



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE  
EXPRESSÃO

Roberta Ferreira Rodrigues

Rio de Janeiro  
2020

ROBERTA FERREIRA RODRIGUES

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE  
EXPRESSÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2020

## IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Roberta Ferreira Rodrigues

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-Graduada em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual.

**Resumo** – o direito à liberdade de expressão é um direito assegurado constitucionalmente e essencial ao Estado Democrático de Direito. Em que pese a sua essencialidade, por vezes esse direito é violado de formas não tão claras. Em muitos cenários, notadamente, em seu viés artístico e criativo, o exercício desse direito ainda sofre restrições indevidas, por vezes pelos próprios agentes públicos. Tais violações podem ensejar a prática de atos de improbidade administrativa. O trabalho pretende abordar a forma como se dará essa configuração.

**Palavras-chave** – Liberdade de expressão. Liberdade de expressão e arte. A autonomia da Ancine como agência reguladora na atividade de Fomento ao Audiovisual. Improbidade Administrativa.

**Sumário** – Introdução. 1. Liberdade de expressão artística e criativa. 2. A autonomia da Ancine como agência reguladora na atividade de Fomento ao Audiovisual. 3. Violação à liberdade de expressão como ato de improbidade administrativa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico procura trazer uma abordagem do direito à liberdade de expressão no campo da regulação do audiovisual brasileiro por meio de fomento público pela Agência Nacional do Cinema (Ancine). Para tanto, considera o exercício da característica da autonomia da Ancine como agência reguladora, especialmente à luz dos novos dispositivos legais trazidos Lei nº 13.848/2019.

Assim, o propósito é avaliar a existência de limites ao exercício da autonomia decisória e discricionariedade técnica no campo do fomento ao audiovisual no que tange ao exercício pleno do direito à liberdade de expressão artística.

O direito à liberdade de expressão é previsto no rol de direitos fundamentais no art. 5º da Constituição da República. Constitui-se em direito que, além de albergar a liberdade artística e de comunicação, também veda a censura. Assim, questiona-se é possível restringir o direito à liberdade de expressão no exercício do fomento público ao audiovisual brasileiro? Tal restrição

poderia ocorrer por meio de flexibilização à autonomia decisória da agência reguladora pelo ente central?

Recentemente, o tema foi ventilado em algumas decisões do Ministério ao qual a Ancine é vinculada, acerca de suspensão de editais temáticos, além de ações judiciais em face do Ministério. No entanto, há pouca doutrina e jurisprudência específica sobre o tema, na medida em que é uma questão eminentemente prática e muito relacionada ao exercício da atividade regulatória de fomento exercida pela Ancine.

O primeiro capítulo busca contextualizar e explicar o conteúdo do direito à liberdade de expressão e seus diferentes vieses, partindo do conceito dado pela Constituição.

Já o segundo capítulo explica o exercício da atividade de fomento pela Ancine como agência reguladora. Esclarece ainda a característica da autonomia à luz da Lei nº 13.848/2019, especialmente a autonomia decisória e o exercício da discricionariedade técnica, aprofundando esses conceitos e verificando sua importância na consecução dos objetivos legais da Ancine.

O terceiro capítulo procura investigar em que medida a interferência política mitiga a autonomia técnica da Ancine no exercício da atividade de fomento e, conseqüentemente relativiza o exercício do direito à liberdade de expressão artística nos projetos audiovisuais brasileiros. Permite ainda determinar o quanto isso pode ser prejudicial na consecução do objetivo de estimular a diversificação da produção audiovisual brasileira.

A pesquisa se desenvolve com base no método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende construir e elencar um conjunto de hipóteses, que entende serem adequadas para a análise do tema objeto da pesquisa, a fim de acolhê-las ou afastá-las de acordo com a argumentação trazida.

A abordagem será qualitativa e exploratória, na medida em que a partir da exploração por meio de bibliografia, notícias, ações judiciais e atuação prática da atividade de fomento audiovisual.

## 1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA E CRIATIVA

Ao lado da igualdade, a liberdade constitui a dupla de elementos essenciais do conceito de dignidade humana. Isso porque, o exercício das liberdades pelo ser humano constitui premissa para o exercício pleno de sua dignidade, na medida em que permite sua busca por autorrealização e a escolha dos meios que entende necessários a realizar suas potencialidades como indivíduo ou em sua perspectiva como ator social.

A liberdade de expressão como liberdade exercida pelo ser humano constitui-se basicamente na liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias sob qualquer forma de transmissão. Assim, permite o livre debate de ideias e opiniões e o efetivo desenvolvimento do processo democrático. Como sintetizam Branco e Mendes<sup>1</sup> “O pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre”.

Além disso, a liberdade de expressão constitui premissa para o exercício de outras liberdades e de outros direitos, na medida em que o livre debate de ideias e opiniões pelos diversos atores sociais efetivamente contribui para a consolidação e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República no capítulo que trata “Da comunicação social” no art. 220 e 221<sup>2</sup> dispõe:

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.

(...)

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Esse dispositivo especialmente voltado à comunicação social também traz expressamente a vedação a censura. A preocupação do constituinte se deve ao histórico de ditadura no Brasil e a violação do direito à liberdade de expressão que acompanhou esse período.

A vedação à censura é tida como uma vedação dirigida ao Estado, ou seja, o Estado deve se abster de estabelecer quais opiniões, pensamentos ou ideias serão tidos como válidos ou aceitáveis e aptos a serem transmitidos, veiculados ou expressados. Não cabe ação governamental prévia a fim de impedir a transmissão do conteúdo de uma mensagem.

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 01 jul. 2020.

O art. 5º, IX da Constituição<sup>3</sup>, em especial, traz uma redação bem abrangente, de onde é possível extrair que um quadro, uma fotografia, uma música, um texto, um comportamento, um filme, são todos considerados formas de expressão de ideias e sentimentos protegidas pelo direito à liberdade de expressão.

O STF já decidiu um caso em que um diretor de teatro, após ser vaiado ao término de sua peça, simulou um ato de masturbação e mostrou as nádegas para os expectadores presentes<sup>4</sup>. Assim, foi processado pelo crime previsto no art. 233 do Código Penal<sup>5</sup>, que consiste na prática de ato obsceno em local público contra o pudor público e constitui crime contra o pudor público.

Os fundamentos do *Habeas Corpus* impetrado em favor do diretor, conforme se verifica do relatório no processo destacavam:

- a) Atipicidade da conduta descrita na inicial, pois o conceito de pudor público, deve ser interpretado de acordo com o local e circunstâncias em que a conduta foi praticada;
- b) Relatividade do grau ofensivo da nudez humana e do conceito de ato obsceno nos dias atuais;
- c) Ausência de conotação sexual na atitude do paciente, mas sim de desprezo pelo público que o vaiava.

Ao final da votação, o julgado ficou assim ementado<sup>6</sup>:

EMENTA: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do habeas corpus

---

<sup>3</sup> *Ibidem*. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 83996/RJ*. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sju\\_r94833/false](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sju_r94833/false). Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 24 nov. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 83996/RJ*. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sju\\_r94833/false](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sju_r94833/false). Acesso em: 22 set. 2020.

O que se verifica desse julgado é exatamente a questão do espaço ou contexto em que foi praticado o ato. A prática se deu no contexto do exercício da liberdade de expressão do diretor da peça, ao ser vaiado, ou seja, é uma decorrência do exercício da liberdade artística consubstanciada na encenação da sua peça teatral em si, especialmente considerando que parte de sua reação às críticas, foi reencenação de uns dos personagens da peça.

Como se destaca da ementa, “[...] a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada.” Deixa claro, portanto, que o direito à liberdade de expressão se torna mais relevante sobretudo no contexto de tutelar as manifestações de opiniões contrárias as da maioria, inesperadas, chocantes, diferentes. E mais ainda, no contexto da liberdade artística.

Mais recentemente, a mostra *Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira*, foi cancelada pelo Santander Cultural em Porto Alegre, após protestos que a associavam à promoção da blasfêmia à símbolos religiosos, pedofilia e zoofilia<sup>7</sup>.

A questão que se coloca é que as obras artísticas tinham (têm) o intuito de provocar reflexões sobre os temas retratadas. A obra de arte não é uma declaração ou afirmação em um sentido ou outro. A interpretação da arte não se esgota na obra, mas se associa com a percepção sobre aquela obra de cada expectador social individualmente com suas crenças e vivências. Por meio da arte, a sociedade muda, evolui.

No entanto, a notícia destaca que não havia classificação indicativa para a exposição. Isso talvez pudesse ter evitado a polêmica das críticas que culminaram no cancelamento da exposição pelo Santander Cultural.

Quando a exposição veio para o Rio de Janeiro, houve uma liminar impedindo que fosse frequentada por menores de 14 anos. No entanto, a liminar foi objeto de agravo de instrumento e acabou sendo cassada pelo Tribunal nos termos do voto do desembargador que esclarece, em linha com o Ministério da Justiça, que a classificação é meramente indicativa e que o país garante a liberdade de manifestação artística<sup>8</sup>:

Muito menos é possível se proibir a entrada de menores na faixa etária não recomendada em lugares de diversão pública ou espetáculos ou se condicioná-la à presença de pais ou responsáveis, certo que os titulares do poder familiar é que podem proibir, limitar, condicionar ou liberar o acesso daqueles sobre quem o exercem. São eles os juízes dessa conveniência, sujeitos às sanções do mau uso da potestade”, diz o texto da decisão.

---

<sup>7</sup> MENDONÇA, Heloísa. *Queermuseu: O dia em que a intolerância pegou uma exposição para Cristo*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425\\_555164.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425_555164.html). Acesso em: 01 jul. 2020.

<sup>8</sup> CONJUR. *TJ-RJ permite que menores de 14 anos visitem mostra com nudez*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-21/tj-rj-permite-menores-14-anos-visitem-mostra-nudez>. Acesso em: 24 nov. 2020

Em um caso de programa humorístico que veiculava críticas e sátiras a candidatos a cargos políticos, o Supremo Tribunal Federal (STF) teve oportunidade de analisar o direito à liberdade de expressão no julgamento da Adin nº 4451<sup>9</sup>. A decisão declarou inconstitucionais dispositivos da legislação eleitoral que estabeleciam prévia ingerência estatal no direito de criticar durante o processo eleitoral, por entender que tais dispositivos cerceavam o exercício pleno da liberdade de expressão, especialmente no tocante a liberdade artística de criação humorística. Destaca-se os trechos mais relevantes abaixo<sup>10</sup>:

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. (...) 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. (...) 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas majorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

Nesse contexto, de diversos meios de exercício da liberdade de expressão, o meio audiovisual como forma de transmissão de ideias tem excepcional relevância, especialmente considerando que no Brasil, ainda existem 11 milhões de analfabetos<sup>11</sup>. Assim, o audiovisual permite a propagação de ideias, críticas, opiniões, cultura, diversidade de perspectivas e ideias, sendo um meio que permite incluir aqueles que não sabem ler nem escrever.

## 2. A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE DE FOMENTO AO AUDIOVISUAL

Criada pela MP 2228/01<sup>12</sup> e constituída sob a forma de autarquia especial, a Agência Nacional do Cinema - ANCINE é a agência reguladora responsável pelo fomento, regulação e fiscalização da atividade cinematográfica e audiovisual no Brasil.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin nº 4451*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incide nte=3938343>. Acesso em: 01 jul. 2020.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> AGÊNCIA BRASIL. *Analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos> Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. *MP nº 2.228/01*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2228-1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2228-1.htm). Acesso em: 24 nov. 2020.

Do ponto de vista constitucional, a Ancine encontra fundamento no art. 174 da Constituição da República que dispõe sobre o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Além disso, a recente Lei nº 13.848/2019, conhecida como novo marco legal das Agências Reguladoras buscou uniformizar o tratamento entre todas as Agências Reguladoras, trazendo várias disposições específicas e sedimentando conceitos doutrinários.

Nesse sentido, a Lei nº 13.848/2019<sup>13</sup>, conhecida como marco regulatório das Agências Reguladoras em seu art. 3º elenca as características que compõem as autarquias especiais, denominadas agências reguladoras:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

A autonomia é característica presente em todas as agências reguladoras e busca garantir o pleno exercício de suas competências, sem que haja ingerência do ente direto da Administração Pública. Assim, a autonomia administrativa é definida a partir de duas características, a estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras e a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio contra suas decisões.

No que tange a estabilidade de seus dirigentes, a Lei nº 13.848/2019 alterou a Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre os recursos humanos das agências e em seu art. 5º traz os requisitos para seus dirigentes. O novo artigo 5º exige experiência profissional mínima, de 10 (dez) anos no campo de atuação da agência reguladora ou em área a ela conexa, ou ainda ocupação de cargos de direção por 4 (quatro) anos no campo de atuação da agência reguladora<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 13.848*, de 25 de junho de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos I (um) dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, o inciso II:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexa, em função de direção superior; ou  
b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

Os requisitos são bastante rígidos, de modo a prover a agência com dirigentes com experiência no campo de regulação, conferindo maior autonomia técnica e decisória ao órgão deliberativo da agência.

A outra característica explorada é a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio. Não há subordinação hierárquica entre a Agência Reguladora e a Administração Direta, e, portanto, não há sentido em possibilitar a existência de recurso hierárquico. O objetivo é assegurar que a decisão final na esfera administrativa seja da Agência Reguladora.

Dessa forma, a legislação caminha para conferir maior autonomia técnica e decisória da agência, privilegiando a decisões regulatórias eminentemente técnicas, característica essencial das agências reguladoras, e, diminuindo a intervenção estatal direta na atividade regulada.

A MP 2228/2001<sup>15</sup>, diploma que criou a Ancine, estabelece como seus objetivos no art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º A ANCINE terá por objetivos:

I - promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação;

II - promover a integração programática, econômica e financeira de atividades governamentais relacionadas à indústria cinematográfica e videofonográfica;

(...)

VI - estimular a diversificação da produção cinematográfica e videofonográfica nacional e o fortalecimento da produção independente e das produções regionais com vistas ao incremento de sua oferta e à melhoria permanente de seus padrões de qualidade;

VII - estimular a universalização do acesso às obras cinematográficas e videofonográficas, em especial as nacionais;

Assim, a Ancine tem entre seus objetivos a promoção da cultura nacional e estímulo à diversificação da produção audiovisual brasileira, os quais são executados por meio da atividade de fomento ao audiovisual. Segundo definição do Rafael Oliveira<sup>16</sup>, “O fomento

---

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas; ou

c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas; e

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.

<sup>15</sup> BRASIL. MP nº 2.228/01. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2228-1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2228-1.htm). Acesso em: 24 nov. 2020.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Rafael de Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 841 [ebook].

público pode ser definido como incentivos estatais, positivos ou negativos, que induzem ou condicionam a prática de atividades desenvolvidas em determinados setores econômicos e sociais, com o intuito de satisfazer o interesse público”.

Para o exercício dessas competências, a Ancine conta com mecanismos de fomento indireto (renúncia fiscal) e direto (Fundo Setorial do Audiovisual).

Os mecanismos de incentivo indireto (Lei Rouanet nº 8.313/91, Lei do Audiovisual nº 8.685/93 e MP nº 2228-1/01) permitem que os contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, tenham abatimento ou isenção de determinados tributos, desde que direcionem recursos, por meio de patrocínio, coprodução ou investimento, a projetos audiovisuais aprovados na ANCINE.

Já o fomento direto se dá basicamente por meio do Fundo Setorial do Audiovisual, com o apoio a projetos por meio de editais e seleções públicas, de natureza seletiva ou automática, com base no desempenho da obra no mercado ou em festivais.

No exercício dessa atividade, a Ancine possui uma série de Instruções Normativas que disciplinam os critérios de avaliação dos projetos audiovisuais<sup>17</sup>, além da disciplina de avaliação estabelecida pelos editais de financiamento do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA).

Os editais do FSA são elaborados de acordo com critérios definidos por um Comitê Gestor do FSA, em conformidade com o planejamento do Conselho Superior de Cinema, órgão colegiado composto por representantes de diversos setores da indústria audiovisual nacional, por representantes da sociedade civil e por técnicos e dirigentes governamentais.

Segundo a Lei nº 11.437/06, o Comitê Gestor do FSA possui a atribuição de definir as diretrizes e o plano anual de investimentos do Fundo Setorial do Audiovisual, selecionando as áreas prioritárias para aplicação de recursos do FSA<sup>18</sup>. É também atribuição do Comitê Gestor, conforme Decreto nº 6.299/07, que regulamenta a Lei nº 11.437/06, estabelecer normas e critérios para (i) a apresentação das propostas de projetos; (ii) os parâmetros de julgamento; e (iii) os limites de valor financeiro.

Assim, a política pública é definida em conjunto pelo Comitê Gestor e executada pela Ancine no exercício de suas competências legais.

---

<sup>17</sup> ANCINE. *Instruções Normativas Consolidadas*. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas> Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 11.437*, de 28 de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111437.htm). Acesso em: 12 out. 2020.

Art. 5º Será constituído o Comitê Gestor dos recursos a que se refere o art. 2º desta Lei, com a finalidade de estabelecer as diretrizes e definir o plano anual de investimentos, acompanhar a implementação das ações e avaliar, anualmente, os resultados alcançados, tendo como secretaria-executiva da categoria de programação específica a que se refere o art. 1º desta Lei a Ancine e como agente financeiro o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ou outras instituições financeiras credenciadas pelo Comitê Gestor.

Importante destacar que além das normas previstas na Constituição, a norma instituidora da Ancine, MP 2228/2001, em seu art. 7º, ao delinear suas competências, determina que as atividades de fomento ao audiovisual nacional serão reguladas, resguardando a livre manifestação do pensamento, criação, expressão e informação:

Art. 7º A ANCINE terá as seguintes competências:

V - regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação;

Dessa forma, as Instruções Normativas que regulam a atividade de fomento, buscam verificar requisitos para a execução, tais como documentos necessários para captação de recursos, adequação contábil e orçamentária dos projetos audiovisuais, análise do desenho da produção à luz do orçamento apresentado, cronograma de execução do projeto, entre outros<sup>19</sup>. No entanto, não há análise sobre o conteúdo a ser explorado pelo projeto audiovisual, sob pena de violar o direito à liberdade de expressão.

Definir arte ou liberdade artística é tarefa praticamente impossível, na medida em que a definição pode limitar tanto a expressão do artista como a impressão que terceiros venham ter de sua obra. O Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento do caso Mephisto em 1971 trouxe algumas considerações possíveis para a atividade artística:

O essencial da atividade artística é a livre conformação criadora, na qual as impressões, experiências e vivências do artista são trazidas para a contemplação direta, por meio de uma determinada linguagem das formas. Toda a atividade artística é um entrelaçamento de processos conscientes e inconscientes que não podem ser dissolvidos racionalmente. Na criação artística atuam conjuntamente intuição, fantasia e compreensão da arte; não é primariamente comunicação, mas expressão, a expressão mais direta da personalidade individual do artista.

Ainda assim, as considerações do Tribunal alemão se propõem somente a nortear parte da interpretação ou definição da atividade artística, não sendo possível extrair um conceito estanque de arte. Isso porque é inerente à arte e, tal como descrito no trecho acima, a substância da liberdade e a abertura em sua interpretação que está em constante evolução, seja pelo lado do artista, seja pelo lado da sociedade, seu destinatário indeterminado.

---

<sup>19</sup> ANCINE. *Instrução Normativa 125/2015*. Disponível em: <https://ancine.gov.br/pt-br/node/18029>. Acesso em: 12 out. 2020.

### 3. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em março de 2018, foi lançado o edital pela Ancine, em conjunto com a Empresa Brasil de Comunicação – EBC denominado “CHAMADA PÚBLICA BRDE/FSA – PRODAV – TVS PÚBLICAS”, voltado à “seleção, em regime de concurso público, de projetos de produção independente de obras audiovisuais seriadas brasileiras, com destinação inicial para os canais dos segmentos comunitário, universitário, e legislativo e emissoras que exploram o serviço de radiodifusão pública e televisão educativa”.

Em agosto de 2019, quando o concurso já se encontrava em sua fase final, aguardando apenas homologação e contratação dos projetos, o Ministério da Cidadania, editou portaria, cujo objeto era a suspensão por 180 (cento e oitenta) dias do Edital de Chamamento para TVs Públicas.

No entender do Ministério Público, além da portaria não trazer qualquer motivação para suspender o processo seletivo em fase final, não havia competência do Ministério sobre o processo de seleção dos projetos. Segundo as regras do edital, o ministro da Cidadania e o Secretário Especial de Cultura não faziam parte do processo de seleção dos projetos.

Desse modo, o ato do Ministro exorbitou sua competência, e acabou por relativizar a autonomia decisória e funcional da Ancine, como agência reguladora, no exercício de suas competências legais, quais sejam, proferir decisões de caráter eminentemente técnico no âmbito da política audiovisual.

Assim, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou Ação Civil Pública<sup>20</sup> contra o Ministro da Cidadania pela prática de ato de improbidade administrativa ao suspender edital da Ancine que premiava projetos que abordavam homossexualidade e diversidade de gênero. Isso porque segundo relata a matéria abaixo veiculada pelo Conjur<sup>21</sup>, a Procuradoria entendeu que, o verdadeiro motivo da suspensão foi censura dos projetos que não agradaram ao Presidente:

[...]a portaria ministerial foi motivada por discriminação contra projetos com temática relacionada a lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis, dentre os quais entre os quais os documentários *Sexo reverso*, *Transversais*, *Afronte e Religare queer*, criticados pelo presidente Jair Bolsonaro (PSL) em vídeo publicado em 15 de agosto. (...)O MPF destaca na petição inicial que o verdadeiro motivo da suspensão do

<sup>20</sup> BRASIL. MPF. *ACP -Ancine*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/acp-ancine/view>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>21</sup> CONJUR. *MPF move ação contra ministro por censura a projetos LGBT em edital da Ancine*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/mpf-move-acao-ministro-censura-projetos-lgbt>. Acesso em: 24 nov. 2020.

concurso foi impedir que os projetos mencionados por Bolsonaro vencessem o certame. Como não havia meio legal de impedir que somente os quatro projetos fossem excluídos da disputa em sua fase final, a “solução” encontrada foi a de sacrificar todo o processo.

Como se verifica de trecho da Petição inicial do MPF<sup>22</sup>, “O relato da testemunha José Henrique Pires confirma, no entender do Ministério Público Federal, a prática de censura e discriminação intencional, motivada por preconceito quanto à orientação sexual e à identidade de gênero”.

A censura, além de vedada pelo art. 5º que trata dos direitos fundamentais, encontra albergue constitucional específico no capítulo constitucional que trata da Comunicação social, que veda de maneira absoluta a censura de natureza política, ideológica e artística.

Além disso, o MPF com fundamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADO 26/DF, na qual o STF conferiu interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia nos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, entendeu que o ato do Ministro nesse caso configurou discriminação direta, identificada pela motivação discriminatória da suspensão do edital<sup>23</sup>.

Concluiu o MPF que “uma vez que as produções premiadas seriam exibidas nas TVs públicas, tem-se propriamente um ato de censura, por parte do Ministério da Cidadania, pois as obras foram efetivamente impedidas de serem veiculadas nos canais públicos federais”.

No que tange ao entendimento de ato de improbidade, além do dano ao Erário, vamos focar na ofensa aos princípios da Administração Pública. A conduta do ministro de censurar, no entender do Ministério Público, teve como motivação a discriminação. Consequentemente, entendeu o MPF que o ato violou os princípios administrativos da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, portanto, configurou ato de improbidade administrativa na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

No entanto, a censura por si só, ainda que “desmotivada”, já violaria a liberdade de expressão, não sendo necessário comprovar a existência de motivação específica. A questão que se coloca é se a violação à liberdade de expressão por si só já configuraria ato de improbidade administrativa.

A nosso ver sim. Isso porque a censura atenta diretamente contra a liberdade de expressão, direito previsto na Constituição da República e que, como dito, possibilita o exercício de vários outros direitos. Quando se cala uma ideia, opinião, comentário, criação, o

---

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 15.

<sup>23</sup> Ibid.

dano advindo desse ato é imensurável. Dano de dimensão ainda maior, em se tratando de produções de conteúdo audiovisual, considerando o alcance que essa forma de liberdade de expressão possibilita em um país como o Brasil, continental e com uma parcela considerável de analfabetos.

Assim, em havendo violação à liberdade de expressão, a conduta estaria enquadrada no art. 11, caput da Lei nº 8.429/92<sup>24</sup>:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

É possível encontrar respaldo na jurisprudência sobre a configuração do ato de improbidade na hipótese de violação aos princípios da Administração Pública apenas com base no dolo genérico, ou seja, a simples vontade de realizar a conduta, prescindindo-se de análise de qualquer elemento específico para sua configuração. Nesse sentido, destaca-se trechos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgInt no AREsp 1594308/GO julgado em 30/09/2020<sup>25</sup>:

X - O entendimento exposto, no acórdão vergastado, encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de que não se exige o dolo específico para o cometimento do ato ímprobo atentatório aos princípios administrativos, bastando a presença do dolo genérico.

XI - O dolo genérico se revela pela simples vontade consciente do agente de realizar a conduta, produzindo os resultados proibidos pela norma jurídica ou, então, "a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas

Assim, preenchidos os demais requisitos do ato de improbidade administrativa, a conduta, ainda que sem motivação aparente, que viole o direito à liberdade de expressão atenta contra os princípios da Administração Pública, notadamente no que tange ao dever da legalidade, e configura ato de improbidade na forma do *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Desse modo, independe de dolo específico, bastando apenas o dolo genérico.

---

<sup>24</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 14 out. 2020.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1.594.308/GO*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902941130&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 24 nov. 2020.

## CONCLUSÃO

O escopo da pesquisa consistiu em delinear os contornos do direito à liberdade de expressão, as normas que o tutelam, com a abordagem de alguns casos julgados pelos tribunais superiores. Houve um enfoque maior na liberdade artística a fim de contextualizar o papel da Agência Nacional do Cinema como órgão regulador de fomento ao audiovisual, destacando-se que no exercício desse papel a liberdade de expressão deve ser respeitada.

Em seguida a partir de um caso concreto, destacou-se a autonomia da Ancine como agência reguladora e o tipo de intervenção política no exercício de sua atividade a partir do Ministério ao qual é vinculada. Para tanto, foi abordado um caso concreto em que o Ministério da Cidadania suspendeu um edital lançado pela Ancine em fase final de contratação, causando prejuízos aos futuros contratantes.

Com isso, o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública em face do Ministro por Improbidade Administrativa, tendo em vista ter agido fora de sua competência, com dano ao Erário e violação aos princípios da Administração Pública, tendo em vista a prática de ato de censura, motivado por discriminação.

A partir das considerações feitas ao longo da exposição, verificou-se que a interferência política acaba por violar o exercício da autonomia técnica da agência reguladora, gerando prejuízos tanto aos administrados, como ao próprio poder executivo. Dessa forma, gera desvio da finalidade no exercício de suas competências e objetivos para os quais a agência reguladora foi originalmente criada.

No caso da Ancine, agência reguladora, cujo objetivo principal consiste em fomentar a atividade audiovisual promovendo a cultura e diversidade brasileiras por meio das obras audiovisuais, a violação a essa atividade ganha proporções muito maiores. Isso porque censurar a liberdade de expressão criativa expressada por meio audiovisual, em língua portuguesa, em verdade é impedir a construção e evolução cultural de uma nação, na qual ainda existem 11 (onze) milhões de analfabetos, que tem no meio audiovisual a única forma de acesso à cultura. Censurar obras de arte audiovisuais brasileiras é impedir esse acesso, gerando um dano coletivo social de proporções imensuráveis.

Com base nas considerações apresentadas, a conduta de censurar, independentemente de qualquer fim específico que lhe seja subjacente constitui violação à liberdade de expressão

artística e criativa e configura ato de improbidade administrativa na forma do caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

#### REFERÊNCIAS:

AGÊNCIA BRASIL. *Analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos> Acesso em: 12 out. 2020.

ANCINE. *Instruções Normativas Consolidadas*. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas> Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Instrução Normativa 125/2015*. Disponível em: <https://ancine.gov.br/pt-br/node/18029>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 01 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 14 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei 11.437*, de 28 de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111437.htm). Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei 13.848*, de 25 de junho de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Adin nº 4451*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incide nte=3938343>. Acesso em: 01 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. MPF. *ACP -Ancine*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/acp-ancine/view>. Acesso em: 12 out. 2020.

CONJUR. *MPF move ação contra ministro por censura a projetos LGBT em edital da Ancine*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/mpf-move-acao-ministro-censura-projetos-lgbt>. Acesso em: 24 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Rafael de Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. [ebook].

MENDONÇA, Heloísa. *Queermuseu*: O dia em que a intolerância pegou uma exposição para Cristo. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425\\_555164.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425_555164.html). Acesso em: 01 jul. 2020.