibição.” O ECA, por sua vez, exige unicamente o aviso antecedente: “Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infantil juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.”

obras classificadas como não recomendadas para menores de dezoito anos.

Descumpridos tais parâmetros, incidiria o seguinte dispositivo do ECA: “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”. (Destacado) Afirma-se que incidiria porque o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2404, declarou inconstitucional parte do dispositivo acima transcrito, sendo objeto de tópico específico deste trabalho a análise dessa equivocada decisão tomada pela Suprema Corte brasileira.

Ponto fundamental da política pública de classificação indicativa, a vinculação horária, embora objeto de críticas, é instrumento que viabiliza a tutela de milhões de crianças e adolescentes que ainda têm no aparelho de televisão, com acesso exclusivo aos canais de televisão aberta, a diversão predominante dentro dos lares localizados em comunidades carentes, nas quais as ruas são muitas vezes dominadas pelo crime organizado. Enquanto isso, famílias com maior capacidade econômica estão alheias a esse tipo de discussão, na medida em que têm à disposição modernos sistemas de bloqueios da programação, configurados de acordo com a idade dos filhos diretamente nos aparelhos receptores do Serviço de Acesso Condicionado.

Comentando o direito à crítica jornalística, incluída na garantia de liberdade de informação, Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 672) sustenta que tal direito “representa uma nota essencial de uma sociedade democrática e madura”, explicitando que ele prevalece mesmo sobre direitos individuais da personalidade “quando verdadeira a informação e inevitável a sua transmissão”.

Emblemático, nessa linha, o art. 220, § 2º, do texto constitucional, ao vedar expressamente, como se isso fosse necessário, “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Dentro do clima político que marcou a Constituinte, possível concluir que tal dispositivo deriva de uma pretensão frustrada, no sentido de que, ao restringir de forma absoluta a atuação do Estado em área tão sensível, o mercado jornalístico seria dominado por veículos de comunicação isentos, possuidores de linhas editoriais sérias, sem compromissos com grupos políticos ou empresariais que continuam e tendem a continuar, por muito tempo, ditando os rumos da nação com sua influência sobretudo econômica.

O que a Lei Maior prevê é uma cláusula de reserva jurisdicional nessa matéria, ante a garantia da inafastabilidade do controle (Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;), que viabiliza a adoção de posturas estatais sancionatórias ou mesmo inibitórias, conforme percepção do magistrado responsável pelo julgamento da casa²¹. Ou seja, ao Poder Executivo, como antes ocorria, foi vedado o exercício de poder de polícia quando está em jogo a liberdade de informação jornalística. Mas, ao Poder Judiciário, continua conferido o poder/dever de agir quando provocado.

É possível concluir, portanto, que a censura, entendida como atividade de órgãos ligados à estrutura administrativa do Poder Executivo direcionada a controlar e restringir o direito de crítica exercido por veículos de comunicação e o teor de manifestações políticas, culturais e artísticas, foi expressamente vedada pelo constituinte originário.

Mas a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que veda o exercício de atividade censora pelo Poder Executivo, conforme antes exposto, determina²² que diversões e espetáculos públicos sejam regulados, atribuindo ao Poder Público dever de informação, além de prever a criação dos meios de defesa da família contra programações que contrariem os princípios que norteiam a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão²³.

²¹ O Min. Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADI 4815, que fixou a desnecessidade de autorização de pessoa biografada, de pessoas retratadas como coadjuvantes ou de seus familiares, sustentou da seguinte forma a possibilidade de restrição anterior à circulação: “eu fiquei muito confortado quando esta Corte, por meio de todos os votos, reafirma que, nesta matéria também, continua prevalecendo, continua válido um princípio absolutamente fundamental, que é aquele da inafastabilidade da jurisdição a que se refere o art. 5º, inciso XXXV, da nossa Constituição Federal. Eu entendo, com todo o respeito, que, **neste princípio, compreende-se, sim, o poder de cautela do juiz, sobretudo porque esse dispositivo faz menção à ameaça a lesão de direitos, portanto, o juiz deve ter instrumentos para impedir a mera ameaça a lesão de direitos.** É claro que - e isso o Ministro decano, Celso de Mello, observou muito bem -, neste conceito, não se compreende qualquer decisão teratológica, até porque existem instrumentos processuais hábeis para fazer cessar de plano, de pronto, qualquer decisão que fuja a esse padrão normal que é o poder geral de cautela do juiz” (ADI 4815, Relatora: Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 10/6/2015, DJe 29/1/2016, destacado).

²² CF, Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 3º Compete à lei federal: [...] I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

²³ CF, 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; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Tal atividade, a ser exercida não só pelo Poder Executivo, mas também por ele, já que o art. 20, XVI, da Constituição Federal prescreve competir à União “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”, em nada se confunde com censura e consolidou-se no país como uma autêntica política pública de classificação indicativa, coordenada pela Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania²⁴, órgão singular da estrutura do Ministério da Justiça.

Dentro de uma lógica liberal, que prega o mínimo de intervenção estatal nas atividades econômicas, não haveria espaço para o controle daquilo que crianças e adolescentes consomem como entretenimento, na medida em que as famílias poderiam realizar tal filtragem e eventuais contatos com obras não recomendadas trariam consequências danosas de difícil ou impossível aferição pela ciência, ou seja, não existiria o consenso necessário à positivação de regras restritivas e sancionatórias.

Por trás dessa argumentação bem construída, esconde-se a necessidade de manter as bases do sistema econômico sustentado por uma intensa cultura consumista, atualmente em expansão, na qual grandes estruturas financeiras atuam em várias frentes, financiando desde a indústria de produção de conteúdo, como filmes, séries, novelas, jogos eletrônicos, até veículos de comunicação, seja rádio, televisão, jornal, revista, todos sócios de empreendimentos moldados dentro de uma lógica consumista e responsável pela obtenção de grandes lucros por meio da criação de climas artificiais de expectativa, por exemplo, pelo lançamento de filmes que renderão milhões de dólares apenas em bilheteria e permitirão a venda de produtos licenciados por vários anos, a partir de obras que contém muitos componentes de entretenimento e pouca carga cultural, a menos que se confunda a autêntica cultura – literatura clássica, música regional, teatro popular etc – com a propagação de ideias que garantam a perpetuação do consumismo.

Cabe ao Estado, ao menos em países dotados de uma constituição dirigente como a brasileira²⁵, que impõem uma forte atuação no sentido de corrigir desigualdades históricas e fixam objetivos audaciosos, como é o caso brasileiro, ao prever a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza (art. 3º, I e III, da CF). Regular a publicidade abusiva (art. 37, § 2º, do CDC), voltada a crianças e adolescentes, ou de produtos nocivos à saúde (Lei nº 9.294/1996), é uma forma de conter o ímpeto capitalista pelo lucro, mesmo a custo de vidas humanas, por meio de uma atuação mercadológica cínica que ignora de forma proposital as consequências danosas de determinadas iniciativas baseadas em uma liberdade de iniciativa irresponsável e descompromissada com seus deveres sociais.

Outra forma é regular os espetáculos e diversões públicas, no âmbito dos quais se incluem os programas das emissoras de rádio e televisão que invadem os lares brasileiros, com o potencial de moldar comportamentos dos futuros adultos, à revelia de pais ausentes, que delegam ao aparelho televisor a função educacional dos filhos, seja para o exercício de uma cidadania responsável, com um agir determinado por sólida formação educacional e cultural, marcada pelo respeito a valores éticos e sociais²⁶, ou seja para um vazio existencial baseado na adoção de comportamentos sexuais marcados pela depravação e de uma postura de vazio existencial que se tenta preencher por meio de um consumo insano. Como apontado no tópico anterior deste trabalho, não se trata de censura, mas sim de iniciativa estatal exigida pela Constituição Federal, em seu art. 220, § 3º, II, que impõe a fixação dos “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 [...]”.

Pregar uma liberdade plena das emissoras de televisão aberta, quanto à possibilidade de veiculação de conteúdo inadequado para crianças e adolescentes em qualquer horário, é posição que se insere dentro de uma necessidade de atingir o maior número de pessoas, conforme preferências médias, nos horários em que estariam presentes tanto criança quanto adultos na frente do aparelho televisor. Nas estatísticas colhidas por tais emissoras, percebe-se que determinado conteúdo erótico de uma atração desperta a atenção da grande maioria dos adultos e, mesmo com a indicação de que ele não deve ser acessado por crianças, conforme normatização já apontada neste trabalho, surge a pretensão de veiculá-lo no início da noite, já que é um horário no qual mais pessoas estarão em condições de assistir à programação. Ou seja, a guerra pela audiência precisa ser travada e

²⁴ O Decreto nº 8.668/2016 (DOU 12/2/2016), ao aprovar a Estrutura Regimental do Ministério da Justiça, assim dispõe: “Art. 9º A Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania compete: [...] V - coordenar, em parceria com os demais órgãos da administração pública federal, a formulação e a implementação das seguintes políticas: [...] d) política pública de classificação indicativa; [...]”.

²⁵ Eros Grau (2006, p. 75-76), ao discorrer sobre a nova ordem econômica inaugurada pela Constituição de 1988 afirma o seguinte: “a nova ordem econômica (mundo do dever ser), além de não se exaurir no nível constitucional – deixe-se isso bem vincado –, da antiga se distingue na medida em que, ao contrário do que ocorre em relação a esta, compreende não apenas, fundamentalmente, normas de ordem pública, mas também, e em profusão enorme, normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia – normas de intervenção. De outra, a nova ordem econômica (mundo do dever ser), no quanto se contém no nível constitucional, seu novo caráter retira precisamente da circunstância de estar integrada em Constituição diretiva ou dirigente”.

²⁶ O art. 221 da Constituição Federal dispõe sobre os princípios que as emissoras de rádio e televisão atenderão na produção e na programação: “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; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. Possível reconhecer o absoluto estado de inconstitucionalidade permanente da programação de diversos canais de televisão aberta.

crianças tendo contato com conteúdos inadequados figuram como danos colaterais.

O questionamento que pode surgir, para reforçar a objeção das emissoras ao controle, diz respeito à legitimidade dos parâmetros e critérios de aferição da classificação etária, atualmente dispostos na Portaria nº 368/2014-MJ. Como antes exposto, trata-se de norma com sólida fundamentação jurídica, construída a partir de um processo democrático, por meio da qual foram definidos parâmetros técnicos vinculadores da atividade de classificação.

A partir do momento em que a Lei confere ao órgão competente do poder público a tarefa de regular “as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada” (art. 74 do ECA), verifica-se uma acertada opção por estratégia normativa que viabiliza mais dinamismo e permite a influência de conhecimentos técnicos indispensáveis à regulação adequada da matéria, a exemplo do que ocorre, em matéria penal, com as listas de substâncias ou produtos que complementam os tipos penais da Lei de Drogas (art. 1º da Lei nº 11.343/2006).

Segundo Henrique Ribeiro Cardoso (2010, p. 22-23), “é pacífico na doutrina a possibilidade de emissão de normas por outros entes e órgãos da Administração, que não o chefe do Executivo, denominando-se tal atribuição de poder normativo”. Ele sustenta que esse poder “configura o exercício de competência para emissão de normas gerais e abstratas, vinculando, inclusive, particulares em relação com a Administração”.

Esse vasto campo de atuação é exercido pelo Estado, segundo parcela da doutrina²⁷, por meio de uma discricionariedade técnica, valendo-se Márcio Fernando Elias Rosa (2005, p. 181) das lições de Odete Medauar, que elaborou a seguinte tipificação do agir discricionário da Administração Pública: “Odete Medauar sintetiza as possibilidades de tipificação da atuação discricionária: “poder discricionário de iniciativa”, “poder discricionário de gestão interna”, discricionariedade tática” e “discricionariedade técnica”. A discricionariedade de iniciativa “expressa a competência para criar novos serviços, promover atividades públicas, adotar medidas de fomento e de assistência”. A discricionariedade de gestão interna, “que diz respeito a decisões cotidianas, direcionadas principalmente à estruturação dos órgãos, à ordenação dos serviços, aos procedimentos”. A discricionariedade tática, “para designar a margem de liberdade na adoção rápida de medidas eficazes ante situações de fato que assim exijam”. A discricionariedade técnica, que permitiria a escolha da decisão segundo critérios técnicos ou científicos. Novamente, Odete Medauar afasta a dissociação com a legalidade e o faz com precisão ao nomeá-la “liberdade-vínculo”, liberdade onerosa, exercida a partir de dada atribuição legal. A competência, a forma, a finalidade do ato sempre resultam da norma, e sobre elas não pesa qualquer liberdade, do contrário, ter-se-ia arbítrio desmedido ao mero gestor do interesse público”.

Em obra de sua autoria, Odete Medauar (2004, p. 131, destaques acrescidos) afirma ser muito frequente, entre autores italianos, a referência a discricionariedade técnica, que “**não se trata de outra espécie de poder discricionário. Seria a escolha da solução a adotar pela utilização de critérios decorrentes de conhecimentos especializados – técnicos ou científicos.** Nem sempre a técnica e a ciência implicam certeza absoluta; no campo da técnica e das ciências exatas, biológicas, matemáticas também há diversidade de entendimentos, controvérsias. Pode existir conhecimentos técnicos aceitos amplamente pela comunidade científica; há juízos prováveis oscilantes, há alternativas técnicas e científicas igualmente válidas para os direitos, que justificam escolha. Assim, **nem sempre ocorre uniformidade ou concordância total na área técnica e científica. Permanecendo margem de escolha, o poder discricionário aí incide, sem que o uso de conhecimentos técnicos enseje modalidade diferentes desse poder.** Se houver só uma solução possível, como consequência da aplicação de pauta científica ou técnica universal, trata-se de poder vinculado; regras técnicas uniformes remetem ao bloco vinculado”.

Embora seja importante reconhecer a existência de grande debate acadêmico acerca do correto enquadramento dessa atribuição estatal de decidir questões com base em aportes teóricos das mais diversas ciências (Nobre Júnior, 2016; Garcia, 2005; Cardoso, 2010), sejam exatas ou humanas, tomando por base a construção teórica inspirada na doutrina italiana, que indica a existência de margem legítima de atuação do Poder Executivo com base em fundamentação técnica, cumpre observar que os parâmetros bem delineados pela Portaria nº 368/2014-MJ viabilizam a tomada de decisões pela Secretaria Nacional de Justiça com sólida fundamentação jurídica, apta a afastar o controle jurisdicional, na linha do entendimento dominante²⁸, de que o

²⁷ Comentando os princípios setoriais que disciplinam a atuação das agências reguladoras, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 665) assevera: “[...] assegurar sua autonomia funcional e a cabal satisfação de suas respectivas missões: [...] 1.º autonomia política dos dirigentes [...]; 2.º autonomia técnico-decisional, com predomínio da discricionariedade técnica sobre a discricionariedade político-administrativa e sem recurso hierárquico impróprio de suas decisões para o Poder Executivo; 3.º autonomia normativa [...]; 4.º autonomia gerencial, orçamentária e financeira [...]”.

²⁸ A título ilustrativo, citam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: [...] o requerente serve-se da expedida via do mandamus para efetivar sua inscrição no concurso nacional de remoção 2015 [...] não há previsão no edital da remoção pleiteada pelo Impetrante, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar a seara da discricionariedade técnica da Administração [...] as regras para a remoção foram elaborados segundo os critérios de conveniência e oportunidade da Administração, os quais não estão suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário. 6. Portanto, não há direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança. [...] (STJ, AgRg no MS 22.190/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/10/2016, DJe 18/10/2016) [...] o requerente serve-se da expedida via do mandamus para efetivar

mérito administrativo, somente em situações excepcionais, poderia ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Cientes da dificuldade de questionar posicionamentos técnicos qualificados, a estratégia das emissoras de televisão consistiu em atacar a própria estrutura jurídica da classificação indicativa, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2404, cujo julgamento foi concluído em 31/8/2016, declarando o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 do ECA.

O acórdão encontra-se pendente de publicação, mas o seguinte trecho do voto do Min. Dias Toffoli, relator do processo, atesta o lastimável erro da Suprema Corte, ao confundir classificação indicativa com censura: “No meu sentir, a expressão impugnada incide, inegavelmente, nas definições acima citadas. Há, sim, censura prévia, já revelada na necessidade de submissão da programação de rádio e de televisão à autoridade administrativa, a qual, por sua vez, não apenas exercerá a classificação indicativa, no sentido de informar a faixa etária e os horários aos quais “não se recomend[a]” (conforme prevê a Constituição), mas de impor e condicionar, *prima facie*, a veiculação da programação no horário autorizado, sob pena de incorrer em ilícito administrativo. [...] O que não pode persistir, porém, é legislação que, a pretexto de defender valor constitucionalmente consagrado (proteção da criança e do adolescente), acabe por amesquinhar outro tão relevante quanto, como a liberdade de expressão. Não se pode admitir que o instrumento constitucionalmente legítimo da classificação indicativa seja, na prática, concretizado por meio de autorização estatal, mediante a qual se determina de forma cogente a conduta das emissoras no que diz respeito ao horário de sua programação, caracterizando-se como mecanismo de censura e de restrição à liberdade de expressão” (Brasil, 2016).

Usando as palavras do ilustre Ministro, “o que não pode persistir” é essa inaceitável apropriação de discursos ligados à tutela de direitos humanos para a perpetuação de um estado de coisas que, contrariamente às expectativas do constituinte originário, caminha na direção de um agravamento da situação de desigualdade social no país (Comparato, 2015). Aduzir que a vinculação horária é censura viabiliza a aniquilação de grande parte do conteúdo normativo da política, passando ela a ser uma mera figurante no cenário de (des)regulação atualmente existente, e não protagonista de uma defesa da família, por meio de um discurso que se traveste de suposta legitimidade, na medida em que fundamentado em alegada tutela do direito humano à liberdade de informação.

Jane Reis Gonçalves Pereira destaca que os parâmetros constitucionais brasileiros “de classificação e restrição à exibição de programação adulta em horários mais acessíveis às crianças não destoam do adotado em outros países democráticos como Canadá, França, Reino Unido e Estados Unidos”. Também chama a atenção para a equivocada estratégia argumentativa adotada pelo Relator e pela maioria dos ministros do Supremo ao declarar a inconstitucionalidade da norma antes referida, afirmando que “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” (Pereira, 2013, p. 182).

Decisões como a tomada pelo Supremo Tribunal Federal, refletem comportamento que bem ilustra o uso desvirtuado dos direitos humanos denunciado por Costas Douzinas²⁹, e cria uma grande dificuldade para o enfrentamento da programação inconstitucional das emissoras de TV aberta, que em busca de mais audiência exibem, em qualquer horário, atrações contendo agressões físicas, consumo de drogas, insinuação de sexo, dentre outros conteúdos inadequados.

Embora o inteiro teor do acórdão proferido na ADI 2404 ainda não tenha sido publicado, as consequências danosas no âmbito da política pública de classificação indicativa já estão ocorrendo, conforme decisão monocrática recentemente proferida pelo Min. Marco Aurélio³⁰, por meio da qual, repetindo o mesmo

sua inscrição no concurso nacional de remoção 2015 [...] não há previsão no edital da remoção pleiteada pelo Impetrante, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar a seara da discricionariedade técnica da Administração [...] as regras para a remoção foram elaborados segundo os critérios de conveniência e oportunidade da Administração, os quais não estão suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário. 6. Portanto, não há direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança. [...] (STJ, AgRg no MS 22.190/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 5/10/2016, DJe 18/10/2016)

²⁹ Sustenta ele que, “se os direitos humanos transformaram-se no “mito concretizado” das sociedades pós-modernas, este é um mito concretizado apenas nas energias dos que sofrem violações em maior e menor grau nas mãos dos poderes que proclamaram seu triunfo” (Douzinas, 2009, p. 384).

³⁰ Destaque-se o seguinte trecho da decisão: “[...] deixar à autoridade pública a prerrogativa de definir as grades de programas pode ter efeitos negativos sobre interesses de toda a coletividade. Valendo-se do pretexto de proteger as crianças e os adolescentes, o Poder Público poderá impor censura a informações que seriam do interesse de todos. Ora, o Ministério da Justiça não é o superego – para usar termo comum na psicanálise – da sociedade. Descabe atribuir-lhe a função de pai ou censor, porque não se trata de órgão com capacidade de discernimento privilegiada. Esse caminho foi vedado pelo artigo 220, § 2º, da Carta Federal, que afastou a censura nos meios de comunicação. [...] conheço e dou provimento ao extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, assentar a possibilidade de retransmissão da programação veiculada em rede nacional

discurso de suposto combate à censura, rejeitou pretensão do Ministério Público do Estado do Mato Grosso, no sentido de que a vinculação horária fosse respeitada durante o horário de verão. Para o douto Magistrado, que citou na fundamentação de tal julgado o termo “superego”, inerente a ramo da ciência cujo domínio não é condição para o exercício do cargo de Ministro do Supremo Corte, as retransmissoras podem veicular a programação sem limitação de horário.

Se aplicado a outras áreas reguladas pelo Estado, tal raciocínio conduzirá à dispersão de agrotóxicos de forma indiscriminada e ao consumo livre de cocaína e outras drogas, pois a Agência Nacional de Vigilância Sanitária não é o “superego” da sociedade. Os aviões poderão trafegar com a quantidade de combustível que desejarem³¹, com frequentes panes secas, na medida em que a Agência Nacional de Aviação Civil também não é o “superego” da sociedade. As empresas de telefonia, por sua vez, também não estarão vinculadas aos parâmetros de qualidade fixados pela Agência Nacional de Telecomunicações, que não foi criada para ser o “superego” da sociedade. Fica a dúvida sobre essa questão do “superego” da sociedade e se ele estaria representado por cada um dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Ao comentar a necessária transformação do Estado para que os direitos humanos sejam concretizados, Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 53) enfatiza que, “num contexto em que a distinção entre o poder político e o poder econômico se dilui, a centralidade do Estado na discussão dos direitos humanos não permite estabelecer o nexo de causalidade entre poderosos atores não estatais e algumas das mais massivas violações de direitos humanos [...]. A reconfiguração do poder do Estado que daqui decorre obriga a que na identificação e na punição das violações de direitos humanos sejam incluídas as ações daqueles cujo poder econômico é suficientemente forte para transformar o Estado num dócil instrumento dos seus interesses”.

É por um Estado mais eficiente, especialmente na área de defesa dos direitos humanos, que anseiam dezenas de milhões de pessoas que vivem à margem de qualquer tutela jurídica e de aportes institucionais que garantam um desenvolvimento sadio e o crescimento pessoal necessário ao tão exigido comportamento cidadão da parcela mais numerosa da população brasileira, educada desde a primeira infância pela programação das emissoras de televisão aberta e com acesso a instrução básica de precária qualidade na rede pública, quando muito. É com essa massa de pessoas deseducadas e pouco instruídas que as estruturas de poder atualmente dominantes contam para se manterem ditando, de forma soberana, os rumos cada vez mais sombrios da nação brasileira.

Por fim, cumpre indicar a notória situação de descaso dos órgãos que compõem o sistema de justiça, ante a escassez de demandas judiciais direcionadas à aplicação de sanções pela violação das normas de proteção antes indicadas. Os ataques jurídicos realizados pelas emissoras são levados a efeito por ações constitucionais, inexistindo precedentes dos tribunais estaduais em que tenham sido discutidas teses no julgamento de recursos interpostos no âmbito de procedimentos para aplicação das sanções administrativas.

Esse estado de inação das instâncias de controle não decorre da ausência de ilícitos administrativos, mas sim da deficiência na fiscalização derivada da falta de prioridade institucional³². Embora a garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes receba o rótulo constitucional da absoluta prioridade, o país ainda está muito distante de uma realidade que priorize tal missão de extrema relevância para que a realidade futura possa ser melhor, ao menos do ponto de vista cultural.

Quanto à programação televisiva, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2404, que representou um grande golpe na vinculação horária, cresceu o risco de uma maior exposição de crianças e adolescente a conteúdos impróprios, o que já vinha ocorrendo com certa regularidade, mesmo com a previsão de sanção por meio do tipo administrativo que a Corte Suprema declarou inconstitucional. Agora, o sistema de justiça, para sancionar as emissoras que utilizem de tal expediente para obter índices de audiências que satisfaçam a ânsia lucrativa dos patrocinadores, terá que dispersar mais energia, por meio do processamento de ações cíveis, em que poderão ser pleiteadas condenações por dano moral coletivo, ao contrário do célere rito judicial do procedimento de aplicação de sanções administrativas.

Se já existia uma deficiência na atuação fiscalizatória e repressiva do Ministério Público ou do Conselho Tutelar (art. 136, X, do ECA), mesmo com um instrumento jurídico de manejo muito mais elementar como a representação, a tendência é que a repressão diminua ainda mais, em prejuízo do desenvolvimento sadio

sem limitação de horário”. (RE 633888, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 18/11/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30/11/2016 PUBLIC 01/12/2016

³¹ Lamenta-se de forma profunda o triste desastre aéreo que levou à morte de 71 pessoas na madrugada de 29/11/2016, nas proximidades de Medellín. Uma regulação mais efetiva da aviação comercial poderia ter evitado a perda prematura dessas e de outras tantas vidas humanas.

³² Pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Candido Mendes apurou o seguinte: Enquanto 47% dos entrevistados, membros do Ministério Público, afirmaram considerar a área de criança e adolescente prioritária para seus respectivos órgãos, 62% indicaram combate à corrupção e 49% indicaram investigação criminal. Quando da aferição da qualidade da atuação, foi constatado que a defesa dos direitos de crianças e adolescentes está avaliada abaixo da promoção da ação penal pública, da representação ante a prática de ato infracional, da fiscalização do processo eleitoral e do atendimento ao público (Lemgruber; 2016). Todas essas áreas são da mais alta relevância. Mas fica a constatação de que, se prioridade absoluta fosse, a tutela da criança e do adolescente figuraria em primeiro lugar em levantamentos dessa natureza.

de crianças e adolescentes. Como opção para solucionar tal impasse, figura a edição de norma legal que disponha, a exemplo do revogado Código de Menores, sobre vinculação horária, elevando o valor das multas a serem pagas pelas emissoras que a desobedecerem e positivando os parâmetros mínimos já consolidados na Portaria nº 368/2014-MJ, de modo a evitar a discussão que certamente será travada pelas emissoras, quanto à legitimidade da salutar regulação da matéria no âmbito do Poder Executivo.

Dessa forma, a política pública de classificação indicativa ganharia muito mais vigor jurídico, com uma normatização reforçada pela legitimidade democrática do Poder Legislativo, constituindo-se em instrumento com maior potencial de efetividade, que permanecerá na dependência, por óbvio, de um compromisso sério dos órgãos envolvidos com a sua concretização, sejam os Conselhos Tutelares ou a Secretaria Nacional de Justiça, que necessitam de uma adequada estrutura administrativa para fiscalizarem a contento eventuais violações, seja o Ministério Público, que precisa eleger como prioritária a atuação na defesa de crianças e adolescentes, e especialmente o Poder Judiciário, responsável pela condução célere e eficiente dos processos instaurados contra aqueles que desrespeitam, com o intuito de lucrar, a fase mais importante do desenvolvimento de milhões de seres humanos.

Síntese dogmática

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2404, declarando inconstitucional a vinculação horária regulamentada por ato do Poder Executivo, desconsidera a natureza complexa desse tipo de atividade normativa e coloca em risco a efetividade da política pública de classificação indicativa. Diante disso, cabe ao Ministério Público reforçar a atuação, aprimorando as ferramentas de monitoramento, especialmente da programação da TV aberta, e fazendo uso da ação civil pública para a tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas da exposição a conteúdo prejudicial ao seu desenvolvimento em horário inadequado.

Referências bibliográficas

- BRASIL. Ministério da Justiça. **Classificação Indicativa**: Guia Prático. 2. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2012. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/guia-pratico/guia-pratico.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2404**. Voto do Min. Dias Toffoli, relator. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2404.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2017.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 22-23.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- GARCIA, Emerson. **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LEMGRUBER, Julita. et al. **Ministério Público: guardião da democracia brasileira?** Rio de Janeiro: CESeC/UCAM, 2016. Disponível em <http://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/12/CESEC_MinisterioPublico_Web.pdf>. Acesso em 26 jul. 2017.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo: temas fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- PEREIRA. Jane Reis Gonçalves. Classificação indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 20, p. 95, 2013.
- PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Orçamento e políticas públicas infantojuvenis**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- POZIOS, Vasilis K.; KAMBAM, Praveen R.; BENDER, H. Eric. Does Media Violence Lead to the Real Thing? **New York Times**, p. SR12, 25 ago. 2013.
- ROSA. Márcio Fernando Elias. Discricionariedade e Moralidade Administrativa. **Discricionariedade Administrativa**. Coordenação Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologías del Sur. **Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**, a. 16, n. 54, p. 17-39, jul./set. 2011.
- SCORSIM, Ericson Meister. Os direitos fundamentais e os serviços de televisão por radiodifusão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 182, p. 17-40, abr./jun. 2009. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194913>>. Acesso em 26 jul. 2017.