

Ação Civil Pública e Programação da TV*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**

1. É inteiramente ocioso ressaltar a importância que vem assumindo a televisão, por tantos e tão variados aspectos, na sociedade contemporânea. Sobre a influência que ela exerce, como agente não só formador de opinião, mas também modelador de costumes, existe abundante literatura. A relevância dessa atuação sobe de ponto, de maneira particular, em países como o Brasil, cuja população se compõe, em parte considerável, de analfabetos e semi-analfabetos, sem possibilidade, ou com possibilidade muito escassa, de acesso a outros meios de transmissão de conhecimentos e idéias. Segundo pesquisa recentemente divulgada pela imprensa, mais de 60% dos brasileiros encontram na televisão a *única* fonte habitual de informação.

Ninguém ignora os perigos inerentes a semelhante situação. Invento tão admirável do ponto de vista técnico pode servir de veículo, indiferentemente, a mensagens suscetíveis das mais diversas valorações. Os extraordinários benefícios que a respectiva utilização é apta a proporcionar têm o contrapeso inevitável na óbvia aptidão, pelo menos equivalente, para prestar à comunidade desserviços - e causar-lhe danos - igualmente extraordinários. Trata-se, para nossa desgraça, de fenômeno rotineiro, que decerto não escapa ao mais desatento observador; isso torna dispensável a exemplificação. É fácil, assim, compreender que o ordenamento jurídico se empenhe em limitar, quanto possível, o alcance desse poder negativo e em prever remédios idôneos a neutralizá-lo sempre que ele se manifeste.

2. O problema não passou despercebido - nem se conceberia que passasse - ao legislador constituinte de 1988. Como era de esperar, enunciou-se o princípio geral em termos ostensivamente liberais: "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (art. 5º, nº IX, cuja parte final ecoa no art. 220, § 2º: "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística"). Julgou-se oportuno exorcizar fantasmas de um passado autoritário ainda próximo, que suscitava lembranças amargas. Cuidou-se, pois, de reiterar em tom solene, no início do capítulo dedicado à comunicação social, que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofreriam restrição, sem deixar-se porém de ajuntar a tal declaração de princípio significativa ressalva: "ob-

* Escrito destinado ao volume comemorativo do 10º aniversário da Lei nº 7.347, de 24.7.1985, que regulou a ação civil pública.

servado o disposto nesta Constituição” (art. 220, *caput*). Prosseguiu-se dizendo que nenhuma lei conteria dispositivo capaz de constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, mas ressalvando-se aqui também, *expressis verbis*, a observância do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV (art. 220, § 1º), isto é: a vedação do anonimato, o direito de resposta, a indenização “por dano material, moral ou à imagem”, “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, as exigências legais de qualificação profissional, o resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão. Permitimo-nos averbar, de passagem, que a remissão não há de ser considerada exaustiva, evidente como é que o uso da “liberdade de informação jornalística” precisa respeitar de igual modo outros direitos constitucionalmente protegidos: para ficarmos num único exemplo, ela não autoriza o profissional da informação a publicar obra literária sem o consentimento do autor (art. 5º, nº XXVII).

O sistema, logo se vê, não é tão rígido quanto sugere ao intérprete mais afoito uma leitura apressada do art. 5º, nº IX, e do art. 220, § 2º. Para dimensionar corretamente o complexo normativo, é mister atentar em todos os dispositivos pertinentes, sem esquecer as cláusulas de ressalva, e além disso confrontá-los e conjugá-los com outros textos, que denotam, no legislador constituinte, o propósito de orientar para fins positivos o exercício da liberdade consagrada no art. 5º, nº IX, bem como o empenho em prevenir e reprimir abusos. Assim é que o art. 221 trata de fixar os princípios a que devem atender “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão”, nos termos seguintes: “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas” (nº I); “promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação” (nº II); “regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei” (nº III); “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (nº IV).

Tais preceitos vieram a receber concretização oportuna em mais de um texto da legislação infraconstitucional: por exemplo, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.7.1990). Reza o art. 71 desse diploma: “A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços *que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*” (grifamos). Em termos mais específicos no que interessa ao presente trabalho, preceitua o art. 76, *caput*: “As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.”

3. Consciente de que pouco valeria impor deveres e proibições sem, do mesmo passo, facultar aos interessados a iniciativa de promover a prevenção e a repressão de eventuais infrações, outorgou o legislador constituinte à lei federal competência para “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” (art. 220, § 3º, nº II; grifamos). A rigor, semelhante possibilidade teria de reputar-se existente mesmo

na ausência de regra desse teor: é intuitivo que não se poderiam, sem ofensa ao art. 5º, nº XXXV, fechar as vias próprias à tutela dos interesses protegidos, no plano material, pelas normas a que acima se aludiu. Mas o fato de haver-se querido formular dispositivo especialmente consagrado ao tema evidencia uma particular - e saudável - preocupação com a necessidade de tornar efetivas as prescrições pertinentes.

Inútil frisar que a “possibilidade de se defenderem” das infrações do art. 221, devidamente posta em realce no art. 220, § 3º, nº II, de modo algum pode resolver-se em inane recomendação de comportamento *meramente negativo* por parte dos interessados - v. g., abster-se de assistir a programas refratários à disciplina constitucional. A Lei Maior com certeza se pouparia o trabalho de abrir espaço ao assunto, se o seu exclusivo intuito fosse o de conferir a cada telespectador o direito de não ligar (ou de desligar) o aparelho, todas as vezes que a programação fosse desrespeitar, ou estivesse desrespeitando, o art. 221. Para apertar (ou deixar de apertar) um botão com esse fim, é claro que ninguém precisa, nem jamais precisou, de autorização constitucional... Abstraindo-se, portanto, de outros aspectos do problema, já no plano estritamente jurídico esbarra em óbice irremovível o entendimento segundo o qual a defesa adequada, na matéria, se traduziria pura e simplesmente na abstenção individual de contemplar a telinha, ou mesmo no impedimento a que a contemple alguém sobre quem se exerça autoridade legítima (v. g., pátrio poder), bastante para justificar a intervenção.

Sem sombra de dúvida, é de outra coisa que a Constituição cogita no art. 220, § 3º, nº II. Como a ninguém se permite, salvo casos excepcionais, fazer justiça pelas próprias mãos, essa outra coisa consistirá na provocação dos poderes públicos, a fim de que coibam as transgressões, aplicando às entidades responsáveis as sanções cabíveis. Não fica excluído, é claro, que qualquer interessado se dirija aos órgãos competentes da Administração Pública. Pode mostrar-se preferível, contudo, o recurso imediato ao Judiciário, como pode suceder que se decida recorrer a ele ante a inércia da instância administrativa, ou a ineficácia de sua atuação. O exercício do direito de ação está certamente incluído entre os “meios legais” de que fala o art. 220, § 3º, nº II.

Refere-se o texto constitucional ao estabelecimento desses meios por uma “lei federal”. A alguém talvez ocorra pensar que seria preciso aguardar a edição de diploma legal destinado à regulamentação do art. 220, § 3º, nº II. Enquanto isso não acontecesse, nada de concreto se poderia fazer para dar efetividade às respectivas disposições. ⁽¹⁾ Passamos a demonstrar a errônea de semelhante suposição.

⁽¹⁾ Parte dessa premissa o pronunciamento - compreensível à luz do cargo que exerce - do vice-presidente da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, publicado na “Folha de S. Paulo” de 1.7.1995, pág. 1-3. Diz-se ali, entre outras coisas: “Como estabelecer a lei, e que eficácia ela teria, sem que se constituísse em censura, a grande questão”. O vice-presidente da ABERT naturalmente não sugere solução alguma para a “grande questão”, e a nítida impressão que se colhe é a de que a seus olhos ela seria insolúvel. No presente artigo, vamos justamente argumentar no sentido de que a lei *já existe*, e procuraremos esclarecer não a eficácia que ela “teria”, senão a que *tem* - conquanto sem a menor esperança de convencer, no particular, o vice-presidente ou qualquer outro membro da direção da ABERT...

4. O interesse (que o art. 220, § 3º, nº II, da Constituição visa a preservar) em defender-se “de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221” enquadra-se com justeza no conceito de *interesse difuso*. A tal locução, internacionalmente empregada na doutrina em sentido nem sempre unívoco, agora corresponde, no Brasil, definição legal, à semelhança do que se dá com a expressão *interesse coletivo*, que não raro aparecia na literatura para designar - junto com aquela outra, e de maneira promíscua, ou pelo menos sem diferenciação precisa ⁽²⁾ - o tipo de interesses caracterizado, do ponto de vista subjetivo, pela pertinência a uma série ao menos relativamente aberta de pessoas e, ao ângulo objetivo, pela unidade e indivisibilidade do respectivo objeto, com a conseqüência de que a satisfação de um titular não se concebe sem a concomitante satisfação de toda a série de interessados, e a lesão de um só é por força, ao mesmo tempo, lesão de todos. O conjunto desses interesses pode e costuma receber denominação genérica (*transindividuais, supraindividuais, metaindividuais*); mas entre nós, de *lege lata*, as espécies do gênero têm cada qual seu próprio *nomen iuris*, em distinção terminológica que não é lícito desconsiderar.

Encontram-se as definições no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990), onde o inciso I alude a “interesses ou direitos difusos”, assim entendidos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, enquanto o inciso II conceitua como “interesses ou direitos coletivos (...) os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. São coletivos, por exemplo, os interesses (de objeto indivisível) comuns aos partícipes de um consórcio, ou aos contribuintes de determinado tributo, ou aos estudantes matriculados em certa universidade; são difusos os interesses (também de objeto indivisível) comum aos habitantes de região sujeita a vicissitudes naturais, ou aos aficionados de um esporte, ou aos freqüentadores da mesma zona turística. Nesta segunda espécie, ao contrário do que ocorre na primeira, em vez da comunhão em vínculo jurídico, a unir os interessados entre si ou com terceiro, o que se configura é mera identidade de circunstâncias de fato, a envolver todos aqueles.

Ao interesse em que se observem os mandamentos do art. 221 da Lei Maior ajusta-se como luva a qualificação de difuso. Com efeito: em primeiro lugar, ele se caracteriza, à evidência, como “transindividual”, já que não pertence, de modo singularizado, a qualquer dos membros da comunidade, senão a um conjunto indeterminado - e, ao menos para fins práticos, indeterminável - de seres humanos. Tais seres ligam-se uns aos outros pela mera circunstância de fato de possuírem aparelhos de televisão ou, na respectiva falta, costumarem valer-se do aparelho do amigo, do vizinho, do namorado, do clube, do bar da esquina ou do salão de barbeiro. E ninguém hesitará em qualificar de indivisível o objeto de semelhante interesse, no sentido de que cada canal, num dado momento, transmite a todos a mesma e única imagem, nem se concebe modificação que se dirija só ao leitor destas linhas ou ao rabiscador delas.

⁽²⁾ Vide BARBOSA MOREIRA, “A proteção jurídica dos interesses coletivos”, in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, S. Paulo, 1984, pág. 174 (e nota 2); *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos, ibid.*, pág. 193 (e nota 1).

No texto do art. 81, incisos II e III, da Lei nº 8.078, ambas as definições - a de interesses difusos e a de interesses coletivos - vêm assinaladas por uma cláusula aparentemente restritiva: "para efeitos deste Código". Isso não deve impressionar o intérprete. As expressões de que estamos tratando constituem hoje moeda corrente na linguagem jurídica brasileira: figuram até na própria Constituição (art. 129, nº III, *fine*); e tudo aconselha a que se leiam sempre nas mesmas acepções, para evitar inúteis e nocivos mal-entendidos. De resto, para os fins do presente estudo, nenhuma dúvida se poderia admitir: a Lei nº 8.078, no art. 117, mandou incluir no texto da Lei nº 7.347, de 24.07.1985, a que nos reportaremos, expressa remissão ao próprio Código de Defesa do Consumidor, *verbis*: "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor". Ora, o art. 81, onde têm sede as supramencionadas definições, situa-se exatamente nesse Título, logo no início do respectivo Capítulo I.

5. Vamos, então, à Lei nº 7.437, que criou a chamada *ação civil pública*. Anterior embora à Carta de 1988, ela permanece em vigor, recebida que foi pela nova ordem constitucional. ⁽³⁾ No caso, até caberia falar de uma "recepção *qualificada*": a Constituição "encampou", por assim dizer, a ação civil pública, à qual alude expressamente no art. 129, nº III, tornando-a imune à volubilidade do legislador ordinário. O art. 1º da Lei nº 7.347, ao delimitar o âmbito de cabimento do remédio, arrola várias hipóteses de "responsabilidade por danos morais e patrimoniais". Estão aí abrangidos os danos ao meio ambiente (nº I), ao consumidor (nº II), "a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (nº III) e "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (nº IV). Este último inciso consagra autêntica "norma de encerramento", cuja função é a de cobrir os casos não compreendidos nos incisos antecedentes, mas havidos como merecedores de igual tratamento. Foi ele, por sinal, acrescentado pelo art. 110 do mesmo Código de Defesa do Consumidor - já, portanto, sob o vigente regime constitucional. Quadra-lhe bem a posição derradeira na enumeração, da qual, entretanto, se veria deslocado por novo acréscimo, feito pela Lei nº 8.884, de 11.06.1994, art. 88, e atinente aos danos causados "por infração da ordem econômica".

Se é certo, como se mostrou acima, que encontra lugar entre os interesses difusos o dirigido à observância, pelas emissoras de televisão, dos preceitos constantes do art. 221 da Lei Maior, segue-se, em lógica elementar, que a ação civil pública, disciplinada na Lei nº 7.347, é instrumento adequado à vindicação de

⁽³⁾ Sobre o fenômeno da *recepção* das normas jurídicas preexistentes à Constituição, *vide* por todos KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 5ª ed., Coimbra, pág. 290. Na literatura nacional, de particular interesse para a problemática versada neste artigo é a lição, em termos específicos, de JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. VIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1993, pág. 4.509: "Não tendo sido promulgada a respectiva lei federal pelo princípio da recepção jurídica continuam em vigor os dispositivos federais anteriores, que garantam à pessoa e à família os meios legais de que se possam valer contra os programas e programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221."

semelhante interesse em juízo.⁽⁴⁾ Ela constitui, sem discussão possível, um dos “meios legais” que, de acordo com o art. 220, § 3º, nº II, devem garantir “à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações (...) que contrariem o disposto no art. 221”; isto é: que não dêem a indispensável preeminência a “finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, ou que não respeitem os “valores éticos e sociais da pessoa e da família” — para só nos referirmos aos princípios (que aqui mais nos interessam) dos incisos I e IV.

Consoante o art. 5º, *caput*, da Lei nº 7.347, legitima-se à propositura da ação civil pública qualquer das seguintes entidades: Ministério Público, União, Estados e Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, e associações civis constituídas há mais de um ano, que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao interesse de que se cogita. No tocante a tais associações, “o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (art. 5º, § 4º).

É oportuno registrar que, para seu âmbito específico, traça o Estatuto da Criança e do Adolescente (editado já sob a Carta de 1988) disposições muito semelhantes às da Lei nº 7.347. O art. 201, nº V, por exemplo, habilita o Ministério Público a “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal” (note-se a ênfase dada ao assunto de que trata este trabalho). Concorre com a do Ministério Público, em matéria de interesses coletivos e difusos, a legitimação da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 210, nº II), e também a das “associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei” (art. 210, nº III).

Falando o art. 1º da Lei nº 7.347 em “responsabilidade por danos”, poderia supor-se que a ação civil pública só se prestasse a reclamar do infrator o ressarcimento de perdas e danos, expresso em condenação pecuniária. Nada mais falso. Basta ler o art. 3º: “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Significa isso que, procedente o pedido, tem o órgão judicial a possibilidade de proibir a exibição do programa incompatível com a Constituição, e bem assim, em termos gerais, a de impor à emissora que adapte sua programação às diretrizes do art. 221. Atente-se, ao propósito, no art. 11 da Lei nº 7.347: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor” (cf. o art. 213 e seu § 2º do Estatuto da

⁽⁴⁾ Já o sustentáramos no segundo de dois artigos publicados, sob o título “A Constituição e a TV”, no “Jornal do Brasil” de 18 e 20.4.1992. Nossa posição obteve o apoio de LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, *Liberdade de informação e o direito à informação verdadeira*, Rio de Janeiro, 1994, págs. 64/5.

Criança e do Adolescente). Por outro lado, não há necessidade de aguardar a consumação do dano para ingressar em juízo: a ação é exercitável a título cautelar, com o fito de evitar que aquele se consume (arts. 4º e 5º, *caput*, da Lei nº 7.347). Ademais, por força da remissão do art. 21 ao Título III do Código de Defesa do Consumidor, incidem as disposições do respectivo art. 84, de resto incorporadas recentemente ao Código de Processo Civil: ⁽⁵⁾ pode o juiz, por exemplo, aplicar multa à emissora, ou determinar medidas como busca e apreensão ou impedimento da atividade nociva, inclusive mediante requisição de força policial (Lei nº 8.078, art. 84, §§ 4º e 5º).

6. Convém prevenir aqui duas objeções. A primeira buscaria fundamento na idéia de que para muita gente é preferível, de fato, que *não sejam cumpridas* as normas jurídicas reguladoras da programação da TV. Não nos referimos, neste ponto, a pessoas que extraiam da violação algum benefício financeiro - além das próprias emissoras, por exemplo, os anunciantes de produtos ou serviços. Referimo-nos, sim, a pessoas que, por uma ou por outra razão, sintam atração particular por programas aberrantes dos princípios insculpidos no art. 221 da Constituição - dentre os quais, como é notório, mais de um costuma atingir índices altíssimos nas pesquisas de instituições especializadas. Não falta quem deteste programas educativos - e força é convir que alguns deles parecem ordenados, de propósito ou não, a inculcar que *educativo* é sinônimo de *enfadonho*. Mais: todos ou quase todos temos com certeza um lado sádico, que se compraz na visão do sangue a jorrar em abundância de buracos abertos em corpos humanos por armas brancas ou de fogo; e um lado *voyeur*, que procura saciar, na contemplação das seqüências mais ousadas de filmes “pornô” (ou de novelas “avançadas”), a curiosidade insatisfeita - resíduo de uma infância mal resolvida - sobre as relações íntimas de nossos pais ... Talvez seja maior do que se supõe o contingente daqueles cujo gosto se deixa modelar, com prazerosa submissão, por tendências do gênero. A semelhante coletividade poderia, então, atribuir-se um “interesse difuso” na exibição, reiterada *ad nauseam*, de cenas violentas ou “cruas”, ou pelo menos na predominância de programas a que seja alheia qualquer cogitação de ordem educativa, quando não na proscrição de todos os que porventura manifestem preocupações éticas ou pretensões culturais.

Em termos genéricos, o problema é real e exige atenção. Caracteriza o campo dos interesses difusos, com efeito, uma como “bipolaridade”, assinalada pelo fato de que, em dado momento sob dadas circunstâncias, bem pode acontecer que entrem em conflito aberto dois interesses sustentados por extensas coletividades, e com referência a ambos haja boas razões para entender que fazem jus a proteção.⁽⁶⁾ Basta pensar, *v. g.*, em estrada que se projeta abrir a fim de permitir o escoamento

⁽⁵⁾ Vide a nova redação dada ao art. 461 pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.

⁽⁶⁾ Consoante advertia, já há mais de vinte anos, o mais notável estudioso da matéria, “*come sempre anche qui possiamo trovarci di fronte a piu valori contrapposti, ciascuno, nel suoi giusti limiti, degno di rispetto e considerazione*” (CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi*. Intervenção no simpósio de Pavia, de 1974, publicada no volume *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padua, 1976, pág. 206).

dos produtos de região ainda isolada, com justa expectativa de proveito econômico para a população local, mas com prejuízo para a mata cuja travessia, imposta pelo projeto, ameaça causar danos ecológicos de monta.⁽⁷⁾ Casos assim suscitam dificuldades nada desprezíveis, na medida que reclamam, para decisão do conflito, a meticulosa ponderação de custos e benefícios, mercê da qual se logre assegurar, tanto quanto possível, o equilíbrio entre os sacrifícios acaso infligidos a cada um dos interesses.

No assunto de que se trata, porém, a questão está resolvida *a priori* pela Constituição mesma, que, bem ou mal, optou, e cuja opção é vinculativa para a comunidade nacional. A vista do art. 221, há um tipo de interesse difuso, julgado merecedor de tutela jurídica, à qual *não* pode aspirar, de seu lado, o interesse que se lhe contrapõe. Quem quiser dar pasto ao sadismo, ao *voyeurismo* ou à pura e simples “grossura” dispõe naturalmente da possibilidade de recorrer, dentro de certos limites, a outros meios, que não é este o lugar próprio para relacionar; não tem como exigir, todavia, que o satisfaçam por intermédio da telinha. Seria absurdo que o ordenamento jurídico viesse a proteger, de alguma forma, pretensão avessa aos seus próprios ditames.

7. A outra objeção previsível usará como ponto de apoio a disposição constitucional que veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, § 2º). Daí certamente quererá alguém tirar que não é lícito à autoridade alguma interferir na programação da TV, seja para proibir tal ou qual exibição, seja - de maneira mais geral - para forçá-la a obedecer a tais ou quais parâmetros, como os fixados no art. 221. Demonstra-se com facilidade a incorreção desse entendimento.

Conforme oportunamente ressaltado (*supra*, nº 2), o § 2º do art. 220 integra amplo conjunto de disposições atinentes, de modo direto ou indireto, à atividade dos meios de comunicação social. Para bem avaliar-lhe o significado e o alcance, é mister levar em conta todos os outros textos correlatos. Há séculos se sabe que “*incivile est, nisi tota lege perspecta, una particula eius posita, iudicare vel respondere*”.⁽⁸⁾ Não é por acaso que o art. 220, *caput*, contém a expressa ressalva “observado o disposto nesta Constituição”. Já se indicaram acima ilações óbvias dessa cláusula final. A liberdade de criação artística e de difusão de idéias e conhecimentos não é absoluta; obrigatoriamente há de respeitar outras liberdades e direitos também consagrados na Lei Maior. Aliás, *nenhuma* liberdade é, nem pode ser, absoluta: o ordenamento jurídico constitui, tem de constituir sempre, a expressão de um compromisso entre solicitações divergentes de proteção a valores suscetíveis de contrapor-se uns aos outros. A interpretação de qualquer lei, e com relevo particular a da Constituição, há de atender a essa contingência básica.

Ora, uma vez que outras liberdades e direitos devem ser preservados, é forçoso admitir alguma sorte de controle sobre as transmissões eventualmente capazes de

⁽⁷⁾ Os exemplos poderiam multiplicar-se indefinidamente. Entre nós, lembra vários outros ADA PELLEGRINI GRINOVER, “A problemática dos interesses difusos”, no volume coletivo *A tutela dos interesses difusos*, S. Paulo, 1984, págs. 31/2.

⁽⁸⁾ CELSO, no Digesto, 1.3.24.

lesá-los. Se os órgãos administrativos têm limitado seu âmbito de ação, no particular, pela proibição da censura, cumpre assegurar aos titulares daquelas liberdades e direitos (e a outros legitimados por força de norma constitucional ou legal) a utilização de meios aptos à respectiva (e eficaz) defesa, toda vez que alguma liberdade ou direito protegido seja objeto de violação, atual ou iminente, imputável a qualquer transmissão pela TV. Semelhante possibilidade tem de conviver - e na verdade convive -, no sistema constitucional brasileiro, com a vedação da censura, sem que a ninguém aproveite invocar esta vedação para contestar aquela possibilidade. Acrescente-se que isso se aplica indiferentemente aos direitos *individuais* e aos direitos *coletivos*, a que a Carta de 1988 deu, em boa hora, tão grande realce.

À vista do art. 5º, nº XXXV, da Carta da República, não comporta dúvida a juridicidade do recurso ao Poder Judiciário com o fito de impedir ou fazer cessar violações da classe em foco. Se fosse necessária (e não o é) confirmação para o que se acaba de dizer, no particular domínio de que estamos cogitando, facilmente a encontraríamos no já citado art. 220, § 3º, nº II, da própria Constituição: conforme se observou (*supra*, nº 3), o exercício do direito de ação, sem dúvida, inclui-se entre os "meios legais" de defesa contra as infrações do art. 221. Repita-se, ademais, que a ação civil pública é remédio processual apropriado para servir a essa defesa. Apurada a ocorrência, atual ou iminente, de infração, pode e deve o órgão judicial conceder ao demandante a tutela postulada, de preferência sob forma específica, em obséquio, até, à norma hoje constante do art. 461 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, e já antes aplicável à ação civil pública, *ex vi* da conjugação do art. 21 da Lei nº 7.347 com o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Vale outro tanto para a imposição de multa, independentemente de pedido do autor (art. 11, *fine*), e para a concessão de medida liminar (art. 12).

8. Perguntar-se-á: qual é, nisso tudo, a função do juiz? Confiar-lhe o poder de decidir se a atividade da emissora contraria ou não os preceitos constitucionais do art. 221 e, no caso afirmativo, condenar aquela a abster-se da violação, ou a cessá-la, não será, afinal de contas, reintroduzir por via oblíqua algo que a Lei Maior pôs ênfase em vedar? Não se configuraria, em última análise, a mera substituição da censura administrativa pela censura judiciária?

A essa indagação é fácil responder que a função do juiz, na matéria, não difere em substância da que ele é chamado a desempenhar sempre que se afirma estar ocorrendo (ou estar na iminência de ocorrer) ofensa a alguma posição subjetiva juridicamente protegida. O direito de ação é consagrado na Constituição (art. 5º, nº XXV); também o é, lógica e necessariamente, o dever de prestar jurisdição, correlato a tal direito. Não pode tolhê-lo, portanto, a proibição da censura. Sob pena de imputar-se à Carta da República palmar contradição, faz-se imperioso concluir que o exercício da função jurisdicional, no terreno de que se cuida, *não constitui censura* - conceito este que se tem de fixar levando em conta os dados do *ius positum*, e não idéias vagas, toscas, mal lapidadas, porventura circulantes no universo extrajurídico. Insista-se: para efeitos constitucionais, "censura" é, nada mais, nada menos, o que a Constituição, direta ou indiretamente, diz que é censura; e, se a Constituição, com absoluta clareza, legitima o recurso ao Judiciário em tema de programação da TV, ao mesmo tempo que veda a censura, então fica fora de dúvida

que a interferência do Judiciário, nos termos expostos, não se acha compreendida na área conceptual correspondente, segundo a Lei maior, à malsinada palavra. Inexiste outro modo de conciliar os dispositivos em foco.

O art. 221 não define, nem seria de esperar que definisse, as expressões que lhe constam do texto. Não especifica, no inciso I, o que é necessário (e suficiente) exigir da programação para reputar satisfeito o requisito da “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”; menos ainda estabelece o critério a ser aplicado para qualificar de “educativa” ou de “cultural”, por exemplo, a finalidade deste ou daquele programa. Tampouco discrimina, no inciso IV, os “valores éticos e sociais da pessoa e da família” que hão de ser respeitados. Isso de jeito algum impede ou perturba o conhecimento da matéria pelo órgão judicial. Trata-se de conceitos jurídicos indeterminados,⁽⁹⁾ a reclamar concretização caso a caso. Ora, essa é tarefa que entra no quotidiano do juiz, com a qual ele está bem familiarizado, e sem cujo exercício muito dificilmente lhe seria possível, até, processar e julgar a mais singela das causas. A cada instante, com efeito, deparam-se-lhe, nos textos que lhe compete aplicar, palavras e locuções de sentido tão pouco preciso quanto o das contidas no art. 221 da Lei Maior; e acontece com frequência que para “encher” tais recipientes flexíveis tenha o órgão judicial de recorrer a noções valorativas. Fiquemos em três exemplos sugestivos: que quer dizer “mulher honesta” no art. 215 do Código Penal? E “atos contrários à moral e aos bons costumes” no art. 395, n° III, do Código Civil? E “lealdade e boa-fé” no art. 14, n° II, do Código de Processo Civil? Se o juiz pode (*rectius*: deve) determinar o significado dessas expressões, toda vez que haja de dar ou negar aplicação aos dispositivos em que elas figuram, não há porque estranhar o fato de que lhe caiba proceder de igual maneira em relação aos dizeres do art. 221 da Constituição. Estranhável seria, isso sim, que se houvesse de deixar a determinação ao arbítrio das emissoras, isto é, dos próprios infratores potenciais ou atuais...⁽¹⁰⁾ — sem que, por outro lado, aqui como alhures, se recomende ao magistrado a atitude, também arbitrária, de impor a todos a sua individual e peculiar tabela de valores, desprezando por completo a possibilidade de serem igualmente respeitáveis, ao menos em certa medida, distintas visões do mundo em geral e do nosso problema em particular.

9. Convém ilustrar o que ficou dito com um exemplo concreto, colhido na prática do foro do Rio de Janeiro, e ao qual decerto seria possível acrescentar outros. Em junho de 1992, o Ministério Público do Estado ajuizou ação civil pública em face da Rede OM, concessionária do canal de televisão n° 9, que estava a anunciar, inclusive por meio de “chamadas” em diversos horários, a próxima exibição do filme *Calígula*, no qual se conteriam cenas de sexo explícito e de grande violência. Na inicial, pediu a condenação da ré a abster-se de exibi-lo e requereu liminar para que desde logo se determinasse à emissora “a não exibição do referido filme e a cessação de sua chamada comercial ou de *qualquer filme da mesma natureza*” (gri-

⁽⁹⁾ Sobre o assunto, vide BARBOSA MOREIRA, “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”, in *Temas de Direito Processual, Segunda Série*, 2ª ed., S. Paulo, 1988, págs. 61 e segs. (espec. 64/6).

⁽¹⁰⁾ Consoante preconizava o vice-presidente da ABERT, no pronunciamento citado em a nota 1, *supra*.

fado no original). A liminar foi concedida, sob cominação de multa diária de Cr\$ 1.000.000,00, por um magistrado, e, em juízo de retratação no agravo interposto pela ré, veio a ser revogada por outro magistrado (com invocação da norma proibitiva da censura), seguindo-se a anulação, pelo primeiro juiz, do pronunciamento revogatório, com base em irregularidade processual.

Impetrou a emissora, então, segurança contra a liminar restaurada, com requerimento de liminar, que veio a ser indeferido pelo relator do feito no Conselho da Magistratura, competente para conhecer da espécie. No julgamento do *writ*, o Conselho, em votação unânime, denegou a ordem, por Acórdão de 10.9.1992, entendendo não haver, no ato judicial impugnado, “abusividade ou ilegalidade procedimental a serem coarctadas na via rígida e estreita do *mandamus*.”

Contra essa decisão interpôs a impetrante recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça. Na fundamentação do recurso, alegou que o órgão *a quo* se havia colocado “no perigoso campo do subjetivismo”, para impedir a exibição da película por causa do “forte conteúdo de cenas de sexo explícito, violência excessiva e brutal”, características que, embora reconhecidas pela recorrente, a seu ver apenas justificariam a recomendação de que ela fosse exibida “em horário tardio, destinado, presuntivamente, ao público adulto”; tanto assim, que o órgão administrativo competente autorizara a respectiva exibição após as 23 horas. Em Acórdão de 14.12.1994, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 1ª Turma, decidiu, *unanimeamente*, não conhecer do recurso ordinário, fundando-se em que a impetração da segurança, nos termos em que se havia feito, se mostrava inadmissível: o que cabia à emissora pleitear por esse caminho era unicamente a concessão de efeito suspensivo ao agravo. Confessamos que a tese nos parece extremamente discutível, para dizer o menos ⁽¹¹⁾; mas não vem a pêlo discuti-la neste ensejo. Seja como for, o Superior Tribunal de Justiça não chegou a apreciar questão alguma referente ao mérito da causa.

O processo da ação civil pública, entretanto, havia prosseguido, e recebera do Juiz de Menores, em 19.4.1993, sentença que julgou procedente o pedido, para condenar a ré a não exibir no Estado “o filme *Calígula* como qualquer outro assemelhado que possa refletir negativamente na formação das crianças e adolescentes e, em consequência, em suas famílias”. Ajuntou o julgador que o descumprimento da obrigação de abster-se acarretaria para o responsável “o procedimento criminal pela desobediência, assim como a multa diária de três UFERJs [Unidades Fiscais do Estado do Rio de Janeiro] ou unidade fiscal equivalente.”

⁽¹¹⁾ Permanecemos fiéis à orientação fixada, em *leading case*, pelo Supremo Tribunal Federal, em Acórdão de 5.12.1973, no julgamento do Rec. Extr. n.º 76.909, relatado pelo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, in “Rev. Trim. de Jurisp.”, vol. 70, pág. 504, segundo a qual é cabível mandado de segurança contra ato judicial, desde que este não comporte recurso dotado de efeito suspensivo e haja perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, se cumprida incontinenti a decisão. A impetração, ao nosso ver, deve alvejar o próprio pronunciamento acioado de ilegal ou abusivo, e nunca o recebimento do agravo sem efeito suspensivo, que não se concebe seja uma coisa nem outra: fora dos casos excepcionais, expressos em lei (Código de Processo Civil, art. 558), o juiz incorreria em ilegalidade, isso sim, se atribuisse ao agravo efeito que o ordenamento lhe nega.

Na motivação, examinou a sentença, em primeiro lugar, a questão da existência de certificado administrativo, que só se referia a horário de exibição, para concluir que ela não obstava à apreciação judicial da matéria. Para tanto, buscou amparo no art. 221 da Constituição, afirmando que a Lei nº 7.347 constituía justamente o meio adequado para servir de “instrumento garantidor de prevenção e resguardo para o exercício dos direitos constitucionais” tutelados pela norma da Lei Maior. Invocou, a seguir, o art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que fala de “proteção integral” a uma e a outro, bem como o art. 227 da Carta da República, que garante uma série de direitos à criança e ao adolescente, a serem assegurados “com absoluta prioridade” pela família, pela sociedade e pelo Estado, observando que, “nas capitais dos Estados, a maioria dos adolescentes está acordada assistindo à televisão, principalmente quando recebem as chamadas antecipadas ou tomam conhecimento de tais filmes”. Enfrentou, por fim, o argumento relativo à vedação da censura: não é disso que se trata, senão “do resguardo de um direito inalienável do indivíduo e da família, pois do contrário o enunciado constitucional seria letra morta.”

Descumpriríamos elementar dever de prudência se nos atrevêssemos a opinar sobre o acerto ou desacerto da decisão, na *espécie*: não assistimos ao filme *Calígula*, nem pela televisão, nem em cinema, e por conseguinte falta-nos conhecimento direto da matéria de fato. A argumentação jurídica do Juiz de Menores, no entanto, é, ao nosso ver, correta. Um único reparo: quer-nos parecer que melhor teria sido restringir à hipótese *sub iudice* a condenação a não exibir, deixando outras, porventura análogas, para exame em separado, à luz das características de cada uma das diversas obras, insuscetíveis de avaliação exata *a priori*.

Registre-se, à guisa de fecho, que a emissora não apelou da sentença, a qual, destarte, transitou em julgado.

** José Carlos Barbosa Moreira é Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
