

## Leia o voto do ministro Fachin sobre classificação indicativa

Publicado 5 de Novembro, 2015



Foto: Carlos Humberto/SCO/STF

### **A**ÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.404 DISTRITO FEDERAL

#### VOTO-VISTA

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Acolho o bem lançado relatório elaborado pelo Ministro Dias Toffoli e aqui lanço voto-vista.

Apenas para explicitar as premissas que fundamentam as conclusões deste voto, rememoro tratar-se, *in casu*, de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro, a fim de que esta Corte declare a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, constante do artigo 254 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. A norma impugnada 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.

O requerente aduz, na inicial, a vedação constitucional a toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Afirma que ao Poder Público cabe apenas informar faixas etárias a que não se recomendam diversões e espetáculos públicos e que a classificação é meramente

indicativa. Assim, porque a expressão “autorizado”, constante da norma impugnada, empresta força vinculante à classificação, o que desborda do mandamento constitucional, requer-se a procedência da ação.

Em alentado voto, o e. Relator reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei 8.069/90, e manteve os demais termos do artigo, porquanto a sanção que pode ser aplicada pela autoridade judiciária ainda incidiria diante da possibilidade de transmissão de espetáculo sem aviso de classificação. O Relator não acolheu o pedido de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 76 da mesma lei, pois a determinação para que as emissoras de rádio e televisão exibam programas com finalidade educativa, artística, cultural ou informativa, no horário recomendado para o público infantil, não depende da sanção administrativa prevista pelo art. 254.

O e. Relator reconheceu, inicialmente, que a presente ação direta limita-se a impugnar o sistema sancionatório do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem questionar, contudo, o sistema protetivo estabelecido pela lei. Afirmou, em seguida, que a ponderação a ser feita entre a liberdade de expressão e a proteção da criança e do adolescente está delineada pela própria Constituição. Assim, por força do disposto no art. 220 da Carta da República, as diversões e espetáculos públicos serão regulados pela União, nos termos do art. 21, XVI, da Constituição, que exercerá a classificação, para efeito indicativo, sobre a natureza e a faixa etária a que se recomendem. De outro lado, também ao Poder Público incumbe a tarefa de prover garantias para remediar eventuais abusos, a indicar que o controle não pode ser feito previamente. Por isso, o destinatário da classificação indicativa é a família, não a emissora de rádio ou televisão. O vocábulo “autorização”, na linha da argumentação apontada pelo Relator, parece apontar para a exigência de licença prévia para a programação de radiodifusão, o que, evidentemente, não poderia ser respaldado pela Constituição.

Aqui escendo às razões apresentadas pelo Relator, acompanharam sua conclusão os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Brito. Pediu vista o Ministro Joaquim Barbosa, a quem tenho a honra de suceder.

É, em síntese, o que tinha a recordar. Passo ao voto e o faço com fundamento na Constituição.

Os argumentos suscitados nos autos defendem a inconstitucionalidade da previsão constante do art. 254, porque estabelece uma forma de censura prévia e por se constituir em um desproporcional sancionamento para a garantia do direito à proteção da infância. Aduz-se, ainda, na linha do que defende o *amicus curiae*, a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 76 da Lei 8.069, pois não seria possível à Administração fixar horários obrigatórios de programação para emissoras de rádio e televisão. A Procuradoria-Geral da República argui, de outro lado, preliminar de não-conhecimento, por entender que a sanção prevista no art. 254 deve ser compreendida em conjunto com as demais medidas

protetivas previstas nos arts. 71 a 77 do Estatuto. Assim, ante a ausência de impugnação específica não seria possível conhecer da ação.

Afasto, na linha dos que me precederam neste voto, a preliminar de não conhecimento. Com efeito, a sanção estabelecida pelo art. 254 da Lei 8.069 reporta, sem dúvidas, à Seção I do Capítulo II do Título III da Lei, mas não apenas desta parte: trata-se, em verdade, de disciplina autônoma e específica, na linha da previsão constante do art. 21, XVI, da Constituição Federal.

Quanto ao mérito desta ação direta, cumpre registrar, de plano, que partilho das premissas adotadas pelos eminentes Ministros que me antecederam nesta votação, no sentido de que a Constituição Federal em nenhum momento coonestava com a odiosa prática da censura, ao tempo em que garante a crianças e adolescentes especial proteção. Também reconheço que o direito à ampla liberdade de expressão e o dever de proteção moral das crianças não são incompatíveis e os parâmetros para que se harmonizem estão fixados pela própria Carta da República.

O potencial dissenso é quanto a uma possível polissemia do vocábulo “autorizado” constante da norma impugnada. Com efeito, a interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente à luz dos arts. 220 e 50, § 2º, da Constituição, integrada pelo Pacto de São José da Costa Rica, parece revelar que o legislador tenha se socorrido da expressão de forma atécnica, de modo que, neste sentido impreciso, ela não seria incompatível com o Texto Constitucional. Assim, ao invés de se reconhecer a nulidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, a solução para o caso comporta interpretação conforme à Constituição. É a solução que proponho ao tema.

Há que reconhecer, inicialmente, assistir razão jurídica ao Relator, quando afirma que o Supremo Tribunal Federal assentou, em sede do julgamento da ADPF 130, Rel. Ministro Carlos Britto, Pleno, DJe 06.11.2009, que “não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”. Por isso, nos termos do voto do Relator, “o exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia”. Comungo dessa ordem de ideias: a liberdade está, precisamente, na ausência de qualquer forma de censura.

Inexiste no texto constitucional brasileiro qualquer disposição que autorize inferir ser admitida a censura prévia. Nesse sentido, a Carta da República ressoa o disposto no art. 13, § 2º, do Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão(...)2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não

pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

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

Há naquele Tratado Internacional expressa ressalva sobre a possibilidade de **classificação prévia** de espetáculos públicos, desde que destinada à proteção moral da infância e da adolescência, conforme disposto no § 4o, do mesmo artigo 13:

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

Registre-se que se optou, neste voto, por traduzir “*copyright*”, do inglês, e “*censura*”, do espanhol, para “classificação”, em que pese a versão oficial do Pacto de São José da Costa Rica indicar, expressamente, a palavra “censura”. Isso porque, se, de um lado, é verdade que o vocábulo é polissêmico, significando tanto “juízo indicativo”, quanto “proibição de divulgação”; de outro, o sentido em que foi empregado nas demais línguas oficiais do texto base para interpretar o tratado, conforme exigem do intérprete os arts. 31 e 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, refere-se exclusivamente a “juízo indicativo”, isto é, o sentido denotativo na língua inglesa e na espanhola.

A denotação de “censura” no Brasil, todavia, tem, precisamente, o sentido vedado pelo Pacto, ou seja, “proibição de divulgação”, como indicam os dicionários Aurélio, Houaiss e Michaelis. A fim de evitar exigir-se do intérprete que se socorra do sentido menos usual empregado pela versão oficial, é necessário que se identifique a referência feita à “censura” no texto oficial como “classificação”, vocábulo mais consentâneo com o disposto no art. 220, § 3o, I, da Constituição Federal.

Feita a ressalva, ainda no que tange à possibilidade de uma classificação prévia, tal como indicou o Ministério Público no parecer feito nesta ADI, também a Corte Interamericana reconheceu, em *obiter dictum*, a plena aplicabilidade da exceção à regra de proibição da classificação prévia:

“70. Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, n. 73).

É preciso advertir, novamente, que, nos estritos limites da restrição admitida pelo Pacto, a classificação prévia tem a finalidade exclusiva de *indicar* as faixas etárias a que se destinam os espetáculos públicos para regular o acesso, jamais autorizando que, em nome dessa restrição, seja proibida sua exibição, conforme indicou a Corte no parágrafo 71 do

*decisum:*

“71. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (supra párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, “por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos”; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, n. 73).

Observe-se que a restrição da liberdade de expressão, nos termos do art. 13, § 4o, do Pacto de São José, indica expressamente que a classificação prévia aplica-se a “espetáculos”, vocábulo que também encontra correspondência no art. 220, § 3o, I, da Constituição Federal:

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.

Informar não pode ser, jamais, censurar. Assim, a expressão “autorizado”, constante do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conquanto remeta à classificação prévia, deve fazê-lo nos termos admitidos pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Confiram-se:

108. La Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el

derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

109. Al respecto, la Corte ha indicado que la primera dimensión de la libertad de expresión “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.
110. Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión esto es, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.
111. Este Tribunal ha afirmado que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, n. 107).

“95. La Corte considera importante destacar, como en casos anteriores, que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de restricciones, tal como lo señalan el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5 y el artículo 30 de la misma. Asimismo, la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”. (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, n. 111).

Cumple esclarecer que essa hipótese de limitação do gozo de direitos humanos é, entre os demais sistemas regionais de proteção, a mais estrita de todas. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, em

seu art. 10, § 20, autoriza que restrições à liberdade de expressão possam ser feitas para proteger a segurança nacional, a integridade territorial, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. A própria jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos tem sido tolerante com os amplos termos concedidos à margem de apreciação dos Estados, conforme decisão no caso *Handyside v. United Kingdom* (Application n. 5493/72).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos permite, por sua vez, restrições justificadas, nos termos do art. 19, § 30, como as que se destinam a assegurar a reputação de terceiros ou a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. Também o Comitê de Direitos Humanos parece corroborar a interpretação que entende legítima a restrição ao direito de expressão, como indica o Comentário Geral 34 (CCPR/C/GC/34):

21. *Paragraph 3 expressly states that the exercise of the right to freedom of expression carries with it special duties and responsibilities. For this reason two limitative areas of restrictions on the right are permitted, which may relate either to respect of the rights or reputations of others or to the protection of national security or of public order (ordre public) or of public health or morals. However, when a State party imposes restrictions on the exercise of freedom of expression, these may not put in jeopardy the right itself. The*

*Committee recalls that the relation between right and restriction and between norm and exception must not be reversed.*

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no entanto, restringe ainda mais as limitações constantes dos demais tratados internacionais ao admitir apenas o controle posterior, nos termos do art. 13, § 20, com os mesmos fundamentos do Pacto Internacional. Além disso, a permissão da classificação prévia é admitida apenas nos estritos limites do art. 13, § 40, como se indicou acima. Ainda assim, frise-se uma vez mais, nem o Pacto, nem a Constituição autorizam a proibição da exibição. Por isso, mais feliz é a expressão constitucional quando alude ao caráter indicativo desempenhado pela classificação.

O caso “A Última Tentação de Cristo” traz um importante delimitador nesse sentido. Conquanto tenha sido admitida a possibilidade de alteração da classificação indicativa do filme, de modo a restringir o acesso por parte de crianças e adolescentes, foi reconhecida como contrária à Convenção a proibição de exibição do filme. É preciso advertir, uma vez mais, para espancar qualquer dúvida sobre proscrição da censura no âmbito do sistema jurídico nacional, que o sentido de “classificação” empregado no Pacto de São José só é justificado como sendo um juízo indicativo, não implicando proibição de veiculação do

espetáculo. O fato de ser prévio o juízo meramente indicativo decorre, evidentemente, da impossibilidade fática de se assegurar tal proteção se feita posteriormente, não se encaixando, nessa hipótese, como bem reconheceu o Relator, as programações veiculadas ao vivo.

A solução encontrada pela Corte Interamericana foi, portanto, semelhante às disposições preventivas especiais constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, o art. 75 da Lei 8.069 dispõe que “toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária”. Assim, não se autoriza a proibição de exibição, mas se exige classificação prévia e é como tal, ou seja, um juízo classificatório e indicativo, que deve ser compreendida a norma constante do art. 13, § 4º, do Pacto de São José da Costa Rica.

As disposições constantes da Constituição e do Pacto de São José da Costa Rica, no entanto, não se referem, expressamente, sobre o controle de acesso à programação da televisão aberta. Nada obstante, o art. 76 da Lei 8.069 ressalta que, na hipótese de transmissão por radiodifusão dos espetáculos públicos, a classificação incidirá sobre os horários a que se recomendam os programas.

Poder-se-ia, então, na linha do que reivindica o *amicus curiae* cogitar-se de eventual incompatibilidade desse dispositivo com o Texto Constitucional. A norma impugnada tem o seguinte teor:

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

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

A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão alega que, da leitura do referido dispositivo, seria possível depreender sentido que atribuisse à recomendação força vinculante. Assim, sendo nítida restrição à liberdade de expressão, ao impor uma faixa de horário para a programação, haveria desproporcional restrição à liberdade.

O teste de compatibilidade da restrição imposta pela norma impugnada depende, nos termos da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos, que a restrição seja prevista em lei, tenha a finalidade de proteção dos direitos indicados na Constituição e nos pactos (assegurar a reputação de terceiros ou a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas, ou ainda, por meio de censura prévia, a proteção moral de crianças e adolescentes) e obedeça ao rígido teste de necessidade e proporcionalidade (Comunicação 1022/2001, *Velichkin v. Belarus*, conclusão adotada pelo Comitê de Direitos Humanos em 20.10.2005).

Em que pesem as demais possibilidades de restrição, cumpre avaliar qual é o sentido da proteção moral de crianças e adolescentes, de modo a



justificar a indicação classificatória. Neste ponto, o Comentário Geral n. 22 (CCPR/C/GC/22) dispõe expressamente que:

“The concept of morals derives from many social, philosophical and religious traditions; consequently, limitations (...) for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition”.

Essa diretriz destina-se, no Brasil, preponderantemente ao Ministério da Justiça, que, por meio da Portaria n. 368/2014, regulamentou o procedimento administrativo de classificação. Trata-se, com efeito, de diretriz que visa garantir o pluralismo representativo da sociedade brasileira, quer no momento em que se realiza o juízo indicativo, quer na composição do órgão responsável por fazê-lo. Nada obstante, o Judiciário tem, nessa limitação, importante inflexão hermenêutica a ser utilizada tanto no controle do ato administrativo, quanto na mensuração de eventual violação de seus dispositivos.

Além disso, a moral das crianças e dos adolescentes, como fonte de legitimidade da pontual restrição ao direito à liberdade de expressão, também deve levar em conta a diretriz interpretativa do art. 227, *caput*, da Constituição Federal:

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

No mesmo sentido, o artigo 17 da Convenção sobre os Direitos das Crianças propõe que:

Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes:

1. a) incentivarão os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, de acordo com o espírito do artigo 29;
2. b) promoverão a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais;
3. c) incentivarão a produção e difusão de livros para crianças;
4. d) incentivarão os meios de comunicação no sentido de, particularmente, considerar as necessidades lingüísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena;
5. e) promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de

proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos artigos 13 e 18.

O recurso às convenções internacionais e à jurisprudência dos órgãos que se lhes aplicam permite compreender o alcance dos comandos “regular as diversões e espetáculos públicos” e “estabelecer meios legais”, previstos pela Constituição, tendo em vista a proteção especial conferida às crianças e levando em consideração a impossibilidade material de controle de acesso a espetáculos públicos, quando veiculados por radiodifusão.

Nesse sentido, a Unesco, reconhecendo a importância de se definir parâmetros para o controle de acesso às programações de televisão, recomendou aos países da ONU (*Guidelines for Broadcasting Regulation*) que adotassem um horário “divisor de águas” (“watershed broadcasting”, no Reino Unido, ou “safe harbor”, nos Estados Unidos), a partir do qual conteúdo adulto possa ser divulgado. Apenas para exemplificar, adotam um horário limitador: Áustria, Canadá, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Índia, Irlanda, Itália, México, Nova Zelândia, Filipinas, Polónia, Portugal, Espanha, Suíça, Reino Unido e os Estados Unidos.

Observe-se que, em conjunto com o sistema classificatório, o estabelecimento desse horário é adequado ao controle de acesso, sem, contudo, proibir a veiculação, o que afetaria desproporcionalmente a liberdade de expressão. Além disso, na linha de raciocínio do documento elaborado pela Unesco, o horário divisor de águas é a única medida, ante a impossibilidade fática de se estabelecer outras restrições, para efetivar uma proteção moral das crianças.

Na linha dos precedentes indicados neste voto, o tão-só uso das expressões “somente exibirão” e “horário recomendado” não impinge nulidade à norma impugnada, como também não deslegitima a restrição apontada, porquanto não configura restrição ilegal do direito de expressão.

Assim, sendo possível a indicação de horários preferenciais, da leitura conjunta do dispositivo impugnado com as demais regras constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, depreende-se o sentido que se deve dar à expressão “autorizado”: trata-se de estabelecer regras indicativas para o controle de acesso aos espetáculos transmitidos por radiodifusão, sem impedir, jamais, a veiculação da programação. A norma constante do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite, pois, que, para a garantia das indicações feitas pelo Poder Público de forma a proteger os interesses morais das crianças e dos adolescentes, sejam estabelecidas sanções administrativas, tanto para o caso de veiculação sem indicação da faixa etária a que se destinam, como para os de veiculação em desacordo com a classificação.

Nada obstante, cumpre registrar que, tomado isoladamente, pode ocorrer ao intérprete depreender do sentido do vocábulo “autorizado” aquele

atribuído ao ato administrativo “autorização”, cuja definição, segundo a doutrina administrativista, é a de ato unilateral discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o exercício de atividade de caráter material, a prática de determinado ato ou o uso privativo de bem público. Ínsita ao conceito do ato de autorização é a ideia de precariedade e de discricionariedade, o que jamais, na linha de argumentação até aqui expendida para o caso dos autos, poderia corresponder às diretrizes constitucionais.

Observe-se que o emprego atécnico do vocábulo “autorização” não é exclusivo do legislador ordinário. Também o Constituinte, quando disciplinou a autorização para o exercício de atividade econômica, a exemplo do que dispõe o art. 170, parágrafo único, o fez de forma a equiparar o ato à licença, porquanto a autorização, nessas hipóteses, não é discricionária. Assim, como aduz Marçal Justen Filho, “é indispensável identificar o sentido jurídico atribuído ao vocábulo ‘autorização’ em cada caso concreto”, devendo o intérprete “determinar se existe ou não competência discricionária da autoridade administrativa para decidir, independentemente da denominação jurídica adotada” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 357).

No caso da norma impugnada nesta ADI, é inegável que o vocábulo “autorizado” jamais permitiria à Administração, discricionariamente, impedir a exibição de qualquer programa, ainda que sem a classificação indicativa ou mesmo em desacordo com ela. A solução, nessas hipóteses, é sempre o regime ulterior de responsabilização, para que não se tolere ilegal restrição à liberdade de expressão. Não se pode permitir, ainda, que, sob a legítima necessidade de proteção de crianças e adolescentes, seja restabelecida qualquer forma de censura prévia, o que implica afastar, na polissemia que o emprego atécnico do vocábulo “autorizado” permite, o sentido que a ela se reporta. É preciso, portanto, afastar em definitivo a ilusão de que o Estado deve impor o que é melhor para a sociedade, como adverte Milton Nascimento, em “De Magia, de Dança e Pés”, de 1980 (BOTAS, Paulo; e BLANCO, Pedro Sol. *O Tau da travessia: a teopoética de Milton Nascimento*. Caderno Ciência e Fé. Vol. 1. N. 2. 2013):

“A pulsação do mundo é o coração da gente  
O coração do mundo é a pulsação da gente  
Ninguém nos pode impor, meu irmão  
O que é melhor pra gente”.

Embora o dissenso seja pontualmente limitado à técnica de controle abstrato, há uma importante consequência prática. No voto do e. Relator, o reconhecimento de nulidade integral da expressão “em horário diverso do autorizado” mantém, como Sua Excelência reconheceu, a possibilidade de se cominar multa para a exibição de programação sem a classificação indicativa. Inexistiria, no entanto, remédio adequado à proteção do interesse moral das crianças, quando houvesse a veiculação de programação que fosse exibida fora do horário indicado para o público

infantil ou que desrespeitasse a classificação proposta.

Na linha do que até aqui se sustentou, a previsão desse remédio é compatível com a Constituição Federal e é consentânea, como visto, com a prática protetiva de diversos países. Por isso, o vocábulo “autorizado” é nulo apenas no sentido que permitiria ao poder público, discricionariamente, impedir a exibição de programa de televisão.

Quando, porém, remete à faixa de horário “divisor de águas”, prevista pelo art. 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é compatível com a Carta Maior. Assim, da exibição de programa sem classificação indicativa, em desacordo com ela, ou fora do horário indicado para a exibição, é cabível a sanção prevista pelo art. 254 do ECA, como, a título de comparação, o fez por diversas vezes o *Office of Communications (Ofcom)* no Reino Unido e a *Federal Communications Commission (FCC)* nos Estados Unidos. Ressalte-se que, quanto a esta última agência, a própria Suprema Corte Americana, no caso *FCC v. Pacifica Foundation*, reconheceu como legítima a atuação da FCC na defesa do interesse moral das crianças.

Finalmente, no que se refere à declaração de inconstitucionalidade dos demais dispositivos do art. 254, acompanho o e. Relator para assentar que a previsão legal de sanção dá cumprimento, ao invés de afrontar, o dispositivo que regula a liberdade de expressão. Isso porque, no sistema de controle posterior, as medidas de proteção não apenas devem ser garantidas pelo judiciário por meio do competente remédio, como também devem constar de lei. A essas razões, caberia ainda acrescentar que a tipificação legal das sanções aplicáveis às emissoras de radiodifusão é, também, exigência do Pacto de São José da Costa Rica, conforme já reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, sentença de 31 de agosto de 2004, e da própria Constituição, conforme previsão expressa do Texto Constitucional (art. 220, § 3º. II).

Com essas considerações, acompanho o e. Relator Ministro Dias Toffoli para julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, e o faço a fim de dar interpretação conforme, sem redução de texto, à expressão “em horário diverso do autorizado”, de modo a reconhecer a nulidade de qualquer interpretação que condicione a veiculação de espetáculos públicos por radiodifusão ao juízo censório da Administração, admitindo apenas, como juízo indicativo, a classificação de programas para sua exibição nos horários recomendados ao público infantil.

É como voto.