

A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

*Alessandra Japiassú Maia, Procuradora Federal
pós-graduada em Direito Público pela ESAP da FGV e
graduada em Direito pela UERJ*

*Sérgio Lourenço Bezerra Ferreira Reis
Especialista em Regulação da Agência Nacional do Cinema – ANCINE,
mestre em direito pela Universidade Cândido Mendes e
pós-graduado em direito da propriedade industrial pela UERJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A televisão; 2 Fundamentos da Classificação Indicativa; 3 Classificação Indicativa e Liberdade de Expressão; 4 Aplicação do Princípio da Subsidiariedade; 5 Perspectivas Para a Classificação Indicativa; 5.1 Agências Reguladoras; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa alguns aspectos da normatização da classificação indicativa dos programas de televisão no Brasil, abordando seus fundamentos constitucionais e legais, assim como a sua legitimidade dentro do direito pátreo. Por fim, tal instrumento é colocado como um meio democrático de exercício do direito a informação e de proteção aos menores de idade não devendo ser caracterizado como censura.

PALAVRAS-CHAVE: Classificação. Indicativa. Censura. Princípio da Subsidiariedade. Constitucional.

ABSTRACT: The article analyses aspects regarding the classification of television programs in Brazil, such as its constitutional and legal grounds and legitimacy. It is concluded through the analysis that this kind of classification should not be considered as censorship, but as a democratic instrument of the constitutional right of information as well as the protection of children.

KEYWORDS: Classificative. Indication. Censorship. Subsidiarity. Constitutional.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar alguns aspectos da Portaria n°. 1.120, de 11 de julho de 2007, do Ministério da Justiça, que regulamenta a classificação indicativa de obras audiovisuais veiculadas pela televisão, sob uma perspectiva do princípio da subsidiariedade. A classificação indicativa, tal como posta na referida portaria, tem a finalidade de regulamentar alguns dispositivos da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CRFB/88), do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Lei n°. 10.359/01, no que se refere à classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e a outros meios de comunicação.

O tema é polêmico tendo em vista que Portaria n°. 264, de 09 de fevereiro de 2007, do Ministério de Justiça, cujo conteúdo é bastante semelhante à portaria em vigor, quando publicada, foi vista por certos setores como um indício de retorno ao período de censura. Cabe especificamente menção à posição¹ dos Senadores César Borges e Arthur Virgílio, membros da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, que se manifestaram de uma forma incisiva e contrária à referida portaria. Tem-se também o posicionamento do presidente do Partido Popular Socialista – PPS, o ex-deputado federal Paulo Freire, no sentido de que “a pretexto de classificar programas de televisão e filmes, [a portaria] cria mecanismos de censura prévia e a censura é proibida pela Constituição”². Dentro deste contexto, o Partido Popular Socialista propôs Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade³ perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto a referida portaria. Esta ADIN teve o seu seguimento negado, com fundamento em diversos outros precedentes que estabeleciam que a via da ação direta não seria adequada para questionamento de atos regulamentares⁴. Há, portanto, uma decisão da Suprema Corte brasileira

1 Jornal do Senado - Edição de 11 a 17 de junho de 2007, página 4. “Para César Borges, sob pretexto de disciplinar o Estatuto da Criança e do Adolescente, classificando programas de televisão de acordo com a faixa etária, a portaria pode ser um passo em direção ao controle da mídia, correndo o risco de terminar em censura.” Em outro momento, o Senador Arthur Virgílio afirma “[...]que prefere exagerar na vigilância a deixar passar um ato que tenha viés de censura.”.

2 Fonte: Agência Brasil em 21 de junho de 2007.

3 ADIN No. 3907-5 de 20 de junho de 2007. Relator Ministro Eros Grau. Origem: Distrito Federal.

4 Na ADIN supra mencionada o Excelentíssimo Ministro Eros Grau assim se pronunciou: *“O Pleno negou provimento ao recurso, com o que manteve a jurisprudência desta Corte, no sentido de afirmar a impossibilidade de controle de constitucionalidade abstrato dos atos regulamentares. A ação direta de inconstitucionalidade tem como pressuposto o cotejo entre atos normativos dotados de autonomia, abstração e generalidade e o texto da Constituição do Brasil, situação que não ocorre nestes autos.”*

sob o aspecto formal unicamente, que não chega a abordar o mérito da discussão, qual seja, se a classificação indicativa caracteriza uma forma de censura e afronta a princípios constitucionais.

Desta forma, objetiva-se analisar e criticar alguns aspectos desta portaria sob a perspectiva do princípio da subsidiariedade, principalmente no que diz respeito à possibilidade de uma relação equilibrada entre o poder público, os diversos agentes do mercado audiovisual e os cidadãos. E concluir sobre a constitucionalidade do instrumento perante o ordenamento nacional. Como estrutura, inicialmente será examinado o que é a televisão, num segundo momento serão analisados os fundamentos da classificação indicativa, e, posteriormente, será estabelecido um entendimento da classificação indicativa em relação ao princípio da subsidiariedade.

1 A TELEVISÃO

A televisão em sua origem foi uma criação coletiva envolvendo a contribuição de diversos inventores em que cada um, de uma forma própria, atuou para se alcançar um resultado final. A televisão pode ser considerada como uma das grandes invenções da década de 20, do século passado, por vislumbrar a possibilidade de transmissão e de recepção de sons e imagens de uma forma nova. O envio das ondas de transmissão permitiu um dinamismo na difusão da informação, que antes estava restrito ao rádio, e, conseqüentemente, limitado à forma sonora de difusão. Houve também grande impacto, pois tal inovação permitiu a ampliação do acesso a obras audiovisuais que anteriormente tinham a exibição restrita a locais, tais como cinemas, que demandam significativa infra-estrutura e tem uma relativa limitação de entrada de público.

Com o início da exploração comercial na década de 30, através da transmissão do sinal de televisão em redes locais na Europa e nos Estados Unidos da América, e, num segundo momento, com a transmissão de sinal em países periféricos como o Brasil, houve a apropriação de um formato televisivo muito próximo ao dos meios de expressão existentes na época, principalmente o rádio, havendo influência de outras formas como o cinema e o teatro. Em comparação à realidade atual havia pontos negativos, como a limitação de acesso aos aparelhos de televisão, uma vez que, se comparado aos tempos atuais, os custos dos aparelhos eram bastante altos. A programação tinha pouca diversidade e era veiculada em alguns poucos canais de televisão, sendo que o número de horas de programação era bem limitado.

Na década de 70 houve a popularização dos aparelhos televisores na Europa e na América do Norte, fato que posteriormente também veio a ocorrer no Brasil. Houve a expansão dos canais e da grade de programação, o uso e a diminuição dos custos relativos às novas tecnologias, o que permitiu uma ampliação dos tipos de programas veiculados. Num momento posterior, surge a TV a cabo, que inicialmente tinha por fundamento permitir a transmissão do sinal em áreas montanhosas, mas que ao longo do tempo se tornou uma opção de divulgação de programação com um maior número de canais e diversidade de conteúdo. No Brasil, atualmente, estima-se que aproximadamente 16% da população tenham acesso à TV a cabo.

Sob esta análise, constata-se que a televisão firmou-se como um legítimo meio de comunicação de massa, não só no Brasil, como praticamente no mundo todo. No Brasil, a legislação que trata do tema é antiga e dispersa. Cabe referência ao Código de Telecomunicações – Lei nº. 4.717, de 27 de agosto de 1962, que até os dias de hoje normatiza as regras gerais sobre televisão. Ora, se na época de sua elaboração este código poderia ser considerado moderno ao fazer menção à televisão em conjunto com outros meios de comunicação, hoje tal instrumento normativo admite diversas críticas e pode ser considerado defasado. A mais importante das críticas diz respeito ao fato da legislação não ter evoluído para atender aos diversos anseios sociais. Exemplo de tal fato está na Lei nº. 9.472/97, que se restringiu somente a aspectos técnicos, tais como a utilização do spectrum eletro-magnético, e não aborda questões relativas ao conteúdo veiculado ou cria instrumentos de democratização da informação no ambiente televisivo.

Delineando as tendências para a televisão, de uma forma bastante superficial, tendo em vista que este não é o escopo do trabalho, há uma perspectiva para o futuro relacionada à ampliação da diversidade de programação. Esta diversidade é um efeito das novas tecnologias, que diminuíram e diminuirão, significativamente, os custos de produção e de difusão, assim como, a adoção do modelo de televisão digital, que tende a ampliar o número de canais de transmissão e melhorar a qualidade de sinal. E o acesso à TV aberta em termos de som e imagem nos mais diversos pontos do território nacional. Complementarmente, o custo será cada vez menor de produção e comercialização de aparelhos televisores, o que permite uma significativa ampliação no consumo. Neste contexto, se antigamente uma televisão custava praticamente o valor de um carro, hoje em dia a queda de preço cria uma tendência

de a classe média ter televisores nos diversos cômodos da casa e as classes menos privilegiadas passarem a ter capacidade de adquirir um equipamento com mais facilidade.

Portanto, o cenário mercadológico é bastante positivo, considerando a ampliação e diversidade de conteúdo significativos, e, ao mesmo tempo, a ampliação do número de televisores, que permite um acesso fácil a tais conteúdos. No entanto, existem alguns aspectos negativos, dentre os quais cabe destacar a situação dos menores de idade, que não têm ainda capacidade de discernimento, mas que possuem uma grande facilidade de acesso ao conteúdo televisivo⁵, seja em seu quarto ou através de um televisor na sala, que cumpre as funções de entretenimento infantil. Nestas situações, é bem provável que o menor venha a ter acesso a conteúdos inadequados, tanto em situações em que o responsável não esteja presente, como também em situações onde o responsável, mesmo agindo de forma razoavelmente diligente, permite que o menor de idade venha a ter acesso a um conteúdo incompatível com a sua idade.

2 FUNDAMENTOS DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

A classificação indicativa tem dois fundamentos principais. O primeiro reside no direito à informação, um direito que se caracteriza como um conceito aberto numa primeira análise, mas que se justifica em situações concretas como esta. Neste sentido, o direito de informação⁶ consiste no direito de o usuário ter conhecimento prévio do conteúdo que será exposto na televisão. Esta informação permite ao indivíduo uma pré-análise e a possibilidade de estabelecer se aquele conteúdo lhe é interessante, e, nas hipóteses em que um menor esteja sob tutela, aferir se o programa é compatível com sua idade.

5 “De acordo com os dados do Painel Nacional de Televisão do Ibope, as crianças brasileiras de 4 a 11 anos assistiram quase 5 horas de televisão (4h51min19s) por dia em 2005, número que colocou o Brasil em primeiro lugar na quantidade de tempo que as crianças ficam diante do aparelho no mundo, batendo até mesmo os Estados Unidos.” Disponível em: <<http://www.akatu.org.br>> acesso em: 9 de outubro de 2007.

6 Neste sentido, cabe menção a observação feita pelo Professor Manoel Jorge e Silva Neto: “O direito fundamental à informação é tripartite: *direito de informar, se informar e ser informado.*”

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito à Intimidade e à Liberdade de Informação Jornalística após a EC No. 45/04. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n.13, p. 187, abril/junho, 2006

O segundo fundamento da classificação indicativa é a tutela da criança e do adolescente. Uma vez observado que o conteúdo audiovisual disponibilizado nos meios de comunicação de massa aumentou, e, tende a aumentar cada vez mais, existe a necessidade de proteger a saúde mental dos menores de idade, que por motivos variados não devem ter acesso a certos conteúdos televisivos. Cabe fazer um paralelo com os fundamentos psicológicos e sociais do direito civil, relacionados ao incapaz e ao relativamente incapaz. Nos termos da Constituição Federal, é dever não só da família, mas também da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, dentre outros direitos enumerados pela Carta Magna. Além disso, é igualmente dever de todas as instituições colocar as crianças e os adolescentes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nesta mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei No. 8.069, de 13 de julho de 1990 estabelece os direitos dessas pessoas em desenvolvimento e a necessidade de respeito à sua integridade, inclusive com relação à sua saúde e aos seus valores.

Nesta perspectiva, é importante ressaltar a questão do momento e a forma como um eventual dano ocorre, quando um menor tem contato com um conteúdo que não lhe é adequado, situação que por si só traz algumas peculiaridades. O menor de idade é suscetível a diversas influências externas e goza de pouca capacidade de discernimento. Tal fato justifica uma série de limitações aos exercícios de direitos pelos menores de idade. Neste contexto pode ser mencionado, por exemplo, a proibição de vender cigarros a menores. Na questão audiovisual, tem-se que um conteúdo inadequado cria um dano imediato de reflexos diversos. Uma vez assistido um programa televisivo com violência excessiva ou com conteúdo pornográfico, o dano é imediato e sua reversibilidade é relativa, tendo em vista que se trata de um dano de natureza psicológica. A noção de proteção integral para o devido desenvolvimento mental, moral e social⁷ da criança e do adolescente poderia, eventualmente, estar

7 Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei No. 8.069/90, que estipula:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

sendo posta em cheque. Ademais, o dano⁸, por mais zeloso que seja o responsável pelo menor, precisa de um lapso de tempo relativamente pequeno para que venha ocorrer.

3 CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A classificação indicativa não tem por objetivo servir como um instrumento de censura. Entendida a censura como uma limitação da veiculação de certo conteúdo imposta por um terceiro⁹, esta limitação deve ser analisada sob o foco da veiculação e não do conteúdo. Cabe observar que a liberdade de produzir um conteúdo estaria afeta à noção de liberdade de expressão, outro direito individual de grande relevância na Constituição. Desta forma, ter-se-ia na censura uma limitação à circulação do conteúdo livremente expresso. Exemplificando, durante uma ditadura, o fechamento de um determinado jornal com fundamento na censura não está fundado na existência de um conteúdo contrário aos governantes, que estaria afeto à liberdade de expressão, mas no objetivo de evitar a circulação do conteúdo considerado subversivo. Indo mais adiante, a noção de censura prévia estaria associada a uma análise anterior do conteúdo, para que este possa ser considerado apto ou não à veiculação.

Deve-se também atentar para a existência de formas legítimas de limitação da veiculação de um determinado conteúdo, como, por exemplo, em situações envolvendo o direito de autor, nas quais o autor, por sua vontade, e com fundamentos nos direitos morais de autor, não

8 Neste sentido, acerca do dano, cabe citar o professor Richard A. Posner:

"The greater that probability, the greater is the expected harm and therefore the greater the justification for preventing or punishing the speech that creates the danger. And the probability is greater the clearer (that is, more certain) and more immediate the danger is."

POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory* Harvard University Press. Cambridge: Massachussets, EUA. 2001. p. 65.

9 Cabe menção à definição do Professor Luís Roberto Barroso sobre censura: "*Censura é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação de pensamento, como condição prévia de sua veiculação*". Com a devida vênia, discordamos desta posição e preferimos focar na questão da limitação da distribuição. O conceito de censura prévia adotado pelo professor em seu trabalho, esta modalidade é uma espécie do gênero censura. É oportuno mencionar os apontamentos históricos feitos pelo professor em seu artigo.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988. Editora Revista dos Tribunais, *Revista dos Tribunais* V. 790, p.130-132, agosto de 2001.

deseja a circulação de uma determinada obra. Assim como em situações nas quais um terceiro se sente ofendido pelo conteúdo exposto em uma obra e utiliza meios legais para não permitir a circulação de um conteúdo. Estas formas legítimas de limitação da circulação de um conteúdo não se caracterizam como meios de censura.

Dentro deste contexto, a classificação indicativa também é um meio legítimo de limitação da veiculação de um conteúdo audiovisual, ressaltando-se que o direito à liberdade de expressão não pode ser visto como um direito absoluto¹⁰, que não permite qualquer atenuação, por mais pontual que esta seja. Em vista do exposto, cabe mencionar a lição do professor Richard Posner:

And because the First Amendment uses the term “freedom of speech or of the press” without defining it, because the preconstitutional history of the term is murky, and because the judicial decisions construing it do not compose a harmonious pattern either across time or across the different subfields of free-speech law, the legal conception of freedom of speech is mutable and contestable and so may take its shape from the practical considerations that the instrumental approach brings into view and may change as those considerations change.¹¹.

A noção de liberdade de expressão, assim como a de censura, tem que evoluir de forma a não conflitar com outros valores sociais igualmente relevantes. Para interpretar eventuais conflitos de valores e princípios constitucionais, torna-se necessário analisar a questão sob o prisma da ponderação de interesses¹². Para um devido enfoque neste tema, cabe reproduzir a definição do professor Daniel Sarmento, neste tema:

10 Elucidativa é a explicação do Professor Gustavo Binimbojm neste tema:

“[...] as liberdades de expressão e imprensa possuem uma dimensão dúplice, pois que se apresentam, simultaneamente, como garantias liberais defensivas (liberdades negativas protegidas contra intervenções externas) e como garantias democráticas positivas (liberdades positivas de participação nos processos coletivos de deliberação pública). O Estado cumpre papel decisivo e crucial tanto ao respeitar os limites externos da liberdade de expressão, como ao regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a melhoria de qualidade do debate público e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de idéias.”

BINIMBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 out. 2007. p. 23

11 POSNER, op. cit., p. 63.

12 No presente trabalho não estamos abordando a questão da ponderação como um instrumento técnico-jurídico para solução de um conflito aparente de preceitos constitucionais, uma vez que existe uma

A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.¹³

A própria Constituição Federal fornece subsídios para a forma através do qual deve ser feita a ponderação dos princípios constitucionais envolvidos no corpo do artigo 220¹⁴. O fato de conferir ao legislador ordinário a competência para legislar sobre algumas limitações afetas a comunicação social é um instrumento legítimo e de fundamento constitucional de ponderação.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Dentro da abordagem já realizada, é necessário estabelecer um princípio que auxiliará na interpretação das questões relativas à classificação indicativa. Este princípio está presente na Constituição de

regra constitucional para a solução do conflito, como será posteriormente exposto. O uso da expressão ponderação está relacionada à idéia de equilíbrio, tão somente.

13 SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 99.

14 Cabe reproduzir abaixo o Capítulo V do Título VIII – Da Ordem Social da CRFB/88:

Capítulo V - Da Comunicação Social

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.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 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.

1988¹⁵, servindo como uma nova diretriz para a atuação do Estado. Esta forma de atuação surge como uma alternativa ao Estado do Bem Estar Social e tem como um de seus fundamentos a intervenção somente em situações nas quais os diversos agentes que compõem o corpo social não sejam capazes de, por si sós, satisfazerem seus próprios interesses. A intervenção do Estado se dará na medida da necessidade aferida no plano social. Dentro desta idéia é formada uma cadeia de subsidiariedades, na qual o ente maior só tem razão e dever de intervir quando os entes menores não tiverem condições de atuar de modo eficiente.

Sob um enfoque mais prático, se uma atividade empresarial puder ser concretizada de forma eficiente por um empresário ou pelo Estado, tal atividade deverá ser realizada por aquele que estiver no plano mais baixo, ou seja, o empresário. Desta forma, a atividade de exibição televisiva pode, e, em regra é¹⁶, executada por grupos empresariais sob um regime de concessão.

Especificamente em relação a classificação indicativa, pode ser desenvolvida a seguinte cadeia de subsidiariedade: Em um primeiro nível, a classificação é feita internamente, dentro de uma empresa, a qual orienta a organização de uma grade de programação, que, eventualmente, pode servir para fornecer subsídios básicos para os seus consumidores. O lado negativo em definir o conteúdo de programação familiar seria a possibilidade de que os padrões corporativos a serem adotados poderiam variar conforme a visão da emissora e interesses de anunciantes. Em um segundo nível, a classificação pode ser feita por uma entidade da sociedade civil ou um órgão de classe que goze de legitimidade perante os agentes do setor para classificar o conteúdo a ser veiculado. O aspecto negativo é a possibilidade de simplesmente não existir tal entidade ou dela não gozar da neutralidade necessária

15 Neste sentido, transcreve-se parte do exposto pela professora Sílvia Faber Torres:

“A Constituição de 1988 é um marco importante para o processo de reestruturação do Estado e, embora comprometida com os grupos dos mais diversos, o que põe sob a suspeita de ilegitimidade vários de seus dispositivos, é certo que ela deixou-se inspirar pelos postulados do princípio da subsidiariedade, logrando avançar, ainda que timidamente, em direção a um Estado menos centralizador e mais coordenado com a sociedade.”

TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.148.

16 Exceção a tal regra é a existência de alguns canais de televisão públicos, dentre os quais se destaca a Empresa Brasil de Comunicação – EBC, criada pela Medida Provisória No. 398, de 10 de outubro de 2007.

para a atividade¹⁷. Por fim, em um terceiro nível, há a atuação direta do Estado, no sentido de classificar as obras audiovisuais. Como aspecto negativo haveria o risco de ocorrer uma intervenção excessiva ou uma morosidade burocrática que prejudiquem a atividade empresarial.

Constata-se que a classificação exercida pelos agentes do mercado, ou seja, no primeiro nível, em diversos momentos tem sido ineficaz ou descuidada, de forma a permitir a veiculação de programas inadequados para menores de idade¹⁸. Passando-se para uma análise do segundo nível, tem-se que a auto-regulação é um instrumento legítimo de solução de conflitos entre agentes de um mesmo mercado. Todavia esta não tem se demonstrado adequada quando há a necessidade de ponderar os interesses entre agentes sociais com os mais diversos interesses empresariais. Cabe ampliar a discussão e trazer o exemplo da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), cujo Código de Ética da Radiodifusão Brasileira traz princípios gerais de auto-regulação e possui instrumentos bem estruturados. No entanto, observando-se a atuação desta instituição sobre outro enfoque, consta de seu estatuto¹⁹, no inciso I, do artigo 2º, como um de seus objetivos: *defender a liberdade de expressão, em todas as suas formas, bem como defender os interesses das emissoras de radiodifusão, suas prerrogativas como executoras de serviços de interesse público, assim como seus direitos e garantias*. Ora, este objetivo é razoável em se tratando de uma associação de membros de um

17 Importante destacar o modelo adotado nos Estados Unidos pela Movie Picture Association of América (MPAA), uma associação criada no ano de 1922 por produtores, distribuidores e exibidores norte-americanos, das quais participam os grandes estúdios de Hollywood, i.e., Disney, Paramount Pictures, Sony Pictures, etc., e, que a partir de 1968 passou a classificar os filmes produzidos e distribuídos em território norte-americano. Apesar da submissão de títulos para classificação não ser obrigatória, esta é uma prática reiterada do mercado. No processo de classificação adotado pela MPAA existe uma Comissão de Classificação que atua de forma independente para garantir uma neutralidade nas avaliações dos filmes. Esta comissão tem uma composição entre 10 e 13 membros e suas decisões são passíveis de recursos dirigidos a uma comissão recursal. Em certos momentos há críticas de agentes do mercado relativa a qualidade do trabalho da comissão nos meios de comunicação sobre as classificações que são consideradas extremamente conservadoras. Mas em geral tais classificações são consideradas justas.

A título de curiosidade, o filme brasileiro “Central do Brasil” (cujo título em inglês é “Central Station”) está listado e classificado como “R”, ou seja, o filme, por possuir conteúdo considerado adulto somente pode ser assistido por menores de 17 anos caso estes estejam acompanhados de seus pais ou responsáveis. Assim como “Central do Brasil” outros filmes brasileiros também estão classificados.

18 Em termos práticos, a Portaria No. 1.220, do Ministério da Justiça, admite a hipótese de autoclassificação em que o próprio agente tem legitimidade para classificar uma obra audiovisual. No entanto, o abuso ou a irresponsabilidade na auto-classificação deve servir como fundamento para um atuação incisiva do Estado para coibir tal atitude.

19 Disponível em: <http://www.abert.org.br/novo_estatuto.pdf>. Acesso em: 17 out. 2007.

setor, mas será difícil constatar que tal associação gozará da neutralidade necessária em uma situação prática que envolva interesses conflitantes entre seus membros e grupos de defesa da infância, que entendam que um determinado programa televisivo tem conteúdo inadequado para um domingo à tarde. Torna-se necessário um tratamento da questão no terceiro nível, ou seja, no âmbito do Estado.

No entanto, o tratamento de questões desta espécie pelo Estado não é algo tão pacífico, considerando episódios da história brasileira. Consta-se que a mera participação do Estado, por si só, pode não garantir a neutralidade desejada. Desta forma, é necessário buscar meios e instrumentos de participação²⁰ dos agentes sociais e dar ao mecanismo da classificação indicativa a permeabilidade necessária, para que sejam alcançados seus objetivos sociais. Neste modelo, o Estado deve ser meramente o “local” onde se realiza a troca de idéias, associadas à classificação, que tem por atores os diversos grupos sociais que compõem a população brasileira. Esta possibilidade ficou clara inclusive no período de debates que antecedeu a Portaria n.º. 264, que anteriormente regulamentava o tema, em que houve uma consulta pública com intensa participação. Esta permeabilidade representa um aprofundamento da democracia, onde a participação do cidadão não está restrita ao voto nas eleições gerais, mas ocorre num processo constante de participação²¹ e de opinião nos diversos segmentos.

20 Neste sentido, é oportuna a observação do professor Rodrigo Galvão:

“Todos os três autores [Bobbio, Lefort e Touraine] são concordes em apontar a necessidade de se franquear a maior participação possível do cidadão na gestão da coisa pública, de modo que todos, inclusive as minorias, façam-se ouvir no sistema político-administrativo ...” (p.186)

GALVÃO, Rodrigo. “Por um Conceito Contemporâneo de Democracia”. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 6, n.24, p. 175-187, abril/junho 2006

21 Cabe reproduzir duas partes de texto da Professora Odete Medauar que tem afinidade direta com o tema em estudo:

“Vincula-se o pluralismo, caracterizado na essência, pela multiplicidade dos grupos, pela multiplicidade das interações indivíduo-sociedade e dos interesses; o binômio pluralismo-participação é indissolúvel.” (p. 229)

“A participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses.”

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

5 PERSPECTIVAS PARA A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

Um instrumento tecnológico que tende a trazer mais eficiência ao sistema de classificação indicativa, em uma perspectiva futura, mas que caminha ainda em passos lentos, está na adoção de um chip (denominado V-Chip, nos EUA), na forma disposta na Lei No. 10.359 de 27 de dezembro de 2001. Este chip deverá ser integrado aos aparelhos de televisão, e uma vez ativado, permitirá aos pais e responsáveis por menores de idade definir o perfil de programa que poderá ser assistido. No início do programa, será enviado um sinal informando a classificação do programa, que será recebido pelo televisor, permitindo transmitir normalmente o programa ou bloqueá-lo. Logicamente, este sistema demanda uma conjugação de vontades dos diversos agentes envolvidos no sentido de concretizar a ordem legal.

A título de curiosidade, pode ser mencionado que o modelo norte-americano, que serviu de nítida inspiração para o ordenamento brasileiro. O V-Chip, que seria utilizado em conjunto com as regras do *TV Parental Guidelines*²² ainda não foi implantado de forma definitiva, apesar dos constantes esforços da Federal Communications Commission – FCC, dos agentes do setor de televisão e da sociedade civil. Existem dificuldades na implantação de tais sistemas associadas ao amplo número de televisores antigos, ignorância e indiferença dos pais e responsáveis, e, ainda, a dificuldades técnicas associadas a ferramenta. Apesar de tais contratempos, existe a perspectiva de uma solução definitiva nesta questão com a implantação da TV Digital²³.

Outra tendência que tem sido observada no tema diz respeito à busca de formas de controle do acesso a conteúdo inadequado veiculado na Internet. A discussão acerca deste tema é bastante complexa tendo em vista o dinamismo da internet e uma eventual regulação desta matéria tende a ser bastante complexa, considerando as peculiaridades da rede e a inviabilidade da aplicação de um conceito tradicional de territorialidade.

5.1 AGÊNCIAS REGULADORAS

Cabe também delinear, como uma perspectiva para a classificação indicativa, a possibilidade de que esta questão seja retirada do âmbito

²² Tal previsão tem relação com a Seção 551 do Telecommunications Act of 1996.

²³ BLUMENTHAL, Howard J.; GOODENOUGH, Oliver R. *This Business of Television*. 3. ed. Nova Iorque: Billboard Books, 2006. p. 296-297.

das atribuições diretas do Estado, uma vez que no modelo atual o tema é tratado no Ministério da Justiça. Assim, passaria a ser tratado no ambiente de uma agência reguladora. Apesar de uma análise meramente administrativista estabelecer que tais agências são autarquias especiais²⁴, da administração indireta, ou seja, são instituições que fazem parte do Estado o que poderia alterar em muito pouco o atual cenário, observa-se que as agências reguladoras possuem uma estrutura organizacional com certas peculiaridades como, autonomia reforçada e restrição temática setorial, que confeririam um tratamento mais adequado do tema. Desta forma, no domínio da função reguladora haverá um favorecimento de escolhas técnicas, deixando de lado as disputas partidárias, a complexidade dos debates congressuais e a instabilidade que se estabelece em uma política de governo que pode ser eventualmente alterada a cada quatro anos com a mudança do titular do Poder Executivo.

Ademais, uma agência reguladora que venha a normatizar a classificação indicativa deve estabelecer instrumentos para atenuar o déficit democrático, problema existente mesmo em regimes democráticos, pois associado a uma estrutura estatal hermética, que não permite a representatividade dos diversos grupos sociais de forma igual. Portanto, é necessário estabelecer como princípio norteador da atividade reguladora a permeabilidade do agente regulador, no sentido de permitir com que os diversos grupos sociais tenham espaço para manifestação de suas vontades e interesses. Dentro deste contexto se insere a adoção de processos participativos na elaboração de normas regulamentares, dentre os quais cabe destacar, como exemplo, o instrumento da consulta pública como uma fase do processo de elaboração interna de uma norma.

Cabe menção ao projeto da ANCINAV – Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual – que, dentre outras funções, objetiva a

24 Cabe reproduzir a noção trazida pelos professores Egon Bockmann Moreira e Lauro Antonio Nogueira Soares Júnior neste tema:

“À unanimidade, as leis criadoras das agências reguladoras as definem como “autarquias especiais”. Essa distinção no regime das autarquias especiais visa conferir maior estabilidade, segurança e prestígio às decisões nos setores regulados, pretendendo assegurar que os atos lançados pelas agências sejam técnicos (não políticos).”

MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JR, Lauro Antonio Nogueira. *Regulação Econômica e Democracia: a Questão das Agências Reguladoras Independentes em Agências Reguladoras e Democracia*, Coordenador Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2006.

regulação de conteúdo audiovisual e poderia também ter atribuições relativas a classificação indicativa.

6 CONCLUSÃO

Existe um grande receio no mercado audiovisual de a classificação indicativa se tornar um instrumento de censura e de limitação da livre iniciativa e expressão. No que se refere à censura, este é um fantasma que tem sido, dia após dia, combatido para que jamais volte a estar presente em uma sociedade democrática como a brasileira. Eventualmente, caberão aos órgãos democráticos como o Poder Judiciário e o Ministério Público, tomar medidas contra situações práticas que afrontem a livre circulação de conteúdo. O que não é razoável é admitir que qualquer forma de limitação se traduza em censura. A proteção à criança e ao adolescente e o direito à informação são relevantes para utilizando-se a técnica de ponderação de interesses, relativizar o direito à liberdade de expressão, já que este não deve ser visto como um direito absoluto.

Abordando a questão relativa à livre iniciativa, a classificação indicativa busca somente adequar o exercício desta liberdade em harmonia com outros valores sociais. Considerando que o mercado audiovisual nunca foi objeto de uma regulação de conteúdo com fundamentos democráticos existe um temor de que qualquer regulação prejudique a livre iniciativa. No entanto, em um ambiente democrático, a regulação é um instrumento para equilíbrio dos diversos interesses e valores existentes. E não há espaço para a existência de um mercado onde o lucro é o único vetor, e as práticas concorrenciais não se adéquam a limites éticos ou morais, admitindo a veiculação na televisão de imagens de personagens em trajes íntimos ou filmes contendo cenas de tortura em um domingo à tarde.

Associado ao exercício da atividade empresarial surge necessidade de uso responsável dos meios de comunicação de massa, observado o interesse público inerente a concessão de serviço público.

Sob a perspectiva do princípio da subsidiariedade é possível imaginar que a evolução do ambiente democrático nacional permitirá num futuro próximo um novo desenho do sistema de classificação indicativa, em que o Estado não precise intervir de forma direta e atue mais como um mediador dos diversos interesses e valores sociais afetos ao tema.

Por fim, concluí-se que a Portaria nº. 1.120 é constitucional e terá sua legitimidade garantida na medida em que seja permeável a ponto de atender aos diversos interesses sociais de uma forma equilibrada e madura. Afinal, até mesmo a liberdade de expressão perde o sentido se não forem preservados os valores e princípios democráticos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, v. 790, p.129-152, ago. 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Meios de Comunicação de massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 out. 2007.

BINENBOJM, Gustavo (coordenador). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

BLUMENTHAL, Howard J.; GOODENOUGH, Oliver R. *This Business of Television*. 3. ed. Nova Iorque: Billboard Books, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Parecer. Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. ano 5, n. 21, p. 137-211, jul./set. 2005.

GALVÃO, Rodrigo. Por um Conceito Contemporâneo de Democracia. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 6, n.24, p. 175-187, abril/junho 2006.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria do Estado*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2006.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A Regulação e a Regulação Neoliberal. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. ano 5, n. 22, p. 59-99, out./dez. 2005.

POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press. Cambridge, Massachussets, EUA. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos Fundamentais e Democracia: Tensões e Compromissos. Belo Horizonte, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 6, n. 23, p.179-187, jan./mar. 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito à Intimidade e à Liberdade de Informação Jornalística após a EC No. 45/04. Belo Horizonte, *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 4, n.13, p. 187-194, abril/junho, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.