

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO: a liberdade de expressão em julgamento¹

PUBLIC POLICIES OF COMMUNICATION IN BRAZILIAN SUPREME COURT: freedom of speech on trial

Carlo José Napolitano²

Resumo: Trata-se o presente de relato de pesquisa que considera que a partir dos anos 90 o Supremo Tribunal Federal passou a exercer um papel de centralidade nas decisões políticas brasileiras, além de executar a função precípua de guardião da Constituição. Algumas dessas decisões do STF, por hipótese, impactam os meios e as atividades da comunicação social, influenciando o exercício da liberdade de expressão, da democracia e da cidadania, bem como estabeleceram critérios que balizam a formulação e implementação de políticas públicas de comunicação. Nesse sentido a pesquisa visa analisar decisões proferidas pelo STF de 1988 a 2016 e que tenham relação com a temática proposta, no intuito de investigar se há um *modus operandi* do STF nos julgamentos acerca das políticas públicas de comunicação, relacionados à liberdade de expressão do pensamento. O presente trabalho visa apresentar e debater os achados da pesquisa relativos à temática da classificação indicativa, concluindo que o STF aponta para uma tendência à autorregulação da comunicação social.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal 1. Políticas Públicas de Comunicação 2. Liberdade de expressão 3.

Abstract: The present essay is a research report that considers that from the 90's the Brazilian Supreme Court began to play a role of centrality in Brazil's political decisions, in addition, to perform its essential function of guardian of the Constitution. Some of the STF political decisions, hypothetically impact the media and the activities of the media, influencing the exercise of freedom of speech, democracy and citizenship, as well as established criteria that guide the formulation and implementation of public policies about communication. In this context, the proposal aims to investigate decisions made by the Supreme Court in the period 1988-2016 and that relate to the proposed theme, in order to investigate if there is a *modus operandi* of the Brazilian Supreme Court in the judgments about the public policies of communication related to the freedom of speech. The present study aims to show and discuss the findings of the research related

¹ Trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho Políticas de Comunicação do VII Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política (VII COMPOLÍTICA), realizado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), de 10 a 12 de maio de 2017.

² Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação (FAAC), Câmpus de Bauru/SP, Departamento de Ciências Humanas e Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Pós-doutorando no Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: carlonapolitano@faac.unesp.br

to the topic of the rating system, concluding that the Brazilian Supreme Court points to a tendency to self-regulation of social communication.

Keywords: *Brazilian Supreme Court 1. Public policies of communication 2. 3. Freedom of speech*

1. Introdução

Trata-se o presente de estudo empírico, baseado em análise de jurisprudência, acerca de decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas à classificação indicativa.

O texto é um dos resultados de pesquisa de pós-doutoramento³ e que tem como objetivo específico, analisar e interpretar decisões do Supremo Tribunal Federal – STF relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, às relacionadas à temática da liberdade de expressão do pensamento. A pesquisa da qual resulta o presente trabalho, partiu de algumas premissas, dentre as quais, que uma das peculiaridades do atual sistema constitucional brasileiro reside no fato de ele ser repleto de regulações⁴ relacionadas a diversos campos da atividade econômica e social; que a Constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem

³ Trata-se da pesquisa denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, que está sendo realizada em estágio de pós-doutoramento, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob supervisão do Prof. Titular Elival da Silva Ramos, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e do Departamento de Direito do Estado. O projeto de pesquisa foi contemplado na Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A, bem como foi contemplado com bolsa de Pós-Doutorado Sênior – PDS pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 145663/2016-7.

⁴ O termo regulação está sendo usado no sentido de regulação normativa que compreende, segundo Aguillar (2006), a regulamentação legal e as atividades acessórias de fiscalização e imposição de sanções para as condutas ilícitas. São, portanto, medidas estatais, tanto legislativas como administrativas, que visam controlar e ou influenciar os comportamentos “dos agentes econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos (CARVALHO, 2002). Regular, em outras palavras, seria definir direitos e deveres, delimitar o exercício de direitos, clarificar as suas condições de uso, defender a sociedade e o indivíduo contra eventuais maus usos dos direitos (GONÇALVES, 2003, p. 7). Nesses termos, compreende-se que a regulação jurídica da liberdade de expressão do pensamento pode ser medida através da análise da disciplina, constitucional e legal, produzida pelo Congresso Nacional, que define e delimita direitos, bem como pela interpretação conferida a esse direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal, que no limite é o órgão responsável por clarificar as condições de uso de direitos previamente estabelecidos.

caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar; que a comunicação social é um desses campos ou dimensões da vida social regulados constitucionalmente; que diversos valores relacionados à comunicação social foram constitucionalizados; que a despeito da regulação constitucional, sempre será necessária a elaboração de leis que regulamentem os dispositivos constitucionais ⁵ ; que as normas regulamentadoras da Constituição, muitas vezes, têm caráter de políticas públicas governamentais, algumas delas impactando o exercício da liberdade de expressão do pensamento; que ao STF foi atribuída a tarefa de guardião do texto constitucional e, tendo em vista essa tarefa, o Supremo é constantemente chamado para verificar a compatibilidade das políticas públicas com a ordem constitucional vigente e, por fim, que algumas políticas públicas adotadas através de normas jurídicas e relacionadas à comunicação social e que impactaram a liberdade de expressão do pensamento tiveram e tem a sua constitucionalidade questionada perante o STF, sendo possível, desta forma, extrair algumas conclusões acerca da interpretação do Supremo em relação às políticas públicas relacionada à comunicação social e as suas consequências, em especial, aquelas relacionada ao direito fundamental de liberdade de expressão do pensamento.

Por hipótese, a pesquisa considerou que ao decidir casos referentes à temática, o STF sistematicamente amplia a aplicação desses direitos, eliminando qualquer forma ou possibilidade de regulação da comunicação social, potencialmente, impactando as políticas públicas direcionadas ao setor.

⁵ Como exemplos de possibilidade de regulação podem ser citados os seguintes dispositivos constitucionais: artigo 5º, IV que dispõe ser livre a manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato; artigo 5º, V que garante o direito de resposta; artigo 5º, XIV que assegura o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte; artigo 5º, XXXIII que garante o acesso às informações públicas, ressalvadas aquelas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado; art. 220, parágrafo 3º que prevê a edição de lei federal para regular as diversões e espetáculos públicos, no que diz respeito a sua natureza e faixa etária indicada e adequação de local e horário de apresentação (inciso I) e regular a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (inciso II, segunda parte); art. 220, parágrafo 4º, que prevê a restrição à propaganda comercial de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxicos, medicamentos e terapias, dentre outras previsões constitucionais e a regulação da propaganda eleitoral.

A pesquisa também considerou que já há uma produção científica considerável acerca da centralidade política do Judiciário⁶, no entanto, verifica-se uma carência de estudos e análises referentes às decisões do STF⁷, em especial, aquelas relacionadas às atividades da comunicação social⁸, objetivando a pesquisa preencher essa lacuna.

Desta forma, o projeto de pesquisa tem por objetivo principal e substancial analisar e interpretar decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, aquelas diretamente relacionadas à liberdade de expressão do pensamento, no intuito de verificar se há uma linha mestra, ou em outros termos, um *modus operandi* de interpretação do STF relacionada às políticas públicas de comunicação e como objetivos secundários da pesquisa, o aprofundamento teórico doutrinário da análise da liberdade de expressão do pensamento, da limitabilidade dos direitos fundamentais, do núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por fim, do próprio processo decisório (deliberação) do STF, sendo esta última uma questão formal enfrentada pela pesquisa.

Pelo fato de a pesquisa estar intimamente pautada à comunicação social e considerando a aderência e atuação profissional do pesquisador com essa área do conhecimento, este último aspecto da pesquisa bibliográfica está diretamente relacionada com o que foi denominado de “diálogo externo” do STF com a sociedade civil organizada e, em especial, com os meios de comunicação social. Em outros termos, com a “deliberação externa do STF”, que de acordo com Silva (2009, p. 210), trata-se de um esforço de convencimento de “atores externos ao grupo” (SILVA, 2010, p. 43) e que, sobretudo, teria o papel “de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário político-jurídico de um país” (SILVA, 2009, p.

⁶ Na minha pesquisa de doutoramento (NAPOLITANO, 2008) desenvolvi revisão bibliográfica sobre a temática, destacando-se os seguintes trabalhos nacionais e internacionais: Garapon (2001); Koerner e Maciel (2002); Maus (2000); Sadek (1995); Shapiro; Sweet (2002); Tate; Vallinder (1994); Vianna et al (1999); Vieira (2002), dentre outros.

⁷ Há excelentes trabalhos e pesquisas sobre o processo decisório das cortes e do próprio Supremo Tribunal Federal, como são os casos de Mendes (2011; 2013) e Silva (2009; 2013).

⁸ Algumas pesquisas e artigos trataram direta ou indiretamente dessas questões (NITRINI, 2013; ZYLBERSZTAJN, 2008; BRITTOS E NAZÁRIO, 2011; REALE JÚNIOR, 2010).

211/212), como foram os casos das decisões proferidas pelo STF em ações relacionadas às políticas públicas de comunicação.

O presente trabalho trata especificamente de decisões do STF proferidas em controle abstrato de constitucionalidade e relacionadas à classificação indicativa e está assim estruturado: além dessa introdução, a próxima seção aborda os métodos e técnicas utilizados na pesquisa empírica, na seção seguinte são apresentados os julgados do Supremo relacionados à temática da classificação indicativa e, por fim, apresentam-se algumas considerações em sede de conclusão, especialmente, o entendimento do STF pela autorregulação da comunicação social.

2. Métodos e técnicas utilizados na pesquisa empírica

Conforme proposto no projeto de pesquisa, foram pesquisadas no site do Supremo Tribunal Federal as ações constitucionais⁹ relacionadas com a temática das políticas públicas de comunicação e ligadas à liberdade de expressão do pensamento. O recorte temporal da pesquisa inicialmente previa o período das decisões do Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2015, no entanto, decidiu-se ampliar esse período de análise para o ano de 2016, considerando que decisões importantes do STF foram proferidas sobre a temática das políticas públicas durante o ano de 2016 e que mereceria análise na pesquisa, como foi o caso, por exemplo, de uma decisão acerca da temática da classificação indicativa, que será aqui analisada.

A pesquisa empírica foi realizada no portal do Supremo Tribunal Federal onde há um sistema de pesquisa de jurisprudência através de palavras-chave <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

A pesquisa realizada no site do STF utilizou os termos “liberdade de expressão”, “liberdade de imprensa”, “políticas de comunicação” e “políticas públicas

⁹ No projeto de pesquisa proposto classificaram-se inicialmente como ações constitucionais as ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceitos fundamentais; recursos extraordinários e reclamações. Optou-se, no entanto, analisar somente as ações relacionadas ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, tendo em vista tratarem-se de processos objetivos e que, em tese, demandam apreciações também objetivas da corte.

de comunicação”. Os mesmos argumentos foram utilizados em solicitação de pesquisa jurisprudencial à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do próprio Supremo. Estas últimas estão disponíveis em <http://tinyurl.com/jcgu2x8> e <http://tinyurl.com/ho5n3uh>¹⁰.

Com esses termos a pesquisa retornou com 37 referências. Considerando a leitura dos acórdãos e as diversas referências a julgamentos anteriores do próprio STF, como foi o caso da ADI 2815, além de pesquisas anteriores do pesquisador, chegou-se a um total de 66 ações.

Os resultados da pesquisa indicaram diversas ações, no entanto, algumas foram de pronto excluídas, pois não compunham o objeto da pesquisa, como foi o caso da ADI 4638, na qual a expressão “liberdade de expressão” foi encontrada somente na base doutrinária do acórdão. Outras no mesmo sentido tratavam de assuntos diversos e a expressão aparecia em outro sentido, como são os casos das ADIs 3512 e 1950, que apresentaram no texto do acórdão a seguinte frase: “a livre iniciativa é expressão de liberdade”.

Com a expressão “liberdade de imprensa” a maioria das ações, 12 no total, localizadas na busca, tanto na efetivada pelo site quanto a solicitada à seção de pesquisa de jurisprudência do STF, não estavam diretamente relacionadas ao conceito, mas sim justificava a extinção do processo por falta de legitimidade ativa de partido que perdeu representação no Congresso, como são os casos das ADIs 1890 e 2060, por exemplo¹¹.

¹⁰ Nessa pesquisa foram localizadas centenas de acórdãos, no entanto, com a expressão “implementação de políticas públicas”. A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos meses de janeiro e fevereiro de 2017.

¹¹ Na pesquisa da Seção de Pesquisa de Jurisprudência, há referência a 11 ações com essa justificativa. O termo aparece na seguinte citação, em decisão de relatoria do Min. Celso de Mello “O alto significado político-jurídico dessa participação institucional das agremiações partidárias, no plano do controle normativo abstrato, foi bem destacado no duto magistério expendido por CLÊMERTON MERLIN CLÉVE (“A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 171/172, 2ª ed., 2000, RT): “Por outro lado, a legitimidade ativa dos partidos vem contribuir para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito, uma vez que fortalece o direito de oposição. Ora, a maioria não é todo o Parlamento. Há as minorias ali representadas que, devidamente articuladas, formam o bloco de oposição. Cabe a esta, a oposição, propor modelos políticos alternativos e, mais do que isso, provocar a ação fiscalizadora do Parlamento. Sabe-se dos efeitos que essas atuações produzem, mormente no contexto de uma sociedade plural que admite, sem maiores restrições, a **liberdade de imprensa**. A Constituição de 1988 preocupou-se com o direito de oposição, a começar quando inscreve entre os fundamentos da república o pluralismo político (art. 1º da CF). Por esse motivo, todas foram excluídas da análise.

Outras, após a leitura dos acórdãos, indicaram a não pertinência com a temática das políticas públicas de comunicação, muito embora estejam diretamente relacionadas à liberdade de expressão do pensamento, como foram os casos das ADIs 1969 e 4274 que tratavam respectivamente do direito à reunião e da liberdade de manifestação pública para a descriminalização do uso de maconha, o mesmo objeto da ADPF 187, também excluída da base de dados para a análise.

Feitas as exclusões mencionadas, chegou-se ao número final de 40 ações.

Para a análise efetiva das ações, outro recorte foi estabelecido. Optou-se por analisar somente as ações que receberam julgamento definitivo do plenário do STF, com ou sem a análise do mérito, em um total de 21, excluindo-se as que receberam apenas julgamento liminar, quatro delas, e aquelas nas quais o relator já proferiu voto, no entanto, o processo ainda não se encerrou, juntamente com as que ainda não foram apreciadas pelos respectivos relatores, estando nessa situação 15 ações, totalizando as 40 que compõe o banco de dados para análise. As ações pendentes, juntamente com outras que certamente serão protocoladas, serão objeto de análises futuras, pois pretende-se continuar com a investigação objeto da presente pesquisa, em uma atividade constante de observatório do Supremo Tribunal Federal relativo às políticas de comunicação. As seguintes ações, portanto, foram excluídas da análise: ADI 2566, ADI 2677, ADI 3987, ADI 4451, ADI 4679, ADI 4923, ADI 4747, ADI 4756, ADI 5275, ADI 5415, ADI 5424, ADI 5432, ADI 5436, ADI 5613, ADO 9, ADO 10, ADO 11, ADPF 246 e ADPF 379.

Diante disso, as 21 ações analisadas na pesquisa são as que seguem: ADI 821, ADI 869, ADI 956, ADI 1755, ADI 2404, ADI 2815, ADI 3741, ADI 3742, ADI 3743, ADI 3758, ADI 3927, ADI 392, ADI 2398, ADI 3907, ADI 3944, ADI 4077, ADI 4741, ADI 4815, ADPF 130, ADPF 137 e ADO 22.

No presente trabalho foram analisadas as seguintes ações relacionadas à classificação indicativa ADI 392, ADI 2398, ADI 2404, ADI 3907 e ADI 3927, conforme quadro abaixo.

Quadro 1 – Ações relacionadas à classificação indicativa

Ação: ADI 392

Patrocinador: Partido Socialista Brasileiro

Objeto: Impugnação de portaria de classificação indicativa

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 06/11/1990/decisão liminar: /definitiva: 20/06/1991, sem julgamento de mérito.

Relator: Marco Aurélio

Ação: ADI 2398

Patrocinador: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Objeto: Portaria de classificação indicativa

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 30/01/2001 /decisão liminar: /definitiva: 25/06/2007, sem julgamento de mérito.

Relator:

Ação: ADI 2404

Patrocinador: Partido Trabalhista Brasileiro

Objeto: Impugnação da classificação indicativa

Amigo da Corte: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, Agência de Notícias do Direito da Infância – ANDI, Instituto Alana, Conectas Direitos Humanos.

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 06/02/2001/decisão liminar: /definitiva: 31/08/2016, com julgamento de mérito.

Relator: Dias Tóffoli

Ação: ADI 3907

Patrocinador: Partido Popular Socialista

Objeto: Impugnação de portaria de classificação indicativa

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 20/06/2007 /decisão liminar: /definitiva: 27/06/2007, sem julgamento de mérito.

Relator: Eros Grau

Ação: ADI 3927

Patrocinador: Partido Popular Socialista

Objeto: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS em face da Portaria 1.220, de 11.07.2007, do Ministro de Estado da Justiça, que introduziu nova regulamentação das normas legais “relativas ao processo de classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres” (fls. 18-27).

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 23/07/2007 /decisão liminar: /definitiva: 01/08/2007, sem julgamento de mérito.

Relator: Ellen Gracie

FONTE – Elaborado pelo autor.

Para a análise do objetivo específico da pesquisa, o método utilizado foi o indutivo, aplicando-se técnica de pesquisa semelhante a do estudo de doutoramento do proponente.

Para a análise dos julgados, a pesquisa inicialmente previa a utilização de técnica de pesquisa empregada na tese de doutoramento do pesquisador, que consistia na leitura minuciosa dos acórdãos proferidos pelo Supremo, analisando-se o relatório de cada ação, os votos proferidos pelos Ministros e os debates que surgiram no julgamento das ações.

No entanto, considerando o alto número de ações selecionadas para análise optou-se por analisar somente as ementas, acórdãos, relatórios e votos dos relatores. Na proposta da pesquisa, essa questão já havia sido evidenciada, indicando-se naquela oportunidade que especial atenção na análise seria conferida à ementa e ao acórdão, pois considera-se, de acordo com Silva (2013, p. 568), que a esses documentos expressam “*the only two collective products of this decision-making process*” (os únicos dois produtos coletivos do processo de decisão – tradução minha) do Supremo.¹²

Ademais, tal como considerado na tese de doutoramento, reconhece-se aqui também que ao relator são atribuídas inúmeras funções decisórias, como por exemplo: ordenar e dirigir o processo, submeter questões de ordem ao plenário, determinar as medidas em caráter de urgência, com apreciação *ad referendum* do colegiado, pedir dia para julgamento dos processos quando já tiver proferido o seu voto. Ainda pode arquivar ou negar recurso intempestivo, incabível ou que contraria jurisprudência do tribunal, dentre outras funções.

Sobre o papel dos relatores no âmbito congressual, Souza (2003, p. 43) menciona que os ocupantes dessa função exercem um

papel importante nos processos decisórios na medida que influem sobremaneira na elaboração dos anteprojetos encaminhados à votação. Como centralizadores de todas as informações disponíveis no âmbito de sua atuação formal, os relatores dispõem de um amplo raio de intervenção no que se refere ao conteúdo mesmo das proposições contidas em seus pareceres.

Essa constatação pode ser feita também no âmbito judicial, onde o relator de um processo exerce uma função privilegiada em relação aos demais membros

¹² No entanto, é importante frisar que não se desconsidera aqui e também não se desconhece que essa opção de análise não é imune de críticas e questionamentos quanto ao recorte efetuado. Alguns trabalhos contestam essa opção, tais como Silva (2016) e Costa (2014). Também não se desconsidera que o processo decisório do STF é caracterizado pelo julgamento em série, com apresentação dos votos dos Ministros em separado. Contudo, como dito e com Silva (2013), ementa e acórdão são os documentos coletivos da corte.

juizadores, concentrando em suas mãos grandes poderes, “[...] isso porque é ele quem escreve o relatório distribuído para os outros Ministros tomarem conhecimento do caso, sendo dele a primeira opinião a ser manifestada sobre o assunto.” (OLIVEIRA, 2006, p. 87).

Para a análise dos julgados considerou-se: quem foi o proponente da ação; qual o pedido feito na ação, ou seja, qual a argumentação de confronto entre a lei questionada e o texto constitucional; a época em que foi questionada a constitucionalidade da lei e quando a ação foi julgada, no intuito de analisar o lapso temporal entre a entrada em vigor da lei, o seu questionamento junto ao Supremo e a efetiva decisão proferida por esse órgão; decisão consensual ou não, ou em outros termos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou por maioria de votos; se a decisão foi por maioria, qual o Ministro que criou o impasse no julgamento e com qual argumento.

Na análise das ações, os argumentos dos Ministros serão reproduzidos em trechos e na íntegra e ao final da apresentação dos argumentos dos Ministros, serão traçadas breves considerações sobre o julgado.

A técnica de pesquisa proposta se aproxima ao que foi mencionado por Canotilho (2003, p. 1120) como método de trabalho *briefing a case*, pois foram contextualizados os casos, analisados os textos e os significados das normas, apresentadas as controvérsias constitucionais, os argumentos, a retórica argumentativa, e por fim, a decisão do caso pelo STF, tal como sugerido por Canotilho.

Trata-se, portanto, de “um exercício de Dogmática da Decisão, mediante análise crítica de algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal”. (RAMOS, 2015, p. 30).

3. Apresentação dos julgados

3.1 ADI 392

O Partido Socialista Brasileiro ajuizou, em 06 de novembro de 1990, Ação Direta de Inconstitucionalidade contestando a Portaria n. 773/90 do Ministro do Estado da Justiça e que regulamentava a classificação indicativa.

O partido político alega resumidamente e de acordo com o relatório do Ministro Marco Aurélio que a portaria ministerial “atropelou o Congresso Nacional”, responsável para editar a norma, conforme artigos 21, XVI (Compete à União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão) e 220; § 3º, I (Compete à lei federal 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 de mostre inadequada) da Constituição. Alega ainda o partido que tal ato do Ministério da Justiça desarmoniza os Poderes.

No voto, proferido em 20 de junho de 1991, o Ministro Marco Aurélio afirma que a base do pleito está exatamente no artigo 220, já citado, “sem ferimento à regra norteadora da liberdade de manifestação do pensamento”. No entanto, resolve a demanda por carência de ação tendo em vista a impossibilidade de impugnar portaria ministerial mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade. Por unanimidade o Tribunal não conheceu da ação.

3.2 ADI 2398

Trata-se o caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 30 de janeiro de 2001, contra a Portaria n. 796/00 que disciplinava a classificação indicativa.

De acordo com o ministro relator Cezar Peluso, resumidamente e dentre outros motivos, o Conselho pede a declaração de inconstitucionalidade, argumentando, que falta competência ao Ministro da Justiça para o ato e que o conteúdo da Portaria implicaria censura prévia e restrição à liberdade de expressão artística.

O ministro relator, em 04 de novembro de 2006, monocraticamente extingue o processo sem apreciação do mérito por entender que a questão trata-se de juízo

de “legalidade, e, não, no da constitucionalidade, o que impede cognição da demanda por esta Corte”, indicando precedentes da corte, inclusive a ADI n. 392 acima mencionada.

A decisão monocrática foi objeto de Agravo Regimental, negado por maioria da corte, 6 votos contra 5 (incluindo aqui o ministro Marco Aurélio, que nesta oportunidade aceita analisar o pedido para tratar de eventual afronta à liberdade de expressão).

3.3 ADI 2404

O Partido Trabalhista Brasileiro, de acordo com o relatório do ministro Dias Tóffoli, ajuizou, em 06 de fevereiro de 2001, Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a constitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no artigo 254 da lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de seguinte teor: “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 partido autor alega que o dispositivo infraconstitucional afronta o disposto no artigo 21, XVI, artigo 5º IX (é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença) e 220, caput e parágrafos da Constituição, alegando que a regra infraconstitucional cria proibição e impõe penalidades, contrariando assim o texto constitucional no que diz respeito à liberdade de expressão do pensamento.

No voto o ministro relator indica que a própria Constituição “delineou as regras de sopesamento” dos valores constitucionais em jogo, quais sejam, a liberdade de expressão dos meios de comunicação e os direitos das crianças e adolescentes.

Menciona que a Corte já decidiu, em momento antológico, referindo-se expressamente à ADPF 130 (Lei de Imprensa), pela “plenitude do exercício da

liberdade de expressão como decorrência imanente da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação/potencialização de outras liberdades constitucionais” e que na oportunidade “foi assentada a regulação estritamente constitucional do tema, imunizando o direito de livre expressão contra tentativas de disciplina ou autorização prévias por parte de norma hierarquicamente inferior”, reconhecendo-se “a existência de óbice constitucional ao controle prévio pelo Poder Público do conteúdo objeto de expressão”.

Segundo o ministro o que está sendo discutido neste ADI é a “liberdade de expressão em sua dimensão instrumental”, no sentido da liberdade de programação das emissoras, em confronto aos direitos das crianças e adolescentes.

De acordo com o voto do relator, a classificação indicativa, mesmo visando o público vulnerável das crianças e adolescentes, direciona-se aos pais, que no exercício do poder familiar, devem ser informados sobre a classificação dos programas televisivos e diversões públicas.

Seguindo esse raciocínio, a regulamentação do dispositivo constitucional não pode ser dirigida às emissoras de radiodifusão, pois tais regras tratam-se de orientações aos pais, que aplicarão ou não essas orientações aos seus filhos. Diante disso, “O exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia”.

Aduz ainda que o dispositivo infralegal questionado “teria conferido obrigatoriedade a uma classificação constitucionalmente qualificada como indicativa”.

Ainda para o ministro relator a classificação indicativa configura censura prévia, o que é proibido pelo texto constitucional, caso determine o horário da programação. A única obrigação resultante é a divulgação da classificação como orientação aos pais.

Também indica o ministro relator a regulamentação no plano internacional, através de uma análise de direito comparado (Estados Unidos, Canadá, Catalunha e Portugal), apresentando a classificação em alguns países e que optaram pela autorregulação. Argumenta o ministro que

o modelo de classificação eminentemente estatal, como o brasileiro, está distante das tendências dos marcos regulatórios de muitas democracias

ocidentais. Esses modelos internacionais são exemplos de sistemas que estimulam as emissoras de radiodifusão a se envolverem de forma mais responsável na proteção do público infante-juvenil, em face da sua programação, apresentando e tornando pública suas posições – o que é monitorado pela sociedade e pelos próprios telespectadores -, de forma que o Estado não participa diretamente da atividade de classificação, oferecendo apenas os parâmetros gerais e incentivando o exercício da autorregulamentação, por intermédio de seus órgãos regulatórios, os quais somente atuam caso haja falhas ou abusos no sistema.

O Plenário do STF, em 31 de agosto de 2016, por maioria, julgou procedente a ação, nos termos do voto do relator, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado. Vencidos os ministros Marco Aurélio, que julgou em maior extensão, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. (O acórdão ainda não está disponível na íntegra, por este motivo, não foi possível analisar os votos contrários ao do relator).

3.4 ADI 3907

O Partido Popular Socialista ajuizou, em 20 de junho de 2007, Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual questiona a constitucionalidade da Portaria 264/07 do Ministro de Estado da Justiça que regulamenta a classificação indicativa, alegando afronta ao artigo 5º, inciso IX, e ao artigo 220, *caput* e § 1º, inciso I, da Constituição. Sustenta na inicial que o ato “visa a reestabelecer a censura”, de acordo com o voto monocrático do ministro Eros Grau.

O ministro relator nega seguinte a ADI, em 20 de junho de 2007, alegando, em síntese, que “O entendimento da Corte é firme no sentido de a ação direta não ser via adequada para a impugnação de atos regulamentares”, como foi o caso da portaria ministerial impugnada.

3.5 ADI 3927

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Popular Socialista, em 23 de julho de 2007, em face da Portaria 1.220, de 11.07.2007, do Ministro de Estado da Justiça, que introduziu nova regulamentação das normas legais relativas ao processo de classificação indicativa.

De acordo com a ministra relatora Ellen Gracie, o requerente alega “direta afronta ao princípio da liberdade de expressão e à proibição a qualquer tipo de restrição à manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação”.

A ministra relatora, em 01 de agosto de 2007, nega seguimento a ação fundamentando o voto na jurisprudência do STF em considerar que ADI “não constitui via adequada para a impugnação de atos que se revelaram flagrantemente regulamentares”.

4. Considerações sobre os julgamentos em sede de conclusão

O enfrentamento da questão relacionada à classificação indicativa no Supremo Tribunal Federal, prevista constitucionalmente nos artigos 21, VI e 220, § 3º, I, se deu em cinco oportunidades, via Ações Diretas de Inconstitucionalidade, conforme visto. Dos cinco questionamentos junto ao STF, em quatro delas, a normatividade impugnada referia-se a portarias do Ministério da Justiça. Quatro das cinco ações foram protocoladas por partidos políticos.

A opção dos patrocinadores das ADIs nesses casos mostrou-se inadequada tendo em vista que as mesmas resvalaram em questões processuais, pois o STF histórica e sistematicamente entendeu que atos regulamentares infralegais não podem ser objeto de questionamento via ADI. Não havendo nesses casos o enfrentamento da questão de mérito pelo Supremo.

Em uma das ADIs (ADI 2404) o questionamento se deu em relação a dispositivo legal. A norma questionada como inconstitucional tratava-se de expressão contida em artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente. Admitida a análise, a corte enfrentou o mérito da questão.

Neste caso, o STF teve a oportunidade de tratar da temática da liberdade de expressão do pensamento, fundamento do questionamento do partido político patrocinador.

No voto do relator, que foi acompanhado pela maioria dos ministros do STF, alguns pontos merecem destaque: 1 – prévio sopesamento entre os direitos de liberdade de expressão dos meios de comunicação e dos direitos da criança e do

adolescente; 2 – impossibilidade de regulação infraconstitucional da liberdade de expressão do pensamento, citando o precedente da ADPF 130; 3 – liberdade de programação das emissoras; 4 – a classificação indicativa direciona-se aos pais e não às emissoras de televisão; 5 – a norma do ECA torna obrigatório o que o texto constitucional definiu como indicativo; 6 – opção de democracias ocidentais pela autorregulação.

Em relação ao prévio sopesamento entre a liberdade dos meios e os direitos da criança e do adolescente, parece-me que o STF se equivocou nesse juízo. O sopesamento é um método de aplicação do direito, em especial, dos princípios constitucionais quando em colidência. No caso, o ministro relator entendeu que a Constituição Federal deu primazia à liberdade de programação dos meios de comunicação se confrontada ou em colisão com os direitos da criança e do adolescente. Como dito, o sopesamento é método de aplicação do direito quando há conflito em casos concretos, reais. Nada indica no texto constitucional que o constituinte tenha, de antemão, conferido prevalência para os direitos das emissoras de televisão quando em confronto com os direitos dos vulneráveis, como são as crianças e os adolescentes.

O artigo 227 da Constituição Federal, por exemplo e para contrariar esse entendimento, estabelece que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta primazia, 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” (grifo meu).

O trecho destacado no artigo citado evidencia qual a foi a preferência do constituinte. Esse grupo de vulneráveis deve ser protegido com absoluta primazia em relação aos demais interesses, mesmo os decorrentes da liberdade de expressão do pensamento, por esse motivo é que o próprio constituinte estabeleceu a necessidade da classificação indicativa para os programas de rádio e televisão.

Em relação à alegada impossibilidade de regulação infraconstitucional da liberdade de expressão do pensamento, também parece-me equivocada essa

interpretação do STF. Em vários artigos do texto constitucional, o constituinte mencionou a necessidade de legislação infraconstitucional para regular dispositivos constitucionais relacionados à liberdade de expressão do pensamento.

No Capítulo da Comunicação Social há sete previsões de leis para regular a atividade da comunicação social, são elas: artigo 220, § 3º, I (regular diversos e espetáculos públicos informando as faixas etárias a que não se recomendem) e II (estabelecer meios legais que garantam à família a possibilidade de defesa em relação a programas ou programações de rádio e televisão); artigo 220, § 4º (propaganda comercial de tabaco, bebida alcoólicas, etc); artigo 221 (regionalização da produção das emissoras de rádio e televisão); artigo 222, § 3º (regulação legal dos meios de comunicação social eletrônica); artigo 220, § 4º (regulação legal de participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas) e artigo 224 (criação do Conselho de Comunicação Social).

Ademais, o próprio caput do artigo 220 indica a possibilidade de regulação, ao dispor que “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” (grifo meu). Logo a expressão “observado o disposto nesta Constituição” são as restrições previstas nos artigos citados no parágrafo anterior, que permitem restrições, por exemplo, ao capital estrangeiro, ao conteúdo não regional, à propaganda de tabaco e bebida alcoólica e, por fim, a programas e programações não recomendados para crianças e adolescentes.

Em relação à alegada liberdade de programação das emissoras, também me parece equivocada a interpretação do STF. O artigo 221 é expresso e claro em sentido contrário. As emissoras de rádio e televisão, em termos estritamente jurídicos, não têm liberdade de programação, pois, de acordo com o artigo mencionado, “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.” (grifo meu) Logo se vê que o texto constitucional é imperativo e não discricionário no diz respeito à programação das emissoras de rádio e televisão.

No que diz respeito ao direcionamento aos pais da classificação indicativa e não aos meios de comunicação, parece-me novamente equivocado o STF. Aqui trata-se de raciocínio lógico e de interpretação sistemática. Se o constituinte quisesse, de fato, direcionar aos pais e à família as regras sobre a classificação indicativa, as teria mencionado no Capítulo da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (artigos 226 a 230) e não no Capítulo que trata especificamente da Comunicação Social (artigos 220 a 224). Se a classificação indicativa está alocada no Capítulo da Constituição Federal que trata da Comunicação Social, em especial, das empresas de comunicação, em um raciocínio lógico e sistemático, permite-se deduzir que tais regras são direcionadas aos meios e não aos pais dos radiouvintes ou telespectadores menores de idade.

Em relação à alegação de que o ECA teria tornado obrigatório o que é indicativo, entendo que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo tornou inócua a própria regra constitucional, que almejava proteger as crianças e os adolescentes em relação programas nocivos. Indicação sem punição, no caso de descumprimento da indicação, é regra vazia de conteúdo.

Do mesmo modo, com a decisão, o STF afastou qualquer possibilidade dos cidadãos defenderem-se de programas e programações televisivos e radiofônicos contrários ao disposto no artigo 221 do texto constitucional. Repita-se, mera indicação, sem possibilidade de restrição, soa vazio.

A decisão do STF tornou a política pública de comunicação de classificação indicativa, prevista constitucionalmente, sem efeito. Algumas notícias publicadas imediatamente após a decisão do Supremo comprovam essa percepção. O site de notícias UOL publicou, em 21 de setembro de 2016, por exemplo, que a Rede Record exibiu, à época, reprise de novela contendo cenas de sexo e violência às 16 horas, novela que anteriormente fora exibida às 22 horas¹³.

¹³ <http://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/televisao/nova-classificacao-indicativa-libera-sexo-e-violencia-na-tv-a-tarde-12647>

Por fim, parece-me também equivocada a opção do STF pela autorregulação. Tal posicionamento, a meu ver contraria frontalmente o texto constitucional e a própria sistemática jurídica das atividades de comunicação social, em especial, as de rádio e televisão, destinatárias da classificação indicativa.

A Constituição Federal de 1988 disciplinou que compete à União explorar, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (artigo 21, XIII, a). Muito embora o texto constitucional não tenha qualificando esses serviços como públicos, de fato o são, em uma interpretação sistemática do dispositivo em questão, logo, trata-se de um serviço público que pode e deve ser regulado pelo detentor desse serviço, no caso, a União, sendo dela inclusive a competência administrativa (artigo 21, XVI) e legislativa (artigo 220, § 3º, I e II) para exercer a classificação indicativa, de diversões e de programas de rádio e televisão. Neste último aspecto, a decisão do STF, ao indicar a opção pela autorregulação, contrariou frontalmente a literalidade da Constituição Federal.

Referências

- AGUILLAR, F. H. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2006.
- BRITTOS, V. C.; NAZÁRIO, P. M. Conselho Federal de Jornalismo: uma corporação necessária. **Revista de Estudios para el Desarrollo Social de la Comunicación**, Sevilha, n. 06, p. 63-82, 2011.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, V. M. de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, J. E. **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.
- COSTA, T. M. da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 10(1), p. 119-154, 2014.
- GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GONÇALVES, M. E. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.
- KOERNER, A; MACIEL, D. A. Sentidos da judicialização da política: Duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-134, 2002.
- MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

- MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, C. H. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- NAPOLITANO, C. J. A judicialização da política no Supremo Tribunal Federal: análise de julgamentos relacionados à reforma do Estado nos anos 90. **Doutorado em Sociologia**. Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2008.
- NITRINI, R. V. Liberdade de informação e proteção ao sigilo da fonte: desafios constitucionais na era da informação digital. **Mestrado em Direito**. USP, São Paulo, 2013.
- OLIVEIRA, F. L. Justiça, profissionalismo e política: O Supremo Tribunal Federal e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil (1988-2003). 2006. 249 fls. **Doutorado em Ciências Sociais** – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2006.
- RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REALE JUNIOR, M. Limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul./dez. 2010.
- SADEK, M. T. A organização do poder judiciário no Brasil. In: _____. (Org.) **Uma introdução ao estudo da justiça**. São Paulo: Idesp/ed. Sumaré, 1995. p. 9-16.
- SHAPIRO, M.; SWEET, A. S.. **On law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **RDA**, Rio de Janeiro, 250, p. 197-227, 2009.
- SILVA, V. A. da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, V. A. da. Deciding without deliberation. **IJCL**, v. 11, n. 3, 557-584, 2013.
- SILVA, V. A. da. O relator dá voz ao STF? **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, 2, p. 648-669, 2016.
- SOUZA, M. T. O processo decisório na constituição de 1988: práticas institucionais. **Lua Nova**, São Paulo, n. 58, p. 37-60, 2003.
- TATE, C. N., VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1994.
- VIANNA, L. W.; et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIEIRA, O. V. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ZYLBERSZTAJN, J. Regulação de mídia e colisão entre direitos fundamentais. **Mestrado em Direito**. USP, São Paulo, 2008.