PARECER

A CONSULTA

Ilustre Procurador de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude, consulta-nos sobre a constitucionalidade do art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.7.1990), em face do preceito contido no art. 220, § 1º, da Constituição Federal, levando-se

em conta os bens jurídicos tutelados e o fato de que a cautela legal refere-se exclusivamente à comercialização do material impróprio ou inadequado, não interferindo com a linha editorial, a forma e o conteúdo da informação jornalística.

Antes de responder sinteticamente o quesito da consulta, cumpre fazer algumas considerações teóricas sobre os valores constitucionais ou bens constitucionalmente protegidos e sobre a possibilidade de restrições morais à liberdade de expressão e de informação, a fim de fixarmos as premissas doutrinárias que fundamentarão a conclusão final no sentido de que o mencionado dispositivo legal se ajusta aos ditames da Constituição de 1988.

I

Interpretação conforme a Constituição

1. O nosso sistema jurídico é informado pelo princípio da constitucionalidade que exprime a idéia de que o Estado se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincula todos os poderes e atos deles provenientes. Isso significa que a Constituição funciona como fundamento de validade das normas infraconstitucionais, no sentido de que estas valem enquanto se conformam com seus preceitos, princípios e valores, e não valem quando com estes contrastam.

2. Daí deriva o princípio de que todas as leis e atos do Poder Público hão que ser interpretados conforme a Constituição, *in harmony with the Constitution*, como se diz nos Estados Unidos, ou *die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzsen,* segundo se exprime na Alemanha.[1] O princípio originou-se do processo de controle de constitucionalidade das leis, a partir da regra de coerência do ordenamento jurídico que fundamenta a idéia de que milita em favor das leis a presunção de que foram elaboradas na forma prevista na Constituição e de que seu conteúdo se conforma com os preceitos e princípios constitucionais. Essa presunção de legitimidade de todas as normas é informada pelos valores de segurança e de estabilidade jurídicas. Fundamenta-se no fato de que a própria Constituição é que estabelece os mecanismos de averiguação da conformidade das normas jurídicas a seus preceitos, princípios e valores, decorrendo daí algumas regras importantes, como: a) a Constituição deve ser considerada como um todo harmônico; b) a inconstitucionalidade precisa ser estreme de dúvida, para ser declarada; c) em conseqüência, no caso de dúvida, deve decidir-se pela constitucionalidade da lei ou ato; d) a evolução da conjuntura deve ser considerada na apreciação da constitucionalidade.[2]

3. Lembra García de Enterría que a regra da presunção de constitucionalidade das leis não é uma simples afirmação formal de que qualquer lei se terá por válida até que seja declarada inconstitucional, pois "implica materialmente mais o seguinte: primeiro, uma confiança outorgada ao legislativo na observância e na interpretação correta dos princípios da Constituição; em segundo lugar, que uma lei não pode ser declarada inconstitucional senão quando não exista 'dúvida razoável' sobre sua contradição com a Constituição; terceiro, que quando uma lei esteja redigida em termos tão amplos que podem permitir uma interpretação inconstitucional haverá que presumir que, sempre que seja 'razoavelmente possível', o legislador entendeu que a interpretação com que haverá de aplicar-se dita lei é precisamente a que lhe permita manter-se dentro dos limites constitucionais".[3] Em outras palavras, tudo isso significa que o conflito entre a lei e a Constituição não se presume, seguindo-se daí, necessariamente, como nota Lúcio Bittencourt com arrimo em Cooley, "que as Cortes devem, se possível, dar à lei interpretação tal que lhe permita manter-se válida e eficaz — *the court, if possible, must give the statute such a constructions as will enable it to have effect* Isto, aliás, nada mais é do que afirmar que os tribunais devem interpretar a lei de acordo com a in-

tenção da legislatura, que só poderia ser a de elaborar um diploma capaz de produzir efeito jurídico e não um que se tornasse inoperante".[4] Não se tome isso como se se quisesse que o juiz interpretasse a lei recorrendo a intenção do legislador, quanto ao seu conteúdo. É apenas no sentido de que a lei é feita para durar e permanecer e reger as situações nela previstas, já que o princípio é o de que uma lei só deve deixar de existir e ser eficaz quando revogada por outra.

4. O que, em resumo, se extrai do exposto é a regra de que o juiz, antes de declarar a inconstitucionalidade da lei, deve buscar, por via interpretativa, a sua concordância com a Constituição, pois a invalidação de uma lei cria um váculo. E foi esse *horror vacui* que levou o Tribunal Constitucional alemão a formular o princípio nos termos seguintes: "é válido o princípio de que uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição".[5]

5. Essas premissas são importantes para a solução da questão que o consulente submete à nossa consideração, mas ainda não são suficientes, porque o art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente envolve valores constitucionais contrapostos: protege a criança e a juventude, com fundamento no art. 227 da Constituição, que, em algum momento, poderá estar em confronto com a liberdade de expressão e de informação jornalística assegurada no art. 220 da mesma Constituição. Então, é necessário recorrer-se à teoria dos valores na busca de um equilíbrio. Seria incompatível uma solução que, prestigiando um valor, eliminasse o outro, de vez que a Constituição quer tutelar a ambos, pois a interpretação das normas jurídicas conforme a Constituição não admite construção interpretativa que conclua com resultado contraditório com os valores constitucionais.[6] Aí é que entra a consideração do contrapeso de valores constitucionais como método universal de interpretação da Constituição.[7] Pois, "quando há valores que estão em pugna, não resta outro remédio senão buscar o equilíbrio, equilíbrio que nos introduz nos domínios mais majestosos da *Wertjurisprudenz*, jurisprudência dos valores, que faz com que a justiça constitucional tenha algo especial de que carece a justiça ordinária".[8]

6. A Constituição é um documento jurídico que alberga os valores fundamentais da sociedade, "assegura, como lembra García de Enterría, uma unidade do ordenamento essencialmente sobre a base de uma 'ordem de valores' materiais expressa nela e não sobre as simples regras formais de produção de normas".[9] A teoria dos valores reconhece que os textos constitucionais configuram escalas de valores em que uns se elevam mais que outros. O preâmbulo de nossa Constituição o referenda expressamente quando tem os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Mas aí mesmo está o apelo a "harmonia social", que vale como declarar que o princípio da harmonia entre os valores constitucionais há de orientar sua aplicação. O critério de razoabilidade, em tal contexto, se converte no parâmetro por excelência do exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, na medida em que sua aplicação consiste em examinar se o conteúdo destas estão ou não em conformidade com valores constitucionais e se, em importando restrições a algum outro valor também constitucional, o faz segundo a cláusula de necessidade numa sociedade democrática para a salvaguarda da segurança, da saúde e da moral pública.[10] Isso exige um confronto de normas que tentaremos realizar para concluir que o questionado art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente se conforma com os valores constitucionais.

II

Conteúdo do dispositivo

7. O dispositivo está assim redigido:

"Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a

crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

"Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca".

São duas as situações jurídicas objetivas consignadas no dispositivo, sem que sejam, no entanto, estanques entre si. A primeira constante do *caput* se refere à proteção da criança e do adolescente contra revistas e publicações contendo material a eles impróprio ou inadequado, hipótese em que a proteção consiste na determinação de comercialização em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo. A segunda referida no parágrafo reclama resguardo maior quando exige que as revistas e publicações que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

8. "Revistas e publicações" é expressão abrangente de qualquer meio de transmissão do pensamento escrito, embora mais especificamente se refira a jornais e periódicos, aquilo que a Constituição denomina "veículo impresso de comunicação" (art. 220, § 6º).

9. "Material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes" será todo aquele que os exponha às formas de discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, ou contenha elementos contrários ou mesmo inconvenientes à sua boa formação educacional, o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, bens protegidos no art. 227 da Constituição e no Título I do Estatuto. A expressão envolve também as mensagens pornográficas ou obscenas referidas no parágrafo único. Por isso é que dissemos que as duas situações jurídicas objetivas não são estanques. A diferença está em que, para o caso de as mensagens pornográficas ou obscenas figurarem na capa da revista ou publicação, a lei predispõe cautela mais exigente na proteção da formação moral da criança e do adolescente.

10. O conceito de pornográfico e obsceno não varia. O que é variável é a representatividade do conceito. Ariel C. Arango diz que obsceno é vocábulo de etimologia obscura. Entende, porém, que pode ser uma corruptela ou modificação do vocábulo latino *scena*, significando fora de cena. Afirma também que todos os "palavrões" são palavras obscenas. Daí conclui que "O 'palavrão' ou palavra obscena é aquela que viola as regras da cena social; a que sai do texto consagrado e diz e mostra que não deve ser visto nem ouvido. Por isso, obscenidade e pornografia são palavras que, freqüentemente, andam juntas. São vocábulos afins. Pornografia vem do grego *pornographos* que significa literalmente 'escrever sobre as rameiras'. Ou seja, a descrição da vida das prostitutas. E a obscenidade, a sexualidade impudica, é justamente o *métier* dessas mulheres. A obscenidade é, portanto, o gênero e a pornografia uma de suas espécies. E saber isso é, sem dúvida, fecundo para nossa investigação. Agora sabemos que os 'palavrões' são palavrões porque são obscenos. E são obscenos porque nomeiam sem hipocrisia, eufemismo ou pudor o que nunca deve ser mencionado em público: a sexualidade luxuriosa e autêntica".[11]

Não só por palavras, mas também por atitudes e gestos se pratica a obscenidade, como a *Folha de S. Paulo*, de 13.7.1991 (p. 1-1 e 1-5) divulgou: "Collor reage a provocação fazendo um gesto obsceno... (com o dedo médio em riste e o indicador e anular recolhido". Logo, adiante: "O gesto que o presidente Fernando Collor de Mello fez ontem, em resposta a uma manifestação em Brasília, numa alusão ao órgão genital masculino..." Gesto que causou reprovação geral não só por vir de quem veio, mas pelo seu conteúdo imoral.

11. A Constituição não é nem poderia ser neutra, indiferente, aos valores morais da sociedade. Ao contrário, ela é expressa na proteção da própria moral individual, quando assegura a indenização por dano material, moral e à imagem em decorrência do exercício da liberdade de manifestação do pensamento ou por violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, V e X), situações essas

que, entre outras, hão que ser observadas no exercício da liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação, por remissão do art. 220, § 1º, da Constituição. Ora bem, não existe moralidade pessoal que não seja o reflexo da moralidade pública, ou seja, dos valores éticos que se formam no viver social. Não se trata de defender o moralismo, o fanatismo moral, que a Constituição mesma repele na medida em que sustenta outros valores igualmente respeitáveis e essenciais à convivência humana numa sociedade justa, pluralista e sem preconceito como ela preconiza para a sociedade brasileira. O moralismo, como fanatismo moral e puritanismo, que consiste em privilegiar o valor moral contra outros valores, em tratar o valor moral como se ele devesse substituir a todos os valores, constitui uma espécie de autoritarismo abstrato, e longe de beneficiar a moral a corrompe.[12] "Condenar o moralismo não é aprovar os outros excessos que são, pela desconsideração da moral, a anarquia do desejo, a irresponsabilidade dos atos, a corrupção do amor na cumplicidade", bem o diz René le Senne,[13] que observa que o fanatismo por outros valores em depreciação da moral é outra forma de perversão, de onde resulta que, de resto, se podem confundir o moralismo e o imoralismo no vício de uma mesma deformidade.[14] Evitar o moralismo significa reconhecer que a moral tem limites, que se encontram precisamente onde começa o campo de influência de algum outro valor,[15] o que igualmente significa que os outros valores encontram seus limites no campo de influência do valor moral. Em suma, tudo isso nada mais quer dizer senão que os valores são solidários, de sorte que, se um é negligenciado ou desprezado, todos são indiretamente atingidos.[16]

12. A liberdade é um dos valores que a Constituição tem como supremos (preâmbulo). Quer isso dizer que a liberdade de informação jornalística (art. 220), como uma forma de liberdade, tem a mesma elevação. Mas a mesma Constituição impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes os direitos indicados no seu art. 227, entre os quais o direito à educação, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Em suma, aí se encontram os fundamentos constitucionais para a proteção integral à criança e ao adolescente, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, consoante dispõe o art. 3º do Estatuto, em conformidade com a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 20.11.1989, assinada pelo governo brasileiro em 26.1.90 e referendada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14.9.90. A Constituição, no citado art. 227, exige que essa proteção seja dada com absoluta prioridade. Aí a concorrência de valores, aparentemente em luta, cujo equilíbrio, como dissemos, é função da interpretação fundada na teoria dos valores.

13. O que resta fora de dúvida é que o art. 78 do Estatuto da Criança e do Adotexto valorativo, e encontra suporte no dispositivo constitucional que dá absoluta prioridade à proteção da criança e do adolescente.

III

Restrições morais à liberdade de expressão e de informação

14. Esta é uma temática delicada, que requer extremo cuidado, para não se desbordar de limites e do equilíbrio necessários à preservação essencial de valores constitucionalmente protegidos. Há de se partir da premissa básica de que a liberdade de expressão independe de censura ou de licença (art. 5º, IX) e de que é vedada a censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2º), e, portanto, a censura de natureza moral que se não está explicitamente vedada está implicitamente. Em remate, os limites que possam haver à liberdade de expressão e informação não podem importar em censura. Esta consiste na interferência do censor no conteúdo da ma-

nifestação, ou no modo de ser de sua apresentação intrínseca, ou no modo de ser do veículo de sua divulgação. Não é isso que o art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza.

15. Mas, se a liberdade é um valor essencial à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana, não é, porém, um valor absoluto e ilimitado. Isto é pacífico. A Constituição mesma indica regras de restrição às liberdades e, muitas vezes, autoriza o legislador ordinário a produzir normas restritivas.[17] Freitas Nobre, escrevendo sobre a liberdade de informação, é claro e preciso, ele que foi um defensor intransigente dessa liberdade:

"A liberdade ilimitada, distanciada do interesse social e do bem comum não é conciliável no mundo contemporâneo, porque se o pensamento é inviolável e livre, a sua exteriorização deve ser limitada pelo interesse coletivo, condicionando seu exercício ao destino do patrimônio moral da sociedade, do Estado e dos próprios indivíduos."[18]

16. O texto do pranteado jornalista, jurista e homem público admite restrições morais à liberdade. Mas a questão não é tão simples, por sujeitar-se a três ordens de indagação, quanto a saber: a) se o conceito de moral pode ser utilizado pelo legislador e aplicado pelos tribunais como limite para o exercício do direito à liberdade de expressão e informação; b) se a resposta for afirmativa, precisar em que medida a moral pode constituir um limite de tal liberdade; c) e, finalmente, se tal medida é ou não superada pelas providências previstas no art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

17. Essas questões foram postas pelo Tribunal Constitucional da Espanha para decidir um caso do editor de um livro destinado à educação sexual das crianças, por cuja publicação foi processado por entidades católicas e de pais de família e, ao final, condenado. A doutrina aplicada pelo Tribunal tem integral pertinência aqui, porque se apóia nos mesmos supostos jurídicos.[19] Assim é que, para resolver a primeira questão — a moral como possível limite da liberdade de expressão — partiu do art. 20.4 da Constituição espanhola que prevê limites aos direitos individuais, segundo preceitos legais, para a proteção da infância e da juventude. Esse texto corresponde, nesse aspecto, ao art. 227 de nossa Constituição que dá absoluta prioridade à proteção dos direitos da criança e do adolescente.

18. O julgado foi, ainda, além das normas constitucionais. Recorreu a documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10.12.1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, celebrado em Nova York, em 16.12.1966, e a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, adotada em Roma, em 4.11.1950. O primeiro documento deve ser aqui observado, até por força do art. 5º, § 2º, de nossa Constituição. Ao segundo o Brasil já aderiu, mas ainda pende de referendo do Congresso Nacional. O terceiro não se aplica ao Brasil, porque se limita à Europa, mas existe um documento regional idêntico, referente aos estados americanos, que é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em San José de Costa Rica, em 7.4.1970, que tem normas exatamente iguais às citadas por aquele Tribunal, ao qual o Brasil já aderiu, mas ainda não ratificou. No entanto, vale mencioná-los como argumentos poderosos da tese aqui sustentada, porque estão conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de que o Brasil é partícipe, porque normas idênticas, como veremos, constam da Convenção dos Direitos da Criança, assinada (26.1.90), referendada (14.9.90) e ratificada (24.9.90) pelo Brasil, o que, por si, bastaria para apoiar a tese, e, finalmente, porque tudo se harmoniza com a Constituição de 1988.

19. O art. 29, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que, no exercício de seus direitos e no gozo de suas liberdades, toda pessoa estará somente sujeita às limitações estabelecidas por lei, com o único fim de assegurar o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberda-

des dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática. O art. 19, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo fundamentalmente idêntico, é mais específico, porque se refere aos limites da liberdade de expressão e de informação consagradas no item 2. Diz o texto que o exercício do direito previsto no item 2 daquele artigo envolve deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, que deverão, sem embargo, estar expressamente fixadas em lei e ser necessárias para: a) assegurar o respeito aos direitos e à reputação dos demais; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moral pública. Idêntico, mas com expressa repulsa à censura, é o disposto nos itens 1 e 2 do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *In verbis*:

"1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber, difundir informações e idéias de toda índole, sem considerações de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro procedimento de sua eleição.

"2. O exercício do direito previsto no item precedente não pode estar sujeito a prévia censura, senão a responsabilidades ulteriores, as quais devem estar expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito a todos os direitos ou à reputação dos demais; ou b) a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral pública."

Para completar o quadro jurídico e aproximá-lo ainda mais do nosso tema, cumpre recordar o art. 13 da Convenção sobre Direitos da Criança, vazado nos seguintes termos:

"1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança.

"2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias: a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais; ou b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger a saúde e a moral pública."

Anote-se que a liberdade de expressão aí referida inclui o direito de receber informação, em forma oral, escrita ou impressa, que precisamente tem do outro lado a liberdade dos órgãos prestadores da informação, que, assim, poderá ficar sujeito às restrições estabelecidas em lei para garantir o respeito aos valores indicados nas letras *a* e *b* do item 2, incluindo a moral pública.

20. A interpretação das normas constitucionais há que harmonizar-se com as declarações, pactos e convenções internacionais sobre os direitos fundamentais do homem ratificados pelo Brasil, *mutatis mutandis*, no mesmo sentido alcançado pelo Tribunal Constitucional da Espanha. Ora, de acordo com os preceitos e princípios de nossa Constituição e dos mencionados documentos internacionais a primeira questão se resolve no sentido de que o conceito moral pode ser utilizado pelo legislador e, nos termos da lei, aplicado pelos Tribunais como limite do exercício da liberdade de expressão e de informação. Por este lado, pois, o art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente encontra fundamento de validade a sustentar sua aplicação pelo Judiciário em ocorrendo os pressupostos de sua normatividade. Reza, no entanto, saber se esse dispositivo se atém circunscrito à medida necessária no âmbito de uma sociedade democrática para sustentar sua aplicação pelo Judiciário em concreto em ocorrendo os pressupostos de sua normatividade. É a segunda indagação suscitada, que tentaremos responder no tópico seguinte.

IV

O teste de razoabilidade

21. Mais uma vez vamos recorrer à doutrina do julgado do Tribunal Constitucional

da Espanha que deu solução adequada à questão de saber em que medida a moral pode constituir um limite à liberdade de expressão e de informação, visto que a doutrina adotada recolhe os critérios de interpretação que busca o equilíbrio entre valores constitucionais, ou bens constitucionalmente protegidos, mas contrapostos ou concorrentes, pela aplicação do teste de razoabilidade. "En una palabra — escreve Enrique Alonso García — o enjuiciamiento de la cláusula de necesidad en una sociedad democrática para la salvaguardia de la seguridad, salud o moral pública supone una aplicación típica del test de la razonabilidad por medio del examen de la proporcionalidad".[20]

22. A idéia básica é a de que a medida há que estar prevista em lei e ser estritamente necessária numa sociedade democrática para a consecução da finalidade em causa, no caso: a proteção da moralidade pública, com especial referência à proteção da criança e do adolescente. Ou seja: para determinar se as medidas são necessárias para o fim perseguido, cumpre examinar ou se se ajustam ou se infringem o princípio da proporcionalidade. "O que leva à conclusão de que a admissão da moral pública como limite há de rodear-se das garantias necessárias para evitar que, sob um conceito ético, juridificado enquanto é necessário um *minimum* ético para a vida social, se produza uma limitação injustificada de direitos fundamentais e liberdades públicas, que têm um valor central no sistema jurídico".[21] Aí o ponto fulcral. No sistema jurídico da Espanha da Constituição de 1978 como no do Brasil da Constituição de 1988, os direitos fundamentais têm um valor central, de sorte que qualquer restrição deles há de estar plenamente justificada. Disso deflui que, se o legislador está constitucionalmente autorizado a fixar restrições para a proteção moral, sobretudo para a proteção da criança e do adolescente, o aplicador da norma, especialmente o Poder Judiciário, há de ter sempre em mente que a liberdade de expressão e de informação, como as demais, "constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática que (...) compreende não só as informações consideradas inofensivas ou indiferentes, o que se acolhem favoravelmente, mas também aquelas que possam inquietar o Estado ou uma parte da população, pois assim resulta do pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe uma sociedade democrática".[22]

23. A questão, portanto, se nos apresenta quanto a saber se as medidas autorizadas no art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente extrapolam ou não dos limites, se estão ou não dentro dos critérios de razoabilidade, se sua aplicação ultrapassa ou não o campo específico do bem constitucionalmente garantido, se vão ou não além da finalidade preordenada. Em outras palavras, se as medidas previstas avançam para além da cláusula de necessidade numa sociedade democrática, ou se se mantêm nos limites da proporcionalidade entre a sanção e o bem protegido. Voltamos, para tanto, a mais uma citação do famoso julgado do Tribunal Constitucional espanhol, numa passagem adequada à interpretação correta e justa daquele dispositivo estatutário, ao afirmar "que a pornografia não constitui para o ordenamento jurídico vigente, sempre e em todos os casos, um ataque contra a moral pública enquanto *minimum* ético acolhido pelo direito, senão que a vulneração deste *minimum* exige valorar as circunstâncias concorrentes e, entre elas, muito especialmente tratando-se de publicações, a forma da publicidade e a distribuição aos destinatários — menores ou não —, e inclusive se as fotografias qualificadas contrárias à moral são ou não de menores e o texto na parte que se qualifica assim trata de atuações ou não de menores, pois não cabe dúvida que quando os destinatários são menores — ainda que não sejam exclusivamente — e quando estes são sujeitos passivos e objeto das fotografias e texto, o ataque à moral pública, e naturalmente a devida proteção à juventude e à criança, cobra uma intensidade superior".[23]

24. As razões do dispositivo protetor, sob nosso exame, se afinam com tal postura doutrinária, que, sem cair num moralismo

fora de moda e semelhante ao imoralismo, busca um equilíbrio da salvaguarda dos valores ou bens constitucionalmente protegidos. Preordenam-se nele medidas que, submetidas ao teste de razoabilidade, atendem ao princípio da proporcionalidade, porque respeitam a liberdade de expressão e de informação, em sua inteireza fundamental, não interferindo com a orientação editorial, nem com o conteúdo nem com modo de ser dos periódicos e publicações, ao mesmo tempo em que, em função da proteção da criança e do adolescente, que nos termos da Constituição (art. 227) tem prioridade absoluta, resguardam um mínimo ético do viver social, sem o que também se torna inviável uma sociedade democrática.

25. Com isso fica resolvida a terceira questão posta, qual seja a de saber se as providências previstas no art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente — comercialização em embalagem lacrada, com advertência de seu conteúdo de revistas ou publicação contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes ou com embalagem opaca para as que contenham mensagens pornográficas ou obscenas — se contêm dentro dos limites da razoabilidade e assim atendem o princípio da proporcionalidade. A conclusão é no sentido positivo, pelo que, por aí também, o dispositivo se afere com os preceitos e princípios da Constituição.

V

Resposta ao quesito

26. À vista de todo o exposto, com base nas normas, princípios e valores constitucionais, nos documentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais do homem e na doutrina mais moderna da interpretação constitucional, podemos responder sinteticamente ao quesito da consulta, nos seguintes termos:

O art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza medidas e providências razoáveis e proporcionais à proteção dos valores constitucionais em confronto. Harmonizam-se com as normas constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, sem depreciar a essência da liberdade de expressão e de informação, por não constituir forma de censura, nem interferir com a linha editorial, nem com o modo de ser intrínseco das revistas e publicações que contenham o material que justifica a aplicação das medidas autorizadas, que atendem o princípio da proporcionalidade entre a finalidade constitucionalmente estabelecida — proteção da moralidade no interesse da proteção da criança e do adolescente — e as restrições previstas.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 29 de julho de 1991. — *José Afonso da Silva.*

NOTAS

1 Cf. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madri, Civitas, 1981, p. 95.

2 Cf. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Do Controle de Constitucionalidade*, Rio, Forense, 1966, p. 70; C. A. Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2. ed., Rio, Forense, 1968, p. 91. Comporta aqui uma observação a propósito do que ficou consignado no texto a respeito da evolução. É que há uma tendência em relaxar os costumes morais sob o argumento de que a criança de hoje já sabe tudo. Tenha-se em mente esta passagem de André Berge: "Embora se ouça falar em 'crianças de hoje' como se fossem de espécie diferente das crianças de ontem, só poderia haver entre elas uma diversidade de comportamento, que às vezes leva a esquecer 'a criança de sempre' que permanece subjacente" (Cf. *A Criança, Hoje*, Rio, Agir, 1977, p. 19, trad. de Tereza de Araújo Penna). Mais adiante, faz ele considerações sobre os meios de informações e a crise da moralidade pública, em que merece destaque o seguinte trecho: "a publicidade dada à delinqüência e a todas as formas de criminalidade traz, em si mesma, um germe de contaminação que pode cair num terreno

mais ou menos propício, por causa de certos fatores algumas vezes determinantes" (p. 125).

[3] Ob. cit., p. 96.

[4] Ob. cit. p. 93.

[5] Cf. García de Enterría, ob. cit., p. 96.

[6] Idem, ibidem, p. 102.

[7] Cf. Enrique Alonso García, *La Interpretación de la Constitución*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 220, nota 125.

[8] Idem, ibidem, p. 220 e 221.

[9] Ob. cit., p. 97.

[10] Cf. Enrique Alonso García, ob. cit., p. 204 e segs.

[11] Cf. *Os Palavrões*, São Paulo, Brasiliense, 1991, p. 13 e 14. A obra tem como subtítulo "Virtudes terapêuticas da obscenidade", e pleiteia a liberdade para o palavrão, não obstante toda ela mostra que ele, o palavrão, sempre foi moralmente condenado e continua condenado pela moral vigente. Demais, se virtude terapêutica existe, vale para quem profere o palavrão, não para quem o ouve, que sempre se sente incomodado com ele.

[12] Cf. René le Senne, *Traité de Morale Générale*, 5. ed., Paris, PUF, 1967, p. 716.

[13] Idem, ibidem, p. 717.

[14] Idem, ibidem, p. 717, 719 e 722.

[15] Idem, ibidem, p. 718.

[16] Idem, ibidem, p. 726.

[17] Cf. nosso *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7. ed., São Paulo, RT, 1991, p. 237 e 238.

[18] Cf. *Comentários à Lei da Informação*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1978, p. 5 e 6. (Grifo nosso.)

[19] Cf. texto do referido julgado, em Antônio Cano Mata, *El Principio de Igualdade en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado e Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 296 e segs.

[20] Ob. cit., p. 248.

[21] Cf. julgado citado, Antônio Cano Mata, ob. cit., p. 305 e 306.

[22] Idem, ibidem, p. 311.

[23] Idem, ibidem, p. 312.