

**OPINIÃO**

O direito à liberdade de expressão artística e os limites da intervenção estatal

8 de novembro de 2019, 6h31

Por Sergio Gardenghi Suiama

Esta semana, o Supremo Tribunal Federal promoveu audiência pública sobre a liberdade de expressão artística e os limites da intervenção estatal. A audiência ocorre no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 614, a qual impugna dois atos do Poder Executivo: o Decreto 9.919/2019, que alterou a estrutura do Conselho Superior do Cinema, e a Portaria 1.576/2019, que suspendeu um edital de seleção de projetos audiovisuais com recursos do Fundo Setorial.

A Portaria 1.576/19 encontra-se suspensa por decisão da 11ª Vara Federal do Rio de Janeiro[1], mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região[2]. A decisão foi proferida em ação civil pública por improbidade administrativa cumulada com pedido de anulação do ato, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do ministro da Cidadania, da União e da Agência Nacional de Cinema (Ancine)[3].

Tanto na ACP quanto na ADPF a questão jurídica diz respeito ao controle judicial da discricionariedade administrativa em matéria de fomento da atividade cultural por parte do Estado. Segundo alega o governo federal, o chefe do Executivo e seus delegatários estão investidos do poder discricionário de definir, de acordo com seus próprios critérios, como e onde serão alocados os recursos públicos direcionados ao fomento das atividades culturais em todos os campos. Conforme argumenta a União, não se trata de “censura”, pois as obras não estão impedidas de serem veiculadas em espaços privados ou por entes públicos não-federais.

Todavia, quando se analisa o problema em perspectiva constitucional e legal, verifica-se que a discricionariedade invocada não é tão larga a ponto de autorizar deliberações discriminatórias ou que contrariem os princípios constitucionais da impessoalidade e da legalidade administrativas.

1. Breve referência à liberdade de expressão artística na teoria constitucional brasileira

A bibliografia sobre as especificidades do direito à expressão artística é escassa no Brasil[4]. Uma exceção é a pesquisa desenvolvida pelo constitucionalista Leonardo Martins, a partir do estudo comparado com o direito germânico. No artigo “Direito constitucional à expressão artística”[5], o autor registra inicialmente o aparente dilema consistente em conferir ao Estado a prerrogativa de, em última instância, definir o objeto da proteção jurídica (ou seja, se a obra contestada é ou não expressão da atividade artística), na medida em que os Poderes públicos são, também, destinatários e garantidores da liberdade. O risco nesse caso seria subverter o sentido essencial da norma, ou seja:

“[S]e chegar a uma definição de arte que excluísse expressões artísticas inconvenientes ao Estado que, a despeito de seu dever de neutralidade ética, faticamente pode favorecer ‘poderes sociais’ hegemônicos. Por outro lado, basear-se tão somente no sempre relevante autoentendimento do titular do direito é temerário, porque, em não havendo clareza quanto ao objeto de um direito, este não pode ser efetivamente protegido”[6].

Para Martins, porém, o dilema poderia ser enfrentado pela adoção da teoria liberal dos direitos fundamentais com seu método específico de interpretação e aferição da correção de decisões judiciais. Em termos práticos:

“[S]ão os órgãos estatais quem detêm o ônus argumentativo de justificar suas intervenções na liberdade, e não, ao contrário, o titular do direito quem teria o dever de justificar o seu exercício. Tal distribuição do ônus/não ônus argumentativo é disciplinada metodologicamente pela aplicação do critério da proporcionalidade, que se desdobra, portanto, em método de satisfação do princípio distributivo”[7].

Outra observação relevante refere-se aos destinatários das obrigações correlatas ao direito à expressão artística. Observa Martins que:

“ “[Em sua dimensão jurídico-objetiva], o direito constitucional em pauta cria ao legislador e aos administradores públicos, no âmbito de suas discricionariedades tais quais firmadas na legislação ordinária, alguns deveres de atuação protetora e de fomento[8].

A opção por um regime jurídico “diferenciado” para a liberdade de expressão artística acarreta o problema da definição do objeto protegido, ou seja, o que deve ser considerado “arte” para fins de proteção constitucional.

O Tribunal Constitucional alemão, em ao menos dois julgados relevantes, desenvolveu alguns parâmetros para responder a essa questão.

No caso Mephisto[9] (BVERFG 30, 173), o Tribunal Constitucional daquele país definiu os contornos do âmbito de proteção específico da liberdade artística, inclusive para nela abranger as atividades de intermediação artística, tais como a edição do livro de Klaus Mann, cujo personagem principal era inspirado em ator comprometido com o nazismo:

“ “O essencial da atividade artística é a criação livre, na qual as impressões, experiências, vivências do artista são trazidas à exposição direta pelo medium de uma certa linguagem das formas. Toda a atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente. (...)

A garantia da liberdade artística abrange de igual modo tanto o “âmbito do obra” quanto o “âmbito do efeito” da criação artística. Ambos os âmbitos formam uma unidade indissolúvel. Não apenas a atividade artística (âmbito do obra), mas, além disso, a apresentação e a divulgação da obra de arte são objetivamente necessárias para o encontro com a obra como um processo específico da arte; esse “âmbito do efeito” no qual se proporciona ao público o acesso à obra de arte é o solo no qual cresceu, sobretudo, a garantia de liberdade do Art. 5 III GG”.

No caso “Teatro de Rua” (BVerfGE 67, 213)[10], no qual o político conservador Franz Josef Strauss era representado em uma série de manifestações teatrais de rua, inspiradas em poema de Bertold Brecht, a Corte Constitucional alemã afirmou que as controvérsias históricas da teoria da Arte, em torno da definição do seu objeto, não poderiam implicar na exoneração do dever constitucional de se proteger a manifestação artística.

O tribunal constitucional ainda formulou três observações importantes a respeito da interpretação constitucional da liberdade artística, a saber: a) os limites contidos em dispositivos constitucionais que servem para proteger outros interesses fundamentais também podem ser aplicados à liberdade artística. Isto aplica-se, em particular, aos direitos de personalidade. No entanto, a liberdade artística, por sua vez, também impõe limites ao direito da personalidade. Ao definir esses limites em um caso concreto, não basta estabelecer através de processos judiciais a existência de um prejuízo ao direito de personalidade alheio, sem levar em consideração a liberdade artística: é necessário determinar se este dano é tão grave que exige a subordinação da liberdade artística; b) as manifestações artísticas estão sujeitas a um trabalho de interpretação, e uma visão geral do trabalho do artista constitui um elemento indispensável dessa interpretação. Por conseguinte, não é permitido remover partes individuais de uma obra de arte do seu contexto e sujeitá-los a um exame independente para se determinar se devem ser considerados como delitos; c) uma pessoa que desconheça completamente as formas em que a arte se manifesta não pode definir os padrões quando se trata de entender a arte.

Outra observação relevante é que não apenas a criação artística está protegida pela norma constitucional, mas também a circulação e a própria recepção da obra, além dos espaços e instituições onde isto ocorre: museus, galerias, instituições culturais. A proteção não está, portanto, apenas restrita à censura estatal *stricto sensu*, mas se estende para as questões do financiamento público e privado das produções, e da proteção contra a violência privada, não institucional.

2. Dimensões jurídico-objetivas da liberdade de expressão artística em matéria de fomento à cultura

As normas fundamentais que definem os contornos da liberdade de expressão artística encontram-se nos artigos 5º, 215, 216, 216-A e 220 da Constituição. Destacamos os seguintes preceitos: a) “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”, sendo “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”; b) é dever do Estado garantir “a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional”, cabendo a ele também apoiar e incentivar “a valorização e a difusão das manifestações culturais”; c) também constitui dever estatal a proteção das “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de

outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”; d) o Plano Nacional de Cultura deverá contemplar a “produção, promoção e difusão de bens culturais”, bem como a “democratização do acesso aos bens de cultura” e a “valorização da diversidade étnica e regional”; e) “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens (...) portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

Da leitura dos artigos citados verifica-se que a Constituição de 1988 nitidamente adotou uma concepção democrática e pluralista de cultura, ampla o suficiente para abranger não apenas o dever *prima facie* de não cercear a criação e a circulação das expressões artísticas, mas também os deveres estatais de proteger e promover o pleno exercício dos direitos culturais por parte de todos os grupos formadores da sociedade brasileira.

O dever de fomento à produção, circulação e recepção das expressões culturais e artísticas dos diferentes grupos sociais integra, deste modo, a dimensão objetiva do direito fundamental em questão e, como tal, serve de parâmetro para a criação e interpretação dos atos estatais.

Neste ponto, vale registrar a advertência formulada por Martins, para quem a política cultural de um governo não pode cercear o processo artístico-criativo individual ou coletivo. Isto poderia ocorrer, por exemplo, se privilegiarem-se certos conteúdos ou argumentos cinematográficos que correspondam à ideologia oficial em detrimento de quaisquer outros ou se alguma etapa do processo comunicacional da arte for interrompida por distinções burocráticas oficialmente impostas e estranhas aos propósitos livremente fixados pelos artistas[11].

A definição dos critérios de fomento das manifestações culturais deve, assim, considerar o postulado fundamental da liberdade artística que é “a liberdade individual e coletiva para criação de obras a partir dos critérios autonomamente definidos, sem a imposição de uma visão de mundo ou código axiológico de legisladores, governantes, e muito menos de burocratas ou juízes”[12].

O modo de consecução desta finalidade reside na observância dos princípios da impessoalidade e da legalidade administrativas, sobretudo no que se refere ao estabelecimento de processos de seleção públicos e objetivos, e à composição e funcionamento dos órgãos colegiados encarregados da definição das políticas culturais. É o que dispõe a legislação infraconstitucional aplicável; confira-se, por exemplo, os artigos 1º, incisos I, III e IV, 22 (“Os projetos enquadrados nos objetivos desta lei não poderão ser objeto de apreciação subjetiva quanto ao seu valor artístico ou cultural”) e 31 da Lei

8.313/91 (Lei do Programa Nacional de Apoio à Cultura – Pronac) e o artigo 1º-A, parágrafo 6º, da Lei 8.685/93 (Lei do Audiovisual).

Além disso, tanto a Lei do Pronac como a Medida Provisória 2.228-1/01 atribuem a órgãos colegiados, integrados por artistas, representantes do setor e agentes públicos, a competência para definir as políticas e diretrizes gerais de fomento à cultura. Não são, portanto, a vontade e o gosto pessoais do chefe do Poder Executivo que devem prevalecer no que se refere à atuação do Estado em matéria de cultura. As políticas culturais em âmbito federal encontram-se reguladas pela Constituição e pelas leis em vigor, as quais, como se vê, instituem princípios e regras de organização e procedimento voltados à promoção do pluralismo cultural e à afirmação da liberdade de expressão artística.

3. A dimensão não-discriminatória do direito à expressão artística

Pelas razões acima apresentadas, constata-se facilmente a absoluta impossibilidade de discriminação vedada na alocação de bens ou recursos públicos à atividade artística. O princípio constitucional da impessoalidade dos atos administrativos veda o favorecimento a determinada pessoa precisamente em virtude da igualdade, fundamento da proibição de discriminar. Daí que a impessoalidade também veda "tratamento detrimetoso", na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello[13].

A prática de atos de discriminação intencional por parte de agentes públicos viola a impessoalidade na medida em que reproduz tratamento negativo a pessoas ou grupos em razão de suas convicções políticas, cor, raça, gênero, orientação sexual ou outra característica que identifica parcela fundamental da comunidade nacional.

As consequências jurídicas para a prática de discriminação intencional vedada são a nulidade do ato administrativo e a responsabilização do agente público autor do ato, inclusive por improbidade administrativa[14].

A prática de “qualquer discriminação de natureza política que atente contra a liberdade de expressão, de atividade intelectual e artística, de consciência ou crença” ademais, constitui crime, punível com a reclusão de dois a seis meses e multa, nos termos do disposto no artigo 39 da Lei 8.313/91, aplicável ao fomento dos projetos culturais, em geral.

É relevante observar que raramente se encontra a motivação discriminatória explicitada no ato administrativo. Como lembra Cretella Júnior, em suas anotações sobre o desvio de poder, o agente procura ocultar sua motivação, para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo é necessário perquirir os indícios ou “sintomas” do desvio, dentre os quais a motivação insuficiente ou contraditória, a irracionalidade do

procedimento, acompanhada da edição do ato, a camuflagem dos fatos e a inadequação entre os motivos e os efeitos[15].

Em termos afirmativos, o fomento público à criação, circulação e recepção das expressões artísticas deve atender, de forma objetiva e impessoal, aos propósitos definidos nos arts. 5º, 215, 216, 216-A e 220 da Constituição, garantindo o pleno exercício dos direitos culturais por parte de todos os grupos formadores da sociedade, ainda que divergentes ou discrepantes das concepções estéticas ou morais do governante.

Trata-se, no caso, de distinguir a vontade pessoal do agente público da definição (impessoal, pública e objetiva) dos critérios norteadores das políticas culturais. Esta separação, de caráter republicano, representa o cerne da discussão atual acerca dos limites e dos deveres do Estado em matéria de fomento à atividade cultural no Brasil. Com a palavra, o STF.

[1] <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-justica-determina-a-ancine-retomada-de-edital-de-selecao-censurado-por-conter-conteudo-lgbts>

[2] <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/trf2-nega-recurso-da-uniao-contra-a-retomada-de-editais-suspensos-pela-ancine>.

[3] <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-rj-move-acao-de-improbidade-por-censura-em-edital-da-ancine>.

[4] Em geral, os constitucionalistas nacionais limitam-se a análises genéricas sobre a liberdade de expressão. Esta abordagem, porém, gera problemas, pois as especificidades da produção artística modificam a área de proteção do direito. Como observam Dimoulis e Christopoulos: “(...) a arte não se limita à manifestação de pensamento. Inclui ações (...) e envolve manutenção de estruturas de produção (teatro, cinema). Em segundo lugar, a arte tem formas e justificativas de exercício diferentes das demais espécies de manifestação do pensamento. (...) Aquilo que em condições normais seria ato obsceno, deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro. E uma peça humorística reivindica uma liberdade de expressão cuja amplitude seria impensável para um jornalista ou cientista” (*O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística* in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, v. 3, n. 10, pp. 49-65).

[5] In Gladston Mamede, Marcílio Toscano França Filho e Otavio Luiz Rodrigues Junior (orgs.), *Direito da Arte*, São Paulo, Atlas, 2015, pp. 29-86.

[6] *Direito constitucional à expressão artística*, cit., p. 35.

[7] *Idem*, pp. 36-37.

[8] *Idem*, pp. 32-33.

[9] O julgado pode ser consultado em: Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

[10] Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_32858-1522-1-30.pdf?121123115540.

[11] *Direito constitucional à expressão artística*, cit., p. 81.

[12] *Idem*.

[13] *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 58.

[14] Cf., a propósito, acórdão do TRF-4, 3ª Turma, Apelação Cível 2001.71.00.025177-7/RS, Rel. Des. Fed. Roger Raupp Rios, julgado em 28 de abril de 2009, D.E. 13/05/2009.

[15] Cretella Jr., 1977, pp. 209-210.

Sergio Gardenghi Suiama é procurador da República no Rio de Janeiro, lotado no ofício do meio ambiente e patrimônio cultural, mestre em Direito e Human Rights Fellow pela Universidade de Columbia (NY).

Revista **Consultor Jurídico**, 8 de novembro de 2019, 6h31