

ASPECTOS DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA DE PROGRAMAS DE TELEVISÃO EM UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

ASPECTS OF THE CLASSIFICATION OF TELEVISION PROGRAMS IN A DEMOCRATIC SOCIETY

SÉRGIO L. B. F. REIS¹

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 pátrio. 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.

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.

Key words: classificative indication, censorship.

Sumário: Introdução - 1 Censura - 2 A Televisão - 3 A origem da classificação indicativa e a experiência norte-americana - 4 Fundamento da classificação indicativa no Brasil - 4.1 Publicidade infantil - 5 Legitimidade da classificação indicativa - 6 Perspectivas para a classificação indicativa - Conclusão - Referências.

¹ Especialista em Regulação da Atividade Audiovisual da ANCINE (Agência Nacional do Cinema). Advogado. Graduado em Direito pela UERJ. Pós-graduado em Direito da Propriedade Industrial pela UERJ. Mestre em Direito da Universidade Cândido Mendes na área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento. E-mail: sergio.reis@ancine.gov.br

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar alguns aspectos da classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e a outros meios de comunicação, e, mais especificamente no que diz respeito à Portaria n. 1.220, de 11 de julho de 2007, do Ministério de Justiça, cuja finalidade é regulamentar alguns dispositivos da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CRFB/88), do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e de outras leis federais.

A Portaria nº. 264, de 09 de fevereiro de 2007, do Ministério de Justiça que regulamentava anteriormente o tema, quando publicada, foi vista por certos setores como um indício de retorno a um período de censura. Cabe especificamente menção à posição 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, como pode ser observado:

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 (Jornal do Senado, Edição de 11 a 17 de junho de 2007, p. 4).

Cabe menção também o posicionamento do ex-deputado federal Paulo Freire, se expressando enquanto presidente do Partido Popular Socialista - PPS, 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", conforme exposto pela Agência Brasil em 21 de junho de 2007. Neste contexto, o Partido Popular Socialista propôs Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto a Portaria n. 264/2007, que anteriormente normatizava a classificação indicativa.

Esta ADIN, No. 3907-5/2007, 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 regulamentares, cabendo menção a posição do Ministro Eros Grau no acórdão:

O Pleno negou provimento ao recurso, com o que manteve a jurisprudência.

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

Desta forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal tratou de aspectos preliminares, processuais, e não chegou a abordar o mérito da questão, qual seja, se a classificação indicativa caracteriza uma forma de censura e afronta os princípios constitucionais que vedam esta prática.

É fato que em diversos momentos políticos do país a censura foi utilizada como um instrumento de manipulação social e que a vitória da democracia e da liberdade de expressão teve um preço muito alto, que foi pago em sangue, e até os dias de hoje existem feridas não cicatrizadas por conta de tais lutas. Por outro lado, também não cabe utilizar o argumento de "indício de censura" contra todo e qualquer instrumento que venha a ser criado no novo ambiente democrático brasileiro, com o objetivo de regular conteúdo, mais especificamente o conteúdo audiovisual.

Desta forma, pretende o presente trabalho analisar certos aspectos legais e constitucionais acerca da classificação indicativa e da portaria que a regulamenta e concluir acerca da viabilidade ou inviabilidade do instrumento normativo. Como estrutura deste trabalho, inicialmente será examinado o que é entendido como censura, para depois ser analisado o que é a televisão, e, posteriormente, estabelecer um entendimento de classificação indicativa e seu posicionamento frente ao ordenamento nacional.

1 CENSURA

A censura pode ser vista como uma limitação da veiculação de certo conteúdo imposta por um terceiro. Ao abordarmos tal definição, cabe menção à definição do Professor Luís Roberto Barroso de censura: "Censura é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação de pensamento, como condição prévia de sua veiculação" (2001, p. 130-132). Com a devida vênia, discordamos desta posição do ilustre professor e preferimos focar na questão da limitação da distribuição. O conceito adotado pelo professor estaria mais próximo ao adotado no trabalho relativo a censura prévia, que seria uma espécie de censura.

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 um regime de exceção, como 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 a 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 a veiculação.

Deve-se também atentar para a existência de formas legítimas de limitação da veiculação de um determinado conteúdo. Tal pode se dar em situações envolvendo o direito de autor, nas quais o autor, por sua vontade, não deseja veicular a 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 da obra. Estas formas legítimas de limitação da circulação de um conteúdo não se caracterizam como meios de censura.

Outra forma de limitação da circulação de um conteúdo é a auto-censura, ou seja, quando o indivíduo, ou uma instituição, optam por não veicular um determinado conteúdo. Quando esta conduta é tomada pelo indivíduo que criou o conteúdo, este fato não gera grandes repercussões. No entanto, quando a auto-censura se dá no âmbito de uma estrutura corporativa, a questão se torna mais complexa. A complexidade diz respeito aos motivos pela qual uma empresa opta por não veicular um conteúdo já produzido em seu interior, por seus empregados ou com recursos da empresa. No que diz respeito especificamente à classificação indicativa, objeto deste trabalho, a auto-censura tende a não trazer problemas, muito pelo contrário, até permite com que o Estado numa situação extrema sequer tivesse que atuar nesta questão, na hipótese em que a auto-censura atingisse os objetivos socialmente pretendidos. No entanto, cabe ressaltar que a auto-censura dos meios de comunicação em certas situações pode ser visto como um sério problema, como, por exemplo, no setor de jornalismo onde a divulgação dos fatos é algo de grande importância.

Ainda em relação a censura propriamente dita, cabe ressaltar que a limitação da veiculação deve ser imposta por um terceiro. Analisando-se a questão do terceiro, este pode ser um agente privado ou o Estado. Neste

contexto, a ação de um agente privado que limite a circulação do conteúdo de um terceiro deve ser visto como um ilícito civil e ter tratamento no âmbito da responsabilidade civil, e, eventualmente, até mesmo no âmbito do direito da concorrência ou na esfera criminal. No entanto, há um problema mais grave quando o agente inibidor da circulação é um agente do Estado, e, que, em última instância, pode ser considerado como o próprio Estado atuando. Cabe reproduzir o Capítulo V do Título VIII - Da Ordem Social da CRFB/88 que versa sobre 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 (grifo nosso).

§ 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.

Ora, se o Estado é o agente censurador, esta conduta não traz prejuízos tão somente na esfera de direitos patrimoniais e morais de um indivíduo, mas afronta a ordem democrática como um todo, de tal maneira que a mera responsabilidade civil e o retorno ao *status quo* ante não são suficientes. Como os direitos individuais têm a idéia de proteger o indivíduo de uma atuação repressora do Estado. Dentro de uma perspectiva histórica, tem-se que numa visão do liberalismo clássico, tinha-se os direitos fundamentais como direitos de defesa em face do Estado. Tal situação estaria associada à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Neste sentido, cabe menção ao trabalho do professor Daniel Sarmiento (2004) que aprofunda significativamente a análise dos direitos fundamentais e a possibilidade da eficácia horizontal de tais direitos. Tais conceitos tem afinidade com o tema do presente trabalho mas infelizmente não serão tratados nesta oportunidade para que seja mantida a objetividade e o foco no tema.

Desta forma, a censura não será somente um ilícito civil, mas também um perigoso sinal de deficit democrático, que acarreta danos a todas as

partes da sociedade e gera uma crise no sistema como um todo.

2 A TELEVISÃO

Neste momento iremos tratar alguns aspectos da televisão, o meio de comunicação sobre o qual incide a classificação indicativa de forma significativa. A televisão em sua origem foi uma criação coletiva envolvendo a contribuição de diversos inventores em que cada um, de uma forma própria, contribuiu para se alcançar um resultado final. A televisão pode ser considerada como uma das grandes invenções da década de 20, 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 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 ampliação dos canais e da grade de programação, o uso e a diminuição dos custos relativos as 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 transmissão de conteúdo audiovisual com um maior

número de canais e a possibilidade de diversificação e variedade de conteúdo. No Brasil, atualmente, estima-se que 16% da população tenham acesso a TV a cabo.

Delineando as tendências para a televisão, de uma forma bastante superficial tendo em vista que este não é o escopo do trabalho, tem-se 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, pela adoção do modelo de televisão digital, que tende a permitir uma ampliação do número de canais de transmissão e uma qualidade de sinal que permite o acesso a TV aberta com boa qualidade 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 da quantidade de televisores. Neste contexto, se antigamente uma televisão custava praticamente o valor de um carro, hoje em dia a queda de preço cria uma tendência da classe média de ter televisores nos diversos cômodos da casa e classes menos privilegiadas passam a ter capacidade de adquirir um equipamento para si.

Portanto, o cenário é bastante positivo, considerando a ampliação e diversidade de conteúdo significativa, e, ao mesmo tempo, existe a ampliação do número de televisores, que permitem um acesso fácil a tais conteúdos. No entanto, existe um aspecto negativo relativo à situação dos menores de idade que não tem ainda capacidade de discernimento, mas que possuem uma grande facilidade de acesso ao conteúdo televisivo, seja em seu quarto ou através de um televisor na sala, que cumpre as funções de entretenimento infantil. Nestas situações fica bastante presente a possibilidade de que o menor venha a ter acesso a conteúdos inadequados, tanto em situações em que o responsável não está presente, como também em situações onde o responsável mesmo agindo de forma razoavelmente diligente, permite com que o menor de idade venha a ter acesso a um conteúdo incompatível com a sua idade.

3 A ORIGEM DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA E A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Logo no início da operação dos sistemas de televisão havia um consenso sobre sua natureza de um serviço público. A distinção ficou por conta

da forma como seria feita a exploração de tal veículo, direta ou indireta. Alguns países optaram pela exploração direta do serviço pelo Estado, como a Inglaterra, com a BBC. Outros países adotaram o modelo de exploração do serviço por agentes privados sob a supervisão bastante próxima do ente público, como, por exemplo, os EUA onde uma agência reguladora, o FCC - Federal Communications Commission supervisiona e normatiza o mercado. Hoje se torna comum a adoção de modelos híbridos de convivência entre canais públicos e privados, mas sempre com uma fiscalização do Estado. Nesta evolução, a classificação indicativa surge como uma forma de concretizar o princípio do direito à informação, evoluindo em certos países para a tutela do conteúdo a ser veiculado, principalmente em relação a crianças e adolescentes.

Existem diversos países no mundo que adotaram modelos de classificação indicativa para conteúdo audiovisual com características e formatos variados dentre os quais cabe menção a Inglaterra, Austrália, Canadá, França, Hungria, Irlanda, Malásia, Holanda, Nova Zelândia, Filipinas, Polônia, Romênia, África do Sul, Tailândia e Turquia. No presente trabalho não será aprofundada a experiência internacional para não acarretar uma mudança de foco, uma vez que tem-se por objeto especificamente a questão no Brasil. Desta forma, o único modelo que será tratado de forma um pouco mais aprofundada será o modelo norte-americano, que possui uma pluralidade de esferas bastante relevante, associada à quantidade e diversidade populacional, que o torna exemplo especialmente interessante. A experiência norte-americana relativa a classificação indicativa está presente em diversos degraus e formatos, que vão desde a forma de um agente de mercado informar acerca da audiência e do perfil do programa a ser apresentado, passa por entidades de classe que atuam como agentes auto-reguladores na matéria, e, num nível hierárquico superior por órgãos governamentais que estipulam um padrão e monitoram o conteúdo disponibilizado para o mercado.

Desta forma, num primeiro nível, existe a classificação feita pelos agentes privados. Tal classificação tem por objetivo fornecer subsídios básicos para os seus consumidores acerca da programação e atender a políticas corporativas. Como característica principal tem-se que o filtro é derivado de uma análise por funcionários da empresa, que fornecem a informação. Assim, os padrões corporativos a serem adotados podem variar conforme os objetivos da empresa e associado, por exemplo, aos interesses do mercado

publicitário. Poderia ser citada como exemplo a definição dada pelo "TV Guide" de programa familiar. Esta revista norte-americana, com um grande número de assinantes, cujo foco está em prestar informações acerca da grade de programação televisiva e outras informações afins ao entretenimento televisivo, estabelece com base em critérios *interna corporis* o que seria um conteúdo de programação familiar.

Num segundo nível, tem-se a auto-regulação exercida por associações ou órgãos de classe. Neste perfil existe o modelo adotado 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, 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. 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.

Para o professor Luís Roberto Barroso (2001, p. 135), o sistema adotado pela MPAA seria classificado como um misto de auto-regulação e controle social. Com a devida vênia, entendemos que pelo fato da MPAA ser um órgão de classe estaria se estabelecendo um modelo de auto-regulação somente na qual a característica marcante é a permeabilidade que autoriza a participação de outros atores sociais. A sociedade civil só participa no limite em que a associação de classe a autoriza, seria mais uma sugestão do que uma decisão propriamente dita não caracterizando uma forma efetiva de controle social.

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 estas classificações são consideradas justas.

Cabe ressaltar que a neutralidade é relevante para dar credibilidade a análise realizada. Ademais, deve ser esclarecido que uma eventual classificação pela comissão pode ser prejudicial para a produtora ao restringir o público expectador. Neste sentido, pode se mencionar um filme feito para o público adolescente que contenha cenas violentas e sofra uma classificação restritiva como "permitido para maiores de 17 anos", o que retiraria fatia significativa do público adolescente, o consumidor alvo do filme. Daí a importância da neutralidade e proteção em relação a eventuais pressões externas.

Por fim, há um desenho legal do tema tratado na esfera legislativa e exposta no *Telecommunications Act* de 1996. Em diversos pontos, e, mais especificamente, na Seção 551 deste texto legal está expressa a necessidade de estabelecer regras acerca do conteúdo audiovisual distribuído nos mais diversos meios. Tal atribuição se situa no âmbito de atuação do Federal Communications Commission, FCC, que é a agência reguladora já mencionada anteriormente e que tem como atribuição legal para a regulação do mercado de radiodifusão de sons e imagens e a autoridade estatal a qual coube o tratamento do tema.

Desta forma, no modelo norte-americano admitem-se três formas de controle do conteúdo audiovisual. Um primeiro que se dá interna corporis, o segundo na esfera da auto-regulação e o último, através da atuação direta do Estado através de agência reguladora com atribuição para tratamento do tema.

4 FUNDAMENTO DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA NO BRASIL

A portaria que estabelece a classificação indicativa tem como um de seus fundamentos os princípios relativos à criança e ao adolescente dispostos na Constituição Federativa da República Brasileira, assim como dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei No. 8.069, de 13 de julho de 1990. 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 das mais variadas 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 estabelece os direitos dessas pessoas em desen-

volvimento e a necessidade de respeito à sua integridade, inclusive com relação à sua saúde e aos seus valores.

Outro fundamento da classificação indicativa está associado ao direito de informação, ou seja, o direito do usuário de ter conhecimento prévio relativo ao conteúdo que será exposto em sua televisão. Neste sentido, cabe ressaltar a observação feita pelo Professor Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 187) em relação ao direito à informação: "O direito fundamental à informação é tripartite: direito de informar, se informar e ser informado".

Esta informação inclusive 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 a idade. No que diz respeito ao direito de informação está também presente a idéia de que não se pode em uma sociedade moderna nivelar de uma forma em que todos os adultos venham a ser equiparados a crianças, situação que ocorreria caso fosse vedado todo e qualquer conteúdo adulto em determinados horários do dia. Desta forma, a informação tem também por finalidade permitir com que conteúdos com perfis variados possam ser transmitidos, ou seja, permite com que a população adulta venha a ter acesso a conteúdo com o seu perfil e este não tenha que ser suprimido da programação televisiva. Ademais, cabe ressaltar o disposto no inciso XVI do artigo 21 da CRFB/88, assim como o incisos I e II do parágrafo 3º do artigo 220, da Magna Carta brasileira, que também conferem fundamento a referida Portaria. Abaixo reproduzimos na íntegra o conteúdo do dispositivo constitucional para facilitar a compreensão:

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.

Este dispositivo em si já demonstra que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que deverá ser interpretado de forma ponderada com outros princípios constitucionais, alguns dos quais já expressos no próprio artigo 220, que confere ao legislador ordinário a competência para legislar através de lei federal sobre algumas limitações afetas a comunicação social. Desta forma, a noção de liberdade de expressão não pode ser vista em termos absolutos, que não permita qualquer atenuação, por mais pontual que esta seja. Neste contexto, cabe mencionar a lição do professor Richard Posner:

E, pelo fato da Primeira Emenda utilizar a expressão "liberdade de expressão ou de imprensa" sem defini-lo, assim como pelo fato da origem pré-constitucional da expressão ser obtuso e considerando que as decisões judiciais que analisam o tema ao longo do tempo não terem conseguido estabelecer um padrão e nas diversas sub-áreas relacionadas a liberdade de expressão. Tem-se o conceito legal de liberdade de expressão como algo mutável e contestável e que vai ser desenhado a partir de considerações práticas que podem ser obtidas a partir de uma análise instrumental tendo em vista que o conceito pode mudar, caso o cenário se altere. (POSNER, 2001, p. 63, tradução livre).

A noção de liberdade de expressão, assim como da noção de censura tem que evoluir de forma a não conflitar com outros valores sociais igualmente relevantes.

Cabe também enfatizar 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 traz algumas peculiaridades. O menor de idade é suscetível as mais 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 do conteúdo 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 já terá ocorrido 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 social da criança e do adolescente poderia, eventualmente, estar sendo posta em cheque. Ademais, o dano, por mais zeloso que seja o responsável pelo menor, precisa de um lapso de tempo relativamente pequeno para que venha ocorrer. Acerca do dano, cabe citar o professor Richard A. Posner: "Quanto maior a probabilidade, mas é a

expectativa de dano, e, conseqüentemente, mais significativa é a justificativa para prevenir ou punir a expressão que contenham o risco. Quanto maior a probabilidade (isto é, quanto mais certa) maior é o perigo." (POSNER, 2001, p. 65, tradução livre).

4.1 PUBLICIDADE INFANTIL

Dentro da noção da tutela de acesso por menores de idade a conteúdo audiovisual inadequado, cabe uma crítica ao sistema adotado pela portaria por excluir a publicidade televisiva do rol de conteúdo sujeito a análise prévia do artigo 5º. O artigo 5º, da Portaria n.1.220, do Ministério da Justiça que estabelece: "Não estão sujeitas à análise prévia de conteúdo no âmbito do Ministério da Justiça as seguintes obras audiovisuais: IV - Propagandas comerciais e publicitárias em geral, incluídas as propagandas vinculadas à programação. Tal matéria no modelo atual é regulamentada pelo CONAR - Conselho Nacional de Auto-Regulação Publicitária no artigo 37, seção 11 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

É fato que o dinamismo do mercado publicitário poderia ser prejudicado por mais uma fase num procedimento de veiculação de uma campanha publicitária, o que fatalmente ocorreria com uma análise prévia pelo órgão do Departamento de Justiça, sendo mais conveniente deixar que instrumentos de auto-regulação ordenem a questão. É também notório que a auto-regulação na área de publicidade é um caso de sucesso no Brasil. No entanto, deve-se observar que em contraposição a perda do dinamismo existe a proteção integral da criança e do adolescente como princípio geral no tema. Cabendo repetir os mesmos argumentos anteriormente abordados em relação ao momento do dano, esclarecendo-se que este pode acontecer ao longo de um programa televisivo de uma hora e meia, assim como em uma publicidade de 30 segundos. Também deve ser observada a suscetibilidade dos menores de idade à influência da publicidade e que o mercado de publicidade infantil em 2006 superou o valor de 200 milhões de reais. Neste tema deve ser reproduzido parte do estudo do Instituto Alana, no projeto Criança e Consumo:

A publicidade dirigida à criança deve ter limites restritos porque a criança, diferentemente do adulto, não possui discernimento para compreendê-la em sua magnitude. Para a criança, é mais difícil, até mesmo, reconhecer a mensagem publicitária como prática comercial que é, ainda que não seja clandestina, subliminar ou disfarçada. Ao

contrário do adulto, que possui mecanismos internos para compreender as diversas artimanhas utilizadas pela publicidade, a criança não tem condições de se defender dos instrumentos de persuasão criados e utilizados pela tão poderosa indústria publicitária. Deve, por isso, ser cuidadosamente protegida. [...] as crianças entre 2 e 7 anos assistem em média 12 propagandas de alimentos por dia, enquanto crianças entre 8 e 12 anos assistem até a 21 comerciais. Do total, cerca de 50% das propagandas vistas na televisão pelas crianças são de alimentos, sendo 34% de guloseimas e salgadinhos, 28% de cereais, 10% de fast food, 1% de sucos de fruta e nenhuma de frutas e legumes.

Ademais, o controle *a posteriori* do CONAR é eventualmente driblado com campanhas lançadas às sextas-feiras à noite, sem haver tempo hábil para um procedimento preventivo do órgão de auto-regulação, que só vem a ocorrer no dia útil seguinte. Assim, o mecanismo adotado pelo Departamento de Justiça através do controle anterior se mostra mais eficiente nestas hipóteses, mesmo ocasionando a perda de dinamismo.

Um outro ponto que cabe ressaltar diz respeito a pouca neutralidade do CONAR em situações ocorridas que envolvam interesse público e coletivo. Ora, se o sucesso da auto-regulamentação em litígios envolvendo dois agentes privados é notório por conta da economicidade, dinamismo e qualidade técnica das decisões, e são proferidas decisões que protegem a criança e o adolescente, em situações envolvendo o interesse público a postura do conselho é diferente. O CONAR, por conta da sua composição, tem sua atuação voltada à proteção de uma determinada classe, que compõe o seu quadro social, ficando ausente características como a permeabilidade e neutralidade, que são essenciais para um instrumento de análise de conteúdo. Cabe menção ao Estatuto Social do Conar, em seu art. 8º: "O quadro social do Conar será constituído por entidades representativas das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e dos anunciantes e, isoladamente, por agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda, e ainda por entidades privadas dotadas de personalidade jurídica e que objetivem a defesa do consumidor". Ao se analisar este item do estatuto, observa-se que na composição dos quadros sociais não existe uma permeabilidade significativa, mas tão somente uma diversidade de agentes do setor privado atuantes na área de publicidade. Neste sentido, cabe mencionar o atual posicionamento do CONAR frente à regulação por parte da ANVISA da publicidade de bebidas alcoólicas, no sentido de estabelecer a ausência de legitimidade para a agência reguladora atuar, ao invés de buscar uma solução mais conciliatória na discussão.

Não cabe no presente trabalho analisar a questão de forma

aprofundada, mas é relevante notar que a postura do CONAR e sua associação com outros órgãos de classe demonstrou uma ausência de imparcialidade, inadequada ao interesse público associado à proteção da criança e do adolescente. Ademais, observa-se que existe uma necessidade de efetiva intervenção do Estado na questão da publicidade veiculada para crianças e adolescentes visando à concretização de preceitos constitucionais e legais.

5 LEGITIMIDADE DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

Considerando que a classificação indicativa goza de fundamentos constitucionais e legais para a sua existência e que a Portaria que a normatizou possui validade ao ter sido elaborada e aprovada pelo Ministério da Justiça, órgão da administração direta com competência para tratar do tema, observa-se que a Portaria atende aos requisitos materiais e formais. Este instrumento normativo também atende a dimensão dúplice das liberdades de expressão e de imprensa. Nesta questão é necessário reproduzir 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 (BINENBOJM, 2007, p. 23).

Outro aspecto relevante diz respeito à neutralidade do agente do Estado. Tal neutralidade é essencial para que não venha o mecanismo de classificação indicativa adotado na Portaria se tornar um instrumento de censura, ou, um pouco menos que isto, um instrumento que crie distorções no ambiente concorrencial e mercadológico do segmento audiovisual brasileiro.

Dentro deste contexto, entende-se que a auto-regulação é um instrumento legítimo de solução de conflitos entre agentes de um mesmo mercado, mas esta não é a ferramenta ideal quando é necessário ponderar os interesses entre agentes sociais com os mais diversos interesses. Menção a este tema foi feita quando tratada a questão da publicidade focada na criança e no adolescente e a atuação do CONAR. Cabe ampliar tal 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 interessantes. No entanto, se observada tal instituição sobre outro enfoque, o estatuto desta associação prevê 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, tal objetivo é razoável em se tratando de uma associação de membros de um 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.

No entanto, considerando episódios da história recente brasileira, constata-se que a mera participação do Estado, por si só, não garante a neutralidade desejada no tema. Desta forma, é necessário buscar meios e instrumentos de participação dos mais diversos agentes sociais e dar ao mecanismo da classificação indicativa a permeabilidade necessária, para que sejam alcançados seus objetivos sociais. Neste modelo, o Estado é 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. Isto ficou claro inclusive no período de debates que antecedeu a Portaria nº. 264, que anteriormente regulamentava o tema, e, na qual houve uma consulta pública com intensa participação. Tal 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 participação e de opinião nos mais diversos segmentos. No que diz respeito a participação 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 [...]. 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, 2003, p. 229).

Outro mecanismo maduro que está inserido na Portaria diz respeito à possibilidade de auto-classificação do conteúdo a ser veiculado. Este direito se exercido de forma ponderada, evita a necessidade de uma intervenção de qualquer agente do Estado na esfera de atuação do agente do mercado audiovisual.

6 PERSPECTIVAS PARA A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

Um modo de alcançar mais eficiência no 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, que 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 a este televisor transmitir normalmente o programa ou bloqueá-lo. Este mecanismo produz diversas vantagens e traz um equilíbrio desejado ao setor, abaixo reproduzimos as observações do professor Baker nesta questão:

Um controle associado ao poder parental dos pais é aceito de uma forma geral. No entanto, instrumentos de comunicação que reduzam a capacidade de controle dos pais deve ser visto como uma externalidade negativa, e, por outro lado, meios que permitam o exercício de tal controle pelos pais é algo desejável. Desta forma, instrumentos que permitam uma classificação pelos pais como, por exemplo, a tecnologia do V-Chip, é algo desejável (BAKER, 2002, p. 105, tradução livre).

Ressalta-se ainda que uma medida tecnológica como esta permite uma significativa transferência do controle e avaliação da programação do Estado para o indivíduo, que passa a ter um maior controle sobre o conteúdo que será acessado. Existe uma menor interferência do Estado na esfera de decisões do cidadão no que se refere ao direito de acesso ao conteúdo audiovisual. Logicamente, a implantação de um sistema como este demanda uma conjugação de vontades e coordenação dos diversos agentes envolvidos no sentido de concretizar a ordem legal e implementar a referida medida tecnológica. Eventualmente, pode ser necessária uma atuação mais incisiva do Estado no sentido da concretização desta lei.

A título de curiosidade, pode ser mencionado que no 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* ainda não foi possível uma implantado definitivamente, apesar dos constantes esforços da Federal Communications Commission - FCC. Nos EUA, assim como no Brasil, existe a perspectiva de uma solução mais definitiva nesta questão com a implantação da TV Digital.

Outra tendência que tem sido observada no tema diz respeito à busca de formas de controle do acesso a conteúdo inadequado veiculado da 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 de difícil concretização considerando a inexistência de territorialidade característica da rede.

CONCLUSÃO

Em vista do exposto, tem-se pela constitucionalidade e legalidade da Classificação Indicativa frente ao ordenamento pátrio, assim como pela viabilidade do instrumento normativo que a concretiza, a Portaria nº. 1.220.

A classificação indicativa no formato adotado é um instrumento democrático onde o Estado atua de uma forma neutra, como um mero fórum, onde os diversos grupos sociais poderão se manifestar e debater acerca de qual conteúdo audiovisual pode ser veiculado para menores de idade. A permeabilidade através da participação coletiva tende a criar um instrumento efetivo que concretize também certos ideais democráticos. O modelo de classificação adotado é um legítimo instrumento de concretização do direito à informação do público e esta informação é uma forma de prevenir e evitar significativos danos que poderiam ocorrer em relação a crianças e adolescentes, além de uma ferramenta para um exercício melhor do pátrio poder.

Existem desafios associados às novas tecnologias que estão por vir, mas o amadurecimento dos conceitos ora implementados com certeza facilitarão o tratamento do tema. A implementação do chip que permite o controle da programação assistida nos televisores também tende a ser um uso inteligente da tecnologia a favor da proteção de diversos interesses da coletividade. Por fim, a regulação de conteúdo audiovisual feita em moldes democráticos não deve ser visto como censura, mas como um meio legítimo da sociedade concretizar seus fundamentos e fins.

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. de 2001.

BAKER, Edwin C., **Media, Markets, and Democracy**. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2002.

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.

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. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 137-211, jul./set. 2005.

CROTEAU, David; HOYNES, William. **The business of media**: corporate media and the public interest. 2. ed. Califórnia, EUA: Pine Forge Press, 2006.

FARACO, Alexandre Ditzel. Controle da qualidade da radiodifusão - Mecanismos de aplicação do artigo 221, IV, da Constituição Federal. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 14, ano 4, abr. 2006.

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

MARTINS, Vinícius Alves Portela. **Fundamentos da atividade cinematográfica e audiovisual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Editora 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. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 59-99, out./dez. 2005.

POSNER, Richard A. **Frontiers of legal theory**. EUA: Harvard University Press. 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. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, 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. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 4, n.13, p. 187-194, abr./jun. 2006.

Artigo recebido em: Julho/2009

Aceito em: Novembro/2009