



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Isabela Almeida do Amaral

**A polícia das artes na Constituição de 1988: uma defesa da liberdade
artística contra a censura**

Rio de Janeiro

2022

Isabela Almeida do Amaral

**A polícia das artes na Constituição de 1988: uma defesa da liberdade artística
contra a censura**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A485 Amaral, Isabela Almeida do.

A polícia das artes na Constituição de 1988: uma defesa da liberdade artística contra a censura / Isabela Almeida do Amaral. – 2022.
213 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direitos fundamentais - Teses. 2. Censura - Teses. 3. Liberdade - Teses. I. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Isabela Almeida do Amaral

**A polícia das artes na Constituição de 1988: uma defesa da liberdade artística
contra a censura**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 18 de janeiro de 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Alessandro Lucciola Molon
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

A todas e todos que insistem na resistência da arte contra as censuras. À minha mãe e ao meu pai, pelo caminho que lhes devo. Ao Eduardo, ao Nando e à Samara, pela promessa de um futuro melhor. Ao Daniel, pelo tempo que foi e pelo que virá.

AGRADECIMENTOS

O correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem. (Grande Sertão: Veredas, Guimarães Rosa).

Talvez o ato de agradecer seja, também, reflexo dessa coragem que a vida demanda da gente. De toda forma, não seria possível incluir o não-dito dos agradecimentos velados de todos os dias nessas duas páginas reservadas àqueles que ajudaram nesse percurso de dois anos, que, na verdade, em tempos pandêmicos, corresponderam a só três semestres. Pelos desvios dos dias, pela tranquilidade transmitida, pelas convivências (ou pela compreensão com o afastamento pandêmico): há muito o que agradecer.

À Universidade do Estado do Rio de Janeiro: pela permanência – de diversas formas. Por ter se tornado mais do que eu pensava, por esse caso de amor, pelos espaços de esperança no futuro, pelo ensino da resistência – inerente à universidade pública, gratuita e de qualidade. E pelas amizades que só foram possíveis porque a UERJ foi ponto de encontro.

Agradeço, então, à Ketlyn Chaves, pelo apoio de todas as horas, pelas sugestões nesta dissertação e, principalmente, pelo exemplo de força. Ao Philippe Souto, à Raphaela Webering e ao Wallace Ribeiro, meus amigos de Centro Acadêmico Luiz Carpenter, de luta e de vida, pela presença, sempre. À Letícia Amâncio, à Catarina Ramos, à Carol Margulies, ao Lucas França, ao Filipe Oliveira, ao Rayffy Marques, ao Alexandre Freitas, pela escuta, pelas voltinhas e pelo dissenso – do qual, também, são feitas as amizades. Agradeço, ainda, aos meus amigos do PPGD/UERJ: Beatriz Cunha, Giovana Carneiro, Iasmin Gonçalves e João Pedro Cunha, pelos dramas acadêmicos compartilhados, apesar de toda essa distância das aulas *online*. À Teresa Melo e ao Paulo André Espírito Santo, pelos caminhos abertos.

A UERJ, também, me proporcionou ser aluna de professores e professoras brilhantes. Agradeço ao meu orientador, Rodrigo Brandão, pelo incentivo e pelo apoio enormes, desde o primeiro período de UERJ e pela compreensão com o tempo, que foi corrido na finalização deste trabalho. Brandão é um exemplo intelectual e não há como não gostar de Direito Constitucional depois de suas aulas. Sou imensamente grata por tê-lo como orientador e pelas críticas e provocações que aprimoraram esse trabalho e tornaram-no possível.

Aos professores Luís Roberto Barroso, Gustavo Binbenbajt, Daniel Sarmento, André Cyrino, Patrícia Baptista e Ana Paula de Barcellos, agradeço pelas aulas instigantes e por tornarem o caminho no Direito Público muito melhor. Mas, antes de tudo, por serem uma enorme inspiração. Especificamente ao professor Daniel Sarmento, agradeço não só pela gentileza – e pelo privilégio decorrente – em ter aceitado o convite para compor a banca de avaliação deste trabalho, mas também pelas observações e pela interlocução, fundamentais para o aperfeiçoamento das ideias aqui defendidas.

Ao Alessandro Molon, meu chefe, agradeço pela oportunidade e por muito que já aprendi nesse pouco tempo – bem como pela honra de tê-lo como avaliador deste trabalho. À Priscilla Gurgel, pela paciência e pela amizade recente de dias e dias de sessões da Câmara. Ao Jurandyr Mello, pelas ajudas imprescindíveis e pelo carinho com toda a nossa equipe. A todos os meus colegas do mandato, especialmente à Carla Nascimento, ao Bernardo Aimbinder, ao João Pedro Sarmento, ao Leonardo Santos, à Mariza e ao Renato Elman, obrigada pela recepção. É um prazer enorme trabalhar com vocês, mas, mais do que isso, lutar, ao lado de vocês, pela nossa democracia.

Aos meus amigos de vida, Camila Ferreira, Gabriel Amaral, Pedro Braga e Pedro Machado, pela constância e o saber que todo tempo longe ainda será pouco diante de tanto carinho que temos. Agradeço por permanecerem.

Ao Daniel Capecchi, meu crítico acadêmico pessoal – e preferido –, agradeço pelas horas perdidas e ganhas, pelo amor dos dias mansos e ferozes e por esses mistérios todos que, com você, sempre hão de pintar por aí. Sem seu suporte e a sua inspiração, de várias formas, a escrita desta dissertação não teria sido possível. Obrigada, com toda a urgência que tenho tido em te agradecer, por ser tanto e por todo amor que nós temos.

À minha família, agradeço, como sempre, por todo o suporte que foi dado, desde o início, para que eu chegasse à UERJ. À minha mãe e ao meu pai, pelo apoio e por muito do que sou. Aos meus irmãos e à minha irmã, pelas compreensões e incompreensões de sermos nós. À minha vó Regina, sempre com saudades pela distância, mas presente nos últimos dias de escrita desta dissertação, por ser uma avó maravilhosa. Ao meu dindo, Luiz Claudio, e à minha dinda, Mônica e aos meus primos, Bárbara e Felipe, por sempre estarem presentes e dispostos a ajudar. À minha vó Amélia, *in memoriam*, por todas as memórias e pela imensidão da saudade – que sempre fica nos caminhos.

“[...] Liberdade - essa palavra
que o sonho humano alimenta:
que não há ninguém que explique,
e ninguém que não entenda!)
E a vizinhança não dorme:
murmura, imagina, inventa.
Não fica bandeira escrita,
mas fica escrita a sentença”

Romanceiro da Inconfidência, Cecília Meirelles

“Na mão direita tem uma roseira
Autenticando eterna primavera
E nos jardins os urubus passeiam
A tarde inteira entre os girassóis”

Tropicália, Caetano Veloso

RESUMO

AMARAL, Isabela Almeida do. *A polícia das artes na Constituição de 1988: uma defesa da liberdade artística contra a censura*. 2022. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

Com a redemocratização, caiu o aparato da Censura que se operava no regime ditatorial anterior. A Constituição de 1988, em sua larga carta de direitos fundamentais, consagrou a liberdade artística, mas, atualmente, vêm crescendo o número de casos de censura. Nesse contexto, o presente estudo foca na hipótese de que, embora tenha havido uma desconsolidação da estrutura estatal da censura das artes no Brasil com a redemocratização, permanecem em atuação mecanismos censórios de operação da polícia das artes, que atuam minando os instrumentos de promoção da liberdade artística, com base em justificativas políticas e morais. A fim de elaborar tal hipótese, são feitos movimentos em três níveis. Em primeiro plano, apresentaremos uma oposição entre os fundamentos da proteção constitucional da liberdade artística e a censura, que freia a concretização desse direito ao longo de toda a história brasileira. Em segundo nível, partindo dessa oposição e de uma definição da censura que se opera pelo Poder Executivo, traremos, de um lado, o substrato autoritário e, de outro, o verniz de legalidade conferido à censura, que se apresenta por via do poder de polícia nas estruturas estatais de fomento público das artes, possibilitando a sua recuperação no momento atual de erosão democrática. Por fim, em terceiro nível, buscaremos respostas jurídicas para esse problema, a partir de um retorno ao âmbito de proteção da liberdade de artística e da proposição de parâmetros para as restrições desse direito.

Palavras-chave: Liberdade artística. Censura. Poder de Polícia. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

AMARAL, Isabela Almeida do. *The arts police in the 1988 Constitution: a defense of artistic freedom against censorship*. 2022. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

With the redemocratization, the Censorship apparatus that operated under the previous dictatorial regime collapsed. In the 1988 Constitution, in its broad charter of fundamental rights, it enshrined artistic freedom, but, currently, the number of cases of censorship is growing. In this context, this study focuses on the hypothesis that, although there has been a deconsolidation of the state structure of censorship of the arts in Brazil with the redemocratization, censorship mechanisms of police operation remain in operation, mincing the instruments that we operate artistic freedom, based on in political and moral justifications. In order to elaborate such a hypothesis, movements are made at three levels. In the foreground, we will present a request between the foundations of the constitutional protection of artistic freedom and censorship, which hinders the realization of this right throughout Brazilian history. On the second level, starting from this acceptance and from a definition of censorship that presents itself through the police power in the structures of public promotion of the arts, enabling its recovery in the current moment of democratic erosion. Finally, on a third level, we will seek legal answers to this problem, a return to the scope of protection of freedom of art and the proposition of parameters for restrictions on this right.

Keywords: Artistic freedom. Censorship. Police Power. Fundamental rights.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	OS FUNDAMENTOS, O CONCEITO E A HISTÓRIA DA LIBERDADE ARTÍSTICA E DA CENSURA.....	18
1.1	Os Fundamentos da Proteção à Liberdade de Expressão e sua Aplicabilidade para a Liberdade Artística.....	20
1.1.1	<u>As Teorias da Busca da Verdade, da Autonomia e da Democracia.....</u>	22
1.1.2	<u>Outras Teorias que Dão Fundamento à Proteção da Liberdade de Expressão Aplicadas à Liberdade Artística.....</u>	34
1.1.3	<u>Um Direito com Múltiplas Fundamentações: Uma Análise com Base na Constituição de 1988.....</u>	37
1.2	Liberdade Artística nas Constituições Brasileiras: Entre as Garantias e o Cerceamento.....	40
1.3	A Censura como Restrição Arbitrária à Liberdade Artística: Uma Proposta Conceitual.....	54
1.3.1	<u>Uma Proposta Conceitual a partir da Recuperação dos Significados de Censura.....</u>	55
1.3.1.1	Algumas Definições de Censura: Apresentação e Crítica.....	55
1.3.1.2	Um Conceito de Censura Estatal da Arte.....	60
1.3.2	<u>Os Tipos de Censura.....</u>	66
2	A POLÍCIA DAS ARTES E A PERMANÊNCIA DA CENSURA: A LÓGICA JURÍDICA DAS RESTRIÇÕES NÃO FUNDAMENTADAS NA LIBERDADE ARTÍSTICA.....	75
2.1	Herança Histórica da Censura e do Poder de Polícia: A Doutrina de Segurança Nacional e o Serviço de Censura.....	79
2.1.1	<u>O Pano de Fundo da Censura da Arte: a Doutrina de Segurança Nacional.....</u>	80
2.1.2	<u>Da Censura às Diversões Públicas: o Interesse Público entre a Moral e a Política.....</u>	87
2.2	Entre o Poder de Polícia, a Supremacia do Interesse Público e o Fomento: o Verniz de Legalidade da Censura da Arte.....	95
2.2.1	<u>O Poder de Polícia e as Restrições à Liberdade Artística.....</u>	96

2.2.2	<u>A Supremacia do Interesse Público: Entre o Poder de Polícia e o Cerceamento de Direitos Fundamentais.....</u>	102
2.2.3	<u>A Atividade da Polícia das Artes dentro do Fomento Público.....</u>	112
2.3	Retrocesso democrático e a permanência da censura da arte.....	119
3	VOLTANDO À LIBERDADE ARTÍSTICA: PARÂMETROS PARA CONTENÇÃO DA AÇÕES ARBITRÁRIAS DE POLÍCIA DAS ARTES.....	131
3.1	Situando o Debate: A Teoria Externa dos Direitos Fundamentais e a Ponderação.....	133
3.2	O Âmbito de Proteção da Liberdade Artística.....	143
3.2.1	<u>O Âmbito de Proteção da Liberdade Artística.....</u>	144
3.2.2	<u>Dois Núcleos da Liberdade Artística como Parâmetros para a Atividade Administrativa.....</u>	153
3.3	Limites ao Poder de Polícia das Artes.....	162
3.3.1	<u>A Vinculação da Atividade de Polícia Administrativa.....</u>	164
3.3.2	<u>O Dever de Ponderação da Administração Pública e Limites Específicos à Polícia das Artes.....</u>	172
3.4	As Ordens de Polícia dentro da Estrutura do Fomento às Artes: Alguns Casos.....	178
	CONCLUSÃO.....	189
	REFERÊNCIAS.....	193

Introdução

Cid Moreira voltou à tela logo após a abertura da nova novela das oito. Durante cerca de dois minutos, o apresentador do Jornal Nacional leu, com seu ar sóbrio, um editorial que pela primeira vez escancarava uma divergência entre a maior emissora de televisão do país e a ditadura militar. O próprio Roberto Marinho, dono da Rede Globo, escrevera o texto na véspera, quando recebeu com muita irritação a informação de que Roque Santeiro, de Dias Gomes, havia sido impedida pelo governo de estreiar naquele 27 de agosto de 1975. Os 36 capítulos já gravados e editados tiveram de ser engavetados pela Globo, em uma censura inédita na história do Brasil. Nunca uma telenovela havia sido proibida dessa forma abrupta, com o telespectador sentado no sofá à espera de seu programa favorito.¹

Nos anos 1965, 1975 e 1985, em meio à ditadura, a novela “Roque Santeiro” enfrentou, em três episódios, a censura estatal da arte. Nesse momento, “[a] repressão cultural foi sendo arquitetada como instrumento de manutenção do poder, ao sabor das oscilações das políticas da ditadura e em completa sintonia com outras formas de violência”². No primeiro episódio de enfrentamento da censura, o objeto de cerceamento foi a peça teatral “O berço do herói”, que inspirou, posteriormente, a novela. A história de “um cabo da Força Expedicionária Brasileira, dado como morto na Segunda Guerra Mundial e transformado em santo na sua terra natal, que passa a lucrar com turistas em busca dos ‘milagres’ do militar”³ não agradou a Burocracia censora e os militares. Avisaram o autor, Dias Gomes, que, com essas palavras, “pod[ia] tirar o cavaleiro da chuva”⁴.

No segundo episódio, o autor tentou contornar a censura. “[Q]uando criou Roque Santeiro para a Globo, manteve sob sigilo a inspiração na peça censurada e, para despistar, mudou o protagonista, tirando-lhe a patente: em vez de um cabo, seria um jovem fabricante de imagem de santos”⁵. O disfarce não foi o suficiente:

¹ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 9.

² MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 11.

³ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 9.

⁴ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 10.

⁵ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 10.

um grampo do Serviço Nacional de Informações (SNI) desvelou a tentativa de driblar a censura.

Somente no terceiro episódio, no ano em que os militares deixavam o governo, “[a] novela que se tornara um símbolo da censura foi então ao ar para marcar a volta da liberdade de expressão”⁶. De todo modo, “Dias Gomes enfrentaria seguidos cortes da máquina repressiva montada ao longo dos 21 anos do regime militar, que não se desmontaria tão cedo na redemocratização”⁷.

Em ensaio de 1968, posterior à censura da peça “O berço do herói”, Dias Gomes defendeu um papel político da arte em contraponto ao “processo lento e implacável, com avanços e recuos, que tem como objetivo final enquadrar o nosso povo dentro de limites de liberdade que tornem essa mesma liberdade um perigo facilmente controlável pelo poder militar constituído”⁸. Gomes escreveu que era preciso “que os novos autores, entendendo o teatro como uma forma de conhecimento da realidade, desempenha[ssem] papel decisivo na formação da consciência de que a liberdade é essencial à arte”⁹. E tanto o era que “o militarismo auto-erigido em censor das artes neste país procura[va] sufocar o teatro”¹⁰ e as diversas formas de manifestação artística.

Tempos depois, em 2017, a mostra “Queermuseu – cartografias da diferença na arte brasileira”, de curadoria de Gaudêncio Fidelis, sofreu, já sob a égide da Constituição de 1988, com a censura estatal da arte. Após um episódio de ataques de intolerância e conservadorismo, em sua exibição no Santander Cultural, em Porto Alegre¹¹, a mostra iria ocorrer no Rio de Janeiro, especificamente no Museu de Arte do Rio (MAR). Entretanto, enfrentou empecilhos junto à Administração Pública, mesmo diante de um dever estatal de promoção da arte constitucionalmente estabelecido (art. 215, *caput*, da CRFB).

⁶ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 10.

⁷ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 10.

⁸ GOMES, Dias. “O engajamento é uma prática da liberdade”. In: *Revista Civilização Brasileira*, caderno especial n. 2, 1968 (7-17), p. 9.

⁹ GOMES, Dias. “O engajamento é uma prática da liberdade”. In: *Revista Civilização Brasileira*, caderno especial n. 2, 1968 (7-17), p. 17.

¹⁰ GOMES, Dias. “O engajamento é uma prática da liberdade”. In: *Revista Civilização Brasileira*, caderno especial n. 2, 1968 (7-17), p. 17.

¹¹ MENDONÇA, Heloísa. “Queermuseu: O dia em que a intolerância pegou uma exposição para Cristo”. El país. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425_555164.html. Acessado em 28/11/2021.

O prefeito à época, Marcelo Crivella, proibiu a sua realização, através de um ato que possui materialidade de ordem de polícia. Na ocasião, Crivella disse que a mostra só ocorreria “no fundo do mar”¹² e mencionou, ainda, não se tratar de caso de censura prévia¹³. O MAR, entidade pública municipal, acatou a decisão discricionária da prefeitura e optou por não receber a exposição. Ela só viria a público no Rio de Janeiro, em 2019, após uma campanha de *crowdfunding* para sua realização no Parque Lage.

O curador, Gaudêncio Fidelis, em entrevista à Agência Brasil, esclareceu que suas defesas das exposições sob sua curadoria sempre haviam sido artísticas e conceituais. Até aquele momento. Isso porque os ataques e a censura enfrentados na ocasião levaram-no a uma defesa política, ainda que voltada ao âmbito da arte. Nas suas palavras, “[a] defesa do mérito artístico da exposição deixei de lado e tive que migrar imediatamente para uma outra defesa [...]. A defesa da liberdade de expressão”¹⁴.

Esses dois episódios, de Roque Santeiro e do Queermuseu, ocorreram em momentos totalmente diversos: no primeiro, havia a legalidade autoritária de 1964, no segundo, uma democracia pautada na concretização dos direitos fundamentais, que é cerne da Constituição de 1988. No entanto, a censura estatal da arte é um ponto em comum. Nos dois casos, uma expressão artística foi vítima de cerceamento administrativo, ora por um órgão que institucionalizava a censura das diversões públicas, ora pela Burocracia municipal, no exercício *a priori* legítimo de sua atividade de polícia. Mas como pode ocorrer, em um regime democrático, a permanência da censura administrativa, mesmo diante de um dever constitucional de proteção e promoção da liberdade artística? Essa é uma das perguntas que levam à presente dissertação.

Ao longo da história brasileira, “[e]m nome da segurança nacional, da moral, dos bons costumes, da família e de outros pretextos, sempre foram censuradas a imprensa, as artes e a literatura”¹⁵. Em contraponto ao passado anterior de repressões às artes e às manifestações do pensamento, especialmente no regime militar, a Constituição de 1988

¹² VEJA. *Crivella sobre Queermuseu no Rio: ‘Só se for no fundo do mar’*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/cultura/crivella-sobre-queermuseu-no-rio-so-se-for-no-fundo-do-mar/>. Acessado em 28/11/2021.

¹³ O GLOBO. *Prefeitura do Rio veta exposição Queermuseu no MAR*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/10/prefeitura-do-rio-veta-exposicao-queermuseu-no-mar.html>. Acessado em 28/11/2021.

¹⁴ SIMÕES, Mariana. *‘Eu recebi mais de cem ameaças de morte’, diz curador da exposição Queermuseu*. El País Brasil. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/28/cultura/1535483191_606318.html. Acessado em 28/11/2021.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, Edição digital: 2020, p. 97.

buscou consagrar o fim da censura. Para tanto, estabeleceu, em seu artigo 5º, inciso IX, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”.

No entanto, atualmente, com o crescente retrocesso democrático, as liberdades de expressão passaram a estar novamente sob ataque. O Observatório de Censura à Arte, no ano de 2020, computou mais de 50 casos de censura a obras – sem contar as censuras que atingem outras expressões, que não as artísticas. “Entre as principais conclusões do relatório, que é atualizado mensalmente, conforme novos casos são apurados, está a presença de obras e/ou artistas de todas as regiões de país entre as vítimas de censura”¹⁶. Em geral, as obras cerceadas possuíam temáticas ligadas aos debates morais e políticos: de um lado, questões feministas e LGBTQIA+, por exemplo e, de outro, críticas políticas ao Presidente da República¹⁷.

Embora o aparelho de censura das artes do regime de 1964 – centrado no Serviço de Censura e Diversões Públicas – tenha sido desmontado com a redemocratização, ainda permanecem resquícios que possibilitam a ocorrência de mecanismos de repressão da liberdade artística e que são potencializados pelo cenário atual de erosão democrática. A normativa constitucional de 1988, que estabeleceu a liberdade artística e impôs demandas negativas e positivas ao Estado não foi suficiente. Tão pouco o foi o processo de constitucionalização do Direito. Embora ele acarretasse uma irradiação da Constituição sobre a atuação de todos os órgãos estatais, na prática das instituições, os efeitos não foram, exatamente, os esperados.

No tocante à Administração Pública, conforme destaca Luís Roberto Barroso, a constitucionalização do direito “além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição”¹⁸, mas nem sempre esses pontos são atendidos. Ainda está em processo, ao que as circunstâncias indicam, a concretização da Constituição e uma efetivação não só de sua irradiação sobre a prática das instituições, mas dos próprios direitos, como é o caso da liberdade artística.

¹⁶ DIEI, Vítor. *Observatório de Censura à Arte registra mais de 50 casos em um ano*. LITERAS RS. Disponível em: <https://literaturars.com.br/2020/09/08/observatorio-de-censura-a-arte-registra-mais-de-50-casos-em-um-ano/>. Acessado em 27/08/2021.

¹⁷ DIEI, Vítor. *Observatório de Censura à Arte registra mais de 50 casos em um ano*. LITERAS RS. Disponível em: <https://literaturars.com.br/2020/09/08/observatorio-de-censura-a-arte-registra-mais-de-50-casos-em-um-ano/>. Acessado em 27/08/2021.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 202.

Esses dois fatores – a irradiação da Constituição sobre a prática das instituições e a concretização dos direitos fundamentais – são postos em jogo, justamente, onde o passado e o presente brasileiros se encontram. De um lado, a prática autoritária dos órgãos da censura se manteve com a conservação de seus atores nas estruturas estatais, ainda que em cargos diversos, quando o Serviço de Censura e Diversões Públicas se dissolveu. De outro lado, no cenário atual de regresso democrático, em que a retomada de elementos autoritários e conservadores parece presente, a liberdade artística fica ameaçada diante dos aspectos políticos de ataques à oposição e dos morais resgatados pelo neoconservadorismo.

A estrutura do aparelho censor, nesse sentido, se pulverizou no exercício do poder de polícia das artes pela Burocracia, especialmente a partir da desconsolidação do fomento público às artes. A atividade administrativa, por meio de ordens de polícia, permanece sendo um instrumento de repressões à arte no Brasil. Embora ainda haja um foco maior na censura judicial como aparato repressor da arte na atualidade, como levanta Laura Mattos, a partir de uma “judicialização do cerceamento à cultura”, “com o martelo dos juízes lembrando a caneta da ditadura”¹⁹, não se pode deixar de lado os diversos casos que vêm vindo à tona de exercício de polícia das artes pela Administração Pública.

Nesse contexto, o presente estudo foca na hipótese de que, embora tenha havido uma desconsolidação da estrutura estatal da censura das artes no Brasil com a redemocratização, permanecem em atuação mecanismos censórios de operação da polícia das artes, que atuam minando a concretização da liberdade artística, especialmente dentro de uma estrutura de fomento, com base em justificativas políticas e morais.

A fim de elaborar tal hipótese, são feitos movimentos em três níveis. Em um primeiro plano, apresentaremos uma oposição: a dos fundamentos da proteção constitucional da liberdade artística, de um lado, e da censura, que freia a concretização desse direito ao longo de toda a história brasileira, de outro. Já em um segundo nível, partindo dessa oposição e de uma definição clara da censura que se opera pelo Poder Executivo, traremos, de um lado, o substrato autoritário e, de outro, o verniz de legalidade que se apresenta por via do poder de polícia, que levam a uma recuperação

¹⁹ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 277.

da censura da arte no momento atual de erosão democrática, dentro das estruturas de fomento às artes. Por fim, em um terceiro nível, buscaremos respostas jurídicas para esse problema, a partir de um retorno ao âmbito de proteção da liberdade de artística e da proposição de parâmetros para as restrições desse direito. A dissertação, então, se divide a partir desses três níveis.

Em primeiro lugar, será feito um panorama de conceitos centrais para o objeto dessa dissertação. O capítulo intitulado “Os Fundamentos, o Conceito e a História da Liberdade Artística e da Censura” trará, primeiro, uma recapitulação da discussão sobre os fundamentos da proteção constitucional da liberdade de expressão. Nesse caso, a abordagem trará críticas e uma adaptação dos fundamentos à liberdade artística – considerada um viés da liberdade de expressão. Em segundo lugar, será feito um panorama do tratamento da liberdade artística nas Constituições brasileiras, já apresentando, ainda que brevemente, o contraponto da censura que se operava, ao longo da história do país e, portanto, freava a concretização desse direito. A intenção é verificar como esse direito, então, foi protegido constitucionalmente em nossas Cartas, mas como a realidade se descolou das previsões constitucionais, sempre abrindo margem para a censura da arte. Na terceira parte do capítulo, por fim, será feita uma proposta conceitual de censura estatal da arte. O intuito será recortar o objeto dessa dissertação que se centra na censura administrativa que se dá, ora com fundamentos políticos, ora morais, e atua a partir de uma imposição excessiva de restrições à liberdade artística.

Estabelecidos os conceitos fundamentais para o trabalho aqui empreendido, em seguida, o Capítulo Dois, intitulado “A Polícia das Artes e a Permanência da Censura: a Lógica Jurídica das Restrições não Fundamentadas na Liberdade Artística” trará a análise de como se dá a censura da arte através do poder de polícia da Administração Pública. A primeira parte do capítulo trará as heranças históricas da Censura de 1964 que contaminam a atividade administrativa de ordenação no que tange à liberdade artística. A ideia é dar os contornos, num retorno ao passado, da estrutura e do funcionamento da censura do regime militar para, em seguida, analisar sua recuperação no cenário presente. A segunda parte focará, então, em trazer uma análise do verniz de legalidade da censura da arte: o Poder de Polícia e seu fundamento central, a supremacia do interesse público. Essa análise trará uma abordagem integrada com a concretização – ou não – pelas vias administrativas do direito à liberdade artística através do mecanismo de fomento, a fim de demonstrar como as ordens de polícia são utilizadas nesse meio

para atos censórios. A terceira parte do capítulo, por fim, trará um panorama atual da ascensão do autoritarismo e do conservadorismo no Brasil. A ideia é estabelecer como o processo de erosão democrática fez reaparecerem com força mecanismos de censura da arte, via policiamento, dentro da Administração Pública. A recuperação das justificativas políticas e morais da censura vem, assim, atrelada aos movimentos de autoritarismo e conservadorismo e suas pautas.

O terceiro Capítulo, “Voltando à Liberdade Artística: Âmbito de Proteção e Parâmetros para a Atividade Administrativa”, por fim, tem quatro enfoques, que se traduzem em uma tentativa de resolver o problema apresentado ao longo da dissertação. Em primeiro plano, o capítulo situará o debate sobre a liberdade artística: adotará a teoria externa dos direitos fundamentais e partirá de uma análise pautada na proporcionalidade como método para resolução de conflitos entre direitos – a liberdade artística de um lado e outros direitos, que se revestem de interesse público, de outro. Em segundo plano, buscará consolidar o âmbito de proteção *prima facie* da liberdade artística, partindo da literatura sobre o tema e, ainda, de algumas contribuições jurisprudenciais. Em terceiro lugar, tentará estabelecer critérios para o exercício de ponderação da atividade administrativa de polícia das artes. Dessa forma, há o intuito de proposição de *standards* para que restrições possam ser aplicadas sem que haja o desmantelamento do núcleo essencial da liberdade artística. Na quarta parte, trará, finalmente, alguns casos ilustrativos da censura da arte imposta pela Administração Pública, por via de seu poder de polícia dentro da lógica do fomento, havendo uma contenção da dimensão positiva da liberdade artística.

1. Os Fundamentos, o Conceito e a História da Liberdade Artística e da Censura

A resistência da obra não é o socorro que a arte presta à política. Ela não é a imitação ou antecipação da política pela arte, mas propriamente a identidade de ambas. A arte é política.²⁰

A Constituição de 1988 consagrou, em seu art. 5º, inciso IX, a liberdade artística. No seu extenso rol de direitos fundamentais, dispôs que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Nesse capítulo, temos o intuito de apresentar uma oposição que permeia a hipótese dessa dissertação: a dos fundamentos da proteção constitucional da liberdade artística, de um lado, e a de uma censura da arte, que carece de conceituação, e que freia a concretização desse direito ao longo de toda a história brasileira, de outro.

Há, no entanto, uma questão prévia sobre o que significa dizer que algo é arte. Essa questão é complexa por si só e se relaciona com o debate jurídico sobre qual o âmbito de proteção da liberdade artística, que será retomado no Capítulo 3. De todo modo, a título de exemplo, para uma pessoa, uma peça de teatro em que há nudez pode ser considerada arte. Para outra, pode ser considerada atentado ao pudor ou violação dos bons costumes. Uma música, especificamente, um *funk*, para utilizar um exemplo de movimento musical que vem sofrendo com a criminalização²¹, pode ser considerado uma manifestação sem qualquer valor estético, de um lado, e, de outro, uma expressão artística popular que reflete a autonomia de grupos tradicionalmente oprimidos. Um livro que possua conteúdo antissemita ou racista, para um pode ser considerado uma obra estética válida e, para outro, uma violação dos preceitos de igualdade presentes na Constituição Federal. Esses exemplos mostram uma controvérsia não só sobre o que significa “arte”, mas, também, sobre o que pode ou não ser incluído no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade artística e como deve se dar a ponderação no conflito de direitos fundamentais.

Para Luiz Camillo Osório, a arte existe no intervalo “entre ser e poder ser, tornando-se sempre algo diferente no embate com as exterioridades que lhe conferem

²⁰ RANCIÈRE, Jacques. *Será que a arte resiste a alguma coisa?* Tradução de Mônica Costa Netto. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/404237/Jacques+Ranci%C3%A8re+Sera+que+a+arte+resiste+a+alguma+coisa.pdf>.

²¹ CYMROT, Danilo. Criminalização do funk e violação do direito à cultura e ao lazer. In: *Bens culturais e direitos humanos*. Org. Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Cureau. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

sentido (o público, a instituição, o circuito, a realidade)”²². Não há, portanto, arte isolada de qualquer circunstância. Em realidade, a arte “não se defin[e] *a priori*, mas apenas a partir de uma negociação constante com sua tradição e através das inserções possíveis na cultura e na sociedade de seu tempo”²³.

Partindo dessa noção, se a arte deve ser entendida em seu contexto, devemos ter em conta, em qualquer estudo sobre seus aspectos de proteção constitucional, não só o aumento dos ataques à livre expressão artística na atualidade, mas também as heranças que permeiam sua compreensão e sua concretização na história brasileira. Antes disso, o primeiro Capítulo desta dissertação se dedica, a um panorama geral sobre o tema da liberdade artística, voltando-se aos seus fundamentos e, especificamente, ao seu tratamento constitucional. Se, por um lado, há clara proteção desse direito na Carta de 1988, no entanto, por outro, há a permanência da censura da arte mesmo após seu advento. Assim, nos voltaremos, também, à tentativa de consolidar um conceito de censura estatal da arte, operada pela Administração Pública, que mina a liberdade artística e se utiliza, para isso, de um verniz de legalidade.

Desse modo, em primeiro lugar, retomaremos a discussão sobre os fundamentos da proteção constitucional à liberdade de expressão e justificaremos a necessidade de sua aplicabilidade, também, às expressões artísticas. A relevância dessa recuperação teórica se justifica pela necessidade de se compreender a importância desse direito e as justificativas que levaram à sua proteção constitucional na Constituição de 1988.

Em segundo lugar, traremos, então, um breve mapeamento da proteção à liberdade artística nas Constituições brasileiras, que fará ponte entre, de um lado, as tentativas de concretizar essa liberdade e, de outro, a permanência da censura da arte. Nesse ponto, buscaremos cotejar a previsão com a prática constitucional, embora sem pretensão de completude. O intuito dessa apresentação consiste em verificar a inefetividade da liberdade artística, em que pese todos os fundamentos de sua proteção para, em seguida, remontarmos o significado dessa censura que se operou ao longo de nossa história.

A realidade fática demonstra, como veremos adiante, que os episódios de censura da arte são recorrentes sob qualquer uma de nossas Constituições. Remontar o tratamento que elas deram à livre expressão artística servirá para construir, então, o

²² OSORIO, Luiz Camillo. *Olhar à margem: caminhos da arte brasileira*. São Paulo: SESI-SP. Editora: Cosac Naify, 2016, p. 85.

²³ OSORIO, Luiz Camillo. *Olhar à margem: caminhos da arte brasileira*. São Paulo: SESI-SP. Editora: Cosac Naify, 2016, p. 85.

cenário no qual a Administração Pública atuou para a concretização – ou para a desconsolidação – desse direito e entender como o passado, de certo modo, reflete ao cenário atual – ao qual queremos chegar, nos capítulos seguintes – de uma recuperação da polícia das artes.

Em terceiro lugar, por fim, traremos uma proposta de conceito de censura estatal da arte, que será base para este trabalho, e destrincharemos sua relação com a liberdade artística. Para isso, será feita uma recuperação de significados na literatura sobre o tema. Em seguida, buscaremos, de forma ampla, trazer quais são os tipos de censura da arte ou, ainda, os locais pelos quais ela pode operar. Essa abordagem se faz necessária uma vez que a hipótese do trabalho, já mencionada, é de que houve uma manutenção do exercício de polícia das artes pela Administração Pública, que tem como herança a polícia dos costumes do regime de 1964.

Assim, é necessário entender (i) quem é o ator que perpetra a censura; (ii) como ela se dá com base em um fundamento aberto da polícia administrativa, que dá margem a justificativas políticas e morais, abarcadas por uma noção de interesse público – o verniz de legalidade da censura – a ser defendida pela atividade estatal e; (iii) como é majoritariamente posterior a divulgação das expressões e não exercida por um órgão administrativo de controle prévio, como será visto, no terceiro capítulo, a partir de alguns casos centrais.

1.1. Os Fundamentos da Proteção à Liberdade de Expressão e sua Aplicabilidade para a Liberdade Artística

Os caminhos da arte devem ser livres, múltiplos e imprevisíveis. Para o artista deve ser concedida até a liberdade de falhar. Arte e liberdade, arte e povo e arte e cultura – não são expressões contraditórias. São faces duplas de uma só realidade. Não existe arte sem liberdade.²⁴

Quando se fala em liberdade de expressão remete-se, antes de tudo, a uma liberdade constitucional que “consiste, basicamente, no direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador)”²⁵. As formas de expressão são amplas e não seria factível estabelecer um rol exaustivo de suas

²⁴ BANDEIRA, Antônio Rangel. *Da liberdade de criação artística*. Ministério da Educação e Cultura: Instituto Nacional do Livro, São Paulo, 1956, p. 102.

²⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 27.

hipóteses, mas é fundamental, para o âmbito do presente trabalho, a noção de que a liberdade de expressão congloba as expressões artísticas²⁶ – também sem uma delimitação tão rígida que reduza os contornos do que significa “arte”.

A liberdade de expressão possuiu grande importância no contexto brasileiro, desde os tempos da colonização. No âmbito da arte, que se insere em uma concepção ampla de “expressão”, desde as Cartas Chilenas ao samba-enredo das Escolas de Samba, perpassando por diversas formas de expressão artística, essa liberdade encontra espaço de dissenso e de abertura para as páginas esquecidas da nossa história. No entanto, apesar da proteção conferida pela Constituição Federal de 1988, através do art. 5º, IX, permanecem mecanismos sub-reptícios de interferência e controle da arte, herdados de um passado em que a Censura era realidade no país.

De todo modo, a arte brasileira teve e tem diversos papéis do ponto de vista político, que são imprescindíveis à democracia. Isso, por óbvio, não exclui o papel meramente estético da arte e o seu viés ligado à autorrealização dos indivíduos e à sua dignidade²⁷. Ainda, não afasta um papel de incremento nos debates atrelados a diversas concepções de verdade, em uma sociedade plural e diversa como a brasileira. A esses papéis se conectam, justamente, os fundamentos de proteção da liberdade de expressão artística, que consolidam sua importância.

Há, em síntese, três teorias principais que fundamentam a liberdade de expressão e justificam sua proteção como um direito fundamental nas democracias constitucionais. Em suma, as teorias têm como argumento central (i) a descoberta da verdade; (ii) a autonomia e a autossatisfação individual; e (iii) a democracia e o autogoverno. Embora elas sejam voltadas, precipuamente, a justificar uma salvaguarda à liberdade de expressão, a partir de uma visão ampla, que congloba diversas formas de expressão, elas podem ser aplicadas para o viés da liberdade artística, que interessa mais aos fins deste trabalho.

É necessário mencionar, entretanto, que a proteção da arte possui peculiaridades, que, eventualmente, justificam uma proteção específica – que não é contemplada integralmente por essas três teorias principais, se tidas de forma individualizada. Sendo assim, o primeiro tópico deste capítulo se dedicará a recapitular, ainda que de modo breve, a discussão sobre os fundamentos de proteção da liberdade de expressão,

²⁶ SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. UK: Cambridge University Press, 1982, 92.

²⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 207.

concentrando-se nas três principais teorias sobre o tema. De todo modo, daremos um panorama breve, também, de outras três teorias, que não possuem tanta visibilidade: do exercício dos demais direitos, da proteção do patrimônio da sociedade e da tolerância.

1.1.1. As Teorias da Busca da Verdade, da Autonomia e da Democracia

Em primeiro lugar, a teoria da liberdade de expressão com, talvez, maior influência no direito norte-americano se pauta na busca da verdade. Em sua concepção, centrada nas ideias de John Milton e John Stuart Mill, deve haver um livre mercado de ideias, que possibilite o conflito entre diversas visões e, portanto, uma busca sem amarras da verdade. Essa circunstância, que pressupõe uma ausência de qualquer intervenção estatal sobre a fruição da liberdade de expressão, levaria, para seus defensores, ao desenvolvimento não só da verdade, mas do próprio conhecimento. Como sintetiza Jónatas Machado, “[a] liberdade de expressão apresenta-se, neste contexto, como o direito da concorrência das ideias, combatendo a concentração monopolista de poder comunicativo e facilitando o acesso de novas ideias ao mercado”²⁸.

Embora seja tradicionalmente associada a Stuart Mill, John Milton, em seu ensaio “Aeropagítica”, de 1644, no qual desafiava a censura parlamentar no contexto inglês do século XVII, fez a primeira defesa da ideia. Para Milton, conforme destaca Jónatas Machado, na batalha entre a verdade e o erro, a primeira triunfará e “esse triunfo não tem que ser alcançado através da força e da violência, como pensavam os Inquisidores, mas sim através do confronto livre e aberto de ideias”²⁹. Nas palavras do próprio Milton, “enquanto a Verdade se mantiver de pé, faremos mal, com censuras e proibições, em duvidar da sua força. Deixemo-la digladiar-se com a Falsidade. Quem alguma vez ouviu dizer que a Verdade saísse vencida de um confronto livre e aberto?”³⁰. Nesse sentido, para o autor, ainda que haja, em qualquer contexto, a veiculação de narrativas falsas,

²⁸ MILTON, John. *Aeropagítica*: discurso sobre a liberdade de expressão. Prefácio de Jónatas Machado. Portugal: Edições Almedina, 2019, p. 12.

²⁹ MACHADO, Jónatas. Prefácio. In: MILTON, John. *Aeropagítica*: discurso sobre a liberdade de expressão. Prefácio de Jónatas Machado. Portugal: Edições Almedina, 2019, p. 9.

³⁰ MILTON, John. *Aeropagítica*: discurso sobre a liberdade de expressão. Prefácio de Jónatas Machado. Portugal: Edições Almedina, 2019, p. 97.

seu choque com a verdade produziria um melhor resultado que qualquer restrição aos discursos.

Essa ideia foi aprofundada, mais tarde, pelo filósofo inglês John Stuart Mill, que trouxe, no ensaio “*Sobre a liberdade*”, uma sofisticação dos argumentos, analisando as hipóteses de confronto entre opiniões verdadeiras e falsas. Como destaca Mill, a limitação ou regulação do *free marketplace of ideas* – termo apropriado somente em momento posterior pela teoria – causaria prejuízos graves à discussão e ao confronto de ideias:

[O] mal específico de silenciar a expressão de uma opinião é que assim se está roubando a humanidade inteira, tanto a geração atual quanto a posteridade, e os que divergem da opinião, ainda mais do que os que a apoiam. Se a opinião é correta, a humanidade se vê privada da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se é errada, perde algo que quase chega a ser um grande benefício: a percepção mais clara e a impressão mais vívida da verdade, geradas por sua colisão com o erro.³¹

É necessário observar que Mill, ao contrário de Milton, no entanto, não acreditava que haveria sempre um triunfo da “verdade” sobre a “falsidade” ou qualquer poder intrínseco da primeira sobre a segunda. Ao seu ver, no entanto, por mais que se tentasse sufocar a verdade em diversos momentos históricos, ela permaneceria sendo redescoberta “até que alguma dessas suas reaparições recaia numa época em que, por circunstâncias favoráveis, ela escape à perseguição por tempo suficiente até alcançar tal vulto que resistirá a todas as tentativas posteriores de sufocá-la”³².

Mark Tushnet, Alan Chen e Joseph Blocher destacam que, na visão de Mill, uma proteção ampla seria crucial “porque quer as ideias expressas em uma opinião sejam verdadeiras ou falsas, amplamente difundidas ou marginais, a sociedade só pode compreender a verdade por meio de uma consideração completa de todas as opiniões”³³. Em mesmo sentido, Larry Alexander menciona que “a liberdade para divulgar novas informações e criticar as visões prevaletentes é necessária para eliminar os equívocos de fato e de valores”³⁴ e isso justificaria a instrumentalidade e a proteção da liberdade de expressão para a descoberta da verdade.

³¹ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019, p. 33.

³² MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019, p. 49.

³³ TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 36.

³⁴ ALEXANDER, Larry. *Is there a right of free expression?* UK: Cambridge University Press, 2005, p. 128.

No contexto norte-americano, há uma grande abertura para essa teoria. Como estuda Ian Rosenberg, especificamente no caso *Abrams vs. United States*³⁵, o juiz Oliver Wendell Holmes se apropriou, de forma metafórica e ainda que sem mencionar especificamente o termo, do conceito de livre mercado de ideias. No caso, Jacob Abrams e alguns imigrantes russos distribuíram panfletos críticos da política de guerra dos EUA de enviar tropas à Rússia, nos quais se opunham veementemente ao Presidente. Foram acusados, então, de “conspirar ilegalmente profer[indo], imprimir[ndo], escreve[ndo] e publica[ndo] linguagem desleal, obscena e abusiva”³⁶. Holmes, em seu voto divergente em *Abrams*, “se volt[ou] para o caos e a cacofonia do mercado para comunicar a conexão entre o capitalismo democrático da América e o valor da busca pela verdade em um fórum no qual o governo não pode excluir vozes críticas do debate público”³⁷.

Já no cenário brasileiro, Gustavo Binenbojm menciona, nos dias de hoje, a importância da argumentação empreendida por Mill, a respeito da defesa da liberdade de expressão, do ponto de vista epistêmico. Em suas palavras, “as sociedades liberais ocidentais foram erigidas a partir da premissa da falibilidade humana e, portanto, da ausência de monopólio da verdade”³⁸, daí a necessidade de um “ambiente de livre expressão pública”³⁹. O ponto central para a teoria, portanto, é de que é necessário que o espaço para expressão de ideias seja completamente livre, com o intuito de possibilitar a busca e a veiculação da verdade. Assim:

Ainda que o debate público não assegure o acesso privilegiado à verdade (ao certo ou ao justo), a garantia da liberdade de expressão tem o mérito de não excluir a prioristicamente ideias e opiniões do debate público, desde que ela própria fique preservada. Em outras palavras, ela é condição de possibilidade para todas as demais discussões relevantes numa sociedade livre e democrática.⁴⁰

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há diversas menções à teoria da busca da verdade ou do *free marketplace of ideas*, mesmo que não seja um argumento

³⁵ Para uma análise do caso, com abordagem da teoria da verdade, como colocada pelos autores, LAURENTIIS, Lucas Catib. THOMANZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos. *Rev. Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2263-2265.

³⁶ ROSENBERG, Ian. *The fight for free speech: ten cases that define our First Amendment freedoms*. New York: New York University Press, 2021, p. 10.

³⁷ ROSENBERG, Ian. *The fight for free speech: ten cases that define our First Amendment freedoms*. New York: New York University Press, 2021, p. 20.

³⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 22.

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 22.

⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 22.

central da Corte e de seus ministros, em geral. Um caso ilustrativo é do Recurso Extraordinário 898450/SP⁴¹, no qual estava em questão o impedimento de provimento de cargo, emprego ou função pública decorrente da existência de tatuagem no corpo do candidato – situação que foi julgada inconstitucional. Para além da violação dos preceitos constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do livre acesso aos cargos públicos, a exigência estatal de que a tatuagem siga parâmetros de tamanho e estética viola, conforme fundamentação da Corte, a liberdade de expressão artística. No acórdão da decisão, há menção, ainda que lateral, ao fundamento do livre mercado de ideias que se relaciona à teoria da busca da verdade:

“ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública”⁴².

A teoria, porém, é atingida por algumas críticas, especialmente quanto à ausência de regulação dela decorrente, em um ambiente que não é totalmente livre, já que permeado por desigualdades. Nesse aspecto, Rosenberg levanta a seguinte questão: “quem é verdadeiramente ouvido no livre mercado de ideias? Se mulheres, minorias e pessoas pobres não recebem iguais oportunidades de ingressar nesse mercado, como podem suas vozes participarem da competição pela verdade?”⁴³. É preciso considerar que as desigualdades – econômica, cultural-identitária e política⁴⁴ – constituem o ambiente no qual a liberdade de expressão é exercida e, portanto, pautam a fruição desse direito.

Cláudio Chequer, ainda, destaca dois outros pontos levantados pela crítica, que dizem respeito a uma análise “econômica” da liberdade de expressão. O primeiro tem “base na doutrina econômica das falhas de mercado e das falhas de contrato”⁴⁵. O problema seria quanto ao “melhor procedimento para descobrir a verdade”⁴⁶, porque

⁴¹ STF, RE 898450, SP/São Paulo, Min. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgamento 17/08/16, Publicação 31/05/17, DJe-114.

⁴² STF, RE 898450, SP/São Paulo, Min. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgamento 17/08/16, Publicação 31/05/17, DJe-114.

⁴³ ROSENBERG, Ian. *The fight for free speech: ten cases that define our First Amendment freedoms*. New York: New York University Press, 2021, p. 21.

⁴⁴ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77: 11-39, 2009, tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis, p. 18-19.

⁴⁵ CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 23.

⁴⁶ ALEXANDER, Larry. *Is there a right of free expression?* UK: Cambridge University Press, 2005, p. 128.

sempre haverá falhas e regulações que conduzem esse processo de descoberta e influenciam nos resultados. O segundo ponto levantado pela crítica é que “as ideias, para a teoria do livre mercado, deixariam de ter um valor intrínseco para passarem a ter um preço variável”⁴⁷, passando a transmissão de ideias a ser uma mera transação econômica⁴⁸.

Ademais, considerando a arte como objeto de proteção da liberdade, especificamente, Jeffrie G. Murphy elabora a crítica de que a teoria de Mill não teria tanta funcionalidade para expressões artísticas. A seu ver, “[o] argumento de Mill funciona melhor para a proteção do que poderia ser chamado de discurso cognitivo ou científico (discurso primariamente preocupado com ideias e com a descoberta da verdade)”⁴⁹. Daí que a eventual ausência na expressão artística de alguma preocupação com a verdade das ideias – por exemplo, se houver a predominância de elementos técnicos de estética em sua construção – poderia acarretar uma ausência de proteção. Sob a teoria, a proteção não englobaria “formas de expressão que não servem para proteger a comunicação e a recepção de informações e ideias”⁵⁰. Nisso residiria uma insuficiência da argumentação teórica.

Em segundo lugar, há a teoria da autonomia individual, ou da autorrealização, que tem como base um elemento constitutivo do indivíduo a fim de justificar a proteção conferida à liberdade de expressão. Aqui, o tratamento dado a esse direito se pauta em seu fim próprio de potencializar os valores e as características do ser humano. Nas palavras de Chequer, na análise teórica proposta, há, utilizando-se termos kantianos, “um valor intrínseco, um bem independente, um fim; alternativamente, [...] [o] exercício [da liberdade de expressão] pode ser considerado como condutor para o desenvolvimento dos indivíduos [...] [e para] beneficiar toda a sociedade”⁵¹.

Sintetizando as ideias de Thomas Scanlon e Ronald Dworkin, Murphy destaca que, não há uma preocupação primária com as consequências sociais ou políticas úteis

⁴⁷ CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 23.

⁴⁸ CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 23.

⁴⁹ MURPHY, Jeffrie G. A liberdade de expressão e as artes. In: *Liberdade de expressão no século XXI*. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 237.

⁵⁰ TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 37.

⁵¹ CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 19.

de uma proteção da liberdade de expressão⁵². O ponto central é conferir uma salvaguarda com base nas características do ser humano de individualidade e autonomia. Assim, a teoria “oferece uma defesa da liberdade de expressão de duas vertentes: da perspectiva do locutor, ela evidencia o valor da autoexpressão. Da perspectiva do ouvinte, ela evidencia a ideia de que é um insulto para a humanidade de um adulto”⁵³ que haja uma determinação externa sobre o seu acesso às diferentes expressões.

Thomas Scanlon faz um exame da noção de autonomia associando a liberdade e a autodeterminação, construindo a justificativa kantiana do valor constitutivo da liberdade de expressão⁵⁴. O ponto, para ele, é que se houver uma interferência estatal nessa seara, os indivíduos não serão livres para opinar com autonomia. Nas palavras de Scanlon:

[U]ma pessoa autônoma não pode aceitar sem consideração independente o julgamento de outros quanto ao que ela deve acreditar ou fazer. Ela pode confiar no julgamento de outros, mas quando o faz, deve estar preparada para apresentar contrarrazões independentes [...] e pesar o valor probatório de sua opinião contra evidências contrárias.⁵⁵

Nessa linha de pensamento, a liberdade de expressão seria “um imperativo da condição humana”⁵⁶. Martins Neto elabora que a aptidão de autoconsciência do indivíduo seria motivo de uma proteção firme desse direito. Sendo assim, seria imprescindível o reconhecimento de “um âmbito de deliberação intelectual sob o domínio exclusivo do indivíduo, em cujo interior estão crenças, opiniões, interpretações, sentimentos e preferências”⁵⁷. E, justamente, essa seara deveria ser livre de ingerências, uma vez que “permitir que alguém pense e conclua, desde que o faça calado, importa declarar que seus pensamentos e conclusões são ilegítimos, existem,

⁵² MURPHY, Jeffrie G. A liberdade de expressão e as artes. In: *Liberdade de expressão no século XXI*. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 239.

⁵³ MURPHY, Jeffrie G. A liberdade de expressão e as artes. In: *Liberdade de expressão no século XXI*. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 239.

⁵⁴ Observa-se que o autor possui dois artigos sobre o tema. No primeiro, sua defesa se dá inteiramente do valor constitutivo da liberdade de expressão. No segundo, a partir de uma visão mais crítica, passa a considerar, também, a necessidade de se voltar para os argumentos instrumentais, em adição aos constitutivos. Em ordem, SCANLON, Thomas. A Theory of Freedom Expression. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n. 2 (Winter, 1972), p. 204-226. SCANLON, Thomas. Freedom of expression and categories of expression. In: *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. UK: Cambridge University Press, 2003, p. 84-112.

⁵⁵ SCANLON, Thomas. A Theory of Freedom Expression. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n. 2 (Winter, 1972), p. 216

⁵⁶ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 59

⁵⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 59.

mas não deviam, são um fato, mas não um valor, são autônomos, mas era melhor que fossem alheios”⁵⁸.

E essa autonomia dos indivíduos está relacionada à autorrealização, que, observa-se, também foi defendida pelo próprio Stuart Mill, embora ele seja tido, em geral, como precursor da teoria da verdade. A partir de uma visão constitutiva, sem deixar de lado àquela instrumental – da busca da verdade –, Mill afirma que a esfera apropriada da liberdade, “compreende, primeiramente, o domínio interno da consciência, exigindo liberdade de consciência em seu sentido mais abrangente, a liberdade de pensamento e sentimento, a liberdade absoluta de opinião e sentimento sobre todos os assuntos”⁵⁹.

Ainda, nessa linha de defesa, Ronald Dworkin, ao estudar as decisões norte-americanas que tratam da liberdade de expressão, vê uma necessidade de se superar argumentos puramente instrumentais de sua proteção e consolidar fundamentos constitutivos, pautados na autonomia individual, uma vez que estes seriam mais fortes⁶⁰. Isso porque uma visão instrumental, por exemplo, quando cooptada pelo autogoverno, somente visa a proteção de discursos políticos e exclui da proteção da liberdade de expressão as artes e as decisões pessoais e sociais⁶¹, não atendendo a dignidade dos sujeitos. “Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la”⁶².

A principal crítica levantada pela literatura acerca dos defensores de uma salvaguarda da liberdade de expressão fundamentada pela autonomia e a autorrealização, como estudam Tushnet, Chen e Blocher se funda em uma amplitude excessiva do argumento. Nesse sentido, qualquer liberdade individual, ainda que não protegida constitucionalmente, poderia se pautar no critério da autonomia.

⁵⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 60.

⁵⁹ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019, p. 26

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cippola; 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 321.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cippola; 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 322.

⁶² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cippola; 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 319.

“Essencialmente, essa crítica sugere que as justificativas baseadas na autonomia não têm princípio limitador”⁶³.

Em que pese a crítica, essa teoria parece ser a mais adequada para proteger as formas de expressão artística, na medida em que não faz distinção de conteúdo – por exemplo, se ele é voltado para a busca da verdade ou para a promoção democrática. Daí, seriam salvaguardadas as expressões estéticas com teor político, mas também todas as aquelas que não o tivessem. Com o intuito, então, de pesar essa crítica com as potencialidades da teoria, seria imprescindível voltar-se aos princípios constitucionais, a fim de se fundamentar qualquer proteção de uma liberdade individual. Ou seja, as proteções não seriam amplas e irrestritas, se se circunscrevessem ao texto constitucional.

Na literatura brasileira, Gustavo Binjenbojm faz menção a essas duas teorias já tratadas, da busca da verdade e da autonomia, ao abordar as razões para a defesa da liberdade de expressão como direito fundamental. “Da perspectiva individual, a livre manifestação da consciência e do pensamento deve ser justificada como manifestação e corolário da especial dignidade da pessoa humana”⁶⁴, ou seja, há uma correlação com a autonomia dos sujeitos. Já da perspectiva coletiva, para o autor, há um papel funcional da liberdade de expressão fundado, com base no entendimento de Mill, na falibilidade humana. “Porque nossas crenças e opiniões são falíveis, devemos avaliá-las criticamente, com abertura de espírito, em um ambiente de livre expressão pública”⁶⁵.

Já na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esse argumento intrínseco da autonomia, fundado na dignidade da pessoa humana, tem como caso ilustrativo a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF⁶⁶. A Ação Direta foi julgada procedente pelo STF dando interpretação conforme à Constituição dos arts. 20 e 21 do Código Civil, de modo que fosse inexigível a autorização da pessoa biografada ou coadjuvantes para publicação de obras biográficas literárias e audiovisuais.

Observa-se que se trata de caso de colisão entre o direito à liberdade de expressão artística e os direitos da personalidade da pessoa biografada. E, ainda que

⁶³ TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 39.

⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 21.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 22.

⁶⁶ STF, ADI 4815, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgamento 10/06/15, Publicação 01/02/16, DJe-018.

esses últimos sejam, também, fundados na dignidade, ela foi levantada como justificativa precípua para defesa da liberdade de expressão e vedação de qualquer forma de censura. A Min. Rel. Carmén Lúcia, em seu voto, destacou que a censura mitiga o pluralismo e introduz medo na sociedade. E “[o] medo e a vergonha fragilizam o ser humano em sua dignidade. Sem dignidade, não se resguarda a identidade, que faz cada ser único em sua humanidade insubstituível”⁶⁷, pelo que se resguardou a liberdade de expressão.

Por fim, a teoria democrática da liberdade de expressão centra-se na ideia de que “a proteção constitucional da expressão identifica a liberdade de expressão como um meio de promover um sistema democrático de governo saudável, transparente e eficaz”⁶⁸. Para Alexander Meiklejohn, o modelo de liberdade de expressão foi desenhado, ao menos no contexto estadunidense, justamente de modo que o seu âmbito central de proteção esteja voltado para o discurso público, essencial à democracia⁶⁹. Nesse caso, a Primeira Emenda “não protege a ‘liberdade de expressão’. Ela protege a liberdade dessas atividades de pensamento e comunicação, porque nós ‘governamos’. Não se preocupa com um direito privado, mas com um poder público, uma responsabilidade governamental”⁷⁰.

Robert Post faz uma leitura pautada no entendimento de Meiklejohn, mas reconfigurando seus termos. A seu ver, é necessário considerar como “discurso público” “aqueles atos discursivos e meios de comunicação que são socialmente considerados como necessários e adequados para a participação na formação da opinião pública”⁷¹. Estes, portanto, seriam dignos da proteção conferida à liberdade de expressão.

A divergência consiste no fato de que a análise de Post é atrelada a aspectos da autonomia dos indivíduos. Como explicam Tushnet, Chen e Blocher, “[...] de acordo com Post, a teoria do autogoverno [deve ser] devidamente entendida em relação à proteção da autonomia individual e de autodeterminação para a formação de

⁶⁷ STF, ADI 4815, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgamento 10/06/15, Publicação 01/02/16, DJe-018, p. 56 do voto da Relatora.

⁶⁸ TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 31.

⁶⁹ TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 31.

⁷⁰ MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, vol. 1962 (1961), p. 245-266, University of Chicago Press, p. 255.

⁷¹ POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review*, Vol. 97:3 (477-489), 2011, p. 483.

opinião relacionada ao processo democrático”⁷². Desse modo, as expressões artísticas seriam englobadas pela proteção da liberdade de expressão, uma vez que, a seu ver, “a arte e outras formas de discurso não cognitivo e apolítico se encaixam confortavelmente no escopo do discurso público”⁷³.

Parte dessa teoria, também, Owen Fiss, quando trata da ironia da liberdade de expressão, segundo a qual o Estado pode ser seu amigo ou inimigo. Para Fiss, em termos de regulação estatal dos discursos, o Estado se utiliza de meios para “proteger o interesse da audiência – a cidadania como um todo – de ouvir um debate aberto e inclusivo das questões de importância pública”⁷⁴, que possibilitam o desenvolvimento democrático. Nas suas palavras:

O discurso é tão valorizado pela Constituição, eu sustento, não porque ele é uma forma de autoexpressão ou autorrealização, mas porque ele é essencial para autodeterminação coletiva. A democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja, para usar agora a famosa fórmula do Juiz Brennan, “desinibido, robusto e amplamente aberto”⁷⁵.

Em sentido similar, Cass Sunstein pende para uma teoria democrática da liberdade de expressão, embora não desconsidere a questão do autodesenvolvimento. Ao abordar os contornos da Primeira Emenda norte-americana, defende que haveria um “núcleo duro” da liberdade de expressão, não sujeito a interferências⁷⁶. Esse núcleo de proteção máxima teria como fator caracterizante seu conteúdo político, necessário a um sistema democrático de deliberação⁷⁷. O autor tem como premissa as ideias madisonianas que tratam a liberdade de expressão como fundamental para a vida política, diante dos compromissos com a igualdade política e com a função deliberativa, fundamentais à soberania popular e à democracia⁷⁸. Nas suas palavras:

⁷² TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 33.

⁷³ POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review*, Vol. 97:3 (477-489), 2011, p. 486.

⁷⁴ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 50.

⁷⁵ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30.

⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 121.

⁷⁷ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 130.

⁷⁸ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, XVII, XVIII.

Podemos enfatizar a autonomia, o autodesenvolvimento ou os muitos outros objetivos sociais que provavelmente serão promovidos pela garantia da liberdade de expressão. Mas de todos os standards possíveis para distinguir entre as formas de discurso [protegidas] sugiro que uma ênfase na democracia e na política é a melhor.⁷⁹

A teoria democrática da liberdade de expressão também não é isenta de críticas, especialmente quando se fala da proteção da arte. Em que pese a leitura de Post sobre a teoria, abrindo margem para uma maior significação do discurso político a ser protegido, ela não é a predominante quando se fala em um fundamento democrático de proteção da liberdade de expressão.

Sendo assim, nas palavras de Murphy, de modo geral, a linha de pensamento de que a liberdade de expressão merece proteção por permitir “o bem social do governo democrático florescer”⁸⁰ é persuasiva, mas acaba por englobar tão somente o discurso político – e não necessariamente público, nos termos de Post. Nesse sentido, a arte pode se ver excluída de proteção em alguns casos. Isso porque “enquanto alguma arte pode sustentar esses valores [democráticos], outra grande arte provavelmente não pode – pelo menos não predominantemente”⁸¹ e, portanto, essa última se veria fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão⁸², caso se considere somente o aspecto político como critério central. Na síntese de Schauer, “sob o argumento da democracia, o discurso político merece mais proteção do que, digamos, a literatura ou a arte”⁸³.

Em oposição à argumentação de Murphy, Sunstein aponta que, considerando que o Estado e outros agentes costumeiramente imporão censura à arte caso haja uma questão política em jogo, deve-se partir da “visão de que a arte e a literatura devem geralmente ser tomadas como discurso ‘central’ [de proteção da liberdade de expressão]”⁸⁴. Isso porque se só há seu cerceamento, se houver conteúdo político, esse critério para proteção seria inútil. Ademais, permitir previamente que a arte e a literatura

⁷⁹ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 130.

⁸⁰ MURPHY, Jeffrie G. A liberdade de expressão e as artes. In: *Liberdade de expressão no século XXI*. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 237.

⁸¹ MURPHY, Jeffrie G. A liberdade de expressão e as artes. In: *Liberdade de expressão no século XXI*. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 237.

⁸² Nesse sentido, Tushnet, Chen e Blocher destacam a crítica, similar, de Chafee a Meiklejohn, TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 31.

⁸³ SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. UK: Cambridge University Press, 1982, p. 144.

⁸⁴ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 164.

estejam no núcleo duro de proteção constitucional poria fim, então, à severa dificuldade em decidir sobre a qualidade política da arte⁸⁵.

Cumprir observar, também, a posição crítica de Jack Balkin à consideração estrita da teoria democrática, que não englobaria determinadas expressões culturais e artísticas. A seu ver, uma “teoria da cultura democrática [que] fundamenta a liberdade de expressão tanto na liberdade individual como na democracia”⁸⁶ é preferível. E sua preferência está ligada ao fato de que, na era digital, é necessário que a preocupação democrática com as expressões não esteja circunscrita a cada Estado, individualmente, mas acompanhe a expansão das fronteiras⁸⁷.

Um dos pontos que Balkin levanta é, justamente, que uma teoria da cultura democrática responde ao fato de que não somente as artes que veiculam expressões políticas serão englobadas em sua proteção. Além disso, tem em conta o traço distintivo “da expressão cultural [que] é sua capacidade de ser misturada, alterada, reinscrita e reaproveitada”⁸⁸ e, ao longo do tempo, interpretada ou não como política. Assim, nas suas palavras, é mais razoável:

[I]ncluir a arte não representativa e não verbal e a cultura popular [na proteção da liberdade de expressão] porque simplesmente é muito difícil traçar linhas administráveis que separariam aquelas formas de arte e cultura que se revelarão relevantes para a política e o autogoverno daquelas que não o serão.⁸⁹

Para Balkin, a garantia da democracia cultural perpassa “a capacidade de participar nas formas de construção de significado e influência mútua que nos constitui indivíduos”⁹⁰. Assim, uma participação cultural, para além da legitimação democrática, confere (i) maior proteção às atividades artísticas; (ii) protege um discurso público global, além das fronteiras de cada Estado e (iii) na era digital, protege as expressões que possam ser ameaçadas por regulamentações nacionais antidemocráticas⁹¹.

⁸⁵ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 164.

⁸⁶ BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. Vol. 110 *Northwestern University Law Review*, 1053, 2016, p. 1054.

⁸⁷ BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. Vol. 110 *Northwestern University Law Review*, 1053, 2016, p. 1059.

⁸⁸ BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. Vol. 110 *Northwestern University Law Review*, 1053, 2016, p. 1057.

⁸⁹ BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. Vol. 110 *Northwestern University Law Review*, 1053, 2016, p. 1057.

⁹⁰ BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. Vol. 110 *Northwestern University Law Review*, 1053, 2016, p. 1068.

⁹¹ BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. Vol. 110 *Northwestern University Law Review*, 1053, 2016, p. 1088-1089.

No contexto brasileiro, em que pese as diferentes críticas e vertentes da teoria, em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, há menção à democracia como fundamento para a defesa e concretização da liberdade de expressão. É um exemplo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4451/DF⁹²⁻⁹³, no qual alguns dispositivos de Lei nº 9.504/97 foram impugnados por vedarem às emissoras de rádio e televisão a transmissão em sua programação criações que degradassem, ridicularizassem ou veiculassem opiniões favoráveis ou contrárias candidatos ou partidos.

A questão envolvia, principalmente, o recurso artístico ao humor que, no voto do Min. Dias Toffoli, foi considerado de grande valor à democracia, já que “consegue escancarar os conflitos sociais, políticos e culturais de uma forma não violenta, mas reflexiva”⁹⁴. O Min. Alexandre de Moraes destacou, inclusive, que “o funcionamento eficaz da democracia representativa exige absoluto respeito à ampla liberdade de expressão, possibilitando a liberdade de opinião, de criação artística, a proliferação de informações, a circulação de ideias [...]”⁹⁵.

1.1.2. Outras Teorias que Dão Fundamento à Proteção da Liberdade de Expressão Aplicadas à Liberdade Artística

Como visto, de maneira geral, são três as teorias que fundamentam a liberdade de expressão: a primeira focada na busca pela verdade; a segunda voltada à autonomia e à autossatisfação individuais e; a terceira preocupada, centralmente, com a democracia. No entanto, alguns autores elencam outras justificativas plausíveis para a salvaguarda da liberdade de expressão. Sem prejuízo do protagonismo das três teorias já tratadas, será feita uma breve esquematização dessas outras justificativas que aparecem na literatura sobre o tema, a fim de incrementar o debate e consolidar a importância desse direito.

⁹² STF, ADI 4451, DF/Distrito Federal, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgamento 21/06/2018, publicação 06/03/19, DJe-044.

⁹³ STF, ADI 4451 MC-REF, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento 02/09/10, Publicação 24/08/12.

⁹⁴ STF, ADI 4451 MC-REF, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento 02/09/10, Publicação 24/08/12, p. 73 do Acórdão.

⁹⁵ STF, ADI 4451 MC-REF, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento 02/09/10, Publicação 24/08/12, p. 19 do Acórdão.

Aline Osório estabelece duas outras funções da liberdade de expressão, “articuladas na doutrina e nos standards internacionais”⁹⁶, que complementam as justificativas anteriormente descritas. A primeira seria “viabilizar o exercício dos demais direitos fundamentais”⁹⁷. A seu ver, “as liberdades de opinião e de expressão são uma ferramenta-chave para o pleno gozo e exercício de direitos civis e políticos, sociais, econômicos e culturais”⁹⁸ e geram, justamente, incentivos ao Estado para que ele passe a promover e concretizar outros direitos. Isso ocorre porque, direta ou indiretamente, a garantia da liberdade de expressão abre a possibilidade para que haja maior conhecimento e mobilização política por direitos, através de um fortalecimento da cidadania.

Relaciona-se com essa ideia a compreensão da liberdade de expressão como um direito preferencial *prima facie*. Por ocasião de diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, há um reconhecimento de uma posição preferencial da liberdade de expressão no Direito brasileiro. Afirma-se, em geral, que “[a] liberdade de expressão desfruta de posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades”⁹⁹.

A segunda função da liberdade de expressão, à parte das três teorias principais, seria a “proteção do patrimônio cultural, histórico e científico da sociedade”¹⁰⁰. Essa proteção seria uma pré-condição do acesso a informações e da fruição das liberdades de expressão. “[A] constituição do patrimônio cultural de uma sociedade depende do equilíbrio entre a proteção dos titulares dos direitos autorais e o interesse público de toda a sociedade na fruição, consumo e desenvolvimento”¹⁰¹ desse patrimônio – não só cultural, mas também histórico e científico. Assim, a questão do patrimônio se integra

⁹⁶ OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 65.

⁹⁷ OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 65.

⁹⁸ OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 65.

⁹⁹ Vide ementas das ações: Rcl 22328, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento 06/03/2018, Publicação DJe 90 de 10/05/2018; Rcl 326000 AgR-EDv, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento 07/05/2019, Publicação 10/05/2019; Recl 28299, Rel. Min. Roberto Barroso, Julgamento 26/04/2018, Publicação 02/05/2018; Recl 24760, Rel. Min. Roberto Barroso, Julgamento 26/04/2018, Publicação 04/05/2018; Rcl 39401 MC, Rel. Min. Luiz Fux, Julgamento 10/03/2020, Publicação 12/03/2020; Rcl 43110 MC, Rel. Min. Luiz Fux, Julgamento 03/09/2020, Publicação 08/09/2020; Rcl. 39401, Rel. Min. Luiz Fux, Julgamento 12/05/2020, Publicação 14/05/2020; Recl. 38869 MC, Rel. Min. Edson Fachin, Julgamento 26/04/2018, Publicação 05/02/2020; ARE 1142567, Rel. Min. Rosa Weber, Julgamento 08/08/2018, Publicação 30/08/2018, Rcl 33040 MC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Julgamento 25/01/2019, Publicação 06/02/2019; Rcl. 31117, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento 13/07/2018, Publicação 03/08/2018; por exemplo, entre diversos outros.

¹⁰⁰ OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 66.

¹⁰¹ VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional da Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 61.

com “o sistema de direitos fundamentais e abre janelas de comunicação entre as esferas estatal, social e supraestatal para sua efetiva proteção”¹⁰².

Uma terceira justificativa para a proteção da liberdade de expressão, que, embora não destacada pela autora, aparece em alguns trabalhos sobre o tema, é a tolerância. Ela deriva, também, da argumentação de Stuart Mill, para quem a tolerância possibilita que todas as opiniões sejam devidamente ouvidas, ainda mais em contextos em que há uma tendência para a imposição de opiniões dominantes. Por isso, a proteção da liberdade de expressão seria oposta à “tendência da sociedade para impor [...] as suas próprias ideias e práticas como regras de conduta àqueles que não as seguem, e para restringir o desenvolvimento [...] de qualquer individualidade”¹⁰³. Nas palavras de Daniel Sarmento, “[a] ligação entre a tolerância e liberdade de expressão é evidente, já que dita liberdade impõe à sociedade o respeito ao direito de cada um pensar e de expor opiniões que muitas vezes desagradam profundamente a maioria das pessoas”¹⁰⁴.

Tratando do pensamento de Lee Bollinger, Martins Neto elabora essa argumentação enfocando no fato de que “a garantia da liberdade de expressão cumpre na democracia constitucional a função de tornar as pessoas conscientes da necessidade de tolerância”¹⁰⁵. Esta não seria só útil, mas “a única opção consentânea com o regime democrático, que valoriza o debate em vez da imposição”¹⁰⁶. Parte-se do pressuposto, portanto, de que, em uma democracia, não são protegidos somente os interesses – e os pensamentos – da maioria, mas também os direitos – e a liberdade de expressão – das minorias, que devem ser objeto de promoção e tolerância.

A segunda e terceira funções da liberdade de expressão também já foram objeto de citação em decisões do Supremo Tribunal Federal, embora em muitos casos não haja um posicionamento demarcado da Corte, como um todo, mas sim de ministros em particular. A título de exemplo no caso, já citado anteriormente, da inexigibilidade de

¹⁰² SAMPAIO, José Adércio Leite. O constitucionalismo democrático e cultural (ou constitucionalismo da fraternidade). In: *Bens culturais e direitos humanos*. Organização Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Cureau. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015, (38-57), p. 57.

¹⁰³ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019, p. 16

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>, p. 39.

¹⁰⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 67.

¹⁰⁶ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 69.

autorização para obras biográficas¹⁰⁷, em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso, tratou da maior parte das teorias que fundamentam a liberdade de expressão. Afirmou que a proibição da censura:

[D]ecorre do reconhecimento, historicamente comprovado, da impossibilidade de eliminar a priori os riscos de abusos sem comprometer a própria democracia e os demais valores essenciais tutelados, como a dignidade humana, a busca da verdade e a **preservação da cultura e da memória coletivas**. Em uma sociedade democrática, é preferível arcar com os custos sociais que decorrem de eventuais danos causados pela expressão do que o risco da sua supressão. Disso resulta a necessidade de conferir à liberdade expressão uma maior margem de **tolerância** e imunidade e de estabelecer a vedação à censura¹⁰⁸ (grifos nossos).

De todo modo, a busca da verdade, a autonomia, a democracia ou mesmo o exercício dos demais direitos, a proteção do patrimônio da sociedade e a tolerância encontram-se como justificativas razoáveis para uma consideração da liberdade de expressão como direito fundamental e, por consequência, também da liberdade artística. Observa-se que cada um – ou até mais de um – dos fundamentos pode ter papel relevante a depender do caso concreto e da expressão que esteja em jogo.

1.1.3. Um Direito com Múltiplas Fundamentações: uma Análise com base na Constituição de 1988

Como destaca Martins Neto, cada um desses fundamentos encontra lastro constitucional no Brasil. O argumento da busca da verdade aparece indiretamente na Constituição, especificamente nos artigos 215, *caput* e §3º, inciso IV¹⁰⁹ e art. 206, incisos II e III¹¹⁰. De um lado, “[n]o plano geral, a Constituição garante a todos o pleno

¹⁰⁷ STF, ADI 4815, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgamento 10/06/15, Publicação 01/02/16, DJe-018.

¹⁰⁸ STF, ADI 4815, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgamento 10/06/15, Publicação 01/02/16, DJe-018, p. 163 do Acórdão.

¹⁰⁹ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...]”

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005\)](#) [...]

IV - democratização do acesso aos bens de cultura; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005\)](#)

¹¹⁰ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.” BRASIL, Constituição Federal.

exercício dos direitos culturais e a democratização do acesso às fontes de cultura”¹¹¹. De outro, “em particular, ela inclui entre os princípios do ensino o pluralismo de ideias e a liberdade de aprender, ensinar e divulgar o saber”¹¹².

Por sua vez, a autonomia é uma decorrência da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1º, inciso III, como fundamento da própria República. Como destacado anteriormente, ela tem relação com a realização dos indivíduos e sua previsão constitucional gera um dever de “impor o respeito à natureza essencial do homem como ser capaz de razão, à sua habilidade de pensar e concluir, de usar os recursos da comunicação interpessoal para edificar ideias, de ter a sua própria visão de mundo”¹¹³.

Já o fundamento da democracia decorre da própria construção da República, que, pelos ditamos constitucionais do art. 1º, “constitui-se em um Estado Democrático de Direito”. Observa-se que “[n]esse contexto, a liberdade de expressão cumpre a função de garantir o exercício dos direitos políticos de participação popular”¹¹⁴ e, portanto, exerce papel imprescindível à democracia e ao autogoverno.

Martins Neto não faz referência aos fundamentos ligados à garantia dos demais direitos fundamentais e à proteção do patrimônio, mas pode-se confirmar, também, sua normatividade constitucional. Isso porque a garantia dos demais direitos fundamentais é tema central na Constituição de 1988, tendo em seu art. 5º um extenso rol de direitos que, como visto na própria interpretação do Supremo Tribunal Federal da liberdade de expressão como um direito preferencial *prima facie*, dependem de sua concretização.

Ademais, a Carta protege especificamente o patrimônio ao afirmar, em seu artigo 215, §3º, I, a necessidade de “defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro”. Ainda, reafirma essa proteção no âmbito das competências dos entes da federação, ao estabelecer no art. 24, inciso VII, competência concorrente para legislar sobre a “proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico” e, no art. 30, IX, competência municipal para “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local [...]”.

As teorias aqui tratadas, e que têm lastro constitucional, são voltadas, precipuamente, a justificar uma salvaguarda à liberdade de expressão, a partir de uma

¹¹¹ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 72.

¹¹² MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 72.

¹¹³ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 73.

¹¹⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 72.

visão ampla, que congloba diversas formas de expressão. Elas podem ser aplicadas para o viés da liberdade de expressão artística, que interessa mais aos fins deste trabalho. Nesse caso, no que tange à liberdade de expressão artística, a autonomia parece ser o fundamento que melhor contempla todas as formas de arte possíveis.

As teorias democrática e da busca da verdade podem deixar de abranger expressões artísticas por ora não considerarem seu conteúdo político, ora pela arte em questão não ter uma finalidade de incrementar o conhecimento de alguma verdade. É o que acontece, como destacam Tushnet, Chen e Blocher, quanto à música instrumental. “Sem que haja uma visão ampla da democracia, que abranja todas as formas de pensamento ou sentimento sobre todos os assuntos, é difícil justificar a proteção da música instrumental sob essa teoria”¹¹⁵. De modo similar, sob as teorias baseadas na verdade, a música instrumental também fica fora da cobertura da liberdade de expressão, na medida em que “as expressões musicais não fazem parte de uma forma ideacional ou idealista de comunicação”¹¹⁶ que facilita a busca da verdade.

No entanto, isso não impede que a argumentação desses fundamentos seja empreendida em sua defesa, como ocorreu nos casos brasileiros da inexigibilidade de autorização para biografias¹¹⁷ ou do recurso artístico ao humor, como forma de crítica¹¹⁸, tratados anteriormente. Isso porque, em alguns casos, por óbvio, a arte pode funcionar como mecanismos para a promoção da verdade ou como meio de aperfeiçoamento democrático ligado à expressão de discursos políticos.

Fato é que o argumento da autonomia – ou, mais amplamente, da dignidade – contempla um rol maior de expressões artísticas. Embora ele seja atingido pela crítica, como observamos, de uma falta de limites, a abrangência do conceito de arte demanda como justificativa para a sua proteção critérios amplos, que não protejam somente finalidades específicas – como o incremento da busca da verdade ou os propósitos de refinamento do debate democrático. Aplicando a questão para a música instrumental, na mesma linha de exemplo, a “justificativa da autonomia é uma das bases teóricas mais

¹¹⁵ TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 35.

¹¹⁶ TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 37.

¹¹⁷ STF, ADI 4815, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgamento 10/06/15, Publicação 01/02/16, DJe-018.

¹¹⁸ STF, ADI 4451, DF/Distrito Federal, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgamento 21/06/2018, publicação 06/03/19, DJe-044.

fortes para a proteção constitucional da música instrumental”¹¹⁹ – e, ainda, de artes que não reflitam propósitos alinhados à “verdade” ou à política.

Os argumentos, por sua vez, da proteção dos demais direitos, da salvaguarda do patrimônio e da tolerância também podem ter aplicabilidade para a arte. A expressão artística é ligada, primeiro, à fruição dos direitos culturais, na medida em que estes dependem da “capacidade [das pessoas] de fruir, discutir e até propor mudanças nos modelos de criar, fazer e viver, em todos os domínios de interesse e deliberação coletivos”¹²⁰. Segundo, tem relação intrínseca com a proteção do patrimônio cultural que, em seu viés tanto material como imaterial, conglobam “as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver; as criações [...] artísticas [...]; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações culturais e artísticas [...]”¹²¹. Terceiro, a arte também possui relação com a tolerância, na medida em que esta se consolida na asseguarção do direito “de expressão das minorias e dos dissidentes”¹²², e a apropriação da arte pode ser realizada por esses grupos¹²³.

De todo modo, o ponto central que se quis destacar nessa seção é a importância da liberdade de expressão, especialmente a liberdade artística, em uma sociedade democrática e comprometida com a realização de direitos fundamentais. Por isso, fez-se necessário entender a aplicabilidade das justificativas de sua proteção, inclusive com remissão às peculiaridades das expressões artísticas. Além disso, a recuperação do debate teórico acerca do tema tem relevância, uma vez que se partirá, adiante, de uma compreensão de censura da arte que colide diametralmente com a efetivação do direito à

¹¹⁹ TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 41.

¹²⁰ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018, p. 96.

¹²¹ BARBOSA, Frederico. Direitos humanos, patrimônio cultural e políticas públicas. In: *Bens culturais e direitos humanos*. Organização Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Cureau. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015 (73-104), p. 76.

¹²² MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 67.

¹²³ Em uma interpretação possível dos estudos de Rancière sobre a estética e a política, os diversos grupos que compõem a sociedade devem buscar espaço na partilha do sensível, ou seja, na construção estética e política – por mais que ela seja, precipuamente, espaço das maiorias. Nesse sentido, “A partilha do sensível faz ver quem pode tomar parte no comum em função daquilo que faz, do tempo e do espaço em que essa atividade se exerce. Assim, ter esta ou aquela “ocupação” define competências ou incompetências para o comum. Define o fato de ser ou não visível num espaço comum, dotado de uma palavra comum etc. [...] É um recorte dos tempos e dos espaços, do visível e do invisível, da palavra e do ruído que define ao mesmo tempo o lugar e o que está em jogo na política como forma de experiência. A política ocupa-se do que se vê e do que se pode dizer sobre o que é visto, de quem tem competência para ver e qualidade para dizer, das propriedades do espaço e dos possíveis do tempo”. RANCIÈRE, JACQUES. *A partilha do sensível: estética e política*. Tradução de Mônica Costa Netto. São Paulo: EXO experimental org.; Editora 34, 2009, p. 13.

liberdade de expressão artística. Assim, em continuidade ao debate, na seção seguinte passaremos a tratar, especificamente, do tratamento que foi dado à liberdade de expressão artística nas Constituições brasileiras.

1.2. Liberdade Artística nas Constituições Brasileiras: Entre as Garantias e o Cerceamento

Desde a Independência, todas as Constituições brasileiras, a começar pela de 1824, asseguraram a liberdade de expressão. Desafortunadamente, sempre houve larga distância entre intenção e gesto, num dramático desencontro entre o discurso oficial e o comportamento dos governos. Em nome da segurança nacional, da moral, dos bons costumes, da família e de outros pretextos, sempre foram cerceadas a imprensa, as artes e a literatura. No Brasil, como em todo o mundo, a censura oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi¹²⁴.

No contexto da epígrafe acima, esta seção apresentará, de forma sintética e sem a pretensão de completude, o tratamento dado à liberdade artística nas constituições brasileiras, considerando o cenário no qual cada uma delas estava inserida. Ainda, trará brevemente considerações sobre o processo de constitucionalização do direito e de destaque dos direitos fundamentais, que se iniciou com a promulgação da Constituição de 1988, e que tem – ou deveria ter – grande influência no tratamento atual da liberdade artística. Essa parte histórica tem o intuito de remontar a ideia de como a censura freou a concretização da liberdade artística, através de uma legalidade pré-1988, que reflete até hoje no cerceamento desse direito. Além disso, busca firmar uma oposição entre, de um lado, a liberdade artística e, de outro, a censura da arte – que será conceituada na seção seguinte –, explicitando que há um *gap* entre a previsão e a prática constitucionais quanto a este direito e é nesse ponto, justamente, em que ele e a censura colidem.

A relevância de trazer essa abordagem consiste em verificar como há uma inefetividade que contamina a liberdade artística – apesar de todos os fundamentos para sua proteção – e como os episódios de censura são variáveis recorrentes no cenário brasileiro. As heranças históricas, especialmente da ditadura civil-militar, que serão recuperadas no capítulo seguinte, são aspecto central que pauta a atividade administrativa atual contra a concretização da liberdade artística. Remontar o tratamento que as Constituições deram à livre expressão artística é construir um pano de fundo de

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. RJ: História Real, Ed. digital, 2020, p. 97.

contradição, no qual a Administração Pública atuou para a desconsolidação desse direito e entender como o passado, de certo modo, reflete no cenário atual de uma recuperação da polícia das artes, que encontra meios, com verniz de legalidade, para restringir a liberdade artística.

A *priori*, cabe um parêntesis. A censura da arte e, portanto, a inefetividade do direito à liberdade artística remonta ao tempo da colonização. No Brasil colônia, a Real Mesa Censória, o Santo Ofício e o Desembargo do Paço, subordinados ao governo português, já exerciam um papel contra a liberdade artística, especificamente censurando livros¹²⁵. Para fins desse trabalho, no entanto, como se prioriza um enfoque no Direito Constitucional, optaremos por recortar o tratamento dado ao direito à liberdade artística a partir das constituições brasileiras e das legislações a ela submetidas. Portanto, a análise a ser empreendida tem enfoque constitucional.

Nossa primeira Constituição foi a de 1824, ainda no Império. Nela, houve a previsão de “um generoso elenco de direitos individuais”¹²⁶, dentre as quais a liberdade de expressão. No entanto, a mera previsão não significava uma concretude dos direitos ou a veiculação de um constitucionalismo liberal¹²⁷. Nas palavras de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, “[a] ideologia subjacente à Constituição do Império corresponde a uma fórmula de compromisso entre o liberalismo conservador e o semiabsolutismo”¹²⁸.

Nesse caso, qualquer previsão da liberdade de expressão era insuficiente, especialmente pelo fato de que “parte considerável da população brasileira era escravizada e inteiramente excluída da proteção que esses direitos poderiam proporcionar”¹²⁹. Além disso, as disposições legais à época estabeleciam restrições a essa liberdade e se pautavam na possibilidade de censura.

¹²⁵ VILLALTA, Luiz Carlos. Censura literária e inventividade dos leitores no Brasil colonial. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (45-90), p. 72-73. ALGRANTI, Leila Mezan. Política, religião e moralidade: a censura de livros no Brasil de d. João VI (1808-1821). In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (91-120), p. 99 e ss.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 104.

¹²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 67.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 101.

¹²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 68.

De todo modo, dentre as garantias constava, no art. 179, IV, quanto à liberdade de expressão, que “[t]odos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura”. *A priori*, a disposição parecia satisfatória, mas, logo em seguida, limitava sua prescrição: a liberdade de expressão era garantida “contanto que [aqueles que a exercerem] hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma que a Lei determinar”¹³⁰. Ainda, foi garantida a inviolabilidade das universidades e escolas onde se dava o ensino das belas artes, no inciso XXXIII, do mesmo dispositivo – o que não assegurava, entretanto, a sua efetividade.

No âmbito da arte, no que diz respeito ao viés negativo¹³¹ da liberdade artística, ela sofria com as arbitrariedades estatais. “Algumas casas de espetáculo começaram a abrigar shows de variedades, comédias e revistas, desde que os espetáculos passassem pelo crivo da censura”¹³². Além dos shows, as peças também eram sujeitas a restrições: “deveriam ser julgadas moral, política e esteticamente”¹³³. Já no que tange ao viés positivo da liberdade artística, o Estado também não cumpria devidamente sua função. As artes plásticas, por exemplo, tinham tanto seu fomento como sua fiscalização submetidas à Academia Imperial de Belas Artes. “Desse modo, a arte no Império deixou de ser uma manifestação espontânea para se tornar subordinada ao Estado e instrumento de suas políticas”¹³⁴.

Em seguida, a primeira Constituição republicana, de 1891, inspirada no modelo norte-americano¹³⁵, contou com a legitimação da “soberania popular [...] [e] previa a separação dos poderes, o federalismo, um amplo catálogo de direitos fundamentais”¹³⁶. No entanto, “garantir [...] o respeito aos direitos fundamentais foi uma tarefa inacabada

¹³⁰ BRASIL. Constituição de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

¹³¹ As dimensões positiva e negativa da liberdade artística serão abordadas no Capítulo 2, especificamente em 2.3. No entanto, cabe adiantar que, do ponto de vista negativo, a liberdade artística exige do Estado que ele não imponha restrições ao seu exercício e, do ponto de vista positivo, ela demanda ações comissivas para sua promoção. VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional da Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 86.

¹³² CARVALHO, Julia. *Amordaçados: uma história da censura e de seus personagens*. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 13.

¹³³ CARVALHO, Julia. *Amordaçados: uma história da censura e de seus personagens*. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 14.

¹³⁴ CARVALHO, Julia. *Amordaçados: uma história da censura e de seus personagens*. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 14.

¹³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 70.

¹³⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 94.

na Primeira República”¹³⁷, que conviveu com a instabilidade recorrente¹³⁸. Como colocam Sarmiento e Souza Neto, “pode-se dizer que a Constituição de 1891 teve pouquíssima efetividade. Entre o país constitucional – liberal e democrático – e o país real – autoritário e oligárquico –, manteve-se sempre um abismo intransponível”¹³⁹.

A inefetividade dos direitos previstos¹⁴⁰ nesses momentos – Império e Primeira República – tem relação não só com a desigualdade do regime escravocrata e com a instabilidade política, mas também com o autoritarismo do qual era refém a Administração Pública¹⁴¹. Nesse sentido, Demian Guedes destaca que o “pensamento nacionalista autoritário brasileiro foi solidamente enraizado na vida pública nacional desde o Império, passando à República como oposição política tradicional ao ‘liberalismo’ de formas da Constituição de 1891”¹⁴². Nisso resultava que, na atuação administrativa, predominava uma compreensão de “superioridade das pretensões estatais sobre os direitos particulares”¹⁴³, o que, por óbvio, reforçou uma cultura de autoritarismo, de um lado, e minou a concretização das garantias fundamentais, de outro¹⁴⁴.

De todo modo, a Constituição de 1891 determinou, no art. 72, parágrafo 12, que “[e]m qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer,

¹³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 70.

¹³⁸ “Frequentes declarações de estado de sítio, suspensão do *habeas corpus*, hipertrofia do poder executivo, constante fraudes eleitorais e frequentes intervenções da União nos estados”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 70.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 116.

¹⁴⁰ Observa-se que, como o enfoque do trabalho é a atuação da Administração Pública na garantia – ou não – da liberdade artística, foi relevante mencionar o autoritarismo presente em seu âmbito e como ele condiciona uma não efetividade das garantias individuais previstas constitucionalmente. Isso não exclui, por óbvio, que também não havia uma efetividade na atuação judicial da concretização de direitos. Mas esse fator, tão somente, não é central para a pesquisa aqui empreendida – pelo que se optou por não tratar dele especificamente. Sobre o assunto, v. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 89 e ss.

¹⁴¹ GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016, p. 29.

¹⁴² GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016, p. 29.

¹⁴³ GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016, p. 29.

¹⁴⁴ GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016, p. 31.

nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato”¹⁴⁵. Além disso, o art. 35, 2º, previa a incumbência – não privativa – do Congresso Nacional de “animar no País o desenvolvimento das letras, artes [...]”¹⁴⁶.

A legislação, no entanto, “estabeleceu a censura prévia aos espetáculos teatrais e às películas cinematográficas”¹⁴⁷. Além disso, é marca desse período o “controle da palavra impressa”¹⁴⁸. Este é relevante no que se refere à liberdade artística, na medida em que, em meio à política do café com leite, “vicejaram revistas de cunho crítico, nas quais se desenvolveram os caricaturistas”¹⁴⁹. Esses artistas foram logo reprimidos. A sua “crítica direta contra a oligarquia”¹⁵⁰ política refletia não só o controle da imprensa, mas também da arte.

Observa-se que até esse momento, nenhuma das duas primeiras constituições brasileiras havia incorporado menção autônoma direta à proteção específica das manifestações artísticas. O tratamento dado tão somente invocava uma manifestação geral do pensamento. Além disso, tinha enfoque no viés negativo das liberdades – e não em qualquer promoção estatal. Embora a Constituição de 1891 até previsse que o Congresso “animaria” as artes, não havia qualquer menção específica sobre meios ou qualquer concretização maior do significado dessa disposição.

Posteriormente, “antes do fim do mandato do então presidente Washington Luís, Getúlio Vargas foi declarado chefe do governo provisório”¹⁵¹. “Depois de quatro anos de governo provisório pós-revolução de 1930, foi afinal elaborada e promulgada a Constituição de 1934”¹⁵², que manteve os direitos individuais clássicos – e se ocupou, também, de direitos sociais e trabalhistas¹⁵³. Sarmiento e Souza Neto relatam que nesse

¹⁴⁵ BRASIL, Constituição de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

¹⁴⁶ BRASIL, Constituição de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

¹⁴⁷ CARVALHO, Julia. *Amordaçados: uma história da censura e de seus personagens*. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 19.

¹⁴⁸ MARTINS, Ana Luiza. Sob o signo da censura. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (155-182), p. 175

¹⁴⁹ MARTINS, Ana Luiza. Sob o signo da censura. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (155-182), p. 177.

¹⁵⁰ MARTINS, Ana Luiza. Sob o signo da censura. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (155-182), p. 177.

¹⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 71.

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 83.

¹⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 84.

momento histórico elevava-se a percepção de que não havia somente direitos negativos, mas também “direitos positivos, que reclamavam a atuação dos poderes públicos em seu favor, e não o absentéismo estatal”¹⁵⁴.

Apesar de sua curta duração, a Constituição de 1934 passou a fazer menção expressa a algumas atividades artísticas específicas – o que não havia nas Constituições anteriores¹⁵⁵. A menção, no entanto, não era exatamente positiva. Embora fosse livre a manifestação do pensamento, e ela englobasse a publicação de livros, que não dependeria de licença do Poder Público, a liberdade se excetuava em relação aos espetáculos e diversões públicas¹⁵⁶ - que são, por óbvio, expressões de arte¹⁵⁷. Além disso, se, por um lado, era vedada a censura, por outro, não era tolerada “propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter ordem política ou social”¹⁵⁸, como dispunha o art. 113, 9, da referida Constituição. Essa disposição abria margem para interferências na liberdade artística – e, portanto, prejudicava qualquer efetividade desse direito.

Em 1937 foi outorgada, por Getúlio Vargas, nova Constituição, de raiz autoritária¹⁵⁹. Ela “declarava Estado de Emergência no País, por força do qual o Presidente poderia suspender direitos e praticar, a rigor, qualquer ato, sem possibilidade de controle pelo Judiciário”¹⁶⁰. Sob essas circunstâncias esteve todo o Estado Novo, durante o qual, nas palavras de Rodrigo Brandão, “a repressão aos dissidentes políticos

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 121.

¹⁵⁵ Para uma análise da transição do constitucionalismo da República Velha para o constitucionalismo da Revolução de 1930, v. ROSENFELD, Luis. *Revolução Conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2021.

¹⁵⁶ Art. 113, 9, da Constituição de 1934: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social”. BRASIL, Constituição de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso da. Liberdade de expressão cultural. In: *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, (163-175), 2009, p. 170.

¹⁵⁸ BRASIL, Constituição de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

¹⁵⁹ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 124.

¹⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 85.

mant[eu-se] dura, sem que o Supremo Tribunal atuasse em resguardo às liberdades de expressão, de reunião e de associação”¹⁶¹.

Inclusive, “[a] liberdade de expressão foi prevista mas sujeita a condições e limites definidos em lei”¹⁶². A previsão do art. 122, parágrafo 15, era de que “todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e os limites prescritos em lei”¹⁶³. No entanto, foram estabelecidas possibilidades de restrições à livre expressão, nas alíneas “a” e “b”, na medida em que a Carta instituiu que a lei poderia prescrever “medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude”¹⁶⁴ bem como para proteger o “interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado”¹⁶⁵.

Na prática, a despeito de qualquer garantia constitucional, foi instituída a “censura prévia a atividades jornalísticas e artísticas para garantir a paz, a ordem e a segurança pública e a moralidade pública e dos bons costumes”¹⁶⁶. Em 1932, já havia sido criada a Comissão de Censura, “vinculada ao Ministério da Educação, para regular o cerceamento à cultura”¹⁶⁷, que atuou durante todo o Estado Novo sob a Carta de 1937. Em paralelo, também funcionavam o DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda) e o Deops (Delegacia de Ordem Política e Social), que complementavam o aparato de censura, como “instrumentos moralizadores e construtivos de uma imagem positiva do poder”¹⁶⁸. Com a prerrogativa de defender a ordem e a segurança nacionais, “[a] produção cultural era submetida a trâmites burocráticos de uma censura vaga e indefinida”¹⁶⁹.

¹⁶¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 107.

¹⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 86.

¹⁶³ BRASIL, Constituição de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

¹⁶⁴ BRASIL, Constituição de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

¹⁶⁵ BRASIL, Constituição de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

¹⁶⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 105.

¹⁶⁷ CARVALHO, Julia. *Amorçados: uma história da censura e de seus personagens*. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 21.

¹⁶⁸ CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. O mito da conspiração judaica e as utopias de uma comunidade. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (263-308), p. 265.

¹⁶⁹ CARVALHO, Julia. *Amorçados: uma história da censura e de seus personagens*. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 24.

Além disso, um exemplo do aparato infraconstitucional repressor foi o Decreto-Lei nº 431/1938, conhecido como Lei de Segurança Nacional, que, em seu art. 3º, inciso 25, punia quem “injuriasse os poderes públicos, ou seus agentes, por meio de palavras”¹⁷⁰. Essa normativa, inclusive, embasou à época a prisão de Monteiro Lobato¹⁷¹. A liberdade artística – e a Constituição – seguia, portanto, dotada de inefetividade.

A Carta de 1946, promulgada em um contexto de valorização da democracia, pós-Segunda Guerra Mundial, se voltou a premissas mais democráticas¹⁷². Ela “retomou o catálogo clássico de direitos individuais e políticos”¹⁷³ à semelhança da Constituição de 1934¹⁷⁴. A Carta estabelecia, no art. 173, que “[a]s ciências, as letras e as artes são livres” e, no art. 174, que “o amparo à cultura é dever do Estado”¹⁷⁵. Ainda assim, embora não houvesse a instituição específica da censura prévia¹⁷⁶, havia a previsão de restrições à liberdade de expressão, em continuidade às previsões similares das constituições anteriores.

Em seu art. 141 estabeleceu disposição parecida com a da Constituição de 1934, instituindo a livre manifestação do pensamento, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas. Assegurou, também, a publicação de livros sem necessidade de licença do Poder Público, embora tenha manifestado a intolerância, assim como na Constituição de 1934, quanto a propagandas que visassem subverter a ordem política e social, acrescentando, ainda, aquelas que desvelassem preconceito de raça ou classe¹⁷⁷.

¹⁷⁰ CAMARGOS, Marcia Mascarenhas; SACCHETTA, Vladimir. Procura-se Peter Pan. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (207-236), p. 224.

¹⁷¹ CAMARGOS, Marcia Mascarenhas; SACCHETTA, Vladimir. Procura-se Peter Pan. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (207-236), p. 221.

¹⁷² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 108.

¹⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 86.

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 134.

¹⁷⁵ BRASIL, Constituição de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

¹⁷⁶ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 134.

¹⁷⁷ Constituição de 1946, art. 141, parágrafo 5º: “É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (Vide Ato Institucional nº 2) (Vide Lei nº 2.654, de 1955)”. BRASIL, Constituição de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

A leve guinada democrática da Constituição de 1946 não significou a ausência da censura da arte – em que pese as disposições constitucionais. Pouco antes de sua promulgação, “[n]o início de 1946, pelo decreto 20.493 [foi] criado o Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Pública”¹⁷⁸. O decreto estabelecia a censura prévia das manifestações artísticas, com a conferência de um instrumento de autorização para sua liberação, e “justificaria a maior parte dos pareceres dos censores por mais de quatro décadas”¹⁷⁹. A título de exemplo, respectivamente em 1946 e em 1955, os filmes “24 anos de luta” e “Rio 40 graus” foram censurados pelo SCDP¹⁸⁰.

Após 1964, “[o] cerceamento à liberdade de expressão recaiu sobre múltiplos domínios da vida intelectual e cultural brasileira”¹⁸¹. Como destaca Luís Roberto Barroso, “[n]a música, as letras das canções tinham que ser previamente submetidas à Divisão de Censura e Diversões Públicas [...]. No cinema, filmes eram proibidos, exibidos com cortes ou projetados com tarjas”¹⁸². Observa-se que o aparato da censura nesse momento histórico tem grande relevância, na medida em que a polícia das artes atual herdará seus fundamentos e práticas. A abordagem proposta nesse ponto, no entanto, será sintética, uma vez que será feito um aprofundamento específico quanto ao aparato da Censura ditatorial no segundo capítulo (2.1), com o intuito de trazer uma abordagem sobre as heranças autoritárias da censura da arte.

De todo modo, como destaca Ana Paula de Barcellos, “[a] Constituição de 1967/69 previu os direitos individuais e políticos clássicos, mas havia um claro descompasso entre as previsões constitucionais e a ação estatal relativa a eles”¹⁸³. Embora houvesse um catálogo razoável – e até grande – de direitos individuais, ele era insincero¹⁸⁴, para usar o termo de Sarmiento e Souza Neto.

¹⁷⁸ SIMÕES, Inimá Ferreira. A censura cinematográfica no Brasil. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (347-376), p. 352.

¹⁷⁹ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 70.

¹⁸⁰ SIMÕES, Inimá Ferreira. A censura cinematográfica no Brasil. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (347-376), p. 353 e 355.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênua: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. RJ: História Real, Ed. digital, 2020, p. 96.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênua: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. RJ: História Real, Ed. digital, 2020, p. 97.

¹⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 88.

¹⁸⁴ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 145.

Editada após o golpe militar, e emendada em 1969¹⁸⁵, a Carta deu redação aos artigos 171 e 172, respectivamente, iguais às dos artigos 173 e 174, da Constituição anterior (de 1946), citados acima. A normativa constitucional, portanto, estabelecia, de maneira ampla, que “[a]s ciências, as letras e as artes são livres” e que “o amparo à cultura é dever do Estado”. A Carta ainda estabelecia, em seu art. 150, parágrafo 8º¹⁸⁶, a livre manifestação do pensamento, mas com a possibilidade de censura dos espetáculos de diversões públicas. Dessas disposições poderia ser aferida tanto a dimensão negativa como a positiva da liberdade artística. No entanto, as previsões constitucionais que garantiam algum direito quanto à livre manifestação da arte eram dotadas de grave inefetividade.

Embora o regime tenha se preocupado em elaborar uma nova constituição, em 1967, a ordem jurídica do período autoritário foi marcada pela edição de atos institucionais (AI) e atos complementares (AC), os quais, embora editados pelo poder executivo, acabavam por pairar acima da Constituição.¹⁸⁷

Esses atos determinaram diversas restrições de direitos e moveram o aparelho estatal repressor. O Ato Institucional nº. 5, embora se manifestasse sobre a manutenção da Constituição em vigor, estabeleceu em seu artigo 5º que “[a] suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: [...] III. Proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política”¹⁸⁸, o que, obviamente, passou a incluir boa parte das expressões artísticas. Como observa Paulo Miyada, “[e]mbora abusos de poder, espionagem doméstica e cerceamento dos direitos políticos estivessem em curso desde o golpe civil-militar de 1964, havia certa encenação de direitos constitucionais até que o AI-5 escancarou o caráter ditatorial do regime”¹⁸⁹. A segurança nacional e outros valores de interesse público foram privilegiados em

¹⁸⁵ Para uma análise aprofundada do “constitucionalismo autoritário” da ditadura militar, cf. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Edições Câmara, 2012.

¹⁸⁶ Art. 150, parágrafo 8º: “É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”. BRASIL, Constituição de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.

¹⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 73.

¹⁸⁸ Ato Institucional n. 5. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm.

¹⁸⁹ MIYADA, Paulo. AI-5 50 anos – Ainda não terminou de acabar. In: MIYADA, Paulo (org.) *AI-5 50 anos – Ainda não terminou de acabar*. São Paulo: Instituto Tomie Ohtake, 2018, p. 13.

detrimento dos direitos fundamentais, para manutenção do regime, e a perseguição de artistas, intelectuais e políticos foi uma marca desse momento¹⁹⁰.

A prática das constituições, de modo geral, ao longo da nossa história, distanciou-se de seus textos e da efetivação dos direitos fundamentais nelas transcritos, principalmente nos momentos mais autoritários. Desde o período colonial, a censura da arte, que atua contra a liberdade artística, foi recorrente no Brasil¹⁹¹. Observa-se que as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 destacavam, além de um dever negativo do Estado, um papel estatal promotor das artes, respectivamente, nos arts. 35, parágrafo 2º¹⁹², 148¹⁹³, 128¹⁹⁴, 174¹⁹⁵ e 172¹⁹⁶, que estabeleciam, para além da liberdade, que atores estatais diversos deveriam animar no país o desenvolvimento das artes. No entanto, conforme ressalta Luís Roberto Barroso, “[a] marca do constitucionalismo brasileiro, até a Constituição de 1988, sempre fora uma notável falta de efetividade, a não realização na vida real dos mandamentos constitucionais”¹⁹⁷.

Somente “[c]om a redemocratização e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, teve início a luta pela conquista da efetividade das normas

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, Edição digital: 2020, p. 50.

¹⁹¹ A título de exemplo, no período colonial as Cartas Chilenas foram objeto de censura – política e artística, v. STARLING, Heloísa. *Ser republicano no Brasil colônia: a história de uma tradição esquecida*. 1ª ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2018, p. 149. Na República Velha, a literatura crítica de Lima Barreto também sofreu com restrições, v. SCHWARCZ, Lilia. *Moderna República velha: um outro ano de 1922*. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, N. 55, São Paulo, set/2012. Na ditadura civil-militar, são inúmeros os casos, como será tratado no Capítulo 2, mas, exemplifica-se sua ocorrência quanto às composições de Chico Buarque, Caetano Veloso e Gilberto Gil, v. NAPOLITANO, Marcos. *Arte e política no Brasil: História e Historiografia*. In: *Arte e política no Brasil: modernidades*. Org. André Egg, Artur Freitas, Rosane Kaminski, São Paulo. Perspectiva, 2014, p. XXIII.

¹⁹² Constituição de 1891, art. 35: “Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: 2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

¹⁹³ Constituição de 1934, art. 148: “Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual”. BRASIL, Constituição de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

¹⁹⁴ Constituição de 1937, art. 128: “A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares. É dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino”. BRASIL, Constituição de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

¹⁹⁵ Constituição de 1946, art. 174: “O amparo à cultura é dever do Estado”. BRASIL, Constituição de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

¹⁹⁶ Constituição de 1967, art. 172: “O amparo à cultura é dever do Estado”. BRASIL, Constituição de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, 4:14, 2018, p. 22.

constitucionais”¹⁹⁸. Nas palavras de Sarmiento e Souza Neto, a Carta de 1988, “se preocupou sobretudo com a efetivação dos direitos fundamentais, para que não se tornassem letra morta, como, infelizmente, era costumeiro em nosso constitucionalismo”¹⁹⁹.

Nesse sentido, Barroso destaca um processo de três mudanças centrais de paradigmas²⁰⁰, que influenciou essa sua busca por efetividade. Em primeiro plano, houve a superação do formalismo jurídico e a recepção progressiva de uma ideia de que os problemas jurídicos não teriam soluções pré-prontas. Em segundo lugar, ocorreu o advento de uma cultura jurídica pós-positivista, pautada na normatividade dos princípios. Em terceiro lugar, houve a ascensão do direito público e da centralidade da Constituição, que passou a irradiar seus preceitos sobre todas as demais normas.

Dentre esses processos – comumente atrelados ao neoconstitucionalismo²⁰¹ – que eram cenário da promulgação da Constituição de 1988, é relevante principalmente o movimento de constitucionalização do direito. Conforme esclarece Barroso, trata-se de uma filtragem constitucional na aplicação das mais diversas normas. Nas suas palavras, “a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”²⁰². Sendo assim, há um “efeito expansivo das normas constitucionais”²⁰³ sobre todo o sistema jurídico, que repercute na atuação dos três Poderes do Estado²⁰⁴.

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, 4:14, 2018, p. 23.

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 172.

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, 4:14, 2018, p. 31 e ss.

²⁰¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Coord. Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 211.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 202.

²⁰⁴ “Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona e interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 202.

Nesse contexto, houve, na Constituição de 1988, o estabelecimento de um extenso rol de direitos fundamentais de diversas dimensões²⁰⁵, dentre os quais figura a liberdade de expressão, com menção expressa às manifestações artísticas. Em um cenário de superação do autoritarismo anterior, o compromisso que a Carta veiculava era no sentido da efetivação dos direitos fundamentais. Como destaca Ana Paula de Barcellos,

“[s]em prejuízo d[a] diversidade e complexidade próprias do pluralismo, parece correto afirmar que a Constituição de 1988 explicitou uma decisão majoritária no sentido do respeito, da garantia e da promoção dos direitos fundamentais”²⁰⁶. Eles passam a representar “posições jurídicas protegidas pelo Direito, e que podem ser sindicáveis judicialmente”²⁰⁷, isto é, possuem característica de direitos subjetivos.

Quanto à liberdade artística, especificamente, o artigo 5º, em seu inciso IX, estabelece, como já mencionado, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”²⁰⁸. A Carta de 1988, ademais, estabeleceu uma seção específica intitulada “Da Cultura”, em que enuncia uma série de atividades estatais necessárias para a garantia do exercício dos direitos culturais, dentre os quais, pode-se considerar, figura a liberdade de expressão artística²⁰⁹. O art. 215 define que “[o] Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”²¹⁰. Além disso, o art. 216 define como patrimônio cultural tanto as formas de expressão como as criações artísticas, respectivamente, em seus incisos I e III²¹¹ e uma série de outros dispositivos regula a atuação estatal de promoção referente à cultura e às artes.

²⁰⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Coord. Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 124.

²⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. 30 anos da Constituição de 1988: direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. In: BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *República que ainda não foi: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 54.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2020, Versão Digital, p. 512.

²⁰⁸ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²⁰⁹ Nesse sentido, CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018, p. 42.

²¹⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²¹¹ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

Portanto, houve uma mudança de paradigmas com a redemocratização que afetou diretamente a consideração que se tem acerca da liberdade de expressão artística. Enquanto, no regime militar – e mesmos nos momentos anteriores – esse direito tinha uma previsão meramente decorativa, com a Constituição de 1988, passou-se a ter uma preocupação com a sua efetivação e promoção. O contexto envolvia uma necessidade de superação do regime autoritário anterior, notadamente quanto ao cerceamento das artes, que passou a ser afastado, não só pela normativa constitucional, mas, pretendia-se, também, pela prática.

A presente seção fez uma recuperação do tratamento da liberdade artística pelas constituições brasileiras e, ilustrativamente, apresentou sua inefetividade. O intuito era construir a noção de que a mera previsão da liberdade artística como direito fundamental, ainda que remontasse, de forma indireta, à nossa primeira Constituição, não consolidava qualquer realidade de livre manifestação artística. Pelo contrário, diversas restrições sempre foram impostas a esse direito. Como se verá no segundo capítulo, com o enfoque no contexto da ditadura civil-militar, a estrutura estatal repressiva da arte deixou heranças na atividade administrativa. Antes, porém, é necessário estabelecer, tendo em conta o contexto de restrições à liberdade artística aqui delineado, o que se quer dizer quando se fala em censura da arte.

1.3. A Censura como Restrição Arbitrária à Liberdade Artística: uma Proposta Conceitual

É aí que nasce, no campo do entretenimento coletivo, a necessidade de um órgão estatal, com a atribuição de exercer a censura. O artista não pode, a título de deleite intelectual ou de empreendimento financeiro, levar ao público mensagens que não coadunem com os interesses da ordem intelectual, moral e cívica da coletividade. O censor tem a obrigação funcional e social de vetar, total ou parcialmente, todo o espetáculo que, pelo conteúdo de obscenidade, de violência, de doutrinação política exótica, de desrespeito tanto às instituições como a seus agentes, resulte em mensagem contra à cultura e às aspirações nacionais.²¹²

O objeto central do presente trabalho é a censura por via da polícia das artes. Como se verá no capítulo seguinte, o termo “polícia das artes” faz alusão ao Poder de Polícia da Administração Pública, quando este atua para a imposição de restrições à

I - as formas de expressão; [...] III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas.” BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

²¹² FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 17-18.

liberdade artística. Como pretendemos desenvolver, em meio a heranças históricas e pressupostos das prerrogativas e dos deveres da Burocracia, o dever de concretização da liberdade artística sofre um desvio, em alguns casos. Diante disso, o cenário de retrocesso democrático contribui com o reaparecimento, com maior força, da censura da arte a partir de justificativas políticas e morais.

No entanto, há divergências grandes sobre o que significa censurar a arte. Inclusive, em geral, a abrangência do conceito recai no problema de: por abranger tudo, não significar, de fato, nada. Para Coriolano de Loiola, como colocado na epígrafe deste tópico, a censura é uma obrigação funcional e social do agente público que exerce o cargo de censor de impor vetos às artes²¹³. No entanto, a sua concepção é situada em um momento específico: o da legalidade autoritária de 1964. E, também por isso, não cabe aplicá-lo na realidade da Constituição de 1988. Hoje, com a instituição da liberdade artística como direito fundamental, não há um dever de censura. Pelo contrário: há um direito de liberdade na seara das artes.

Diante dessa questão, nessa seção, há duas pretensões principais. A primeira diz respeito a trazer uma proposta conceitual de censura da arte, alinhada com os objetivos do presente trabalho. Para isso, será feita uma recuperação de significados na literatura sobre o tema, com o enfoque nos trabalhos de Robert Darnton. A segunda pretensão é definir quais são os tipos de censura da arte ou, ainda, os meios pelos quais ela pode operar. Essa definição se faz necessária uma vez que aqui trataremos da censura oposta pela Administração Pública – e não da censura privada ou legislativa ou judicial – sendo imprescindível, portanto, estabelecer esse recorte.

1.3.1. Uma Proposta Conceitual a partir da Recuperação dos Significados de Censura

1.3.1.1. Algumas Definições de Censura: Apresentação e Crítica

Antes de adentrarmos no conceito de censura estatal da arte que será base do estudo desenvolvido nos próximos capítulos, faz-se necessário esclarecer por que outras definições dadas na literatura sobre o tema não convêm para o objetivo aqui

²¹³ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 17-18.

empreendido. Isso não significa que esses conceitos sejam vazios de sentido ou, ainda menos, inúteis, mas tão somente que não cabem nos termos do presente trabalho ou que, mesmo que haja um alinhamento com a ideia aqui defendida, não são suficientes para uma abordagem jurídica, que se volta à liberdade artística. Sem pretensão de completude, além de apresentar as definições, então, teceremos críticas à sua amplitude ou simplicidade para tratar o tema.

Uma das definições trazidas na literatura é a de Coriolano de Loiola Fagundes que exerceu o cargo de censor no regime de 1964. Embora a visão de um censor intuitivamente não sirva ao contexto democrático, como já mencionado anteriormente, é relevante destacá-la não só para fins de entendimento do que de fato é censura, mas também porque, nas sessões seguintes, trataremos uma abordagem das heranças ditatoriais para a atividade administrativa censória sob a Constituição de 1988 – sendo, portanto, fundamental lembrar do passado. Ao ver de Fagundes, então:

Censurar é examinar e classificar, dentro de determinada faixa etária, o espetáculo de diversão pública, visando proporcionar ao espectador entretenimento adequado à sua capacidade de compreensão, ao mesmo tempo protegendo-o contra impressões prejudiciais à sua formação intelectual, psíquica, moral e cívica.²¹⁴

Apesar do autor estar preocupado, em certa medida, com a censura estatal da arte, uma vez que seu cargo era vinculado ao Serviço de Censura e Diversões Públicas e operava as restrições de diversas formas artísticas, a definição é problemática por, ao menos, dois pontos. Primeiro, a justificativa do autor pautada na faixa etária é insuficiente ou, melhor dizendo, distante da realidade da operação da censura, seja no momento que sua atuação se dava de forma centralizada pelo Serviço de Censura e Diversões Públicas, seja no momento atual que, através do poder de polícia das artes, se impõe de forma sub-reptícia e descentralizada. Isso porque a imposição da censura evoca outros motivos, além da mera questão da mera faixa etária. Esta somente serve de pretexto a propósitos repressivos a fim de submeter a censura a uma veste de legalidade.

Em realidade, como se verá adiante, há duas motivações centrais para a censura, que as distinguem em tipos diversos. Sob pena da repetição, no entendimento de Carlos Fico, a censura que se operava por via do SCDP era pautada em dois critérios centrais: primeiro, majoritariamente, era baseada na moral e nos bons costumes e, progressivamente, tendeu a se tornar mais política. Na visão do autor, que será

²¹⁴ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 129.

aprofundada na próxima seção, para fins de definição dos tipos de censura, “[a]s peças, as músicas, os filmes, os programas de televisão eram censurados conforme a tradicional clivagem, de perfil ético e moral – que inspira a censura brasileira desde sempre até hoje –, mas passou a servir aos interesses políticos”²¹⁵. Havia uma clivagem ética-moral, voltada para os bons costumes, de um lado, e para a política, pode-se afirmar, ligada ao interesse público, de outro²¹⁶. A questão da faixa etária, central no conceito de Loiola Fagundes, portanto, era somente subterfúgio para a imposição de censuras vinculadas a interesses políticos e morais.

O segundo ponto problemático da percepção de Loiola Fagundes sobre a censura centra-se em uma visão excessivamente paternalista. A seu ver, como já ressaltado, a censura visava “proporcionar ao espectador entretenimento adequado à sua capacidade de compreensão, ao mesmo tempo protegendo-o contra impressões prejudiciais à sua formação intelectual, psíquica, moral e cívica”²¹⁷. O autor parte da compreensão de que o espectador não possui capacidade própria de discernimento sobre qual conteúdo poderia ser prejudicial a si mesmo, cabendo, por isso, ao Estado a função de regular seu acesso às diversões públicas – ou, melhor, às artes. Ou seja, a justificativa central e exclusiva da censura seria uma incapacidade dos indivíduos.

Esse entendimento, de raiz autoritária, volta-se ao paternalismo. Como destaca Gustavo Binenbojm, “[o] paternalismo lida [...] com uma presumida debilidade da vontade, que vicia o exercício da autonomia privada: algo como proteger o indivíduo de si próprio, sob determinadas circunstâncias que tornem justificável a tutela do Estado”²¹⁸. Marcelo Travassos destrincha o conceito em dois componentes. O primeiro seria

“uma manifestação de poder que direcione ou mesmo controle as condutas das pessoas, significando uma restrição ou mesmo uma supressão completa da liberdade de tais

²¹⁵ FICO, Carlos. Censura, ditadura e utopia autoritária. In: *Seminários sobre a censura*: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP). Cristina Costa (org.). 1 ed, São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012 (65-76), p. 71.

²¹⁶ FICO, Carlos. Censura, ditadura e utopia autoritária. In: *Seminários sobre a censura*: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP). Cristina Costa (org.). 1 ed, São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012 (65-76), p. 71.

²¹⁷ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 129.

²¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 133.

indivíduos”²¹⁹. O segundo componente, por sua vez, seria “que esta manifestação de poder limitadora da liberdade dos indivíduos tenha por objetivo zelar pela proteção de bens, interesses ou direitos dessas próprias pessoas cuja autonomia está sendo limitada”²²⁰.

A noção de censura proposta por Loiola se enquadra nesses dois componentes do paternalismo jurídico. Por um lado, o exame ou a classificação do espetáculo de diversão pública revela uma manifestação de poder que restringe, com base na faixa etária, o acesso dos espectadores às expressões artísticas. Por outro lado, uma justificativa pautada na proteção dos indivíduos contra “impressões prejudiciais” traduz o intuito de zelo quanto aos interesses, a partir de uma interferência na autonomia. “Fato é [...] que o paternalismo jurídico [...] encontra-se sempre (em maior ou menor intensidade) em perigosa rota de colisão com a autonomia individual”²²¹.

Observa-se que uma visão paternalista acerca das liberdades dos indivíduos é criticada, também, por Mill, no ensaio “Sobre a liberdade”, já mencionado anteriormente, em que dá fundamentos à proteção da liberdade de expressão. A seu ver, a defesa dos direitos individuais se opõe à “pretensão da sociedade em exercer autoridade sobre os dissidentes”²²². Deve, então, haver uma proteção, ou um limite “contra a tendência da sociedade de impor como regras de conduta [...] e de tolher o desenvolvimento, e se possível, de impedir a formação de qualquer individualidade que não esteja em conformidade com seus usos”²²³. Para Mill, “o único propósito para o qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos aos outros”²²⁴. Caso não haja

²¹⁹ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública: estudo de caso sobre os argumentos paternalistas. Disponível em: https://www.bdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9275/1/Marcelo%20Travassos_%20FINAL%20FINAL.pdf, p. 312.

²²⁰ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública: estudo de caso sobre os argumentos paternalistas*. Disponível em: https://www.bdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9275/1/Marcelo%20Travassos_%20FINAL%20FINAL.pdf, p. 312.

²²¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 235.

²²² MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019, p. 20.

²²³ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019, p. 16.

²²⁴ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019, p. 22.

dano a terceiros, há uma esfera de autonomia e liberdade individual que deve ser respeitada²²⁵.

Observa-se que, por óbvio, a visão que proporemos da censura pode contemplar um viés paternalista da atividade estatal repressora da arte, mas ele não é central nem único. Como veremos adiante, a proteção do indivíduo nem sempre é elencada como fundamento da censura. Pelo contrário, em um sistema democrático atual, vinculado à proteção dos direitos fundamentais, a autonomia e a liberdade têm papel relevante. De outro modo, o interesse público parece ser a justificativa cooptada para os fins repressivos da arte, ora se pautando na moral e ora na política. Daí porque a conceituação de Loiola é frágil: ela pode deixar de abarcar uma série de violações da liberdade artística que não são impostas com a pretensão de proteger os indivíduos.

Portanto, a noção de Loiola Fagundes acerca da censura das artes padece de dois vícios principais, além da sua própria natureza autoritária: (a) circunscreve a justificativa do cerceamento das artes na questão da faixa etária e (b) parte exclusivamente de uma proteção paternalista do indivíduo, sem se preocupar com outras justificativas que possam ser atribuídas à censura estatal da arte. Daí a necessidade de deixá-la de lado e recorrer a uma conceituação mais objetiva e que considera o efeito deletério da censura para a autonomia dos indivíduos e, especificamente, para o direito afetado, qual seja, a liberdade artística.

Outro conceito, estudado por Julia Carvalho, traz a ideia de que a censura “é qualquer ação do Estado que impeça, de maneira irrecorrível, a manifestação de ideias, sejam elas quais forem e independentemente do meio utilizado para isso”²²⁶. Embora Carvalho estabeleça um conceito especificamente de censura estatal – à parte das censuras econômica, social e da autocensura, que também não estão no escopo deste trabalho –, a ideia é insuficiente. Ao estabelecer que a ação censória do Estado é irrecorrível, ela reduz drasticamente o escopo daquilo que será considerado censura. Em outras palavras, a autora retira a possibilidade de que haja atos censórios recorríveis e, assim, traz um conceito que não condiz com a realidade da censura. No que tange à atuação administrativa que veicula censura da arte – objeto desta dissertação –, o critério da irrecorribilidade não deve ser utilizado por dois motivos.

²²⁵ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019, p. 23.

²²⁶ CARVALO, Julia. *Amorçados: uma história da censura e de seus personagens*. Barueri, São Paulo: Manole, 2013, p. 4.

Primeiro, porque os atos da Administração Pública podem ser recorríveis dentro de sua própria estrutura. Nas palavras de Seabra Fagundes, há um “autocontrole dentro da Administração Pública”²²⁷. É o caso da censura das diversões públicas, operada na ditadura civil-militar. Havia toda uma estrutura do órgão da Administração, que envolvia a recorribilidade das decisões, a partir de reconsideração e recurso. Como destaca Loiola Fagundes, após estabelecida a censura, havia a possibilidade de se “encaminhar a chefe de censura pedido de reconsideração da decisão de determinada comissão de técnicos de censura”²²⁸. Não sendo aprovado o pedido de reconsideração, cabia recurso ao Diretor Geral do Departamento de Polícia Federal²²⁹. Por fim, havia, ainda, o Conselho Superior de Censura (CSC), “órgão ao qual compet[ia] rever, mediante recurso do interessado, as decisões relativas à classificação etária ou interdição de espetáculos de diversões públicas emanadas do Diretor-Geral de Polícia Federal”²³⁰. Não bastasse, se a deliberação do CSC fosse não unânime, cabia interposição de recurso ao Ministro da Justiça²³¹.

O segundo motivo pelo qual não se deve adotar a noção de irrecorribilidade atrelada à censura é porque, “[p]ara tornar efetiva, no mecanismo estatal, a submissão da Administração Pública à ordem jurídica”²³², os atos administrativos são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário. Isso se dá, inclusive, com o intuito de proteger o indivíduo de ações arbitrárias e violação de direitos²³³ – o que é o caso, justamente, da censura, que afeta a liberdade artística. Esse controle, no cenário atual, deriva de fundamento constitucional. Nos artigos 102, 108 e 109, da Carta de 1988, estão previstas competências dos Tribunais para o julgamento de ações envolvendo a Administração Pública. Ainda que seja restrito – à apreciação da conformidade do ato com a lei e ao limite de negar-lhe efeito²³⁴ – o controle judicial representa um grau de

²²⁷ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 126.

²²⁸ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 242.

²²⁹ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 242.

²³⁰ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 89.

²³¹ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 242.

²³² FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 124.

²³³ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 135-136.

²³⁴ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 179.

recorribilidade quanto a possíveis atos que perpetrem censura. Daí que não há que se falar em irrecorribilidade da censura.

Esses dois conceitos, de Loiola e Carvalho, demonstram a dificuldade de uma definição de censura estatal da arte. Pender para critérios muito específicos pode acarretar que determinadas práticas repressoras da liberdade artística não sejam percebidas como censura. Isso se agrava quando ações arbitrárias de cerceamento da arte possuem apenas aparência de conformidade com a legalidade (o que chamamos de “verniz de legalidade”), mas encontram fundamentos autoritários. Analisar outras concepções desse mecanismo, portanto, contribui para a defesa, que faremos em seguida, da noção de censura estatal da arte como aquela que traduz ações faticamente arbitrárias de restrição da arte, que se dão através de procedimentos que contêm um verniz de legalidade.

1.3.1.2. Um Conceito de Censura Estatal da Arte

O primeiro caso de censura da arte da história, conforme destaca Coriolano de Loiola, coincide com as primeiras representações teatrais, na Grécia antiga, por volta de 600 anos a.C., que tinham viés de crítica política. Como ressalta o autor:

No teatro de então predominava a sátira, visando ridicularizar, atacar e criticar partidos, homens e ideias. Essas ironizações eram de cunho político. Péricles, o introdutor da Democracia, foi uma das primeiras figuras atingidas. As críticas foram-se avolumando e tornaram-se de tal forma abusivas a ponto de, em 440 a.C., ser criada a lei que coibia as locuções grosseiras.²³⁵

Loiola, como comentado anteriormente, era censor da ditadura civil-militar no Brasil de 1964. Chegou a possuir um diploma de Censor Federal e a ministrar aulas sobre o tema. A seu ver a censura, no contexto grego e em diversos outros, funcionava em prol da democracia. Era um mecanismo de defesa dos ideais morais e políticos da sociedade²³⁶. No seu entendimento, a censura era “filha da democracia, e não da

²³⁵ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 18.

²³⁶ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 19-20.

ditadura”²³⁷. No entanto, justamente nos momentos autoritários, a repressão da arte foi mais forte – e essa afirmação não se aplica somente ao Brasil.

Robert Darnton, historiador cultural, reconstrói na história diversos momentos em que a censura da arte operou, especificamente quanto aos livros. Da França dos Bourbon no séc. XVIII, passando pelo governo britânico na Índia no séc. XIX até a Alemanha Oriental comunista no séc. XX, Darnton verifica a persistência da censura a partir de uma marca distintiva desses governos: o autoritarismo²³⁸. Estudando esses casos, o autor recupera uma história da censura em geral e tenta esquematizar tendências da repressão da arte. De todo modo, o que cumpre recuperar dos estudos do autor são dois pontos. Em primeiro, como, em suas observações sobre o tema, ele organiza as visões sobre a significação de censura e, em segundo, o que ele entende como censura da arte.

Darnton destaca que, *a priori*, o que se deve evitar é identificar a censura como todo tipo de coerção, já que dessa forma haveria uma trivialização de seu sentido²³⁹. Nas palavras do autor, “[p]ode-se considerar que a censura exista em toda parte – mas, se está em toda parte, não está em lugar nenhum, pois uma definição que envolva tudo apagaria todas as distinções e, portanto, não teria sentido”²⁴⁰. Para organizar essa questão, haveria, então, duas tendências gerais de estudo da censura. “[D]e um lado, a história da luta entre a liberdade de expressão e as tentativas das autoridades políticas e religiosas para reprimi-la; de outro, o relato sobre coerções de todo tipo que inibem a comunicação”²⁴¹.

Há, assim, os teóricos normativos que veem a censura como uma violação de um direito, da tradição de Milton, Locke e da Primeira Emenda dos Estados Unidos. “Para eles, a liberdade não era uma norma situada fora do mundo, mas um princípio vital do discurso político”²⁴². Há, ainda, os teóricos relativos que constroem a censura “como um ingrediente da realidade social que permeia tudo. Na sua visão, ela opera na *psiqué*

²³⁷ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 27.

²³⁸ DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. Tradução: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 10.

²³⁹ DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. Tradução: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 12.

²⁴⁰ DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. Tradução: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 12.

²⁴¹ DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. Tradução: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 13.

²⁴² DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. Tradução: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 14.

individual e na mentalidade coletiva, em toda parte e em qualquer época”²⁴³. Por óbvio, ambas as visões podem estar corretas, mas, de todo modo, elas não resolvem, exatamente, o problema da conceituação da censura.

Assim, Darnton empreende um estudo descritivo denso de modelos de censura a livros em sistemas políticos diversos e chega a uma base conceitual. “Não que todos os Estados tenham imposto sanções da mesma forma. Suas ações podem ser arbitrárias, mas eles as revestiram de procedimentos que têm um verniz de legalidade”²⁴⁴. A partir dessa conclusão, embora sem delineações exatas, sob pena de sermos excessivamente simplistas ou amplos, partiremos do conceito de censura da arte como aquela que denota ações faticamente arbitrárias de restrição da arte, que se dão através de procedimentos que contêm um verniz de legalidade – e, portanto, freiam o processo de concretização da liberdade artística.

Dois esclarecimentos são necessários. Em primeiro lugar, a conceituação proposta envolve somente a censura *estatal* da arte. Isso porque pode haver três cenários de censura, como entende Cremilda Medina: (i) a censura perpetrada pelo Estado²⁴⁵, de forma institucionalizada; (ii) os “atos repressivos inerentes a qualquer exercício de poder que impõe às práticas cotidianas constantes cerceamentos”²⁴⁶; e a (iii) “rede intimista da autocensura”²⁴⁷. Nesse caso, não recorreremos a outros meios de censura, que não demandam, necessariamente, uma relação com a legalidade estatal.

Portanto, não é escopo do presente trabalho a censura tida de um ponto de vista sistêmico, como os cerceamentos das práticas cotidianas sem qualquer relação com a legalidade ou com a utilização de instrumentos jurídicos. Isso porque esse cerceamento poderia possuir diversas fontes – que não o Estado –, o que dificultaria qualquer estudo objetivo sobre o tema. Como já citamos, nas palavras de Darnton, “[p]ode-se considerar que a censura exista em toda parte – mas, se está em toda parte, não está em lugar

²⁴³ DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. Tradução: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 15.

²⁴⁴ DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. Tradução: Rubens Figueiredo. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 274.

²⁴⁵ Para a autora, essa se dá de forma explícita e vertical. Como veremos adiante, não concordamos com esses termos, mas tão somente com a chave explicativa de distinção entre censura estatal, censura constante das práticas que pode se dar por diversos atores e autocensura, cf. MEDINA, Cremilda. As múltiplas faces da censura. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (421-434), p. 421.

²⁴⁶ MEDINA, Cremilda. As múltiplas faces da censura. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (421-434), p. 421.

²⁴⁷ MEDINA, Cremilda. As múltiplas faces da censura. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (421-434), p. 421.

nenhum”²⁴⁸. Daí a necessidade de estabelecer seu conceito e suas delimitações, para fins de recorte do presente trabalho.

A título de exemplo, duas formas de cerceamento não estatal das práticas cotidianas são a econômica e a social. A censura econômica pode ser realizada, entre outros casos, pelas “companhias de tecnologia como Facebook, Google e Twitter, [que] com monopólios internacionais e uma concentração de capital inédita, determinam o que pode e o que não pode ser dito”²⁴⁹. “Como nunca, a censura tem sido cogitada para inibir a pretensa liberdade que se manifesta nos meios digitais”²⁵⁰.

Já a censura perpetrada pela sociedade se revela em atuações privadas de coação a determinadas expressões. Dois casos de censura da sociedade são o ocorrido na ocasião da palestra da filósofa Judith Butler, em que um boneco com seu rosto foi incendiado em protesto em frente ao local do evento, ocasionando seu cancelamento²⁵¹ e das redes sociais que “diversificam vozes, [mas] também se prestam a patrulhamentos capazes de dizimar pessoas e pensamentos”²⁵² com correntes de intolerância protagonizadas pelos usuários que eventualmente atuam contra a liberdade expressão.

De todo modo, atores econômicos e da sociedade podem, também, influenciar ou mesmo demandar a censura artística estatal. Através de um processo de “privatização da censura”²⁵³, pode haver uma participação dos atores sociais e econômicos nos processos estatais que impõem repressão à arte.

De um lado, a censura pode “conta[r] com o suporte de parte da sociedade, que não só a deseja como a exige”²⁵⁴. Um exemplo emblemático é de um movimento na mídia e na sociedade civil, sob a égide da Constituição de 1946, que ocasionou na

²⁴⁸ DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. Tradução: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 12.

²⁴⁹ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 22.

²⁵⁰ COSTA, Maria Cristina Castilho. Arte, Poder e Política – uma breve história sobre a censura. In: *Diálogos sobre censura e liberdade de expressão: Brasil e Portugal*. Maria Cristina Castilho Costa (org.), São Paulo: ECA/USP, 2014 (15-34), p. 33.

²⁵¹ “Boneco com rosto de Judith Butler é incendiado em protesto”. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/boneco-com-rosto-de-judith-butler-e-incendiado-em-protesto/>. Acesso em 24/11/2021.

²⁵² MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 22.

²⁵³ COSTA, Maria Cristina Castilho. Arte, Poder e Política – uma breve história sobre a censura. In: *Diálogos sobre censura e liberdade de expressão: Brasil e Portugal*. Maria Cristina Castilho Costa (org.), São Paulo: ECA/USP, 2014 (15-34), p. 33.

²⁵⁴ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 22.

publicação de um artigo na revista Anhembi em defesa da censura em nome da educação²⁵⁵. Como relata Cristina Costa, “[e]ssa manifestação espontânea em favor da coerção e da censura vinda da mídia e da sociedade civil”²⁵⁶ causou influências na regulação da censura prévia. O Regulamento do Serviço de Censura e Diversões Pública (Decreto 20.493/1946), em resposta a uma demanda social²⁵⁷ de certa forma, passou a prever, em 1948, no art. 134, a possibilidade de a censura prévia contar com a assistência de “representantes de entidades especializadas e de fins educativos ou morais”²⁵⁸.

De outro lado, a prática da censura estatal pode ser pressionada por *lobby* dos próprios atores econômicos. É o caso quando se vê uma “participação cada vez maior das empresas privadas nas políticas públicas ligadas à cultura e às artes – leis de incentivo e patrocínio, *marketing* cultural e renúncia fiscal têm deixado a cargo de empresas a decisão sobre o que estimular e apresentar ao público”²⁵⁹ – e o que não.

Nesses casos, em que a censura estatal sofre pressões de atores do processo democrático, as influências devem ser consideradas secundárias na caracterização da censura como estatal. O que interessa ver é se os procedimentos de imposição do cerceamento se encontram dentro dos meios proporcionados pela legalidade, ou seja, se instrumentos jurídicos são utilizados como ferramentas censórias. Importa menos, para os fins da pesquisa aqui empreendida, a pressão social e econômica.

Ainda, retomando a chave de Medina, a última possibilidade de censura, além da estatal e da sistêmica, seria a relacionada à “rede intimista da autocensura”²⁶⁰.

²⁵⁵ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 124.

²⁵⁶ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 125.

²⁵⁷ FICO, Carlos. Censura, ditadura e “utopia autoritária”. In: *Seminários sobre a censura: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP)*. Cristina Costa (org.). São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012 (65-76), p. 71.

²⁵⁸ Art. 134, do Regulamento do Serviço de Censura e Diversões Públicas (Decreto 20493/2946): “Art. 134 O Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores poderá autorizar a assistência aos trabalhos da censura prévia, em caráter permanente ou ocasional, e representantes de entidades especializadas, e de fins educativos ou morais, interessadas na elevação do nível dos espetáculos públicos, sem ônus para o Tesouro, e sem que isto importe em qualquer intervenção nos trabalhos da censura. (Redação dada pelo Decreto 24911/1948)”.

²⁵⁹ COSTA, Maria Cristina Castilho. Arte, Poder e Política – uma breve história sobre a censura. In: *Diálogos sobre censura e liberdade de expressão: Brasil e Portugal*. Maria Cristina Castilho Costa (org.), São Paulo: ECA/USP, 2014 (15-34), p. 33.

²⁶⁰ MEDINA, Cremilda. As múltiplas faces da censura. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (421-434), p. 421.

Conforme estuda Nigel Warburton, em alguns casos, pode haver situações que geram um “clima” em que “as pessoas não se sentem autorizadas a expressar suas opiniões ou são ativamente impedidas de fazê-lo”²⁶¹. Em meio a esse clima, desenvolve-se a autocensura. Ela designa, na visão de Bernardo Kucinski, “um ato consciente, e com o objetivo, também consciente, de dosar a informação que chegará ao leitor ou mesmo suprimi-la”²⁶². Assim, há o engajamento pessoal do emissor da expressão “na proposta repressiva, fazendo dele a sua primeira vítima”²⁶³. Essa também não é objeto do presente trabalho, por mais que possa ser considerada, até mesmo, uma consequência do estabelecimento e do uso corrente de instrumentos estatais de censura – ou, ainda, das pressões sociais e econômicas pelo cerceamento de expressões.

Portanto, a definição de censura da arte como aquela que se refere às ações faticamente arbitrárias de restrição da arte, que se dão através de procedimentos que contém um verniz de legalidade é a que melhor se enquadra no objeto desta dissertação.

Primeiro, porque ela diz respeito a ações estatais que se revestem da legalidade e cabe, portanto, em um trabalho jurídico. Segundo, porque sua abrangência não peca pela amplitude nem pela simplicidade, ao nosso ver. De um lado, ela exclui mecanismos de censura operados pela sociedade, pelos atores econômicos e pelos próprios autores de obras artísticas. De outro, ela abrange uma série de mecanismos utilizados pelo Estado com a finalidade de restringir a arte, como se verá na seção seguinte. Por fim, ela conversa com o direito à liberdade artística que, como será melhor definido no Capítulo 3, confere proteção à arte, do ponto de vista material, formal e de seu reconhecimento por terceiros. E a arte, justamente, não é só objeto de proteção da liberdade artística, mas, junto a essa, alvo das ações arbitrárias de restrição impostas pelo Estado, no conceito proposto de censura da arte.

1.3.2. Os Tipos de Censura

²⁶¹ WARBURTON, Nigel. *Free speech: a very short introduction*. Oxford University Press, 2009, p. 7.

²⁶² KUCINSKI, Bernardo. A primeira vítima: a autocensura durante o regime militar. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (533-552), p. 538.

²⁶³ KUCINSKI, Bernardo. A primeira vítima: a autocensura durante o regime militar. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (533-552), p. 538.

Estabelecido um conceito de censura estatal da arte e feita uma recuperação de sua significação, passamos, então, a analisar seus tipos específicos. A análise aqui empreendida se faz necessária por dois motivos. O primeiro corresponde a uma organização teórica do debate, uma vez que a censura da arte é objeto do presente trabalho. O segundo, mais importante, reflete uma necessidade de se definir qual o escopo do presente trabalho: a censura operada pela Administração Pública, por via do policiamento das artes – que pode encontrar justificativas morais ou políticas e pode atuar prévia ou repressivamente.

Sendo assim, serão apresentadas algumas chaves classificatórias para a censura estatal da arte. Especificamente, destacaremos três tipos de censura: (i) com base em seus atores (judiciais, legislativos ou administrativos), (ii) a partir de suas justificativas (política ou moral), (iii) a partir de seu momento (prévio ou posterior). Esse levantamento é importante para compreender a persistência desse mecanismo de repressão da liberdade artística sob a Constituição de 1988. Isso porque, como desenvolvido, a hipótese deste trabalho se volta à manutenção do exercício de polícia das artes pela Administração Pública, dentro da lógica do fomento, que tem como herança a censura e a doutrina de segurança nacional do regime de 1964.

A ideia é que o exercício da censura pela Administração se dá com base no fundamento aberto da polícia das artes, que dá verniz de legalidade, as ações arbitrárias de restrição à liberdade artística, especialmente em sua dimensão positiva. Esse fundamento se abre para a censura política e a censura moral. Além disso, a censura hoje é majoritariamente posterior a divulgação das expressões e não exercida por um órgão administrativo de controle prévio, como será visto em estudos de casos do Capítulo 3.

A primeira distinção, então, tem em conta o Poder do Estado no qual ocorrem as ações arbitrárias de cerceamento da liberdade artística, ou seja, o ator institucional que impõe a censura. A partir de uma visão ampla, classificaremos a censura em suas formas judicial, legislativa e administrativa. Conforme destaca Binjenbojm, além da censura perpetrada pela Administração Pública, “[a]inda pululam leis que impõem restrições absurdas à liberdade de comunicação, e o Poder Judiciário – à exceção honrosa do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos – tem feito por merecer o título de novo censor máximo do país”²⁶⁴.

²⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. 1. ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 19.

A censura judicial da arte é aquela operada pelo Poder Judiciário, através da imposição de medidas arbitrárias contra a efetivação da liberdade artística, sob pretexto de se cumprir a legalidade. Nas palavras de Mattos, “[s]e na ditadura o martelo de juízes se somava à caneta do governo, após a Constituição de 1988, a ‘judicialização’ da censura recrudesciu”²⁶⁵⁻²⁶⁶. Embora não concordemos exatamente com uma predominância da censura judicial em relação à administrativa, concordamos que “a defesa da liberdade de expressão coexiste com magistrados travestidos de censores”²⁶⁷.

Nesse caso, menciona Ronaldo Lemos, embora não somente sobre a arte, que “há hoje um grande número de juízes ordenando não só a remoção de alegações da internet, como também exigindo que essas informações permaneçam banidas, especialmente quando dizem respeito a políticos”²⁶⁸. O autor destaca que segundo pesquisa da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, “um a cada cinco pedidos de censura prévia acabam sendo concedidos pelo Judiciário”²⁶⁹. Já na cena da arte, Binjenbojm destaca que os casos vão “da busca e apreensão de livros à remoção de conteúdos da internet, passando pela tentativa de controle de horário de programas de TV e de espetáculos públicos” e parecem revelar na Justiça “a sucessora da malsinada Censura Federal”²⁷⁰.

A censura legislativa, por sua vez, se impõe quando as ações arbitrárias de cerceamento da liberdade artística se dão através de medidas de competência do Poder Legislativo, encobrindo a censura pelo verniz da legalidade. Como destaca Ronaldo Lemos, “[n]o debate sobre liberdade de expressão no Brasil, já é conhecida a estratégia

²⁶⁵ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 22.

²⁶⁶ Observa-se que, para fins desse trabalho, o foco é na censura operada pela Administração Pública, ainda sob a égide da Constituição de 1988. Assim, não concordamos com o ponto de que a caneta do governo tenha sido substituída pela dos juízes. Na verdade, partimos de uma convivência entre esses instrumentos de censura, com momentos de predominância da censura operada por um órgão ou por outro.

²⁶⁷ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 22.

²⁶⁸ LEMOS, Ronaldo. Veneno-remédio: arte e liberdade de expressão. In: DUARTE, Luisa (org.). *Arte, censura, liberdade: reflexões à luz do presente*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2018, (55-67), p. 63.

²⁶⁹ LEMOS, Ronaldo. Veneno-remédio: arte e liberdade de expressão. In: DUARTE, Luisa (org.). *Arte, censura, liberdade: reflexões à luz do presente*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2018, (55-67), p. 63.

²⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 19.

de utilizar a proteção de crianças e adolescentes como bucha de canhão para promover mudanças legislativos liberticidas”²⁷¹.

Um exemplo, relacionado à competência normativa do Legislativo, é, como destaca Lemos, do “Projeto de Lei 8.740, proposto em outubro de 2017 na Câmara dos Deputados e que, para proteger crianças e adolescentes, na prática teria por efeito a proibição da nudez em obras de arte”²⁷². Outro exemplo, por sua vez, relacionado à competência fiscalizatória do Legislativo, é o caso da CPI da Baleia Azul, que consubstanciava uma “tentativa de censurar a rede”²⁷³ através de uma agenda de controle das expressões na Internet.

Há, por fim, a censura administrativa. Através dela a Administração Pública opera ações arbitrárias de restrição das artes, mas revestindo a atuação com verniz de legalidade. Conforme destaca Maria Cristina Castilho Costa, “[n]a Modernidade Ocidental, que se situa entre os séculos XV e XX de nossa era, a censura se caracterizou prioritariamente como ação política do Estado, parte integrante de seu aparelho administrativo, cuja função era controlar a produção artística”²⁷⁴.

O exemplo de 1964 é o mais óbvio. O Serviço de Censura e Diversões Públicas era órgão da Administração Pública, operador da censura. O SCDP exercia, predominantemente, Poder de Polícia, na medida em que sua atuação se relaciona com a conformação das liberdades individuais ao interesse coletivo²⁷⁵, como destaca Marçal Justen Filho ou, nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro, designa “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”²⁷⁶, especificamente na seara das artes.

Ademais, o SCDP era subordinado, hierarquicamente, ao Conselho Superior de Censura²⁷⁷ e ao Ministério da Justiça²⁷⁸ – ligado ao Executivo Federal. Havia, portanto,

²⁷¹ LEMOS, Ronaldo. Veneno-remédio: arte e liberdade de expressão. In: DUARTE, Luisa (org.). *Arte, censura, liberdade: reflexões à luz do presente*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2018, (55-67), p. 57.

²⁷² LEMOS, Ronaldo. Veneno-remédio: arte e liberdade de expressão. In: DUARTE, Luisa (org.). *Arte, censura, liberdade: reflexões à luz do presente*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2018, (55-67), p. 55-56.

²⁷³ LEMOS, Ronaldo. *CPI da Baleia Azul é tentativa de controlar a Internet no Brasil*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2017/05/1880025-cpi-da-baleia-azul-e-tentativa-de-controlar-a-internet-no-brasil.shtml>. Acesso em 25/11/2021.

²⁷⁴ COSTA, Maria Cristina Castilho. Opinião Pública, comunicação, liberdade de expressão e censura. In: *A censura em debate*. Org. Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014, (27-34), p. 28.

²⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 385.

²⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 323.

²⁷⁷ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 89.

“uma atividade rotineira e administrativa executada por um órgão público criado para esse fim, empregando censores contratados pelo Estado que controla[va]m, avalia[va]m e mape[av]am sistematicamente”²⁷⁹ as mais diversas formas de expressão.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o SCDP foi extinto. Ainda assim, a atividade administrativa, por meio de ordens de polícia, permanece sendo um instrumento de repressões à arte no Brasil, como procuraremos demonstrar nos próximos capítulos. A extinção, com a promulgação da Constituição de 1988, dos “órgãos oficiais da censura não signific[ou] erradicar a censura”²⁸⁰. Em realidade, ela tomou outras formas na aparência de legalidade. A título de exemplo, dois casos são emblemáticos.

O primeiro foi a vedação da mostra “Queermuseu: cartografias da diferença na arte brasileira” no Museu de Arte do Rio (MAR), em 2017²⁸¹, levantado na introdução desta dissertação. Através do instrumento de veto, o prefeito à época, Marcello Crivella, discricionariamente, decidiu não receber a exposição artística, que era voltada para temas de diversidade e gênero. O segundo exemplo se refere ao cancelamento do espetáculo “Res Publica 2023”, que será tratado com maior profundidade no Capítulo 3 (3.4), da Companhia Motosserra Perfumada. A peça retratava um Brasil distópico e fascista que atacava minorias e seria encenada, em 2019, no Complexo Cultural da Funarte São Paulo, mas, por decisão de Roberto Alvim, diretor do Centro de Artes Cênicas da Funarte à época, foi suspensa²⁸².

Em ambos os casos, houve a utilização de um mecanismo de ordem de polícia, derivado do Poder de Polícia que cabe à Administração Pública, a fim de impor restrições à liberdade artística, especialmente em sua dimensão positiva: reduzindo a zero o dever estatal de promoção. O ponto que se quer destacar é que continua em atuação uma atividade administrativa cerceadora da arte, em que pese o desmonte do

²⁷⁸ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 25.

²⁷⁹ COSTA, Maria Cristina Castilho. Opinião Pública, comunicação, liberdade de expressão e censura. In: *A censura em debate*. Org. Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014, (27-34), p. 28.

²⁸⁰ COSTA, Maria Cristina Castilho. Opinião Pública, comunicação, liberdade de expressão e censura. In: *A censura em debate*. Org. Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014, (27-34), p. 29.

²⁸¹ MARTÍN, María. *Crivella veta no Rio a exposição Queermuseu, censurada em Porto Alegre*. El País Brasil. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/04/cultura/1507068353_975386.html. Acesso em 25/07/2021.

²⁸² GIANNINI, Alessandro. *Roberto Alvim minimiza protesto contra suspensão da montagem de peça 'Res Pública' na Funarte*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/roberto-alvim-minimiza-protesto-contrasuspensao-da-montagem-da-peca-res-publica-na-funarte-23922737>. Acessado em 26/07/2021.

Serviço de Censura e Diversões Públicas, no qual centrava-se a repressão artística, pré-1988. E as justificativas dessa atividade de cerceamento ora são morais, ora políticas, centrando-se em uma noção ampla de interesse público.

A segunda chave classificatória da censura que levantamos parte, então, de sua justificativa, que ora pode ser de ordem política e, ora, de ordem moral. Antes de tudo, é preciso esclarecer que não há consenso sobre uma divisão entre mecanismos a partir somente dessas duas justificativas. Nesse ponto, portanto, serão levantadas algumas classificações diversas a fim de consolidar uma melhor utilização da distinção entre censura política, de um lado, e censura moral, de outro. Ademais, no segundo capítulo, retomaremos a questão, a fim de entender como essas justificativas são utilizadas na atualidade para embasar atos administrativos repressores da arte.

Cristina Costa faz uma distinção pautada em análise de conteúdo dos cortes e, portanto, voltada às justificativas utilizadas pela censura. A seu ver, haveria censura de ordens moral, política, religiosa e social. A censura moral inclui “os cortes que viam à chamada defesa dos bons costumes”²⁸³. A censura política “veta insinuações a respeito do país, da ordem social e política e referências a países considerados inimigos”²⁸⁴. A religiosa “veta referências à religião e aos santos, à Igreja Católica e aos padres de uma maneira geral”²⁸⁵. Por fim, a censura social “veta temas, assuntos e menções a questões sociais polêmicas”²⁸⁶.

No entanto, a classificação trazida por Costa tem uma localização temporal específica. Ela traz esses tipos de censura numa análise circunscrita às “peças de teatro de revista, circo-teatro, grupos de teatro amador, comédias de costumes, melodramas e radionovelas”²⁸⁷. Além disso, as peças analisadas, documentadas no Arquivo Miroel Silveira, se situam entre os anos de 1920 e 1967. E, ainda que pudéssemos fazer um exercício indutivo, do particular ao geral, em uma tentativa de englobar todos os métodos de censura artística, a classificação se pauta no funcionamento da censura em tempos históricos com legalidades específicas e, assim, não poderia abarcar a censura

²⁸³ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 232.

²⁸⁴ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 232.

²⁸⁵ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 232.

²⁸⁶ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 232.

²⁸⁷ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 231.

operada sob a Constituição de 1988. Ademais, o que a autora classifica como religioso ou social pode ser incluído no que chamaremos de censura moral, concentrando as classificações em duas: moral e política.

Já Coriolano Loiola, estabelece uma classificação diversa. Com base no aparato legal da Censura de 1964, Loiola trata quatro conteúdos que justificam proibições ou cortes nas diversões públicas. Assim, a seu ver, não deve ser “liberada a comunicação social, compreendida no campo da diversão pública, que i) atente contra a segurança nacional [...]; ii) fira princípios éticos [...]; contrarie direitos e garantias individuais”²⁸⁸. A contrariedade aos direitos é dividida em dois aspectos: pode “representar potencialmente a) ofensa a coletividades; ou b) hostilização à religião”²⁸⁹.

A classificação de Loiola, no entanto, também não é adequada para os fins aqui empreendidos. Isso porque ela parte de critérios legais utilizados sob a ditadura civil-militar: o autor combina os dispositivos pertinentes dos decretos que regulavam as diversões públicas a fim de propor a classificação, que servia de instrução para os censores à época. No entanto, um dos pontos centrais do estudo aqui empreendido é que há uma atividade da Administração Pública, de polícia das artes, ainda exercida na atualidade, como já mencionado. Dessa forma, não há como partirmos de uma classificação que embasaria os atos censórios anteriores e posteriores à Constituição de 1988, mas que tinham como fundamento tão somente a legalidade autoritária.

Portanto, propomos uma diferenciação mais ampla, que abrange o maior número de restrições e que não possui um vínculo de dependência com uma legalidade ou um contexto específico. De um lado, a censura política seria aquela que se dá com a justificativa de proteção do exercício do Poder político e do Estado. A sua motivação, portanto, está ligada a uma pretensão de manutenção do *status quo*. De outro lado, a censura moral seria aquela que tem como motivação a manutenção de determinadas concepções morais de mundo. Ela parte da noção de que há somente uma visão ética de mundo razoável e as dissidentes deveriam, portanto, ser reprimidas. No entanto, vale mencionar que essas justificativas nem sempre andam separadas. Pelo contrário, o seu uso, ainda que velado, pode ser conjunto²⁹⁰.

²⁸⁸ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 136-137.

²⁸⁹ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 137.

²⁹⁰ QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 178.

Corroborando essa distinção, Carlos Fico estuda que até mesmo na censura que se operava no Serviço de Censura e Diversões Públicas, dois critérios eram centrais: primeiro, majoritariamente, a censura era baseada na moral e nos bons costumes e, progressivamente, tendeu a se tornar mais política. Em sua visão, já apontada brevemente, “[a]s peças, as músicas, os filmes, os programas de televisão eram censurados conforme a tradicional clivagem, de perfil ético e moral – que inspira a censura brasileira desde sempre até hoje –, mas passou a servir aos interesses políticos”²⁹¹. Sua análise não parte necessariamente da legalidade de cada momento, mas da prática das instituições censoras no Brasil, em toda sua história.

Essa visão dupla sobre a justificativa da censura é mais adequada para pensarmos a repressão da arte, uma vez que não temos em conta um uso de seus mecanismos exclusivamente pelos governos autoritários. Na realidade, o estudo aqui empreendido parte da premissa de que houve uma reconfiguração dos mecanismos de censura, o que abre margem, como veremos, para que a atuação administrativa atual se dê contra o exercício da liberdade artística, através da polícia das artes. Ademais, um dos pontos a ser levantado é que os instrumentos de ordem de polícia, hoje, funcionam predominantemente de maneira repressiva – e não na lógica anterior a 1988, em que a censura era, em geral, prévia.

A última distinção a ser feita tem em conta o momento de ocorrência da censura. Diferencia-se, portanto, a censura prévia ou preventiva e a censura posterior ou repressiva. Essa divisão foca nas formas de ação. Acerca da atividade de polícia das artes, como veremos nos próximos capítulos, no período ditatorial havia uma predominância – com pretensão, inclusive, de exclusividade – do método de censura prévia. No entanto, com a promulgação da Constituição de 1988 e o desmonte do aparelho estatal da Censura, passou-se a mecanismos que funcionam repressivamente, ou seja, depois de veiculada, sob qualquer forma pertinente, a arte. Isso porque a própria Constituição de 1988 vedou a censura, nos arts. 5º, IX e no art. 220, §2º, o que torna o ônus de justificativa de qualquer cerceamento prévio muito grande e, portanto, a repressão da arte torna-se não só sub-reptícia, mas também posterior, sob pretexto de que não é, de fato, censura.

²⁹¹ FICO, Carlos. Censura, ditadura e utopia autoritária. In: *Seminários sobre a censura: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP)*. Cristina Costa (org.). 1 ed, São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012, p. 71.

A censura prévia ou preventiva é aquela que estabelece um controle da expressão artística anterior à sua divulgação. Nas palavras de Eugênio Bucci, “antes de o assunto vir a público já existe a proibição a ele”²⁹². Já a censura posterior ou repressiva é aquela que estabelece um controle da expressão artística futuro à sua divulgação. Em geral, parte dos autores acredita não haver uma censura “posterior”. Qualquer análise posterior de uma expressão, nesse caso, derivaria somente “daquilo que é normal na democracia, que é a responsabilização pelas consequências do abuso da liberdade de expressão”²⁹³.

No entanto, na denominação do que consideramos censura estatal da arte, como já abordado, estão as ações faticamente arbitrárias de restrição da arte, que se dão através de procedimentos que contêm um verniz de legalidade, independentemente se ocorrem de maneira prévia ou posterior. É fundamental considerarmos que o cerceamento possa ser futuro à divulgação da expressão artística, a fim de entender que houve uma mudança na atuação administrativa repressiva da arte. Antes, institucionalizada no SCDP, ela praticava uma análise prévia de músicas, peças teatrais, filmes etc. Hoje, sem órgão específico e, logo, ausente uma institucionalidade, os mecanismos sub-reptícios podem ser também posteriores: revestem-se da legalidade, mas ocorrem, eventualmente, depois de alguma publicidade da expressão.

E não é só: caso não considerássemos que a censura pode se dar de maneira subsequente a qualquer publicidade da arte, sequer haveria a possibilidade de existência da censura judicial. Isso porque a censura judicial, essencialmente, só ocorre após uma demanda ao Judiciário para intervir na expressão. Antes disso, já houve a veiculação da obra artística e seu acesso por expectadores que, então, é interrompido. O juiz não pode, simplesmente, agir de ofício para restringir qualquer forma de expressão. Nota-se que, por óbvio, pode haver cerceamentos pautados em limites constitucionais razoáveis ao direito à liberdade artística ou mesmo embasados em uma ponderação entre direitos em conflito, mas também, ocorrem com frequência casos em que a liberdade artística é reprimida sem bases legais, por motivações morais e políticas.

²⁹² BUCCI, Eugênio. Censura, marcos regulatórios e tecnologia. In: *A censura em debate*. Org. Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014 (152-155), p. 152.

²⁹³ BUCCI, Eugênio. Censura, marcos regulatórios e tecnologia. In: *A censura em debate*. Org. Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014 (152-155), p. 152.

Por exemplo, é o caso da Reclamação 38.782²⁹⁴, que versou sobre a suspensão do “Especial de Natal Porta dos Fundos: Primeira Tentação de Cristo”, uma sátira considerada, pelas cortes inferiores, atentatória aos valores morais e religiosos. Nesse caso, o Supremo julgou pela procedência da Reclamação, a fim de que a produção audiovisual pudesse ser veiculada. Assim, há, como se pode ver, a censura posterior, em questão, com a retirada de circulação da obra – que foi revertida no STF. Daí, também, a necessidade de se considerar a possibilidade da ocorrência de censura posterior.

Como se destacou anteriormente, a presente apresentação das classificações da censura estatal da arte, (i) seja com base em seus atores (judiciais, legislativos ou administrativos), (ii) seja a partir de suas justificativas (política ou moral), (iii) seja considerando seu momento (prévio ou posterior) é fundamental para entender como houve uma persistência desse mecanismo de repressão da arte sob a Constituição de 1988. A hipótese do trabalho, já mencionada, é de que houve uma manutenção do exercício de polícia das artes pela Administração Pública, que tem como herança a polícia dos costumes e a doutrina de segurança nacional do regime de 1964. E esse exercício se dá com base em um fundamento aberto da polícia administrativa, que dá margem a justificativas políticas e morais, abarcadas por uma noção de supremacia do interesse público. No entanto, a censura, hoje, é majoritariamente posterior a divulgação das expressões e não exercida por um órgão administrativo de controle prévio, como será desenvolvido ao longo do trabalho.

2. A Polícia das Artes e a Permanência da Censura: a Lógica Jurídica das Restrições não Fundamentadas na Liberdade Artística

O poder de polícia é tradicionalmente explicado a partir da precedência da sociedade sobre o indivíduo, do público sobre o privado, ou da autodeterminação coletiva sobre a autodeterminação individual. Categorias como a supremacia geral do Estado sobre os cidadãos, ou a sujeição geral destes em relação àquele, tão caras à gramática do poder de polícia, são

²⁹⁴ STF, Rcl 38782, RJ/Rio de Janeiro, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento 03/11/2020, Publicação 24/02/2021.

tributárias daquelas concepções coletivistas, costumeiramente aceitas de maneira acrítica e apriorística.²⁹⁵

“A censura, no Brasil, foi utilizada nas diversas etapas do processo histórico a serviço dos interesses e da ideologia dominante de cada período”²⁹⁶. E, historicamente, ela foi exercida pelo Poder Executivo. No Brasil colônia, sob o governo e as ordens da Coroa portuguesa, já se operava a censura de livros. Por meio da Inquisição, do Desembargo do Paço²⁹⁷, da Real Mesa Censória²⁹⁸, entre outros órgãos específicos a depender do ano, operava-se uma censura que, submetida à Coroa portuguesa²⁹⁹, se voltava à proteção da religião católica e da Coroa.

Segundo o regimento das Reais Mesas e os próprios pareceres dos censores, à época da colonização, “dever-se-ia censurar tudo o que pudesse ameaçar a religião e a moral, o poder instituído e a cultura”³⁰⁰, de modo que as ações da censura centravam-se “na esfera do político, da religião e da moral”³⁰¹. “O privilégio de possuir e ler obras proibidas era alcançado mediante o envio de solicitações de licença a “El-Rei”, endereçadas à Real Mesa Censória e, depois de 1787, à Real Mesa da Comissão”³⁰². Através do instrumento de licença, a polícia das artes já era operada com rigor.

E não era só: não bastasse a proibição de livros, a censura possuía, também, outros caminhos repressivos. Onde a arte encontrava espaço de dissenso e oposição, o cerceamento fazia-se necessário. É o exemplo da Conjuração Mineira. Conforme relata Heloísa Starling, os conjurados, reivindicando certas ideias do republicanismo³⁰³, e se

²⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 115.

²⁹⁶ BERG, Creuza. *Mecanismos do silêncio: expressões artísticas e censura no regime militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019, p. 85.

²⁹⁷ VILLALTA, Luiz Carlos. Censura literária e inventividade dos leitores no Brasil colonial. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (45-90), p. 47;

²⁹⁸ VILLALTA, Luiz Carlos. Censura literária e inventividade dos leitores no Brasil colonial. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (45-90), p. 54.

²⁹⁹ REIMÃO, Sandra. *Repressão e Resistência: censura a livros na ditadura militar*. 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2019, p. 122.

³⁰⁰ ALGRANTI, Leila Mezan. Política, religião e moralidade: a censura de livros no Brasil de d. João VI (1808-1821). In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (91-119), p. 105.

³⁰¹ ALGRANTI, Leila Mezan. Política, religião e moralidade: a censura de livros no Brasil de d. João VI (1808-1821). In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (91-119), p. 118.

³⁰² VILLALTA, Luiz Carlos. Censura literária e inventividade dos leitores no Brasil colonial. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (45-90), p. 87.

³⁰³ STARLING, Heloisa Murgel. *Ser republicano no Brasil Colônia: A história de uma tradição esquecida*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 141.

rebelando contra a monarquia instituída, se utilizaram do lirismo para pautar suas reivindicações políticas. A repressão foi forte: para além da censura dos conjurados, que tiveram seus textos recolhidos, Tiradentes foi condenado à força pelo tribunal da devassa. De todo modo, pela via da literatura,

A Conjuração Mineira foi ‘uma conspiração de poetas, diria algum tempo depois frei Raimundo da Anunciação Penaforte, um dos nove franciscanos que assistiram os conjurados em confissão e acompanharam a execução de Tiradentes. Com isso, ele provavelmente queria argumentar aos juízes devassantes que as palavras são inofensivas, que o crime de Inconfidência, portanto, talvez não se provasse e a infração não seria tão horrorosa assim, a ponto de condená-los à força. Frei Penaforte só não disse – e, convenhamos, nem era o caso de dizer – que, entre poetas, a palavra pode quase sempre pode equivaler à ação.’³⁰⁴

Com a Proclamação da República os caminhos, apesar da queda da Monarquia, não foram diferentes na cena da arte. O Executivo permanecia, através de seus órgãos, atuando contra a liberdade artística. “Os mecanismos de controle e punição deixam de ter o caráter pessoal e personalista que tiveram no Império, emanados da figura do Imperador e seus auxiliares, para refletir uma postura pública e legalizada [...]”³⁰⁵.

Nesse contexto, operou-se a inspeção dos locais de divertimento público e foi estabelecida “a censura prévia dos espetáculos teatrais e películas cinematográficas”³⁰⁶, através do decreto 14.529/1920, sob responsabilidade dos órgãos policiais vinculados ao Ministério da Justiça. Logo em seguida, em 1924, foi regularizada a função de censor e estabelecida uma licença, necessária para os espetáculos e diversões públicas³⁰⁷. A permanências desses instrumentos de cerceamento se deu durante toda a República Velha e foi além.

No Estado Novo, no âmbito das artes, “herdando do passado todas as suas ambiguidades”³⁰⁸, o Governo Vargas instituiu, aos poucos, práticas burocráticas censórias. Através de diversos órgãos, como o Departamento de Imprensa e Propaganda e o Departamento de Censura e Diversões Públicas, houve a “montagem de um aparato

³⁰⁴ STARLING, Heloisa Murgel. *Ser republicano no Brasil Colônia: A história de uma tradição esquecida*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 149.

³⁰⁵ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 80.

³⁰⁶ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 85.

³⁰⁷ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 88.

³⁰⁸ COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 100.

ligado ao Estado, destinado a controlar a manifestações de pensamento e de opinião”³⁰⁹. Depois de 1937, quando a censura das artes se potencializou, a título de exemplo, “livros foram apreendidos por inúmeras vezes em livrarias, depósitos de editoras e até mesmo em bibliotecas, além de serem incinerados”³¹⁰.

Com o fim do Estado Novo e a redemocratização, parecia razoável esperar o fim das repressões às formas artísticas. No entanto, em 24 de janeiro de 1946, o Decreto 20.493 regulamentou o Serviço de Censura e Diversões Públicas, “cuja estrutura e procedimentos irão vigorar por muitos anos”³¹¹, dando continuidade ao cerceamento da arte na história brasileira. Nas palavras de Inimá Simões, a censura cinematográfica nesse intervalo democrático, até 1964, era “percebida naqueles momentos em que as autoridades considera[vam] necessário evitar a exibição de obras que p[udessem] prejudicar a imagem institucional [...] ou quando [eram] vistas como inadequadas à moral da sociedade brasileira”³¹².

Na ditadura militar, que se seguiu, a história da repressão às artes já é conhecida e será tratada, com mais detalhes, no próximo tópico. De todo modo, o regime foi marcado pela “censura à imprensa e às artes, a proscrição da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime”³¹³. Como menciona Luís Roberto Barroso, “[o] cerceamento à liberdade de expressão recaiu sobre múltiplos domínios da vida intelectual e cultural brasileira”³¹⁴. O Serviço de Censura e Diversões Públicas, vinculado ao Executivo Federal³¹⁵, mantinha uma atividade administrativa censória como parte da rotina da Burocracia.

Diante dessa permanência histórica da polícia administrativa das artes e estabelecidos, no capítulo anterior, os conceitos fundamentais para o trabalho aqui empreendido, o Capítulo 2 trará a análise central a que se propõe a dissertação. O

³⁰⁹ SIMÕES, Inimá. *Roteiro da Intolerância: a censura cinematográfica no Brasil*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 1999, p. 27.

³¹⁰ REIMÃO, Sandra. Censura a livros no Brasil – breve panorama histórico. In: *A censura em debate*. Org. Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014 (113-119), p. 116.

³¹¹ SIMÕES, Inimá Ferreira. A censura cinematográfica no Brasil. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luíza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (347-376), p. 352.

³¹² SIMÕES, Inimá Ferreira. A censura cinematográfica no Brasil. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luíza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (347-376), p. 357.

³¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, Edição digital: 2020, p. 50.

³¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, Edição digital: 2020, p. 96.

³¹⁵ NAPOLITANO, Marcos. *Cultura brasileira: utopia e massificação (1950-1980)*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2020 (Repensando a História), p. 100.

enfoque, como diz o próprio título do capítulo, será a polícia das artes, termo que será usado para designar o exercício do poder de polícia da Administração Pública com vistas a implementar a censura das artes.

A primeira parte do capítulo trará as heranças históricas da Censura de 1964 que contaminam a atividade administrativa de ordenação no que tange à liberdade artística. A ideia é dar os contornos, num retorno ao passado, da doutrina de segurança nacional e do funcionamento da Censura do regime militar. A segunda parte pretenderá, então, trazer uma análise do Poder de Polícia e de seu fundamento central, a supremacia do interesse público. Isso porque tanto um quanto outro dão o verniz de legalidade à censura da arte. Além disso, construirá a ideia de que as ordens de polícia, na atualidade, podem atuar na dimensão positiva da liberdade artística, minando o fomento das artes. Essa análise trará, portanto, uma abordagem integrada com a concretização – ou não – pelas vias administrativas do direito à liberdade artística, exigida pela Constituição. A terceira parte, por fim, estabelecerá como se deu o retorno à censura pós-Constituição de 1988, tendo em vista o cenário atual de crescente autoritarismo e conservadorismo que, respectivamente, se voltam à censura política e moral. Nesse ponto, será central a relação entre a erosão da democracia e a desconsolidação que ela promove da liberdade artística.

2.1. Herança Histórica da Censura e do Poder de Polícia: a Doutrina de Segurança Nacional e o Serviço de Censura

Por tudo isso é que existe uma censura que defende o poder e a ordem estabelecidos. Pelas “tesouras” dessa censura passam as peças teatrais, filmes, músicas [...].³¹⁶

Passaremos, então, depois de estabelecidos os tratamentos constitucionais da liberdade artística bem como sua desintegração pela prática das instituições e a sua oposição à censura, a um breve retorno ao passado. Isso porque, a fim de se entender o contexto atual de concretização e de restrições da liberdade artística é preciso conhecer

³¹⁶ BERG, Creuza. *Mecanismos do silêncio: expressões artísticas e censura no regime militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019, p. 74.

um pouco do entulho autoritário que, inevitavelmente, acaba por contaminar, em alguma medida, a aplicação de alguns dos direitos fundamentais.

Como mencionado anteriormente, a hipótese deste trabalho se centra em como, embora tenha havido uma desconsolidação da estrutura estatal da censura das artes no Brasil com a redemocratização, permanecem em atuação mecanismos censórios dentro da atividade administrativa, que atuam minando os instrumentos de concretização da liberdade artística – especialmente o seu fomento. Construiremos, então, ainda que sinteticamente, um panorama do sistema de censura que atuou no Brasil antes da redemocratização, no regime militar. A relevância dessa construção é, principalmente, para a terceira parte deste capítulo. Como será visto, no contexto de retrocesso democrático, a censura operada pela polícia das artes, através do verniz da legalidade proporcionado pelo interesse público que lhe fundamenta, resgatará justificativas políticas e morais para restrição da liberdade artística.

No entanto, antes disso, é fundamental conhecer o pano de fundo da operação da censura no regime iniciado em 1964. Embora diversas sejam as nuances do autoritarismo que permeou as relações sociais e políticas nos anos que sucederam ao golpe militar, é fundamental compreender a ideologia que passou a guiar os militares nesse momento. Especialmente porque a doutrina de segurança nacional se associa com a prática censória e com o funcionamento da repressão à arte nesse período e compõe, portanto, o seu cenário de implementação.

2.1.1. O Pano de Fundo da Censura da Arte: a Doutrina de Segurança Nacional

Pós-golpe de 1964, a censura da arte que se operou de forma institucionalizada, através do Executivo – e mesmo dos demais Poderes – estava inserida em um cenário de advento e consolidação da doutrina de segurança nacional (DSN). Essa doutrina traduziu uma ideologia que permeava as atividades das instituições e dos atores estatais. Mesmo a operação civil – e não só a militar – das instituições contaminou-se com as ideias da DSN, uma vez que velar pela segurança nacional não era somente competência das Forças Armadas, mas da própria sociedade.

É preciso, antes de tudo, contextualizar o surgimento da doutrina de segurança nacional (DSN). Este se deu antes mesmo do golpe de 1964 e da chegada dos militares ao poder. Isso porque a DSN e a Escola Superior de Guerra (ESG), na qual era

disseminada, refletiram o cenário internacional³¹⁷ em que estavam inseridas. Nas palavras de Eliézer de Oliveira, elas possuem ligação com uma “estratégia de preparação econômica, política e ideológica para o embate, então considerado muito provável, entre Ocidente e Oriente, entre Democracia e Comunismo”³¹⁸. O fim da Segunda Guerra Mundial e a iminência da Guerra Fria e da polarização do mundo levaram à necessidade de se voltar a um desenvolvimento e a uma defesa nacionais.

A doutrina bebia principalmente da fonte norte-americana³¹⁹, que era central nos conflitos da Guerra Fria, e se alastrou pela América Latina³²⁰. Nos Estados Unidos, já havia sido criada uma doutrina de segurança nacional. “Trata[va]-se de um conjunto de construções teóricas que visava a orientar a política norte-americana e de seus aliados frente à disputa no contexto de um mundo bipolar”³²¹, como esclarece Luciano Ferreira. Com a União Soviética representando uma ameaça comunista³²², o conceito vago e ambíguo da segurança nacional foi resgatado a fim de embasar políticas contra opositores e ameaças externas e internas.

Como fruto dessa influência, a Escola Superior de Guerra foi criada, no Brasil, entre 1948 e 1949, pela Lei 785/49, nos moldes da National War College (NWC), que realizava, nos EUA, estudos sobre segurança e política externa³²³. Inclusive, a NWC possuía ações próprias “sobre como deveria ocorrer a cooptação de governos e forças armadas de todas as Américas”³²⁴. Isso porque a segurança nacional não dependia exclusivamente de aspectos internos, mas englobava um interesse geral de todos os

³¹⁷ Como estuda Creuza Berg, em meio à Segunda Guerra Mundial, esta “e a opção brasileira pelo bloco aliado fizeram surgir a necessidade da criação de um centro de estudos doutrinário, que tinha por interesse prioritário o ‘estudo da Segurança Nacional e a formação de um método para seu planejamento’”. BERG, Creuza. *Mecanismos do silêncio: expressões artísticas e censura no regime militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019, p. 35.

³¹⁸ OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. *As Forças Armadas: política e ideologia no Brasil, 1964-1969*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 26.

³¹⁹ Há, também, influências francesas, que, no entanto, não cabem elaboração detalhada para os fins deste trabalho, v. GIANNASI, Carlos Alberto. *A doutrina de segurança nacional e o milagre econômico (1969/1973)*. Tese de Doutorado do Departamento de História da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 110.

³²⁰ “[O]s EUA criaram uma série de programas de cooperação com militares latino-americanos que, obviamente, admiravam a tecnologia bélica e organizacional americana”, v. FERREIRA, Luciano Vaz. Os preceitos da doutrina da segurança nacional e a sua implementação no Brasil. In: *Revista Novatio Iuris*. FADERSG, v. 4, n. 2, ago-dez 2012, p. 28.

³²¹ FERREIRA, Luciano Vaz. Os preceitos da doutrina da segurança nacional e a sua implementação no Brasil. In: *Revista Novatio Iuris*. FADERSG, v. 4, n. 2, ago-dez 2012, p. 24.

³²² OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. *As Forças Armadas: política e ideologia no Brasil, 1964-1969*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 26 e 28.

³²³ FERREIRA, Luciano Vaz. Os preceitos da doutrina da segurança nacional e a sua implementação no Brasil. In: *Revista Novatio Iuris*. FADERSG, v. 4, n. 2, ago-dez 2012, p. 28.

³²⁴ GIANNASI, Carlos Alberto. *A doutrina de segurança nacional e o milagre econômico (1969/1973)*. Tese de Doutorado do Departamento de História da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 87.

países não-comunistas³²⁵ e, também por isso, não era só uma questão norte-americana, mas se tornou, também, brasileira.

A doutrina de segurança nacional seria, então, o “recurso ideológico para a conquista e a manutenção do poder pós golpe”³²⁶. O General Golbery do Couto e Silva, principal nome relacionado à DSN, deu à doutrina “sua forma mais elaborada, na qual se percebe a tentativa de um tratamento teórico que não se restringe ao pensamento militar propriamente dito”³²⁷. Nesse sentido, a segurança nacional não era vista como competência exclusiva das Forças Armadas, mas também da sociedade.

Na ESG, onde Golbery foi professor, o programa dos cursos tinha como uma das finalidades “transformar os oficiais de alta patente [...] em gestores públicos”³²⁸. Para atender esse objetivo, foi essencial a aliança civil. Havia, na ESG, participação civil tanto no quadro docente como discente³²⁹. Como destaca Bruno Bueno, “[n]os preâmbulos de funcionamento da DSN, não há diferenciação entre atividades militares e civis, pois ambas devem compor a execução das formas do Poder Nacional”³³⁰. Dessa forma, conferia-se maior permeabilidade às instituições estatais para uma ideologia que não era, portanto, exclusivamente militar.

Especificamente quanto os contornos da doutrina, Hely Lopes Meirelles destaca que havia uma noção forte, que permeava as instituições ditatoriais, de que “[d]esenvolvimento é prosperidade”³³¹ e, portanto, deveria ser o fio condutor do Estado.

Daí a correta afirmativa da Escola Superior de Guerra de que ‘o Desenvolvimento Nacional, em sua compreensão mais sintética e abrangente, consiste no desenvolvimento dos elementos básicos da Nação, ou seja, desenvolvimento do homem, da terra e das instituições’.³³²

³²⁵ GIANNASI, Carlos Alberto. *A doutrina de segurança nacional e o milagre econômico (1969/1973)*. Tese de Doutorado do Departamento de História da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 88.

³²⁶ FERREIRA, Luciano Vaz. Os preceitos da doutrina da segurança nacional e a sua implementação no Brasil. In: *Revista Novatio Iuris*. FADERSG, v. 4, n. 2, ago-dez 2012, p. 30.

³²⁷ OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. *As Forças Armadas: política e ideologia no Brasil, 1964-1969*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 27.

³²⁸ FERREIRA, Luciano Vaz. Os preceitos da doutrina da segurança nacional e a sua implementação no Brasil. In: *Revista Novatio Iuris*. FADERSG, v. 4, n. 2, ago-dez 2012, p. 31.

³²⁹ FERREIRA, Luciano Vaz. Os preceitos da doutrina da segurança nacional e a sua implementação no Brasil. In: *Revista Novatio Iuris*. FADERSG, v. 4, n. 2, ago-dez 2012, p. 31-32.

³³⁰ BUENO, Bruno Bruziguessi. Os fundamentos da Doutrina de Segurança Nacional e seu legado na Constituição do Estado Brasileiro Contemporâneo. In: *Revista Sul-Americana de Ciência Política*, v. 2, n. 1 (47-64), p. 52.

³³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 11.

³³² MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 11.

A essa noção de desenvolvimento, progressivamente, passou a ser correspondente uma ideia de necessidade da segurança nacional. Isso porque haveria uma relação de dependência entre os dois: o desenvolvimento “não se obtém sem Segurança Nacional”³³³. Dito de outra forma, a segurança, na visão da ESG, era um cenário de garantias que o Estado conferia aos indivíduos para o exercício de seus direitos e para a realização dos fins nacionais³³⁴ sem o qual o desenvolvimento não poderia se dar. A doutrina, conseqüentemente, visava organizar esse cenário e sistematizar ações necessárias para a sua manutenção no regime militar.

Era pautada, ainda, em lastro constitucional. Em uma tentativa de sistematização dos estudos de Hely L. Meirelles³³⁵, havia dois principais grupos de normativos que embasavam tanto o desenvolvimento como a segurança nacional. O primeiro diz respeito à previsão da Constituição de 1967 do art. 8º, V. O dispositivo trazia como competência da União o planejamento e a promoção do desenvolvimento e da segurança nacionais.

O segundo refere-se à seção V, da Constituição de 1967, que deu tratamento específico à segurança nacional. Nesse sentido, o art. 86 estabelece que “[t]oda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei”³³⁶. Além desse, os artigos seguintes estabelecem “os órgãos responsáveis pela sua formulação, política e execução”³³⁷, especificamente o Conselho de Segurança Nacional, no art. 87, presidido pelo Presidente e composto, também, pelo Vice-Presidente e pelos Ministros de Estado, e as Forças Armadas, conforme art. 91, “essenciais à execução da política de segurança nacional”³³⁸. Nas palavras de Hely L. Meirelles:

Todas essas normas constitucionais e da legislação ordinária visam a preservar o desenvolvimento e a segurança nacionais contra os antagonismos de seus opositores e os excessos do direito individual, que muitas vezes ultrapassam os seus limites normais e legais, assumindo

³³³ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 12.

³³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 12.

³³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 12.

³³⁶ BRASIL, Constituição de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm.

³³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 12.

³³⁸ BRASIL, Constituição de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm.

formas abusivas e prejudiciais ao interesse coletivo e à própria estabilidade das instituições e do Estado.³³⁹

Quanto ao conteúdo, basicamente, os diversos textos sobre o tema não dão uma definição exata do que é, em termos precisos, a doutrina de segurança nacional. É, de fato, uma empreitada complexa trazer objetividade e sintetizar toda uma construção teórica que orientava a política do regime militar. Isso porque não havia uma significação única, mas uma elaboração de métodos, práticas e comportamentos orientados para a defesa da segurança nacional. De todo modo, Giannasi estabelece que a DSN consistia na “expressão dos valores vigentes entre os militares brasileiros e seus aliados civis; [que] inspirou e justificou o comportamento autoritário dos sucessivos governos castrenses, [e] justificou como motivação de força maior o processo de desenvolvimento econômico”³⁴⁰.

E há duas implicações da doutrina de segurança nacional para a polícia das artes – na ditadura, como relação e na atualidade, como herança. A primeira trata-se do fato de que, nas palavras de Gustavo Binenbojm, se referindo aos estudos de Hely Lopes Meirelles, “o vetusto conceito de poder de polícia estava, a bem dizer, a serviço da doutrina de segurança nacional”³⁴¹. A segunda implicação volta-se como o poder de polícia, no âmbito da censura, se utilizou dessa doutrina como justificativa para o cerceamento da liberdade artística.

Em primeiro plano, a relação entre poder de polícia e doutrina de segurança nacional é íntima. Uma visão absolutista da segurança nacional passou a ganhar força não só com a doutrina em si, mas com os estudos que eram desenvolvidos na ESG. Buscava-se impor uma ideologia autoritária como base de um Estado, pela lógica, autoritário, que se impôs. Exemplo disso era o *slogan* “contra a pátria não há direitos”. Assim, nas palavras de Demian Guedes, “[c]om essa visão global e autoritária de ‘segurança nacional’, transforma-se o direito público brasileiro num mecanismo de proteção de uma visão predeterminada dos objetivos nacionais, proscrevendo antagonismos”³⁴². E essa transformação vem, também, pelo poder de polícia.

³³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 12.

³⁴⁰ GIANNASI, Carlos Alberto. *A doutrina de segurança nacional e o milagre econômico (1969/1973)*. Tese de Doutorado do Departamento de História da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 144.

³⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 21.

³⁴² GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016, p. 79.

Como destaca Hely L. Meirelles, a base de funcionamento do poder de polícia se dá a partir de uma:

Administração [que] intervém com o seu poder de contenção e regulação da atividade privada abusiva ou prejudicial ao interesse da coletividade, disciplinando o uso da propriedade, condicionando o exercício dos direitos individuais, limitando a prática de atividades prejudiciais à comunidade, opondo um dique, enfim, a todo excesso da iniciativa privada, por meio do policiamento administrativo que é o instrumento de controle da Administração sobre a conduta do administrado, baseado na supremacia do interesse geral da coletividade sobre o interesse particular de cada um de seus membros.³⁴³

Nesse sentido, o poder de polícia administrativa foi invocado pela Administração Pública autoritária “como instrumento de contenção das atividades particulares nocivas ao bem-estar social ou ofensivas à segurança nacional”³⁴⁴. Houve uma cooptação em favor da defesa da segurança nacional, de modo que toda ação da sociedade que viesse em sentido contrário à proteção e promoção dessa segurança acabava sendo reprimida – mesmo que isso significasse desconsolidar direitos.

Passa a haver uma “coercibilidade ampla, alcançando todo ato de polícia, sem maiores considerações quanto a direitos e garantias individuais”³⁴⁵. Ademais, a discricionariedade dos atos de polícia administrativa era compreendida como uma “liberdade do agente para, de acordo com seu juízo de oportunidade e conveniência, aplicar ou não as regras em vigor”³⁴⁶. Nesse espaço amplo de tomada de decisões, a doutrina de segurança nacional, com seus conceitos ambíguos de valores a serem protegidos, se aliava às repressões.

Daí que, nas palavras de Hely L. Meirelles, “[t]oda atividade comprometedora ou atentatória contra a segurança nacional pode e deve ser contida pelo poder de polícia administrativa”³⁴⁷. Esse poder, portanto, se embasa no repertório teórico da Escola Superior de Guerra e em uma construção de “poder nacional” para efetivar repressões.

³⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 13.

³⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 12.

³⁴⁵ GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016, p. 79.

³⁴⁶ GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016, p. 80

³⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 13.

Essa seria a forma de se “alcançar e manter, interna e externamente, os objetivos nacionais”³⁴⁸.

Como ressalta Gustavo Binbenojm, “[n]ão surpreende, assim, que Hely insira no escopo do poder de polícia também a contenção de atividades subversivas, atentatórias, efetiva ou potencialmente, à segurança nacional”³⁴⁹. E essa inclusão, que consiste em uma aliança entre poder de polícia e segurança nacional, leva a uma segunda implicação da doutrina de segurança nacional, que diz respeito a como ela serviu à censura. Essa subserviência se estabelece não só no Serviço de Censura e Diversões Públicas, a qual se dedicará a seção seguinte, mas, de modo geral, na contenção da liberdade de expressão durante o regime autoritário.

As estratégias invocadas pela doutrina de segurança nacional tiveram como norte a supressão das ameaças à ordem estabelecida. Isso levou, como menciona Berg, a “atitudes, medidas e táticas a serem utilizadas contra tudo ou todos aqueles considerados ‘subversivos’”³⁵⁰. E a subversão, muitas vezes, estava nas expressões: seja no discurso, por si só, seja nas obras artísticas; o que ocasionou que a segurança nacional se tornasse “a linha mestra que determina[va] os rumos da censura”³⁵¹.

Um exemplo relevante de coerção da liberdade de expressão, de modo amplo, é o que se deu através do Serviço Nacional de Informação (SNI), criado em 1964, “sob a tutela do General Golbery do Couto e Silva, que o denominava ‘Ministério do Silêncio’”³⁵². Ou seja, um dos órgãos que compunha, como veremos adiante, o tripé de “vigilância, repressão policial e censura”³⁵³ era ligado ao principal nome relacionado à doutrina de segurança nacional e atendia a seus comandos. Esse já seria um dos pontos de convergência entre a operação da censura e da doutrina de segurança nacional, mas não era só.

³⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976, p. 13.

³⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 23.

³⁵⁰ BERG, Creuza. *Mecanismos do silêncio: expressões artísticas e censura no regime militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019, p. 41.

³⁵¹ BERG, Creuza. *Mecanismos do silêncio: expressões artísticas e censura no regime militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019, p. 71.

³⁵² GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016, p. 81.

³⁵³ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 15.

Outro exemplo é, justamente, do Serviço de Censura e Diversões Públicas, no qual centrava-se a censura da arte no regime de 1964, como será visto na seção seguinte. O SCDP, além da presença por si só militar, contava com uma organização militar. “[O] caráter técnico da instituição e a padronização de seus métodos”³⁵⁴ refletiam o que era ensinado na ESG, para a implantação da segurança e do desenvolvimento nacional. Qualquer que fosse a tática de censura da arte operada, ela se dava “segundo critérios do planejamento militar para a ‘segurança interna’”³⁵⁵.

O ponto é que havia, para a censura, um aparato estruturado e militarmente organizado, com influências dos estudos da ESG e como forma de aplicação da DSN. Em outras palavras, nesse cenário autoritário, a censura “não se dá de forma aleatória, mas surge de um estudo, de uma sistematização dos métodos a serem empregados e de uma doutrina: a doutrina da Escola Superior de Guerra (ESG) que tem como eixo central a segurança nacional”³⁵⁶. Assim, “[o]s princípios que fundamentaram a posição do regime foram materializados em diplomas normativos que estabelecerem critérios para o controle político e moral das artes e das comunicações no país”³⁵⁷.

Tanto o é que Coriolano de Loiola Fagundes, ex-censor estatal já citado no primeiro capítulo, escreveu o livro “Censura e liberdade de expressão”, que levanta toda a estrutura censória das diversões públicas – e, em consequência, das artes – no país e como havia certa organização e uma série de atos normativos que eram utilizados. Havia uma “preocupação quase obsessiva da ditadura em justificar suas práticas em algum lastro de legalidade”³⁵⁸. Loiola Fagundes, inclusive, menciona que a segurança nacional era um dos critérios no exame censório.

³⁵⁴ BERG, Creuza. *Mecanismos do silêncio: expressões artísticas e censura no regime militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019, p. 75.

³⁵⁵ BERG, Creuza. *Mecanismos do silêncio: expressões artísticas e censura no regime militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019, p. 77.

³⁵⁶ BERG, Creuza. *Mecanismos do silêncio: expressões artísticas e censura no regime militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019, p. 101.

³⁵⁷ QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 181.

³⁵⁸ QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 183.

A segurança nacional, nesse caso, era uma forma de “escamotear o arbítrio por trás da aparência de normalidade das instituições jurídicas”³⁵⁹⁻³⁶⁰. Assim, para Loiola, “toda e qualquer mensagem deturpada, facciosa ou fomentadora de conflitos geradores de pressões, quer internas como externas, que representam obstrução na persecução dos objetivos nacionais permanentes deve[ria] ser eliminada dos meios de comunicação”³⁶¹.

Pós-golpe de 1964, a polícia das artes, portanto, se embasou na doutrina de segurança nacional. Daí a importância de sua recuperação para os fins deste trabalho. Sua lógica autoritária pautava a ideologia por trás dos órgãos e atores censórios. O pano de fundo da censura da arte era marcado por uma retórica de restrição de direitos em nome da segurança e do desenvolvimento nacionais. E essa restrição, especificamente quanto à liberdade artística, se dava pela via do poder de polícia, que contava com um órgão específico: o Serviço de Censura e Diversões Públicas.

2.1.2. Da Censura às Diversões Públicas: o Interesse Público entre a Moral e a Política

O cenário da operação da censura no regime iniciado em 1964 teve, como visto, protagonismo da doutrina de segurança nacional. Essa ideologia estabeleceu relações próximas com o poder de polícia e, ainda, serviu de retórica para a repressão da arte. A partir desse ponto, passa-se a tratar do principal órgão que operou a censura da arte no regime militar através de seu poder de polícia. O objetivo, aqui, é e compreender um pouco das heranças autoritárias que, inevitavelmente, acabam por contaminar a concretização da liberdade artística na atualidade – a partir dos critérios políticos e morais que vão servir para o sopesamento desse direito.

Duas observações prévias são necessárias. Primeiro, poder-se-ia, é claro, recorrer a um tratamento da censura bem antes do regime militar que antecedeu a Constituição de 1988 – como foi levantado, embora brevemente, na introdução deste capítulo. Seria, inclusive, razoável supor que o passado não pode ser recortado e que as

³⁵⁹ QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 184.

³⁶⁰ Sobre como o regime militar no Brasil tinha uma grande preocupação com a aparência de legalidade, v. PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Tradução Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Terra e Paz, 2010, p. 36 e ss.

³⁶¹ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975, p. 137.

heranças nem sempre derivam de um só momento histórico, mas de uma construção que possui continuidades e descontinuidades difíceis de perceber.

No entanto, para fins deste trabalho, optou-se pelo foco no momento autoritário posterior ao golpe de 1964. Primeiro, porque a ausência de recorte tornaria esse trabalho excessivamente longo. Segundo, porque a tentativa aqui empreendida é voltada para a busca de algumas heranças mais próximas que possam contaminar a atuação estatal no que tange à concretização da liberdade artística no contexto atual. Com o avanço de agendas conservadoras e autoritárias, buscar-se-á, mais adiante, consolidar o quê da censura foi herdado e como se opera na atualidade.

Uma segunda observação prévia é de que é preciso lembrar que o conceito de censura tem difícil consolidação e os Estados e a sociedade se utilizaram dela de diferentes formas. No entanto, partiremos da concepção de censura estatal da arte, já anunciada no Capítulo 1, daquela que denota ações faticamente arbitrárias de restrição da arte, que se dão através de procedimentos que contêm um verniz de legalidade e, assim, incidem sobre a liberdade artística. Uma vez que essas ações buscam impor restrições à arte, elas interferem de diversas formas sobre o direito à liberdade de expressão artística, tanto ultrapassando o viés negativo da atuação estatal, ou seja, impondo restrições a ele, como desconstruindo o viés positivo, isto é, desmontando os instrumentos do Estado que deveriam fomentar as artes.

Ressalta-se, ainda, que o enfoque do trabalho é a operação da censura estatal da arte por um dos Poderes de Estado, como também já delimitado no Capítulo 1. Ou seja, partiremos de uma análise da censura operada pela Administração Pública. Isso, por óbvio, não exclui outras formas de censura que eram perpetradas durante o regime militar – nem que se operam, inclusive, na atualidade – mas tão somente diz respeito ao recorte da presente dissertação. Feitas essas observações, trataremos da estrutura administrativa censória no período que antecedeu a redemocratização, focando no Serviço de Censura e Diversões Públicas, que possuía atuação voltada para a repressão da arte e, portanto, fundamentalmente ligado à liberdade artística.

Em geral, a estrutura de repressão da liberdade de expressão, tida de maneira ampla, envolvia a atuação de diversos órgãos – alguns voltados ao cerceamento da liberdade de informação, outros da liberdade de imprensa, ou da liberdade de

manifestação política. Laura Mattos classifica em três principais frentes repressivas das expressões³⁶², que atuavam a partir de atos e procedimentos de censura.

Em primeiro lugar, havia o Serviço Nacional de Informação (SNI), ligado ao Palácio do Planalto. O SNI foi criado em 1964 pela Lei 4.341, que buscou centralizar no Executivo a coordenação e, conseqüentemente, o controle das informações, que tivessem pertinência à segurança nacional. A sua atuação, conjunta com o Conselho de Segurança Nacional (CSN), era voltada para “reprimir as organizações de esquerda, despolitizar universidades, perseguir dissidentes e coibir a produção cultural”³⁶³.

Em segundo lugar, nas Forças Armadas, “funcionavam os temidos órgãos que combinavam vigilância e repressão: o CIE (Centro de Informações do Exército), o Cisa (Centro de Informações da Aeronáutica) e o Cenimar (Centro de Informações da Marinha)”³⁶⁴. Estes, possuíam o apoio dos Departamentos de Ordem Política e Social (Dops) nos Estados.

Em terceiro lugar, por fim, ligado ao Ministério da Justiça, estava o Departamento de Censura e Diversões Públicas (DCDP)³⁶⁵. Na seara da liberdade artística, especificamente, a estrutura estatal repressora era centrada nesse Departamento (DCDP). Apesar disso, havia interseções de atuação em relação aos órgãos citados, já que a liberdade artística, por si só, é ampla e envolve diversas expressões comunicacionais, por exemplo, podendo estar associada à atividade da imprensa ou de organizações políticas ou grupos universitários. Nesse sentido, Marcos Napolitano destaca, em seus estudos sobre a censura cultural e da arte, que “[f]ormalmente, [ela] [...] estava a cargo do Departamento de Censura e Diversões Públicas do Departamento de Polícia Federal, órgão ligado ao Ministério da Justiça”³⁶⁶, vinculado ao Executivo Federal, e, na prática, havia a influência de outros órgãos e atores do regime militar.

³⁶² MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 14-16.

³⁶³ CARVALHO, Julia. *Amordaçados: uma história da censura e de seus personagens*. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 38.

³⁶⁴ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 15.

³⁶⁵ Divisão de Censura e Diversões Públicas, Serviço de Censura e Diversões Públicas e Departamento de Censura e Divisões Públicas são nomenclaturas diversas, utilizadas na literatura sobre o tema, mas que designam o mesmo órgão, em tempos distintos. Sobre a mudança no nome do órgão, v. QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 177.

³⁶⁶ NAPOLITANO, Marcos. *Cultura brasileira: utopia e massificação (1950-1980)*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2020 (Repensando a História), p. 100.

Ao fazer uma análise sobre o aparato estatal da censura no Brasil, de modo mais amplo, Laura Mattos ressalta que “[q]uando se deu o golpe de 1964, a ditadura militar nem precisou inventar leis censoras, apenas ajustar as já existentes à nova conjuntura, investindo esforços em concentrar o controle em Brasília”³⁶⁷ e foi, exatamente, o caso do Serviço de Censura e Diversões Públicas. O Serviço era anterior ao período militar, e buscou centralizar³⁶⁸ o aparelho da censura da arte no – embora houvesse, em paralelo, os demais órgãos.

O Decreto 20.493 de 1946, que regulamentou o SCDP, “justificaria a maior parte dos pareceres dos censores por mais de quatro décadas”³⁶⁹. A regulamentação dava ao órgão a competência para a censura prévia e a conferência de autorização das manifestações artísticas, abrangendo diversos setores culturais, como o teatro, o cinema, a fotografia, a música, a rádio e a televisão³⁷⁰. Assinado por José Linhares, logo após a deposição de Vargas, “cairia como uma luva para o regime autoritário de 1964 e sobreviveria mesmo após a deposição dos militares, sendo revogado somente na Constituição de 1988”³⁷¹.

³⁶⁷ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 69.

³⁶⁸ QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 182.

³⁶⁹ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 70.

³⁷⁰ Conforme o art. 4º, do decreto 20.493/46 dispunha: “Art. 4º. Ao Serviço de Censura de Diversões Públicas compete censurar previamente e autorizar:

- I - as projeções cinematográficas;
- II - as representações de peças teatrais;
- III - as representações de variedade de qualquer espécie;
- IV - as execuções de pantomimas e bailados;
- V - as execuções de peças declamatórias;
- VI - as execuções de discos cantados e falados, em qualquer casa de diversão pública, ou em local frequentado pelo público, gratuitamente ou mediante pagamento;
- VII - as exposições de espécimes teratológicos;
- VIII - as apresentações de prêmios, grupos, cordões, ranchos, etc. e estandarte es carnavalescos;
- XIX - as propagandas e anúncios de qualquer natureza quando feitos em carros alegóricos ou de feição carnavalesca, ou, ainda, quando realizados por propagandistas em trajes característicos ou fora do comum;
- X - a publicação de anúncios na imprensa ou em programas e a exibição de cartazes e fotografias, quando se referirem tais anúncios, cartazes e fotografias aos assuntos consignados nos números anteriores deste artigo;
- XI - as peças teatrais, novelas e congêneres emitidas por meio de rádio;
- XII - as exposições de televisão;”. BRASIL. Decreto 20.493/46. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20493.htm.

³⁷¹ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 70.

Conforme entendimento de Carlos Fico, já tratado anteriormente, a censura que se operava por via do DCDP era pautada em dois critérios centrais: primeiro, majoritariamente, era baseada na moral e nos bons costumes e, progressivamente, tendeu a se tornar mais política. Em sua análise, havia uma “tradicional clivagem, de perfil ético e moral – que inspira a censura brasileira desde sempre até hoje –, mas [a censura] passou a servir aos interesses políticos”³⁷² gradativamente. Da análise dos processos do DCDP, o autor destaca, então, a presença dessa clivagem ética-moral, voltada para os bons costumes, de um lado, e para a política, pode-se afirmar, ligada ao interesse público, de outro.

Renan Quinalha também observa essa distinção, mas destaca que “a despeito dessas particularidades, toda censura tem uma dimensão política inegável”³⁷³. Diante disso, Quinalha, em seus estudos sobre a censura moral, estabelece um esforço no sentido “não de dissociar política e moral, mas, antes, de analisar os modos de politização da moralidade e dos costumes verificando como eles transitaram entre ambas as instâncias censórias no projeto global de controle imposto pelo regime autoritário”³⁷⁴. Ainda assim, concorda que “[a] despeito de intimamente implicadas, trata-se de esferas da vida que guardam relativa autonomia entre si, estruturadas com códigos e funções próprios”³⁷⁵.

De todo modo, o Regulamento do Serviço de Censura, dado pelo Decreto 20.493 estabelecia, em seu artigo 41, oito parâmetros para a negativa de autorização de representações e exposições ligadas às artes. Ficavam vedadas as diversas formas de manifestação artística, através de pareceres dos censores, se (a) ofendessem o decoro público; (b) contivessem cenas de ferocidade ou sugerissem prática de crimes; (c) divulgassem ou induzissem aos maus costumes; (d) incitassem contra o regime militar, a ordem pública, as autoridades constituídas; (e) prejudicassem a cordialidade das relações; (f) ofendessem a coletividade ou às religiões; (g) ferissem a dignidade e o

³⁷² FICO, Carlos. Censura, ditadura e utopia autoritária. In: *Seminários sobre a censura: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP)*. Cristina Costa (org.). 1 ed, São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012, p. 71.

³⁷³ QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 178.

³⁷⁴ QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 179.

³⁷⁵ QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 178.

interesse nacionais; (h) induzissem ao desprestígio das forças armadas. De modo geral, portanto, a justificativa da censura era, de fato, ligada à valoração de um interesse público ou nacional feito pelo censor, de um lado, e da moral e dos bons costumes, de outro.

Além disso, como destaca Renan Quinalha, “o controle voltado a espetáculos e diversões públicas era exercido a partir de um marco normativo claro que concentrava esses poderes nas mãos de um órgão bem definido na administração pública”³⁷⁶. É necessário observar que o DCDP era um órgão ligado ao Ministério da Justiça, ou seja, ao Poder Executivo. Sua atuação, embora pudesse envolver outras funções da Administração Pública, era predominantemente decorrente do poder de polícia. Isso porque, a atividade da censura, tal qual do poder de polícia, se relaciona com a conformação das liberdades individuais ao interesse coletivo³⁷⁷. Ou, em outras palavras, designa “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”³⁷⁸.

Em geral, as atividades ligadas às artes, conforme a regulação do Decreto 20.493, dependiam do instrumento da autorização, através do qual, baseados nos critérios de interesse público, se dava o aval ou não para a veiculação de determinada manifestação artística. Aqui, portanto, havia uma ordem de polícia em jogo: um ato administrativo de poder de polícia que “tem caráter constitutivo da obrigação (de fazer, não fazer ou suportar) imposta a sujeitos ou bens determinados [...], ou a uma pluralidade indeterminada de destinatários”³⁷⁹.

Através desses atos, era possível impor a censura, de uma forma relativamente centralizada, uma vez que predominantemente concentrada na atuação do Serviço de Censura e Diversões Públicas. Os militares “concentraram o controle em Brasília a fim de estruturar o que seria o tripé de sustentação do poder: vigilância, repressão policial e censura”³⁸⁰. O órgão se utilizava do interesse público e dos bons costumes, dois valores

³⁷⁶ QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 177.

³⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 385.

³⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 323.

³⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 91.

³⁸⁰ MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling), p. 15.

que, como se verá na seção seguinte, justificarão a censura na redemocratização, a partir de uma reformulação da polícia das artes.

Pode-se argumentar que, em contraponto à estrutura voltada à censura, simultaneamente, o regime militar destinou esforços de incentivo à produção cultural, em certa medida. Por exemplo, foram criadas a Embrafilme, em 1969, o Concine, em 1975; a primeira voltada para a distribuição de filmes no país e a segunda para a normatização e fiscalização do mercado do cinema, criando leis de incentivo³⁸¹. No entanto, Napolitano destaca três importantes ressalvas. Em primeiro lugar, o apoio direto à cultura somente despontou quando a censura se tornou mais branda, a partir de 1975³⁸². Em segundo lugar, a cultura “era um meio de integração nacional”³⁸³ e funcionava, de alguma forma, como reforço ao nacionalismo, que era pauta do regime, a partir de uma lógica de cooptação e não necessariamente da liberdade. Em terceiro lugar, por fim, não se pode desconsiderar que “havia uma contradição entre os diversos órgãos e agências do governo”³⁸⁴: os órgãos culturais, eventualmente chefiados por pessoas ligadas às artes, buscavam encontrar brechas para sua operação, enquanto a Censura operava repressivamente.

Toda essa estrutura repressiva tinha como cenário ou, melhor, como fator determinante, a doutrina da segurança nacional. A justificação da doutrina a partir da supremacia do interesse público abria margens para a supressão da atividade artística por via do policiamento das artes exercido pelos órgãos da Administração Pública autoritária. O direito à liberdade artística, em vez de receber proteção *prima facie* ou mesmo passar pelo processo de ponderação, era, em regra, restringido.

Além disso, havia uma noção, pautada no poder de polícia, de um lado, e nos interesses coletivos, de outro, de que poderia permanecer um controle da moralidade pública. Como estabelece José Cretella Júnior, a polícia dos costumes era uma espécie da polícia administrativa geral, que:

[N]ão interessa regular o interior das pessoas, nem moralizar quem quer que seja. Quando, porém, o ato humano se exterioriza, e, pelos característicos de que se reveste, ofende o sentimento ético geral, coletivo, cabe a imediata intervenção policial para que o vício não

³⁸¹ NAPOLITANO, Marcos. *Cultura brasileira: utopia e massificação (1950-1980)*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2020 (Repensando a História), p. 102.

³⁸² NAPOLITANO, Marcos. *Cultura brasileira: utopia e massificação (1950-1980)*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2020 (Repensando a História), p. 102.

³⁸³ NAPOLITANO, Marcos. *Cultura brasileira: utopia e massificação (1950-1980)*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2020 (Repensando a História), p. 103.

³⁸⁴ NAPOLITANO, Marcos. *Cultura brasileira: utopia e massificação (1950-1980)*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2020 (Repensando a História), p. 103.

enfraqueça, nem física, nem espiritualmente, o corpo social, desequilibrando através de sua atuação insólita o sentimento público dominante.³⁸⁵

Se, por um lado, havia uma doutrina de segurança nacional, que colocava o interesse coletivo em um pedestal, para a garantia, justamente, da segurança, por outro, havia um instrumento que podia efetivar essa lógica: o poder de polícia dos costumes. Esse, ainda recuperando a visão de Cretella Júnior, fundamenta a intervenção na seara das diversões públicas. “Além do aspecto da moralidade, sem dúvida de importância indiscutível, a ação da polícia dirige-se para a higiene, segurança, ordem pública [...]”³⁸⁶. De um lado, cuidava-se da censura moral; de outro, da política.

O ponto é que, embora houvesse diversos órgãos, no período militar, voltados à repressão da liberdade de expressão, de maneira ampla, a censura das artes centrava-se no Serviço de Censura e Diversões Públicas. As diversas manifestações artísticas estavam sujeitas ao crivo estatal e, sendo assim, a uma polícia das artes – ou, nos termos da época, dos costumes –, exercida por via do Executivo, que se utilizava de valores relacionados aos bons costumes e ao interesse público a fim de perpetrar censuras morais e políticas. Como ressalta Sérgio Mattos, o Serviço “chegou a ter 250 censores responsáveis pelos cortes em jornais, revistas, livros, canções, filmes e programas de televisão”³⁸⁷.

Nas palavras de Napolitano, “[o] regime militar brasileiro passou para a história como um regime que cerceou e controlou a expressão artística e cultural”³⁸⁸. E as justificativas políticas e morais, utilizadas naquele momento para reduzir ao mínimo e liberdade artística, vão ser resgatas, como se verá adiante, no cenário atual de retrocesso democrático. O verniz de legalidade da censura, que será a supremacia do interesse público que pauta a atividade de polícia administrativa, abrirá margens para a restrição política e moral da liberdade artística.

³⁸⁵ CRETELLA Júnior. José. *Tratado de direito administrativo*, v. 5: poder de polícia e política. 2 ed., atual., ampl. e revista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 234.

³⁸⁶ CRETELLA Júnior. José. *Tratado de direito administrativo*, v. 5: poder de polícia e política. 2 ed., atual., ampl. e revista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 235.

³⁸⁷ MATTOS, Sérgio. O jornalismo brasileiro continua sob censura. In: *Seminários sobre a censura: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP)*. Cristina Costa (org.). 1 ed, São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012, p. 107.

³⁸⁸ NAPOLITANO, Marcos. *Cultura brasileira: utopia e massificação (1950-1980)*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2020 (Repensando a História), p. 100.

2.2. Entre o Poder de Polícia, a Supremacia do Interesse Público e o Fomento: o Verniz de Legalidade da Censura da Arte

Talvez a mais séria objeção dogmática ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seja a de que ele não é compatível com o princípio da proporcionalidade, que constitui importantíssimo parâmetro para aferição da constitucionalidade dos direitos fundamentais.³⁸⁹

No tópico anterior, buscamos consolidar a herança da operação da censura, de um lado de uma doutrina de segurança nacional que abriu margem para a atuação do poder de polícia fundamentado em um interesse público – antes, nacional – aberto e ambíguo e, de outro, de um aparelho estatal censor que combinava justificativas políticas e morais para cerceamento da liberdade artística. Assim, passa-se ao ponto seguinte deste capítulo, que trata, especificamente, do poder de polícia e da supremacia do interesse público como pontos fundamentais nas restrições à liberdade artística, uma vez que traduzem, respectivamente, seu ator e seu fundamento. Em seguida, trataremos do “local” precípua de sua atuação na atualidade: a atividade de fomento.

Consideramos, portanto, como desenvolvido no Capítulo 1, que a censura estatal da arte denota ações faticamente arbitrárias de restrição da arte, que se dão através de procedimentos que contêm um verniz de legalidade e atuam, assim, contra a concretização da liberdade artística. A fim de dar continuidade ao estudo, o objeto dessa seção é justamente esse verniz de legalidade dado aos atos estatais de restrição da liberdade artística. Como veremos, o poder de polícia atua, eventualmente, estabelecendo restrições a esse direito – o que chamamos de polícia das artes. Defenderemos que esses casos de restrição se utilizam do fundamento da supremacia do interesse público como sua veste de legalidade e que atuam, principalmente, de maneira sub-reptícia na atividade administrativa de fomento, ligada à dimensão positiva da liberdade artística.

Nesse sentido, a presente seção tem tripla função no caminho percorrido na dissertação. De um lado, tratar da função administrativa que se relaciona às restrições aos direitos fundamentais, de forma ampla, e à liberdade artística, de forma específica. Nesse ponto, daremos especial atenção às ordens de polícia que, como será visto, são o principal instrumento que serve à Administração Pública para a imposição de censura da arte. De outro lado, nos voltaremos ao fundamento do poder de polícia, ou seja, à

³⁸⁹ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 132.

supremacia do interesse público. O intuito é apresentar seu conceito e suas críticas, a fim de se apropriar delas, e demonstrar como sua utilização contra o direito fundamental à liberdade artística confere o verniz de legalidade à censura da arte. Por fim, trataremos do “local” no qual as ordens de polícia vêm sendo frequentemente utilizadas: a atividade de fomento à liberdade artística, ligada a uma dimensão positiva de atuação estatal para promoção desse direito, que é desconfigurada pela censura.

2.2.1. O Poder de Polícia e as Restrições à Liberdade Artística

A fim de se voltar à hipótese da presente dissertação acerca da manutenção do exercício de polícia das artes pela Administração Pública, diante de um fundamento aberto do interesse público e das heranças autoritárias da censura artística, a presente seção se centrará em trazer um panorama sobre o poder de polícia, alguns de seus instrumentos e a sua relação com a liberdade artística. Isso porque, como visto, a atividade administrativa teve, ao longo da história brasileira, papel central no cerceamento da liberdade artística. E esse cerceamento, operado de forma arbitrária, passou a se utilizar, na atualidade, da supremacia do interesse público como seu verniz de legalidade.

A Administração Pública é ampla, comporta vários órgãos e agentes, que atuam em áreas, que, eventualmente, confundem as funções administrativas. Nesta seção, por mais que haja uma dificuldade inerente de delimitação das atividades de polícia³⁹⁰, faremos um panorama sobre as definições dadas na literatura brasileira de poder de polícia e seus principais contornos. Além disso, será tratado como essa atividade se relaciona com alguns mecanismos que envolvem a liberdade artística e sua concretização.

A priori, é preciso esclarecer que a literatura brasileira sobre o poder de polícia e a preocupação com o perfazimento do interesse público bebem da fonte de uma noção restrita do poder de polícia³⁹¹. É o caso da concepção de Otto Mayer, que se baseia em um pressuposto moral, derivado da convivência em sociedade, de não perturbação da

³⁹⁰ GOMES, Estêvão. *Poder de polícia do direito administrativo contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 9.

³⁹¹ GOMES, Estêvão. *Poder de polícia do direito administrativo contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 20.

ordem pública³⁹². Na visão de Mayer, “a polícia é a atividade do Estado, com o fim de defender, por meio do poder de autoridade, a boa ordem da coisa pública, contra as perturbações que as existências individuais podem acarretar”³⁹³. Daí que, numa interpretação dessa visão, Estêvão Gomes organizou os três limites ao poder de polícia: a vida privada dos indivíduos, as perturbações necessárias e o dever de proporcionalidade³⁹⁴.

Feito esse parêntesis, o poder de polícia, em regra, na literatura tradicional sobre o tema, designa um ramo do Direito Administrativo que se relaciona à conformação das liberdades individuais ao interesse coletivo – ou público. Maria Sylvia Di Pietro destaca que o conceito moderno de poder de polícia “é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”³⁹⁵. Como será destacado adiante, no que cabe a essa dissertação, essa atividade se relaciona com a conformação da liberdade artística ao interesse público. Mais do que isso, ela possibilita que haja ordens de polícia para restrições excessivas à liberdade artística, pautadas em justificativas políticas e morais.

Como veremos na seção seguinte, a supremacia do interesse público é tida como fundamento central dessa atividade da Burocracia e atua como o verniz de legalidade do qual se utiliza as ações arbitrárias de censura administrativa. De todo modo, o ponto é que a atividade de polícia se perfaz quando a Administração Pública “regulamenta as leis e controla a sua aplicação preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas)”³⁹⁶. Portanto, diversos instrumentos podem ser utilizados pelo Estado para essa atividade, inclusive, quando ela impõe cerceamento a direitos fundamentais.

Conforme menciona José dos Santos Carvalho Filho, em linhas gerais, esse campo se refere “às limitações que a Administração pode instituir sobre os direitos”³⁹⁷.

³⁹² GOMES, Estêvão. *Poder de polícia do direito administrativo contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 20.

³⁹³ Na tradução francesa: “l’activité de l’État en vue de défendre, par les moyens de la puissance d’autorité, le bon ordre de la chose publique contre les troubles que les existences individuelles peuvent y apporter”, v. MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Tome deuxième: partie spéciale. Édition Française par l’auteur. Paris: Giard & E. Brière Libraires Éditeurs, 1904, p. 6.

³⁹⁴ GOMES, Estêvão. *Poder de polícia do direito administrativo contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 20-21.

³⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 323.

³⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 324.

³⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35 ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021, p. 83.

O autor faz uma divisão da atuação da Administração no exercício da atividade de polícia. Em sua concepção, pode haver (i) atos normativos, de conteúdo genérico e abstrato, que consolidam restrições por via de “decretos, regulamentos, portarias, resoluções, instruções e outros de idêntico conteúdo”³⁹⁸ e, também, (ii) atos concretos “preordenados a determinados indivíduos plenamente identificados, como são, por exemplo, os veiculados por atos sancionatórios, como a multa, e por atos de consentimento, como as licenças e autorizações”³⁹⁹.

De modo diverso, há uma literatura mais contemporânea que busca aproximar a atividade de polícia da Administração da promoção dos direitos fundamentais. Nessa linha, estão Carlos Ari Sunfeld, Marçal Justen Filho e Gustavo Binenbojm. Há, de certa forma, um diálogo maior com as críticas, que serão tratadas na seção seguinte, ao fundamento do poder de polícia, qual seja, a supremacia do interesse público e sua incompatibilidade com a efetivação de direitos. Como destaca Binenbojm, essa literatura parte da indagação sobre uma valorização demasiada do interesse público em detrimento dos direitos fundamentais. Buscam entender, portanto, “quanto tal concepção sobre o poder de polícia, de timbre marcadamente autoritário, ainda persiste de maneira inercial em nossa literatura jurídica [...] e numa espécie de inconsciente coletivo de nossos gestores públicos”⁴⁰⁰.

Nesse sentido, Sunfeld estabelece uma crítica à nomenclatura de “poder de polícia”, por conta de sua carga autoritária⁴⁰¹. Ele propõe a utilização da referência à “Administração ordenadora” como “a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhe é próprio”⁴⁰². Em síntese, Sunfeld coloca quatro critérios definidores da administração ordenadora: “a)

³⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35 ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021, p. 91

³⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35 ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021, p. 91-92.

⁴⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 25.

⁴⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editoras, 4, 1973, p. 11

⁴⁰² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editoras, 4, 1973, p. 20.

trata-se de exercício de função administrativa; b) voltado à organização da vida privada; c) dentro de relação genérica; d) com a utilização de poder de autoridade”⁴⁰³.

Marçal Justen Filho segue a mesma linha de críticas à nomenclatura⁴⁰⁴. Propõe, então, uma concepção mais voltada aos direitos fundamentais, revertendo, por exemplo, o que propunha Di Pietro. O autor observa que “[a] satisfação dos direitos fundamentais compreende uma atuação conformadora da autonomia privada”⁴⁰⁵, o que levou a uma competência administrativa, justamente, para conformar a propriedade aos direitos fundamentais e à democracia – e não ao contrário. Tal competência, que deve estar dentro dos parâmetros da legalidade e da proporcionalidade, é denominada “poder de polícia”.

Voltando à uma conceituação de ordenação e não de poder de polícia, Gustavo Binbenbojm dá uma definição mais ampla do âmbito dessas atividades, que também se volta à aplicação dos direitos fundamentais. Nas suas palavras, ele engloba a:

[O]rdenação social e econômica que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via de deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição⁴⁰⁶.

Binbenbojm menciona que essa atividade de ordenação se perfaz por uma sucessão encadeada de atos para consecução de determinados fins. Portanto, o ciclo de polícia se dá através da (i) disciplina normativa e ordem de polícia, (ii) consentimento administrativo, (iii) fiscalização e (iv) sanção⁴⁰⁷. Embora haja uma certa estruturação do poder de polícia por via dessas etapas, o autor destaca que elas podem “nem sempre [estar] presentes em todo e qualquer caso”⁴⁰⁸. Duas delas tem maior relevância para o objeto deste trabalho: a ordem de polícia e o consentimento administrativo.

⁴⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editoras, 4, 1973, p. 20.

⁴⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 386-387.

⁴⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 385.

⁴⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 81.

⁴⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 81 e ss.

⁴⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 81.

Quanto aos atos de consentimento, derivados do poder de polícia, é relevante mencionar que eles “representam a resposta positiva da Administração Pública aos pedidos formulados por indivíduos interessados em exercer determinada atividade, que dependa do referido consentimento para ser considerada legítima”⁴⁰⁹, como destaca José dos Santos Carvalho Filho. É o caso, por exemplo, quando um órgão público autoriza, por via do consentimento, que suas instalações sejam utilizadas para uma mostra artística.

Por outro lado, há o que Binjenbojm chama de “ordem de polícia”. Quando da sua ocorrência, o autor denomina haver um “efeito [que] será constitutivo da obrigação imposta ao particular”⁴¹⁰. É relevante ressaltar: “[a] ordem de polícia [...] tem caráter constitutivo da obrigação (de fazer, não fazer ou suportar) imposta a sujeitos ou bens determinados [...] ou a uma pluralidade indeterminada de destinatários”⁴¹¹, ou seja, não há fiscalização repressiva, mas sim uma obrigação nova, derivada de lei ou ato normativo administrativo. O exemplo, seguindo o anterior, seria da Administração que desautoriza, através da ordem de polícia, a utilização de sua estrutura para as manifestações artísticas.

Nesses aspectos, de consentimento e ordem de polícia, se perfaz uma das relações que a Administração Pública, por via do poder de polícia, pode estabelecer com a liberdade artística. Isso porque a expressão artística depende de instrumentos e ações estatais para a sua concretização⁴¹², havendo necessidade tanto de uma atuação negativa do Estado, em termos de ausência de censura e restrições; como de uma atuação positiva, através da promoção da livre expressão⁴¹³, por meio de atividades de regulação e fomento. De um lado, há o impedimento de atuações arbitrárias do Poder Público, de outro, uma função prestacional que busca sanar demandas quanto aos direitos⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35 ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021, p. 92.

⁴¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 91.

⁴¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 91.

⁴¹² SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 47.

⁴¹³ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binjenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro, Renovar, 2015, p. 30.

⁴¹⁴ VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional da Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 58. No mesmo sentido, acerca dos direitos fundamentais, de modo geral, v.

Embora a atividade da Administração Pública coincida com a concretização da liberdade artística em diversos pontos – por exemplo, idealmente, nos mecanismos de fomento operados através da Agência Nacional de Cinema –, o foco aqui é como atos administrativos de poder de Polícia podem ir em contrariedade à necessária atuação, negativa ou positiva, do Estado. Ou seja, o Estado, eventualmente, através de ordens de polícia, deixa de se abster de tomar medidas de censura e restrições de manifestações artísticas – mesmo quando a manifestação, ocasionalmente, é antes promovida pelo próprio Estado, por via do consentimento.

Apesar, então, de haver uma dificuldade de consolidação de todos os meios de censura da arte, um deles age no interior da Administração Pública. O mecanismo se refere aos atos administrativos do Poder Executivo, derivados de um poder de polícia das artes, que implicam em restrições parciais ou mesmo totais de manifestações artísticas, suprimindo, portanto, a liberdade artística. Em geral, o instrumento utilizado pela censura é a ordem de polícia, por meios formais variados⁴¹⁵ (ordens, notificações, vetos), que sucede um anterior consentimento (ou não) e, na atualidade, desestrutura a dimensão estatal de promoção da liberdade artística – como se verá, posteriormente, no estudo de casos proposto no Capítulo 3.

O que ocorre na prática é que agentes públicos da Burocracia, através desses instrumentos de polícia, aplicam vedações em relações às manifestações e ações artísticas, por exemplo, de utilização de instituições públicas, como é o caso de Museus e Centros Culturais, para mostras ou eventos ligados às artes. Além disso se utilizam dessa função para frear as atividades de fomento das artes. O que chamamos, portanto, de polícia das artes pode ser conceituado como a atividade de ordenação praticada pela Administração Pública, que se utiliza das ordens de polícia, para produzir restrições excessivas ao direito à liberdade artística através de justificativas que encontram abertura no fundamento da atividade de polícia: a supremacia do interesse público.

Sendo assim, quando medidas são tomadas por agentes burocráticos no sentido de suprimir o direito à liberdade artística em prol de um interesse público amplo, há a utilização de um meio de censura estatal da arte. Nesses casos, como será visto no capítulo seguinte, os atos em questão acabam por (i) contrariar frontalmente o âmbito de

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 115.

⁴¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 324.

proteção da liberdade artística⁴¹⁶; (ii) ultrapassar o parâmetro da proporcionalidade⁴¹⁷ e (ii) reduzir a manifestação artística a um mínimo que a impossibilita⁴¹⁸, se adaptarmos os limites propostos por Binenbojm à atividade de polícia.

Persiste, portanto, o policiamento das artes no Brasil. Daí a necessidade, como se verá no Capítulo 3, de estabelecer com concretude não só qual o âmbito de proteção desse direito, mas, mais ainda, de definir critérios objetivos para a aplicação das restrições para a Administração, em caso de conflitos com o interesse público. Para além de um exercício, sempre necessário, de ponderação, é fundamental, voltar-se-á um estabelecimento de parâmetros específicos para a imposição de restrições à liberdade artística, a fim de conformar o poder de polícia com a promoção e concretização dos direitos fundamentais. Mas, antes disso, passaremos, primeiro, ao fundamento do poder de polícia ligado à supremacia do interesse público, que contribui no sopesamento da liberdade artística.

Estabelecido um tratamento geral do poder de polícia e seus vieses, bem como sua relação com a concretização da liberdade artística, na seção seguinte, buscaremos tratar do fundamento do Poder de polícia, qual seja, o interesse público e suas principais críticas. A ideia é demonstrar como esse fundamento abre margem para que possam ser infringidas censuras à arte, a partir da estrutura administrativa brasileira. Há ações que se revestem da ideia de cumprimento de um interesse público supremo, mas, na prática, servem à restrição de direitos fundamentais, sem qualquer recurso à legalidade ou à ponderação.

2.2.2. A Supremacia do Interesse Público: Entre o Poder de Polícia e o Cerceamento de Direitos Fundamentais

Considerando a relação entre o poder de polícia e a efetivação e promoção da liberdade artística, através de mecanismos de atuação da Administração Pública nessa

⁴¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 117.

⁴¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119.

⁴¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 122.

seara, passaremos a analisar o fundamento primeiro dessa atividade: a supremacia do interesse público. Essa apresentação decorre do fato de que, nos casos de censura da arte, o interesse público é utilizado como margem e, portanto, como o verniz de legalidade, que recobre o cerceamento da liberdade artística.

Nos voltaremos, assim, a algumas das críticas desenvolvidas na literatura ao princípio da supremacia do interesse público, que orientaria a atividade estatal de polícia, justamente, porque elas demonstram uma inadequação entre o referido princípio e os direitos fundamentais. O ponto a que se pretende chegar é que atos de polícia se revestem em censura, na medida em que sua justificativa está vinculada a um interesse público supremo, fundado em raízes autoritárias, que acaba por sopesar direitos fundamentais, como a liberdade artística – e por deixar de lado qualquer atividade vinculada ora à legalidade, ora à ponderação pela Administração.

A priori, é preciso fazer uma observação sobre a vinculação do poder de polícia. Como trata Gustavo Binjenbojm, na tradição administrativista, “o poder de polícia sempre foi definido como um poder intrinsecamente discricionário”⁴¹⁹. No entanto, com a “juridicização da atividade administrativa, a liberdade decisória dos gestores públicos no campo policial deixou de ser uma característica inerente para tornar-se uma opção – ou uma necessidade – da disciplina normativa incidente em cada caso”⁴²⁰.

Nesse sentido, “não há vinculação absoluta nem discricionabilidade plena”⁴²¹ e, então, a juridicidade demanda que os atos de polícia sejam vinculados por regras, por conceitos jurídicos indeterminados e por princípios⁴²². Para os fins deste trabalho, não trataremos um enfoque específico nos graus de vinculação, uma vez que os exemplos tratados no Capítulo 3 se referem a casos que possuem disciplinas normativas diversas. A opção seguida foi, assim, recorrer ao fundamento próprio do poder de polícia, que confere sua legitimidade e o vincula, independentemente do grau, de maneira ampla.

⁴¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92.

⁴²⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92.

⁴²¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 93.

⁴²² BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 93.

Há, portanto, um fundamento do poder de polícia, que, de certa forma, cria um vínculo para essa atividade estatal. A respeito da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, Gustavo Binbenbim menciona que a noção de interesse público é tratada como “uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos, e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social”⁴²³. E, sua relação com o poder de polícia se estabelece, nas palavras de Bandeira de Mello, na medida em que “[o] poder [...] que a Administração exerce ao desempenhar seus encargos de polícia administrativa repousa nesta, assim chamada ‘supremacia geral’”⁴²⁴, que lhe cabe e deriva da lei.

Em sentido semelhante, Maria Sylvania Di Pietro sintetiza que “[o] fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados”⁴²⁵. A autora destaca que, justamente, “[p]or meio dessas atividades [de polícia], o Estado impõe restrições ao exercício de direitos individuais para beneficiar o interesse da coletividade”⁴²⁶.

Di Pietro defende que o direito administrativo não teria perdido características inerentes ao seu exercício de autoridade, havendo uma certa permanência do binômio liberdade/autoridade de suas raízes, em que pese a constante evolução que o permeia⁴²⁷. A defesa do interesse público seria o fim do Estado e “[p]ara esse fim, [o Estado] tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico”⁴²⁸.

⁴²³ BINENBOJIM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 87.

⁴²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 830.

⁴²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 319.

⁴²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo, in *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo* (coord. Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010, p. 95.

⁴²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Existe um Novo Direito Administrativo? in *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo* (coord. Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

⁴²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo* (coord. Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010, p. 97.

Para Di Pietro, além disso, uma vez que “não existe direito individual que possa ser exercido de forma ilimitada”⁴²⁹, a supremacia do interesse público serve, justamente, à imposição de limitações aos direitos com o intuito de evitar prejuízos à coletividade. “Trata-se de restrições, muitas delas previstas na própria Constituição, e que sempre conviveram com os direitos fundamentais”⁴³⁰. Ao seu ver, a supremacia, que deve ser aplicada em consonância com outros princípios que regem a atividade administrativa, em realidade revela uma preocupação com a proteção dos direitos individuais⁴³¹ e não uma circunstância de conflito.

Em posição similar, Fábio Medina Osório também faz uma defesa da supremacia. Ao seu ver, “[d]os princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa”⁴³². Para Osório, trata-se, então, de uma “finalidade indisponível e imperativa da Administração Pública e, por conseguinte, de seus agentes, revelando-se imanente ao sistema [constitucional]”⁴³³. Em sua visão, há uma distinção entre público e privado, que consagra a existência de uma superioridade do primeiro em relação ao segundo e, portanto, justifica a supremacia do interesse público.

No entanto, a ideia de supremacia do interesse público vem sofrendo diversas críticas na literatura de direito público. Serão apresentadas três visões da literatura que questionam a prevalência desse princípio, fundamento da atividade de polícia. A proposta aqui, observa-se, não é especificamente rever os fundamentos da ação estatal, mas apenas constatar que a ausência de fundamentos democráticos mais consistentes para o poder de polícia abre margem para que manifestações artísticas sejam cerceadas, em nome do interesse público. De fato, a sua supremacia precisa ser questionada, como se verá, se se pretende que os direitos e, especialmente, a liberdade artística seja de fato promovida pela Administração Pública.

⁴²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 129.

⁴³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 130.

⁴³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 131.

⁴³² OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 220: 69-107, abr/jun 2000, p. 86.

⁴³³ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 220: 69-107, abr/jun 2000, p. 89.

A primeira visão crítica da supremacia do interesse público é de Daniel Sarmiento, que questiona sua existência⁴³⁴ e propõe uma alternativa para os casos de conflitos entre interesses públicos e direitos fundamentais. Em muitos casos, como elabora Sarmiento, haverá convergência entre eles⁴³⁵. Isso porque, inclusive, deve-se partir da noção de que os direitos fundamentais “cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que devem se irradiar por todo o seu ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes públicos”⁴³⁶. Portanto, em alguma medida, a satisfação dos direitos corresponderá à promoção do interesse público na atividade administrativa.

No entanto, também há casos de conflitos entre interesse público e direitos fundamentais. Nessas hipóteses, na medida em que os direitos não são absolutos, deve haver uma ponderação entre eles e os interesses coletivos⁴³⁷. Em síntese, a limitação desses direitos, para Sarmiento, pode decorrer de três formas, quais sejam “(a) podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; (b) podem estar autorizados pela Constituição, quanto esta prevê a edição de lei restritiva; e (c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional”⁴³⁸.

Sarmiento considera, ainda, que como não há uma definição exata do que é o interesse público, sujeitar os direitos fundamentais sempre a ele, pode causar restrições altamente excessivas e desproporcionais. “Por isso, não seria possível instituir por lei,

⁴³⁴ Sarmiento cita Bandeira de Mello para uma definição do princípio: “Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.” SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 98.

⁴³⁵ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 119.

⁴³⁶ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 119.

⁴³⁷ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 123.

⁴³⁸ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 126.

nem muito menos reconhecer, à falta dela, à existência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais, baseada na supremacia do interesse público”⁴³⁹.

Além disso, o princípio é incompatível com a proporcionalidade, que “busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”⁴⁴⁰. A seu ver, portanto, os direitos fundamentais teriam uma precedência *prima facie*, com um ônus maior para quem defende o interesse público, que, além disso, deve ter como limite a proteção do núcleo essencial desses direitos⁴⁴¹.

A segunda visão crítica da supremacia do interesse público é de Humberto Ávila. Para ele, o princípio tem um uso de forma não harmônica com o bem comum e há cinco problemas centrais derivados de sua utilização. Em primeiro plano, “sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade”⁴⁴². Em segundo, “[e]le não pode ser descrito como um “princípio jurídico constitucional imanente”, mesmo no caso de ser explicado como um princípio abstrato e relativo, pois ele não resulta, *ex contitutione*, da análise sistemática do Direito”⁴⁴³. Em terceiro, há uma indeterminabilidade abstrata: “esse ‘princípio’ possui um conteúdo não só indeterminável, como, caso descrito como princípio geral, inconciliável com os interesses privados”⁴⁴⁴.

Em quarto plano, “[e]lementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)”⁴⁴⁵, o que impossibilita uma indissociabilidade prévia entre interesse público e direitos fundamentais. Por fim, em

⁴³⁹ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 132.

⁴⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 133.

⁴⁴¹ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 136.

⁴⁴² ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 184.

⁴⁴³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 186.

⁴⁴⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 189.

⁴⁴⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 190.

quinto plano, há uma “parcial incompatibilidade com postulados normativos extraídos de normas constitucionais, sobretudo com os postulados normativos de proporcionalidade e da concordância prática, hoje aceitos pela doutrina e jurisprudência brasileiras”⁴⁴⁶.

Com base nessas cinco inconsistências da supremacia do interesse público, Ávila conclui que ele não seria rigorosamente nem um princípio jurídico nem um postulado. De um lado, não seria princípio, porque dele decorreria somente um grau de aplicação. Sendo assim, sua descrição não seria compatível com a de princípio e, se o fosse, não poderia se pautar na relação de supremacia. De outro lado, não se trataria de um postulado na medida em que não poderia ser descrito em contraposição a interesses privados. Seria, na verdade, então, uma regra de prevalência⁴⁴⁷. Daí que “mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição”⁴⁴⁸.

Por fim, a terceira visão crítica da supremacia do interesse público é a proposta por Gustavo Binimbojm. Em suas palavras:

[A] emergência e expansão do constitucionalismo – e a conseqüente constitucionalização do direito administrativo – inviabilizam a subsistência de um princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, oferecendo em seu lugar o dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado democrático de direito e princípio reitor da atividade administrativa.⁴⁴⁹

Como destaca o autor, há que se partir sempre da Constituição, uma vez que ela dita os casos em que direitos individuais podem sofrer restrições. Desse modo, havendo limitação, “(i) o fundamento da restrição é a norma constitucional específica, e não o dito princípio, e (ii) a medida da restrição [...] é dada por uma norma de proporção e preservação recíproca dos interesses em conflito”⁴⁵⁰. Por isso, não haveria espaço para uma prevalência *a priori* dos interesses coletivos sobre os interesses individuais.

⁴⁴⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 191.

⁴⁴⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 213.

⁴⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 215.

⁴⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 3 ed, 2014, p. 105.

⁴⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 3 ed., 2014, p. 96.

Além disso, “a centralidade do sistema dos direitos fundamentais [...] e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual”⁴⁵¹. A ponderação, assim, deve ser a medida otimizadora na atuação administrativa⁴⁵². Binbenbojm, inclusive, menciona a necessidade da ponderação acerca de restrições de direitos individuais no âmbito da atividade de polícia. Na sua concepção, embora a ponderação seja feita em regra pelo constituinte ou pelo legislador infraconstitucional, também cabe ao administrador público esse exercício. Em seus termos:

[T]oda e qualquer atividade de polícia, restritiva de algum direito fundamental, só será legítima quando puder ser reconduzida ao sistema constitucional, no qual o Poder Público – seja ele o Estado legislador, seja o Estado administrador – encontre fundamento para a proteção e promoção de outro direito fundamental ou de interesses da coletividade como um todo, que tenham dignidade constitucional, e desde que sejam ultrapassados os exames da ponderação proporcional.⁴⁵³

Além disso, é importante ressaltar que essas visões, como Binbenbojm destaca, não negam, “de forma alguma, a existência de um conceito de interesse público (como resultado de juízos ponderativos e não como um pressuposto abstrato e apriorístico), mas tão somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público”⁴⁵⁴. Isso porque o primeiro pode ser ponderado com os direitos fundamentais, enquanto o segundo seria sempre prevalente. E essa prevalência serviu de margem para voluntarismos ao longo da história brasileira. “Neste sentido, o exemplo histórico da justificação da malsinada doutrina de segurança nacional a partir do princípio da supremacia do interesse público é eloquente e irrespondível”⁴⁵⁵.

As visões de Sarmento, Ávila e Binbenbojm, mais críticas da supremacia do interesse público, são corroboradas pela visão do autor português, Paulo Otero. Mas há, também, a posição intermediária de Luís Roberto Barroso. Cabe um breve comentário sobre essas duas abordagens.

A abordagem de Paulo Otero segue a mesma linha das de Sarmento, Ávila e Binbenbojm. Na sua visão, a satisfação do interesse público pode se dar a partir de três

⁴⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 3 ed., 2014, p. 106-107.

⁴⁵² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 3 ed., 2014, p. 111.

⁴⁵³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 3 ed., 2014, p. 124-125.

⁴⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 3 ed., 2014, p. 104.

⁴⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 3 ed., 2014, p. 104.

concepções diversas. A primeira seria a concepção de matriz totalitária, ou seja, a “prevalência absoluta da prossecução do interesse público, justificando o sacrifício de quaisquer posições jurídicas subjetivas”⁴⁵⁶. A segunda, a concepção compromissória, que busca a “harmonização entre a prossecução do interesse público e o respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos administrados”⁴⁵⁷. A terceira, por fim, a concepção personalista, em que há a “prevalência absoluta do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana sobre qualquer prossecução do interesse público”⁴⁵⁸.

Justamente a terceira seria a adotada pela Constituição portuguesa, que preza pela dignidade humana finalidade e fundamento da atuação estatal. A partir disso, a proposta de Otero se volta para o estabelecimento de uma série de corolários que seriam impostos à atuação administrativa pela previsão constitucional da dignidade⁴⁵⁹.

Em apertada síntese, a seu ver, a atividade administrativa deve ser articulada considerando que (i) a dignidade deve densificar os interesses públicos; (ii) não deve haver interesse público que ultrapasse a dignidade dos indivíduos; (iii) os direitos fundamentais, com menção específica às liberdades inerentes ao núcleo da dignidade, não devem ceder diante do interesse público; (iv) a dignidade estabelece um espaço de não intervenção administrativa e (v) somente pode ser limitada a partir da ponderação com a dignidade de outro indivíduo; (vi) há uma prevalência geral do ser sobre o ter; (vii) a dignidade é critério teleológico de interpretação do interesse público; (viii) o administrador deve ter em conta as consequências de seus atos sobre a garantia da dignidade; e, por fim, (ix) há um dever de revisão de decisões lesivas à dignidade⁴⁶⁰.

Uma posição intermediária quanto à consideração do princípio da supremacia do interesse público seria de Luís Roberto Barroso. Em seu entendimento, há uma divisão entre o interesse público primário e o interesse público secundário. O primário é aquele ligado aos fins estatais de justiça, segurança e bem-estar social⁴⁶¹. Já o secundário “é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte de determinada relação jurídica”⁴⁶². Essa distinção leva à sua consideração final de que o interesse público primário “há de

⁴⁵⁶ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo* (vol. I). Coimbra: Almedina, 2013, p. 309.

⁴⁵⁷ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo* (vol. I). Coimbra: Almedina, 2013, p. 310.

⁴⁵⁸ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo* (vol. I). Coimbra: Almedina, 2013, p. 310.

⁴⁵⁹ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo* (vol. I). Coimbra: Almedina, 2013, p. 314-316.

⁴⁶⁰ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo* (vol. I). Coimbra: Almedina, 2013, p. 314-315.

⁴⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2020, Versão Digital, p. 87.

⁴⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2020, Versão Digital, p. 87.

desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático”⁴⁶³ e não o secundário. Para Barroso, então, esse interesse público primário:

[D]esfruta de supremacia porque não é passível de ponderação; ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.⁴⁶⁴

No entanto, Barroso abre a hipótese de que haja colisão entre interesses públicos primários. Isso ocorreria quando há um choque entre a consubstanciação de uma meta coletiva com a promoção de um direito fundamental. “A liberdade de expressão pode colidir com a manutenção de padrões mínimos de ordem pública”⁴⁶⁵. Nesses casos, dois parâmetros devem ser utilizados para resolver o conflito, quais sejam, a dignidade humana e a razão pública. De um lado, a razão pública demandaria a “busca de elementos constitucionais essenciais e princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político”⁴⁶⁶. De outro, a dignidade exigiria, a consideração de que “cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo”⁴⁶⁷.

De todo modo, em que pese o abandono de um passado autoritário, de um lado, e a consolidação na literatura de visões críticas da supremacia do interesse público, defendemos que sua lógica permanece permeando a atividade da Administração como justificativa para atos arbitrários de ordem de polícia das artes. Confirmando suas dificuldades de convergência com os direitos fundamentais, a atividade de polícia recorrentemente se vale de seu fundamento, justamente, a fim de impor restrições à liberdade artística, à margem de preceitos normativos e de uma hermenêutica dos direitos fundamentais, voltada à ponderação.

Nas palavras de Binbenojm, que confirmam esse entendimento, “o poder de polícia jamais deixou de valer-se de cláusulas gerais (ordem pública, perigo iminente, supremacia do interesse público, dever de sujeição geral, domínio eminente)

⁴⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2020, Versão Digital, p. 88.

⁴⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2020, Versão Digital, p. 88.

⁴⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2020, Versão Digital, p. 89.

⁴⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2020, Versão Digital, p. 89.

⁴⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2020, Versão Digital, p. 89.

para justificar o seu exercício”⁴⁶⁸. Isso possibilita a persistência da censura administrativa da arte⁴⁶⁹, especificamente, por via de ordens de polícia dadas por agentes públicos, que restringem manifestações artísticas, pautadas em um interesse público prevalente, que não é pesado em relação aos direitos fundamentais e ultrapassa a legalidade.

Essa superioridade do interesse público abre margem para que vieses autoritários, heranças do regime anterior à Constituição de 1988, sejam recuperados, no cenário atual de recessão democrática. Como veremos no Capítulo 3, a partir de alguns casos, a atividade de polícia administrativa se pauta no interesse público para cercear expressões artísticas e desestruturar, principalmente, as ações estatais positivas de promoção e fomento da liberdade artística.

Por isso, em primeiro plano, foi fundamental trazer uma síntese do pano de fundo da operação da atividade de polícia das artes ditatorial, na medida em que as justificativas políticas e morais vão ser apropriadas pelos movimentos de erosão democrática para cerceamento da liberdade de expressão e, especificamente, da liberdade artística. E, em segundo plano, foi essencial estabelecer como a atividade de polícia da administração se veste de polícia das artes para a aplicação da censura, através do verniz de legalidade proporcionado pela supremacia do interesse público, em oposição à ponderação que é exigida para a concretização dos direitos fundamentais. A seguir, buscaremos tratar do “local” onde a polícia das artes mais vem sendo observado na atualidade: no fomento às artes, a partir de uma desconsolidação da dimensão positiva estatal de promoção da liberdade artística.

2.2.3. A Atividade da Polícia das Artes dentro do Fomento Público

A estrutura repressiva das artes na atualidade, no entanto, não se dá a partir de um órgão administrativo dotado precipuamente de poder de polícia, como era o caso da Divisão de Censura e Diversões Públicas na ditadura de 1964. O órgão, como visto anteriormente, caiu com a redemocratização. No avanço conservador e autoritário atual,

⁴⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 31-32.

⁴⁶⁹ DARNTON, Robert. *Censores em ação: como os Estados influenciaram a literatura*. Tradução: Rubens Figueiredo. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 274.

a recuperação das justificativas políticas e morais de censura – que será melhor desenvolvida na seção seguinte – se dá, então, pela reversão da estrutura de fomento. Nela, os administradores públicos encontram um espaço, embasados na supremacia do interesse público, para o uso das *potestades* usualmente ligadas à atividade de polícia.

Como destaca Binenbojm, “[a]os mecanismos próprios do poder de polícia combinam-se, em variados arranjos, a medidas de fomento econômico e social”⁴⁷⁰. E é, justamente, na seara do fomento público às artes que se encontra o problema do uso contraditório das *potestades* estatais contra as artes no Brasil. Com o intuito de desenvolver esse ponto, essa seção fará três breves movimentos: o primeiro de explicar o que significa o fomento como atividade administrativa, o segundo de consolidar por quê esse debate se relaciona com a liberdade artística e o terceiro de compor a relação entre fomento e o poder de polícia das artes.

Em primeiro lugar, então, cabe uma breve explicação do que significa a atividade administrativa do fomento. Como destaca José Vicente de Mendonça, em termos amplos, o fomento público se dá através de “uma técnica de atuação em que o Poder Público indica, sugere ou recomenda [...] determinada atuação ao particular, sem, contudo, torná-la obrigatória”⁴⁷¹. Na concepção clássica, remetida por Mendonça, Luis Jordana de Pozas estabelece que “[a] ação de fomento é a via média entre a inibição e o intervencionismo estatal, que pretende conciliar a liberdade com o bem comum, mediante a influência indireta sobre a vontade do indivíduo”⁴⁷².

Em definição mais concisa, Maria Sylvia Di Pietro trata o fomento como “a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública”⁴⁷³. Já Marçal Justen Filho estabelece que:

A função administrativa de fomento envolve a competência para aplicar recursos públicos e adotar providências destinadas a orientar o uso de recursos privados visando a incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas para atingir os fins constitucionalmente protegidos.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75.

⁴⁷¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 353.

⁴⁷² POZAS, Luis Jordana de. *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/7421rep048040.pdf>, p. 6.

⁴⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 195.

⁴⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

Aqui não importa estabelecer uma concepção estrita ou o mais apurada possível do que significa fomento, mas tão somente entender a sua lógica voltada à proteção e promoção⁴⁷⁵ de determinada atividade ou direito. Independente da concepção que se adote, o fomento não se relaciona à restrição ou ao condicionamento de direitos fundamentais, como é o caso do poder de polícia, mas, na realidade, à sua promoção – pelo menos, idealmente.

Do ponto de vista das artes, a atividade de fomento é relevante quando se distingue as dimensões positiva e negativa da liberdade artística. Em segundo lugar, portanto, é necessário consolidar por quê a questão do fomento está relacionada a esse direito. E a explicação está na noção, já assentada na literatura, de que a liberdade artística possui tanto uma dimensão positiva como uma dimensão negativa.

Como já mencionado anteriormente, a liberdade artística é um direito fundamental preconizado em nossa Carta, que possui força normativa. O art. 5º, em seu inciso IX, dispõe que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença”. Além disso, essa lógica de que há uma seara de não interferência estatal é reforçada no parágrafo 2º, do art. 220, que veda a censura artística, política e ideológica e no art. 216, que trata da criação artística como patrimônio cultural brasileiro.

No entanto, é relevante ressaltar que a Constituição foi além de uma simples abordagem do viés negativo da liberdade artística – considerada como parte dos direitos culturais⁴⁷⁶ – na medida em que procurou, através de ações positivas, “estabelecer um plano de cultura, integrar a comunidade na gestão cultural, destinar recursos para a cultura [...] [que] são elementos garantidores dos direitos culturais declarados como fundamentais”⁴⁷⁷. Além disso, dispõe especificamente que o Estado “apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”, em seu art. 215, *caput*.

⁴⁷⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 356.

⁴⁷⁶ Conforme destaca Guilherme Varela, os direitos culturais englobam direitos de diversas gerações. Desde as liberdades culturais, de primeira geração, dentre as quais figura a liberdade artística ou de expressão artística; perpassando pelo direito à cultura e ao acesso à cultura, que figuram como direitos de segunda geração; e pelo direito ao patrimônio cultural, de terceira geração; até a participação na definição de políticas culturais, que seria um direito de quarta geração; todas esses aspectos representam direitos culturais estabelecidos constitucionalmente. VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional da Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 59-66.

⁴⁷⁷ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018, p. 46.

Essas disposições são consequência das duas frentes de aplicação dos direitos fundamentais. Como estabelece Jane Reis, de um modo geral, os direitos fundamentais:

- a) de um lado, impõem impedimentos à atuação do Estado, configurando um acervo de competências negativas do Poder Público;
- e b) de outro, operam como comandos reitores da ação estatal, ordenando a realização de tarefas e a consecução de objetivos pelo Poder Público a fim de promovê-los.⁴⁷⁸

Nesse cenário, a literatura acerca da liberdade de expressão, que engloba as expressões artísticas⁴⁷⁹, é majoritária no entendimento de que esse direito, também, demanda esses dois tipos de atuação diversas do Estado. Como levanta Daniel Sarmento,

“no sistema constitucional brasileiro, entende-se que o Estado tem obrigações positivas mesmo em relação aos direitos individuais clássicos, que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos poderes públicos”⁴⁸⁰. Essa compreensão leva ao fato de que o Estado precisa, diante de um ambiente desigual de fruição da liberdade de expressão:

[N]ão só se abster de violar estes direitos, como também agir positivamente, seja para protegê-los diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, seja para assegurar as condições materiais mínimas necessárias à viabilização de seu exercício pelos mais pobres.⁴⁸¹

No mesmo sentido, Ingo Sarlet reforça a compreensão acerca dessa dupla dimensão da liberdade de expressão. Há, assim, tanto uma dimensão “de matriz negativa (implicando deveres de abstenção, ou seja, de não impedimento de ações) [...] e, a depender do caso, direitos subjetivos a prestações, por sua vez,

⁴⁷⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Classificação Indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. In: *Liberdade de expressão e os direitos de crianças e adolescentes*. Org. Alessandra Xavier Nunes Macedo, David Ulisses Brasil Simões Pires, Fernanda Alves dos Anjos. Brasília: Ministério da Justiça, (26-63), 2014, p. 50.

⁴⁷⁹ SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. UK: Cambridge University Press, 1982, p. 92.

⁴⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>, p. 30.

⁴⁸¹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>, p. 30.

fortemente vinculador à dimensão objetiva⁴⁸², que importa em deveres estatais de proteção”⁴⁸³.

Em síntese, do plano negativo, as garantias de liberdades individuais, como um todo, exigem abstenção do Estado, de modo que ele não cause restrições ao seu exercício e, assim, não imponha censura, no que se refere à liberdade artística. Do plano positivo, as liberdades orientam a atuação estatal para sua concretização por meio de ações comissivas, que exigem meios para a concretização dessa liberdade, como é o caso do fomento. Em outras palavras, Guilherme Varella destaca haver, de um lado, o impedimento de atuações arbitrárias do Poder Público, de outro, uma função prestacional que busca sanar demandas quanto aos direitos⁴⁸⁴. A função estatal, portanto, é dupla na concretização da liberdade artística: ora de ausência de censura e restrições e ora de fornecimento de instrumentos para a sua promoção e concretização⁴⁸⁵.

Em categorização que reforça esse sentido, Owen Fiss menciona a ironia da liberdade de expressão. A sua ideia central é que o Estado ora pode agir como amigo, ora como inimigo da livre expressão e essa compreensão deriva do pressuposto de que ela possui tanto uma dimensão negativa como positiva. “Certamente, o Estado pode ser um opressor, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade”⁴⁸⁶, ou seja, ele pode funcionar como promotor da liberdade, de outro. E isso se dá, justamente, por via de prestações, ligadas à liberdade artística, de fomento e incentivos.

A partir disso, chega-se ao terceiro objetivo deste tópico: entender como o fomento é contaminado pela atividade de polícia das artes, a partir da composição de sua relação. Embora sejam atividades distintas – o fomento e o poder de polícia –, para que o Estado promova determinados interesses, ele se utiliza de meios fiscalizatórios e

⁴⁸² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 115. No mesmo sentido, v. VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional da Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 86.

⁴⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, 6ª ed., p. 499.

⁴⁸⁴ VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional da Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 58.

⁴⁸⁵ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 47. FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro, Renovar, 2015, p. 30.

⁴⁸⁶ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro, Renovar, 2015, p. 28.

de poder coativo como seu meio de operação e esse é o primeiro ponto, justamente, no qual as duas atividades se encontram.

Como assevera Mendonça, “[o] fomento diferencia-se da polícia porque, enquanto esta previne e reprime, aquele protege e promove, sem uso imediato da coerção”⁴⁸⁷. Em sua visão, sintetizada nas palavras de Rafael Cascardo: “o traço distintivo entre poder de polícia e fomento reside no momento em que a ação coatora estatal entra em prática, estando presente desde o início no caso da polícia administrativa, em razão do seu papel de condicionar o exercício de direitos”⁴⁸⁸. No fomento, portanto, somente “[d]epois de aceito o convite a situação muda: a Administração pode e deve fiscalizar o desempenho do fomentado no cumprimento das condições fixadas – e isso nada mais é do que poder coativo”⁴⁸⁹.

O problema é quando esse poder coativo reverte o próprio conceito de fomento: deixa de haver um incentivo e passa a haver um condicionamento ou, melhor, uma restrição a um direito, nos moldes da atividade de polícia. Na seara das artes, o fomento tem sido utilizado não para proteger ou promover a liberdade artística, mas sua função precípua é desvirtuada para que a modalidade de polícia encontre espaço na repressão da estrutura que antes promovia as artes.

Gustavo Binendo tem uma compreensão, que talvez explique melhor o ponto que se quer chegar aqui. Na sua visão:

Não há no fomento, ao menos *a priori*, o exercício imediato de potestades pelo Estado, sendo antes uma forma de atuação estatal que busca atingir seus objetivos por via da adesão voluntária dos particulares. Mas isso não impede que, aderindo à oferta, o particular passe a submeter-se à fiscalização e eventuais sanções administrativas, isto é, ao poder de império da Administração.⁴⁹⁰

Especialmente quando se busca restringir a dimensão positiva da liberdade artística, esse uso do poder de império se dá dentro da lógica do fomento. Observa-se que não defendemos que o fomento é igual ao poder de polícia. Na realidade, o que se quer dizer é que, quando o fomento é cooptado para restringir direitos, o que se vê não é

⁴⁸⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 356.

⁴⁸⁸ SANTOS, Rafael Cascardo Cardoso dos. *O fomento público sob a ótica republicana: participação, accountability e desenvolvimento*. 2021. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 94.

⁴⁸⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 357.

⁴⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77.

estritamente fomento, mas um uso autoritário e conservador da atividade de polícia da Administração Pública em prol de justificativas políticas e morais que se revestem de interesse público para o cerceamento das artes.

E isso é possibilitado pelo segundo ponto de encontro entre essas duas atividades: o seu fundamento. Como elabora Maria Sylvia Di Pietro, “[o] princípio da supremacia do interesse público está também na base da atividade de fomento”⁴⁹¹. Nesse caso, ainda nas palavras de Di Pietro, o que ocorre é que “o Estado subsidia, incentiva, ajuda a iniciativa privada, exatamente quando considera que o particular merece essa ajuda porque está atuando em benefício do interesse público, paralelamente ao Estado”⁴⁹².

Essa visão encontra a mesma crítica que é feita à supremacia do interesse público como fundamento da atividade de polícia administrativa. E, mesmo que não se considere rigorosamente a existência de uma supremacia, a remissão ao interesse público, na seara das artes possibilita a abertura da atividade estatal de fomento para as justificativas políticas e morais da censura. Veja-se a concepção de fomento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[P]ode-se conceituar o fomento público como a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade.⁴⁹³

Nessa concepção, o que ocorre é: a Administração Pública, em sua função hermenêutica, interpreta o “interesse público” que justifica o fomento, a partir da perspectiva que lhe convém. Assim, sem estar atrelada a uma lógica de legalidade e de ponderação dos direitos fundamentais e dos bens constitucionalmente protegidos, acaba por reverter a lógica do fomento. No lugar da proteção e da promoção da liberdade artística, acaba por ocorrer o desmantelamento de sua estrutura de promoção em prol da sua restrição e condicionamento aos interesses políticos e morais do momento.

⁴⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 130.

⁴⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital, p. 130.

⁴⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 524.

Um terceiro ponto a se ter em conta é o que Mendonça define como “intercambialidade das técnicas de atuação administrativa”⁴⁹⁴. O exemplo que o autor traz sobre essa questão, que compromete, em alguns casos, as distinções entre as atividades administrativas é o da “cota de tela”, segundo a qual, há a imposição, por via de lei, de determinado número de exibições de filmes nacionais no cinema. Essa medida “possui óbvia finalidade de difundir a produção audiovisual brasileira”⁴⁹⁵, ou seja, caracteriza fomento. Mas, nas palavras de Mendonça, “o cumprimento dessa cota é objeto de fiscalização por parte da Ancine, com a previsão de aplicação de multas e outras penalidades em caso de descumprimento. Temos aqui exercício típico de polícia, mas com finalidade protecionista”⁴⁹⁶.

Fato é que, ainda que se reconheça – e se reconhece – uma distinção entre as funções, há meios de aproximação, principalmente, considerando o fato de que, na atualidade, como se verá no ponto seguinte, de uma erosão da democracia, mecanismos sub-reptícios são encontrados para subverter a lógica democrática. Não há, em geral, medidas que são visivelmente antidemocráticas por si só, mas, se vistas em conjunto denunciam um enfraquecimento gradual das instituições⁴⁹⁷. Há mudanças incrementais e ambíguas de institutos da própria democracia que dificultam a percepção da subversão de seus instrumentos⁴⁹⁸.

Em síntese: três são os pontos de encontro entre o fomento e o poder de polícia. O primeiro: o fato de que ambos se utilizam, em alguma medida, previamente ou posteriormente, do poder de império para imposição de medidas aos particulares – seja sem ou com sua anuência. O segundo: que o interesse público justifica suas atividades. O terceiro: que a intercambialidade de atividades administrativas, mesmo diante do reconhecimento de suas distinções, em alguns pontos pode funcionar como uma abertura para a subversão de determinadas atividades. Esses três pontos de encontro possibilitam uma abertura para as ordens de polícia, cooptadas por justificativas morais e políticas, de restrição à liberdade artística, com algum verniz de legalidade.

O que ocorre, portanto, é que, a polícia das artes, ou seja, o uso das potestades estatais para a repressão da liberdade artística se volta para a sua dimensão positiva

⁴⁹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 367.

⁴⁹⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 367.

⁴⁹⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 367.

⁴⁹⁷ Bermeo, Nancy. “On Democratic Backsliding”. *Journal of Democracy*, 27(1), 5-19, 2016, p. 6.

⁴⁹⁸ Bermeo, Nancy. “On Democratic Backsliding”. *Journal of Democracy*, 27(1), 5-19, 2016, p. 17.

incidindo dentro da lógica do fomento estatal. A Administração, no regime de 1964, através do DCDP, violava a dimensão negativa da liberdade artística, na medida em que impunha restrições frontais⁴⁹⁹ às obras, por exemplo, proibindo a sua veiculação. Já Administração hoje, no regime da Constituição de 1988, padecendo do retrocesso democrático, se volta ao viés positivo da liberdade artística, no intuito de disfarçar a arbitrariedade da censura da arte. O que ocorre é o desmonte da atividade de fomento artístico no Brasil, com a inserção da atividade de polícia em seu interior para contenção dos mecanismos que promovem a liberdade artística – como se verá no estudo de casos em 3.4.

2.3. Retrocesso democrático e a permanência da censura da arte

Nunca houve um período em que não existisse algum tipo de censura no Brasil. E, é importante que se diga, a prática da interdição formal sempre teve apoio de uma grande parcela da sociedade, que enxergava, e ainda enxerga, como necessária a presença de ‘tutores’ que impeçam a entrada da ‘imoralidade’ nos lares brasileiros. Hoje, apesar de proibida por lei, a censura (não exatamente oficial) se faz presente em diversos casos que andam pipocando pelo país. Por esse motivo, e num momento da História Nacional em que o atual presidente declara, por exemplo, que ‘se não puder ter filtro, nós extinguiremos a Ancine (Agência Nacional do Cinema)’, é preciso estar atento.⁵⁰⁰

Se, por um lado, “[a] proteção à liberdade de expressão integra a espinha dorsal das democracias liberais”⁵⁰¹, por outro, é consenso já, na literatura sobre o tema, que a partir do início do século XXI, iniciaram-se momentos de retrocesso democrático. Esses momentos significam, como veremos adiante, também um retrocesso para a liberdade de expressão – e daí a relevância de seu resgate para se tratar de uma permanência ou um retorno dos mecanismos de censura da arte.

⁴⁹⁹ AMARAL, Isabela Almeida do. Censura da arte: uma análise a partir da teoria das escolhas públicas. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 3, set/dez, 2021, p. 4.

⁵⁰⁰ MCGILL, Zé. PIMENTEL, João. Mordaça: história de música e censura em tempos autoritários. In: PIMENTEL, João. *Histórias de música e censura em tempos autoritários*. Rio de Janeiro: Sonora Editora, 2021, p. 21

⁵⁰¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Classificação Indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. In: *Liberdade de expressão e os direitos de crianças e adolescentes*. Organização: Alessandra Xavier Nunes Macedo, David Ulisses Brasil Simões Pires, Fernanda Alves dos Anjos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça – Cadernos de debate da classificação indicativa, v. 4, 2014, p. 27.

Diferente dos golpes, que eram utilizados, anteriormente, para a implementação de projetos autoritários, hoje um “processo de subversão contra a democracia se [dá] pelas mãos de presidentes e primeiros-ministros devidamente eleitos pelo voto popular”⁵⁰². A desconstituição democrática, portanto, se dá de forma gradual e “os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la”⁵⁰³. Daí que as medidas autoritárias são aplicadas gradativamente, e muitas vezes, se tomadas separadamente, não refletem uma percepção de erosão democrática clara.

Assim, há a utilização de mecanismos velados, que não representam violações diretas, mas que levam a “restrições a direitos e liberdades fundamentais, fragilização das instituições que exercem o controle do poder e em manipulação das ‘regras do jogo democrático’”⁵⁰⁴. Como se verá adiante, um dos direitos mais afetados é a liberdade de expressão. Isso porque a ascensão de líderes autoritários representa, também, uma tentativa de reduzir a oposição política e de endossar ações violentas contra esses oponentes e esses dois aspectos se revelam nas restrições impostas à liberdade artística.

Nesse contexto, as repressões às artes aumentam. A censura operada pelo Executivo deixa de lado a sua forma institucionalizada em um Serviço próprio para a sua promoção e encontra mecanismos sub-reptícios com verniz de legalidade. Como levantado na introdução desta dissertação, em 2020, o Observatório de Censura à Arte computou mais de 50 casos de censura a obras artísticas⁵⁰⁵. Até outubro de 2021, o Movimento Brasileiro Integrado pela Liberdade de Expressão Artística (Mobile) reúne reportagens e matérias jornalísticas sobre 50 casos, no ano, ligados a proibições, restrições e desmantelamento de incentivos de expressões artísticas⁵⁰⁶. Nem todos os casos operam no Executivo⁵⁰⁷, mas há diversos exemplos.

No ano de 2017, como destacado na introdução desta dissertação, houve, no Rio de Janeiro, o caso Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira. O

⁵⁰² BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Democracias iliberais e direitos humanos: o papel dos tribunais internacionais*. Mimeografado, 2021, p. 3.

⁵⁰³ LEVITSKY, S. e ZIBLATT, D. 2018. *Como as Democracias Morrem*. RJ: Zahar, p. 20.

⁵⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Democracias iliberais e direitos humanos: o papel dos tribunais internacionais*. Mimeografado, 2021, p. 8.

⁵⁰⁵ DIEL, Vítor. *Observatório de Censura à Arte registra mais de 50 casos em um ano*. LITERATURAS RS. Disponível em: <https://literaturars.com.br/2020/09/08/observatorio-de-censura-a-arte-registra-mais-de-50-casos-em-um-ano/>. Acessado em 27/08/2021.

⁵⁰⁶ MOVIMENTO BRASILEIRO INTEGRADO PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA (MOBILE). *A cultura brasileira censurada*. Disponível em: https://movimentomobile.org.br/mapa-da-censura/?_sft_ano=2021. Acessado em 09/12/2021.

⁵⁰⁷ Na última seção do Capítulo 4, procederemos essa distinção, demonstrando a quantidade de casos dentro do Executivo, a fim de ilustrar com mais afinco o problema.

prefeito da cidade à época, Marcelo Crivella, vetou a realização da exposição no Museu de Arte do Rio (MAR)⁵⁰⁸. Já em 2018, no nordeste do país, em Pernambuco, a Secretaria de Cultura do Estado cancelou a exibição de uma peça de teatro. A apresentação de “O Evangelho Segundo Jesus, Rainha do Céu”, que ocorreria no Festival de Inverno de Garanhuns sofreu com a restrição imposta pelo órgão do Governo do Estado⁵⁰⁹.

E a situação não é isolada em Municípios ou Estados. No âmbito federal, em 2019, o Governo suspendeu no setor audiovisual “edital que havia selecionado séries sobre diversidade de gênero e sexualidade a serem exibidas nas TVs públicas”⁵¹⁰. A respeito da ocasião, o próprio Presidente da República, Jair Bolsonaro, comentou que foi “garimpar na Ancine filmes que estavam prontos para ser captados recursos no mercado”⁵¹¹. Ao tratar de um título específico, “Afronte”, de Bruno Victor Santos e Marcus Azevedo, Bolsonaro mencionou, em *live*, “[m]ais um filme que foi para o saco”⁵¹².

Em 2020, a ofensiva contra a arte continuou. Um dos casos ilustrativos é da censura de livros pelo governo João Dória em São Paulo. Na ocasião, foi vetada “uma lista de livros de projeto de estímulo à leitura que funcionava em penitenciárias do estado de São Paulo”⁵¹³. A Funap – fundação pública vinculada à Secretaria da Administração Penitenciária do Estado – não remeteu alguns livros aos presídios e a justificativa do diretor da fundação foi de que um dos títulos “não atende ao que se espera para a população atendida pela Funap”⁵¹⁴.

⁵⁰⁸ MOBILE. *Marcelo Crivella veta a exposição ‘Queermuseu’ no Museu de Arte do Rio*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/marcelo-crivella-veta-a-exposicao-queermuseu-no-museu-de-arte-do-rio/>. Acessado em 09/12/2021.

⁵⁰⁹ FOLHA DE SÃO PAULO. *Pernambuco cancela apresentação de peça em que transexual interpreta Jesus*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2018/06/pernambuco-cancela-apresentacao-de-peca-em-que-transexual-interpreta-jesus.shtml>. Acessado em 09/12/2021.

⁵¹⁰ O GLOBO. *Governo Bolsonaro suspende edital com séries de temas LGBT, após críticas do presidente*. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2019/08/21/governo-bolsonaro-suspende-edital-com-series-de-temas-lgbt-apos-criticas-do-presidente.ghtml>. Acessado em 09/12/2021.

⁵¹¹ FOLHA DE SÃO PAULO. *Bolsonaro diz que ‘garimpo’ e vetou filmes com temática LGBT*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/bolsonaro-diz-que-garimpou-e-vetou-filmes-com-tematica-lgbt.shtml>. Acessado em 09/12/2021.

⁵¹² FOLHA DE SÃO PAULO. *Bolsonaro diz que ‘garimpo’ e vetou filmes com temática LGBT*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/bolsonaro-diz-que-garimpou-e-vetou-filmes-com-tematica-lgbt.shtml>. Acessado em 09/12/2021.

⁵¹³ GENTILE, Rogério. SETO, Guilherme. *Governo Doria censura lista de livros de projeto em presídios de São Paulo*. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/02/governo-doria-censura-lista-de-livros-de-projeto-em-presidios-de-sao-paulo.shtml>. Acessado em 09/12/2021.

⁵¹⁴ GENTILE, Rogério. SETO, Guilherme. *Governo Doria censura lista de livros de projeto em presídios de São Paulo*. Folha de São Paulo. Disponível em:

No ano de 2021, por fim, no norte do país, a exposição “Suaves Brutalidades”, do artista visual Henrique Montagne Figueira, que ocorreria em Belém (PA), no espaço cultural Banco da Amazônia – cujo principal acionista é o Governo Federal – foi cancelada⁵¹⁵. Apesar de ter sido selecionada através de edital público, foi informado ao artista que a instituição não tinha mais interesse na exposição, sem qualquer exposição de motivos.

Esses casos possuem três pontos em comum. O primeiro diz respeito ao fato de imporem restrições à arte, afetando o direito à liberdade artística das vítimas do cerceamento. O segundo consiste no fato da censura ter sido imposta por atores ligados ao Executivo, seja ele municipal, estadual ou federal, no exercício de seu poder de polícia – dentro de uma lógica que deveria ser de fomento. O terceiro, por fim, envolve o fato de que todos eles se deram a partir de 2016, quando parece começar a despontar, no Brasil, um movimento de erosão democrática, com a ascensão do autoritarismo e do conservadorismo. Trata-se, portanto, de exemplos da operação da polícia das artes na atualidade.

Essa seção, assim, trará um panorama da ascensão do autoritarismo e do conservadorismo no Brasil. A ideia é estabelecer como esse processo fez reaparecerem com força mecanismos de censura da arte, via policiamento, dentro da Administração Pública. Os mecanismos de censura começaram, a nosso ver, a ganhar força dentro de um cenário de retrocesso democrático. Assim, será feita uma abordagem geral sobre como a literatura sobre o tema encara o movimento de erosão da democracia e, especialmente, a desconsolidação do direito à liberdade de expressão. A ideia é de que as justificativas políticas e morais para o cerceamento da arte, herdadas do regime de 1964, servem de motivação para a utilização do interesse público como trunfo para sopesar a liberdade artística, como será demonstrado em estudo de casos no Capítulo 3.

Com a redemocratização, o regime centralizado da Censura foi desmontado – ainda que progressivamente e não de imediato. O Serviço de Censura e Diversões Públicas caiu em 1988 – mas, a título de exemplo, o Serviço Nacional de Informações, que exercia controle sobre a liberdade de expressão, tida de forma ampla, somente caiu

<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/02/governo-doria-censura-lista-de-livros-de-projeto-em-presidios-de-sao-paulo.shtml>. Acessado em 09/12/2021.

⁵¹⁵ MOURA, Eduardo. *Exposição homoerótica é cancelada em Belém e ecoa censura a 'Queermuseu'*. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/05/exposicao-homoerotica-e-cancelada-no-para-e-eco-censura-a-queermuseu.shtml>. Acessado em 26/07/2021.

em 1990. Ainda, na transição do regime autoritário ao democrático, houve a manutenção dos censores, ainda que em cargos distintos, na estrutura estatal.

“No dia seguinte à promulgação da Constituição de 1988, os serviços de censura foram desativados e os censores, [foram] transferidos para outras funções na Polícia Federal”⁵¹⁶ ou “ficaram perambulando pelo Ministério da Justiça feito fantasmas, até se aposentarem”⁵¹⁷. Essa circunstância de manutenção dos atores da Censura anterior, ainda que em outros cargos, ocasionou a possibilidade de que a atuação estatal continuasse influenciando “direta e indiretamente, nos fluxos informativos e na difusão cultural de conteúdo na sociedade”⁵¹⁸. A atuação viciada, pela prática autoritária anterior desses atores, parece ter dificultado que a censura fosse cortada pela raiz.

Esse contexto explica, mesmo que não totalmente, que censuras continuassem ocorrendo, mesmo numa democracia. Há, como visto, uma herança autoritária da doutrina de segurança nacional, seus fundamentos e da estrutura censória, que contaminam a atuação administrativa⁵¹⁹ e possibilitam mecanismos de repressão da liberdade artística tanto no campo moral como no político. Mas, além do passado, o contexto atual também é fator relevante para um retorno dos instrumentos de censura, que minam a concretização da liberdade artística. Isso porque há elementos que levam a crer que o Brasil passa por um retrocesso democrático.

De todo modo, há uma tentativa atual de estabelecer os parâmetros que definem se um determinado país está ou não passando por um processo de erosão democrática. Nancy Bermeo, ao estudar os meios pelos quais as democracias quebram, busca mostrar como os golpes clássicos vêm sendo substituídos por tentativas de desmontar a democracia por dentro⁵²⁰. Esses golpes clássicos tiveram sua frequência diminuída e foram substituídos por três novas variedades de declínio democrático, quais sejam, os

⁵¹⁶ CARVALHO, Julia. Amordaçados: uma história da censura e de seus personagens. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 54.

⁵¹⁷ FICO, Carlos. Censura, ditadura e utopia autoritária. In: *Seminários sobre a censura: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP)*. Cristina Costa (org.). São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012, p. 73.

⁵¹⁸ MATTOS, Sérgio. O jornalismo brasileiro continua sob censura. In: *Seminários sobre a censura: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP)*. Cristina Costa (org.). São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012, p. 107

⁵¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, p. 118.

⁵²⁰ BERMEO, N. 2016. “On Democratic Backsliding”. *Journal of Democracy*, 27(1), 5-19, p. 6-8.

golpes promissórios⁵²¹, o engrandecimento do executivo⁵²² e a manipulação estratégica das eleições⁵²³.

Sendo assim, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto, “[n]a atual crise democrática, a derrocada dos regimes, cada vez menos, é produzida por golpes de Estado. Hoje, elementos autoritários vão pouco a pouco se estabelecendo, e convivem, por períodos de duração variável, com instituições democráticas”⁵²⁴. Dentre esses elementos, como procuraremos demonstrar, reside a censura da arte.

Quanto às formas de enfraquecimento democrático, sem a pretensão de esgotar o tema, destaca-se três posições diversas, dando enfoque à relação com a supressão da liberdade de expressão – e, também, da liberdade artística. Em primeiro lugar, Mounk, considerando sua visão sobre a democracia liberal como “um sistema político ao mesmo tempo liberal e democrático – um sistema que tanto protege direitos individuais como traduz a opinião popular”, estabelece duas principais formas de erosão democrática.

A primeira ocorre quando as democracias se tornam iliberais, ou seja, quando a “maioria opta por subordinar as instituições independentes aos caprichos do executivo ou por restringir os direitos das minorias que a desagradam”⁵²⁵. A segunda, quando os regimes liberais se tornam antidemocráticos, a despeito de eleições regulares e competitivas, o que ocorre quando “o sistema político favorece de tal forma a elite que as eleições raramente servem para traduzir a opinião popular em políticas públicas”⁵²⁶.

Sendo assim, o autor passa a denotar alguns aspectos da democracia sem direitos e outros dos direitos sem democracia. É importante ressaltar alguns pontos que, para Mounk, denotam crises democráticas. Tanto no caso das democracias iliberais como do liberalismo antidemocrático, há uma redução da oposição. No primeiro caso, ao afirmar terem a voz do povo, os populistas que ascendem ao governo transformam a resistência em ilegítima e, enfim, a silenciam⁵²⁷. No segundo caso, processo similar ocorre, de modo que as limitações das instituições eleitorais levam a um processo de erosão e, “conforme cada vez mais áreas de políticas públicas [são] removidas da contestação

⁵²¹ BERMEIO, N. 2016. “On Democratic Backsliding”. *Journal of Democracy*, 27(1), 5-19, p. 8.

⁵²² BERMEIO, N. 2016. “On Democratic Backsliding”. *Journal of Democracy*, 27(1), 5-19, p. 10.

⁵²³ BERMEIO, N. 2016. “On Democratic Backsliding”. *Journal of Democracy*, 27(1), 5-19, p. 13.

⁵²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Democracia em crise no Brasil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Eduerj-Contracorrente, 2020, p. 28.

⁵²⁵ MOUNK, Y. 2018. *O Povo Contra a Democracia*. SP: Cia. Das Letras, p. 39.

⁵²⁶ MOUNK, Y. 2018. *O Povo Contra a Democracia*. SP: Cia. Das Letras, p. 39.

⁵²⁷ MOUNK, Y. 2018. *O Povo Contra a Democracia*. SP: Cia. Das Letras, p. 61-67.

popular, a capacidade do povo de influenciar a política fic[a] drasticamente reduzida”⁵²⁸.

Assim, as democracias iliberais e o liberalismo antidemocrático proporcionam que os espaços de contestação popular sejam suprimidos. Uma dessas formas de supressão, justamente, é o desmonte da liberdade artística com a imposição de censura da arte. Nas palavras do autor:

Um sistema que prescinde dos direitos individuais para promover o culto da vontade popular pode em última instância se voltar contra o povo. De modo oposto, um sistema que prescinde da vontade popular para proteger os direitos individuais pode, em última instância, precisar recorrer a uma repressão cada vez mais ostensiva a fim de reprimir dissidências.⁵²⁹

Em segundo lugar, em linha parecida com a de Mounk, Ginsburg e Huq partem do conceito de democracia liberal constitucional mais denso. A partir da conjunção entre eleições livres, direitos de expressão e associação e Estado de direito⁵³⁰, os autores decompõem as ameaças à ordem constitucional liberal em dois tipos distintos. Primeiro, poderia haver a reversão autoritária, “o risco de um rápido e generalizado colapso no autoritarismo”⁵³¹. Segundo, haveria a possibilidade da regressão constitucional, ou seja, “o risco de grandes reversões simultâneas nas margens do Estado de Direito, da democracia e do liberalismo”⁵³².

Nesse caso, que revela um regime híbrido, entre a democracia e a autocracia, os governos eleitos pelo voto popular tendem a aprovar mudanças nas leis e instituições com o intuito de diminuir a competição eleitoral, ou seja, restringir a oposição; minar os direitos liberais que consolidam a participação democrática e; corroer a estabilidade constitucional⁵³³. Assim, os autores definem “regressão democrática como um processo incremental (mas finalmente ainda substancial) de decadência nos três predicados básicos da democracia – eleições competitivas, direitos liberais de expressão e associação e o Estado de direito”⁵³⁴.

⁵²⁸ MOUNK, Y. 2018. *O Povo Contra a Democracia*. SP: Cia. Das Letras, p. 77.

⁵²⁹ MOUNK, Y. 2018. *O Povo Contra a Democracia*. SP: Cia. Das Letras, p. 119.

⁵³⁰ HUQ, A. e GINSBURG, T. 2017. “How to Lose a Constitutional Democracy.” *UCLA Law Review* 65(78): p. 87.

⁵³¹ HUQ, A. e GINSBURG, T. 2017. “How to Lose a Constitutional Democracy.” *UCLA Law Review* 65(78): p. 92 e 93-94.

⁵³² HUQ, A. e GINSBURG, T. 2017. “How to Lose a Constitutional Democracy.” *UCLA Law Review* 65(78): p. 92.

⁵³³ HUQ, A. e GINSBURG, T. 2017. “How to Lose a Constitutional Democracy.” *UCLA Law Review* 65(78): p. 94 e ss.

⁵³⁴ HUQ, A. e GINSBURG, T. 2017. “How to Lose a Constitutional Democracy.” *UCLA Law Review*: 65(78): p. 96.

Novamente, encontra-se a importância do direito à liberdade artística como fator distintivo das situações de erosão: em sua ocorrência, ele se torna alvo preferencial.

Em terceiro lugar, Levitsky e Ziblatt, em que pese o fato de realizarem uma análise contextualmente estadunidense, também estabelecem parâmetros para a erosão democrática⁵³⁵. Buscam, então, com base no trabalho de Linz definir quatro indicadores de comportamentos autoritários dos líderes *antiestablishment* – ou populistas⁵³⁶.

Um primeiro indicador seria a rejeição às regras democráticas do jogo, de modo que os candidatos rejeitem a Constituição ou consideram violá-la, por exemplo através da restrição de direitos políticos. Em segundo, a negação da legitimidade dos oponentes políticos, como quando os adversários são descritos como uma ameaça à estabilidade. Um terceiro indicador da erosão teria relação com a tolerância ou o encorajamento à violência, de modo que sejam endossadas reações violentas aos oponentes políticos ou enaltecidas violências políticas passadas. Por fim, um quarto indicador seria a propensão para a restrição a liberdades civis, principalmente da oposição⁵³⁷. Nessa estruturação, a liberdade artística e a censura possuem relevância a partir de três aspectos.

Na medida em que se considera a liberdade artística como um instrumento de crítica e oposição⁵³⁸, ela fica minada, quando se nega a legitimidade dos oponentes políticos. Além disso, a propensão dos líderes autoritários de restringir as liberdades civis recai, justamente, sobre a liberdade artística, na forma de censura política. Cumpre ressaltar ainda, que o endosso a ações violentas pode recair sobre a manifestação dos artistas livres, seja especificamente contra o governo, seja contra aspectos de sua agenda⁵³⁹. Daí um retorno à justificativa política da censura.

Observa-se, daí, dois fatores que caracterizam a erosão democrática e são fundamentais para a eclosão dos instrumentos de repressão da liberdade artística. O

⁵³⁵ Partem da premissa, como Nancy Bermeo, de que após a Guerra Fria, a desconstituição democrática se dá de forma gradual.

⁵³⁶ Para um aprofundamento sobre o que significa o populismo e a sua ascensão na atualidade, cf. RODRIK, Dani. “Populism and the Economics of Globalization.” *Journal of International Business Policy* 1(1-2), 2018, p. 12–33. MÜLLER, Jan Werner. Populism and constitucionalism. In: *The Oxford Handbook of Populism*. Edited by: Cristóbal Rovira Kaltwasser, Paul Taggart, Paulina Ochoa Espejo and Pierre Ortiguy. Oxford University Press, 2017, p. 744-764. Especificamente, quanto ao Brasil, cf. WEFORT, Francisco C. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003, p. 72-92.

⁵³⁷ LEVITSKY, S. e ZIBLATT, D. 2018. *Como as Democracias Morrem*. RJ: Zahar, p. 34-36.

⁵³⁸ Como será visto adiante, um dos núcleos da liberdade artística defendidos neste trabalho se relaciona a quando a arte promove a deliberação democrática.

⁵³⁹ Vide, no contexto brasileiro, os ataques direcionados à sede do Porta dos Fundos, por conta de humor crítico, especificamente quanto à uma agenda conservadora. O GLOBO. *Porta dos Fundos: entenda ataque à sede da produtora na véspera do Natal*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/porta-dos-fundos-entenda-ataque-sede-da-produtora-na-vespera-do-natal-24160662>. Acessado em 08/10/2020.

primeiro relaciona-se ao fato, já destacado nas três visões sobre erosão democrática, de os líderes autoritários em ascensão proferirem largamente ataques a “seus críticos com termos ásperos e provocativos – como inimigos, subversivos e até mesmo terroristas”⁵⁴⁰.

Um segundo fator de erosão democrática que se relaciona a um novo fortalecimento da censura é o fato de que há um crescimento da agenda conservadora. Como colocam Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone, “há um contingente de pessoas que não professa o credo cosmopolita, igualitário e multicultural que impulsiona a agenda progressista de direitos humanos”⁵⁴¹. Nesse sentido, Flávia Biroli destaca que há dimensões institucionais, econômicas e morais do regresso democrático.

No âmbito moral, estariam as reações neoconservadoras. Citando Wendy Brown, a autora menciona que “o neoconservadorismo moralizaria o poder estatal nas esferas doméstica e internacional”⁵⁴². Assim, os “defensores das tradições morais aderem em graus distintos a abordagens repressivas e mobilizam visões antipluralistas”⁵⁴³, como é o caso, no Brasil, dos neopetencostalismos. Esse movimento justifica que a censura comece, novamente, a operar na lógica da polícia dos costumes⁵⁴⁴. “A reação conservadora, de inspiração às vezes religiosa fundamentalista e em muitos casos puramente oportunista, tem produzido efeitos deletérios sobre o mercado de artes”⁵⁴⁵ e vêm justificando censuras às artes em prol de valores morais.

Em sentido similar, Bianca Toledo destaca haver um crescente protagonismo da agenda moral e conservadora do Executivo brasileiro, que tem como intuito promover uma “‘limpeza ideológica’ da cultura”⁵⁴⁶. Procura-se, assim, “a implementação de uma visão de mundo específica, com valores predeterminados que estejam de acordo com o pensamento majoritário do governo, excluindo, assim,

⁵⁴⁰ LEVITSKY, S. e ZIBLATT, D. 2018. *Como as Democracias Morrem*. RJ: Zahar, p. 79.

⁵⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Democracias iliberais e direitos humanos: o papel dos tribunais internacionais*. Mimeografado, 2021, p. 4.

⁵⁴² BIROLI, Flávia. Gênero, “valores familiares” e democracia. In: BIROLI, Flávia. VAGGIONE, Juan Marco. MACHADO, Maria das Dores Campos (orgs). *Gênero, neoconservadorismo e democracia*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 147.

⁵⁴³ BIROLI, Flávia. Gênero, “valores familiares” e democracia. In: BIROLI, Flávia. VAGGIONE, Juan Marco. MACHADO, Maria das Dores Campos (orgs). *Gênero, neoconservadorismo e democracia*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 150.

⁵⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 24.

⁵⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 23.

⁵⁴⁶ TOLEDO, Bianca Rodrigues. A liberdade de expressão artística e a moral bolsonarista. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos*. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (119-130), 2019, p. 127.

qualquer manifestação artística que entre em confronto com a ideologia que hoje governa”⁵⁴⁷. Em alguma medida, há uma tentativa de trazer os valores tradicionais morais da família para o mundo público⁵⁴⁸. Na seara da liberdade artística, a autora vê dois problemas principais da incorporação desse movimento conservador, do ponto de vista moral.

O primeiro é o uso de conceitos e valores conservadores para o julgamento das políticas de fomento aplicadas no campo de cultura, que refletem apenas uma única visão de mundo, violando a liberdade de expressão artística que, em sua essência, nasce para garantir a pluralidade de ideias. O segundo é o inconstitucional argumento de ‘filtro’ para aplicação de recursos, já que a motivação do governo tem sido baseada em julgamentos de valores morais próprios, defendidos pelo Presidente, ferindo seu papel constitucional de garantir o acesso e produção de obras artísticas em sua diversidade.⁵⁴⁹

Respectivamente, esses elementos, um relacionado à tentativa de frustrar a arte de oposição e outro relacionado à tentativa de reforçar a moral e os bons costumes, servem de base para a operação da censura na atualidade. Como visto anteriormente, no regime militar, enquanto operava o Departamento de Censura e Diversões Públicas, os elementos justificadores das restrições à liberdade de expressão artística eram, majoritariamente, a político e a moral e, novamente, eles ganham força a partir de dois movimentos da erosão democrática: de um lado, o autoritarismo e de outro, o conservadorismo. Atuam, então, como fundamento para a polícia das artes.

O poder de polícia, nesse âmbito de repressões à arte, ganha nova configuração. O que passa a justificar as ordens de polícia, agora revestidas de outros instrumentos e não somente a negativa de autorização da expressão artística, é o fundamento próprio do poder de polícia: a supremacia do interesse público. Esse interesse público, fundado em raízes autoritárias acaba por sopesar direitos fundamentais, em alguns casos, como ocorre com a liberdade artística, sem qualquer recurso à ponderação.

O problema reside na utilização deturpada do interesse público, incorporando conveniências políticas e a proteção dos bons costumes, a fim de perpetrar censuras às artes, no lugar de seguir a legalidade ou de promover uma ponderação entre direitos

⁵⁴⁷ TOLEDO, Bianca Rodrigues. A liberdade de expressão artística e a moral bolsonarista. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos*. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (119-130), 2019, p. 128.

⁵⁴⁸ TOLEDO, Bianca Rodrigues. A liberdade de expressão artística e a moral bolsonarista. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos*. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (119-130), 2019, p. 128.

⁵⁴⁹ TOLEDO, Bianca Rodrigues. A liberdade de expressão artística e a moral bolsonarista. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos*. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (119-130), 2019, p. 129.

fundamentais em jogo. No entendimento de Daniel Sarmiento, sujeitar os direitos fundamentais sempre ao interesse público, tendo em vista que ele não possui uma definição exata e contornada, pode causar restrições altamente excessivas e desproporcionais⁵⁵⁰, na visão que já abordamos anteriormente.

Assim, a desconsolidação da Censura do regime militar não parece, portanto, ter sido suficiente para enterrar definitivamente a censura da arte no passado brasileiro. No cenário atual, em que mecanismos incrementais são utilizados para destruir a democracia por dentro, (i) os ataques pelos líderes autoritários a “seus críticos com termos ásperos e provocativos – como inimigos, subversivos e até mesmo terroristas”⁵⁵¹, de um lado, e (ii) o fato de “defensores das tradições morais ade[ri]rem em graus distintos a abordagens repressivas e mobiliza[re]m visões antipluralistas”⁵⁵², de outro, potencializam a força da polícia das artes.

O contexto de erosão democrática e a retomada de elementos autoritários e conservadores levou à abertura de margem para repressão da liberdade artística, através da retomada de justificativas políticas e morais para a censura. A Administração Pública, sob comando de um Presidente que opera o retrocesso democrático, se utiliza do poder de polícia para fins antidemocráticos, aqui, de restrição das expressões – especialmente as opositoras e pluralistas. Daí que os casos, a serem analisados no Capítulo 3, trarão como a Administração Pública, no exercício do poder de polícia, utiliza de justificativas políticas e morais, diante de um interesse público que lhes dá veste de legalidade, para cercear o direito à liberdade artística, especialmente desconsolidando a atividade positiva estatal nessa seara.

Dessa forma, duas tarefas se tornam fundamentais. A primeira refere-se a voltar-se ao direito à liberdade artística para estabelecer seu âmbito de proteção. A segunda trata-se da necessidade de estabelecer parâmetros para a atividade administrativa em relação a quais tipos de restrições são comportadas pela Constituição à liberdade artística. O intuito é, justamente, estabelecer uma tentativa mais firme efetivar a constitucionalização do direito administrativo nessa matéria. E, dessa forma, impedir a

⁵⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 132. Em sentido similar, v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

⁵⁵¹ LEVITSKY, S. e ZIBLATT, D. 2018. *Como as Democracias Morrem*. RJ: Zahar, p. 79.

⁵⁵² BIROLI, Flávia. Gênero, “valores familiares” e democracia. In: BIROLI, Flávia. VAGGIONE, Juan Marco. MACHADO, Maria das Dores Campos (orgs). *Gênero, neoconservadorismo e democracia*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 150.

permanência da polícia das artes e da utilização de justificativas políticas e morais para impor censura, na veste de legalidade proporcionada pela supremacia do interesse público. É fundamental, portanto, voltar-se à legalidade e à ponderação dos direitos fundamentais.

3. Voltando à Liberdade Artística: Parâmetros para Contenção das Ações Arbitrárias de Polícia das Artes

Nos capítulos anteriores dois objetivos foram delineados. O primeiro, de construir, a partir da prática e das previsões constitucionais no Brasil, a oposição entre a normatização da liberdade artística e a permanência da censura até a Constituição de 1988. Apesar dos fundamentos da proteção desse direito, o passado brasileiro foi de diversas restrições impostas pela Administração Pública e, com os movimentos de promoção dos direitos fundamentais com a redemocratização, deveria ter sido freado. No entanto, há uma certa permanência da censura da arte e, portanto, buscou-se delinear seu conceito como aquela que se refere a ações faticamente arbitrárias de restrição da arte, que se dão através de procedimentos que contêm um verniz de legalidade e, portanto, incidem sobre o direito à liberdade artística.

O segundo objetivo foi voltar-se ao verniz de legalidade da censura, a fim de tentar explicar a sua permanência na atualidade. Portanto, recorreu-se ao passado recente de autoritarismo para fixar as heranças de uma doutrina de segurança nacional, que se voltava a proteção extrema do interesse público – qualquer que ele fosse – e de uma estrutura administrativa voltada especificamente à censura das artes. Ademais, no contexto atual, de um lado, desenvolveu-se a ideia de poder de polícia e seu fundamento, a supremacia do interesse público, como os mecanismos jurídicos da Administração Pública para a restrição da liberdade artística, especificamente na lógica do fomento. De outro, tratou-se do cenário atual de retrocesso democrático que, conseqüentemente, leva a um retrocesso em termos de direitos fundamentais e, especialmente, da liberdade artística. Nele, é que é possibilitado o retorno à censura.

Daí a necessidade de se voltar, então à proteção da liberdade artística. Diante de nosso passado autoritário e da circunstância atual propícia para a elevação dos casos de censura da arte, é essencial darmos parâmetros para proteção desse direito. Assim, o presente capítulo é dividido em quatro partes. Em primeiro lugar, buscar-se-á, situar o debate sobre a liberdade artística a partir da teoria externa dos direitos fundamentais. Para tanto recuperaremos, sinteticamente, a consolidação, com a Constituição de 1988, da promoção dos direitos fundamentais como um fim estatal e como esse contexto levou à teoria dos princípios como norte para a interpretação do sistema de direitos fundamentais. A ideia central é situar o trabalho na teoria externa dos direitos fundamentais e, a partir disso, desenvolver as duas tarefas essenciais para determinar a proteção desses direitos⁵⁵³, quais sejam identificar o conteúdo da liberdade artística, a

⁵⁵³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 250-256.

sua esfera de proteção máxima ou *prima facie* e, de outro, voltar-se para os limites externos. Justamente, essas são as duas tarefas desenvolvidas nas duas seções seguintes.

A segunda parte do capítulo, então, busca consolidar a esfera máxima de proteção da liberdade artística, a partir de dois movimentos. O primeiro é definir o conjunto de condutas que são protegidas pela liberdade artística. Então, como há uma imprecisão grande no que significa arte, buscaremos resgatar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a literatura sobre o tema. Para fins jurídicos, a conclusão se dá a partir de três critérios verificadores da inclusão de uma expressão no âmbito de proteção *prima facie* da liberdade artística: (i) o formal, (ii) o material e (iii) o reconhecimento por terceiros.

Ainda nessa parte, numa tentativa de delinear os contornos do âmbito de proteção da liberdade artística, procuraremos estabelecer dois núcleos de proteção que, no conflito com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente relevantes, devem demandar maior diligência da Administração Pública quanto à imposição de restrições. A ideia é tentar, de alguma forma, conter as justificativas políticas e morais da censura. Assim, de um lado, se a arte se voltar de alguma forma, (i) para a promoção da deliberação democrática, e de outro lado, (ii) para a promoção da igualdade, deve haver maior cautela na imposição de restrições – o que não exclui possível ponderação.

A terceira parte do capítulo se dedica, enfim, aos limites que podem ser impostas ao poder de polícia das artes para a contenção das ações arbitrárias de censura. A partir da divisão feita por Jane Reis entre restrições aos direitos fundamentais expressamente estatuídas pela Constituição, restrições expressamente autorizadas e restrições implicitamente autorizadas pela Carta, buscaremos estabelecer dois graus de vinculação da Administração Pública.

De um lado, quando a Constituição estatuir restrições, a Administração fica totalmente vinculada. De outro lado, quanto há restrições indiretas, que dependem de normas infraconstitucionais, o espaço de atuação administrativa é sujeito à reserva ou à preferência legal. No entanto, devido a realidade fática de que o legislador nem sempre dá conta de tudo, se houver um espaço de abertura para a Administração, ela deve, no estabelecimento de restrições à liberdade artística, se voltar à ponderação. Nessa

ponderação, devem ser tidas em conta as três hipóteses nas quais os direitos fundamentais atuam como barreira à atividade de polícia⁵⁵⁴.

Nesse sentido, a atividade administrativa não pode impor medidas que contrariem frontalmente o âmbito de proteção da liberdade artística, se atentando aos núcleos de maior proteção da (i) promoção da deliberação democrática e (ii) de promoção da igualdade. Além disso, ela não deve ultrapassar os parâmetros da proporcionalidade, quais sejam (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, não deve reduzir a manifestação artística a um mínimo que a impossibilite.

Por fim, a última parte do capítulo se dedicará a um breve estudo de casos. Os casos escolhidos refletem situações em que as ordens de polícia foram utilizadas de forma arbitrária, pautadas na supremacia do interesse público, que recobre justificativas políticas e morais de censura da arte. Trata-se de casos em que há uma desestruturação da estrutura de fomento às artes, minando o dever positivo estatal de promover o direito à liberdade artística. A tentativa será, justamente, de aplicar os pontos levantados ao longo do capítulo a fim de possibilitar a contenção da polícia das artes, a partir do âmbito de proteção da liberdade artística e de parâmetros para a atuação administrativa.

3.1. Situando o Debate: A Teoria Externa dos Direitos Fundamentais e a Ponderação

No caso do artista que pretende pintar no cruzamento de duas vias congestionadas, desde a ótica da teoria interna não haveria direito à liberdade artística a ser tutelado, porquanto a referida ação não estaria inserida do âmbito de proteção da norma de direito fundamental. Embora pintar seja uma ação protegida pela liberdade artística, pintar naquelas condições não corresponde a uma “possibilidade específica de ação” compreendida da esfera normativa do direito. De forma diversa, apreciando-se o problema a partir das premissas que informam a teoria externa, o resultado seria o mesmo – não há direito a pintar no cruzamento movimentado – mas a trajetória hermenêutica que conduz a essa conclusão seria distinta. Como pintar é uma ação artística, haveria um direito *prima facie* de pintar no cruzamento. Todavia, a existência de razões opostas – o direito dos outros e a ordem pública – justifica o afastamento do direito naquela situação específica.⁵⁵⁵

Diante de toda a problemática da supremacia do interesse público e sua utilização como verniz de legalidade para as ações arbitrárias de censura da arte, é preciso voltar a

⁵⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 117-122.

⁵⁵⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 187.

atuação de poder de polícia para a garantia dos direitos fundamentais, de modo que se possa conter as ações arbitrárias características da censura. No lugar de uma supremacia do interesse público, que pode comportar diversos interesses – como os políticos e morais, que levam à recuperação da censura no contexto atual –, é necessário reafirmar não só a teoria externa dos direitos fundamentais, mas a utilização das técnicas de ponderação, voltadas aos critérios de (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, possibilitar-se-á à Administração um retorno aos parâmetros adequados para a resolução dos casos em que a liberdade artística aparece. Assim, essa seção se dedica a uma tentativa sucinta de situar a discussão dos direitos fundamentais e da proporcionalidade como método de resolução de seus conflitos.

Com a superação do regime militar de 1964, a “Constituição de 1988 veiculou o compromisso do novo Estado brasileiro, reorganizado naquele momento, com a promoção dos direitos fundamentais”⁵⁵⁶. Do ponto de vista normativo, foi estabelecido um extenso rol de direitos fundamentais, não só de matriz liberal, mas também social. O catálogo do art. 5º, de certa forma, ilustrava e reforçava a necessidade de concretização dos direitos, em oposição às violações recorrentes do regime anterior.

Do ponto de vista da literatura de Direito Constitucional, uma das preocupações centrais foi a construção de um sistema constitucional que fosse, de fato, efetivo. A Constituição, de caráter compromissório⁵⁵⁷, passou a ser dotada de normatividade⁵⁵⁸, aludindo a diversos princípios e direitos⁵⁵⁹. Ao longo da década de 90, se desenvolveu na literatura jurídica a doutrina brasileira da efetividade⁵⁶⁰. Em um sistema garantidor de direitos fundamentais, pautado na democracia, a doutrina buscava, em síntese, dar às normas constitucionais aplicabilidade direta e imediata juridicamente⁵⁶¹, considerando

⁵⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. 30 anos da Constituição de 1988: direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. In: BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *República que ainda não foi: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 54.

⁵⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed., 11 reimpr., Portugal: Almedina, 2003, p. 218.

⁵⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 288.

⁵⁵⁹ Sobre a normatividade da Constituição e a incorporação de princípios e direitos fundamentais, NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 4 reimpr., 2013, p. 17 e ss.

⁵⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 295.

⁵⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 296.

aspectos da teoria dos princípios, segundo a qual os direitos fundamentais são tutelados tanto por cláusulas gerais como específicas⁵⁶².

Toda essa movimentação de garantia de efetividade da Constituição foi acompanhada por mudanças de paradigmas na teoria jurídica, atreladas ao que é chamado de “neoconstitucionalismo”. Como destaca Daniel Sarmento, embora seja um movimento de difícil apreensão de significados delimitados, alguns fenômenos foram decorrentes dele e se desenvolveram sob a égide da Constituição de 1988:

- (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito;
- (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos;
- (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento do poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁵⁶³

Nesse contexto, sob a Constituição de 1988, então, a teoria dos princípios passou a “orientar a interpretação do sistema de direitos fundamentais”⁵⁶⁴. A teoria remonta ao século XX, em um contexto de superação do método clássico, subsuntivo, de aplicação de regras⁵⁶⁵. Gradualmente, os princípios⁵⁶⁶ conquistaram eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata⁵⁶⁷. De todo modo, o desenvolvimento da teoria dos princípios “[n]ão importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico”⁵⁶⁸, mas, de certa forma, se agrega⁵⁶⁹ a

⁵⁶² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 165.

⁵⁶³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-114.

⁵⁶⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 165.

⁵⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 295.

⁵⁶⁶ Para uma explicação clara do que significa a noção de princípio, ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Dir. Administrativo*. Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan/mar. 1999, p. 154.

⁵⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 235: 1-36, janeiro/março, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>, p. 3.

⁵⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.

eles a fim de potencializar o valor dos princípios e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais⁵⁷⁰, na prática constitucional.

Nesse sentido, “princípios e regras passam a desfrutar do mesmo *status* de norma jurídica”⁵⁷¹⁻⁵⁷². De todo modo, com remissão às propostas de Robert Alexy e Ronald Dworkin⁵⁷³, passam a ser vistos de formas diferentes. Em apertada síntese, as regras, de um lado, são aplicadas na modalidade “tudo ou nada”⁵⁷⁴, pelo mecanismo de subsunção: “enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão”⁵⁷⁵. Sendo assim, a sua colisão ocorre na dimensão da validade⁵⁷⁶. Os princípios, de outro lado, funcionam como *standards* que possuem dimensões de peso⁵⁷⁷ e tem aplicação graduada, que só pode ser consolidada no caso concreto⁵⁷⁸. A colisão entre eles, por sua vez, ocorre na dimensão de peso⁵⁷⁹. Nas palavras de Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior

Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, janeiro/março, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>, p. 3.

⁵⁶⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 259.

⁵⁷⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista Dir. Administrativo*. Trad. Luís Afonso Heck. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul/set 1999, p. 74.

⁵⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 235: 1-36, janeiro/março, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>, p. 3.

⁵⁷² Para a compreensão acerca do sistema legal que compreende regras e princípios, DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6-7. SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798: 23-50, 2002, p. 25 e ss.

⁵⁷³ As compreensões dos autores não são, em sua totalidade, idênticas, mas, de todo modo, possuem pontos em comum que são aqui descritos. O intuito não é realizar uma exposição minuciosa de críticas e discordâncias acerca da teoria dos princípios, mas, na realidade, dar um panorama geral e introdutório do debate a fim de servir de base para os desenvolvimentos seguintes da Dissertação.

⁵⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

⁵⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 235: 1-36, janeiro/março, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>, p. 3.

⁵⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 94.

⁵⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

⁵⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 235: 1-36, janeiro/março, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>, p. 4. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 320 e ss.

⁵⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 94.

medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁵⁸⁰

Assim, à luz da teoria dos princípios, “os catálogos de direitos fundamentais têm conteúdo misto, compreendendo tanto normas-regra como normas-princípio”⁵⁸¹. E esse modelo, como destaca Jane Reis, “é o mais adequado para orientar a interpretação do sistema de direitos fundamentais estatuído na Constituição de 1988”⁵⁸², uma vez que, nela, “a positivação dos direitos seguiu um modelo híbrido que compreende princípios e regras”⁵⁸³. Sob a Carta de 1988, justamente, foi o momento, como assinala Sarmento, em que “a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação”⁵⁸⁴.

Nessa lógica enquadra-se, inclusive, a liberdade artística. Como visto, o art. 5º, em seu inciso IX, estabeleceu uma disposição geral de que “é livre a expressão da atividade [...] artística [...], independentemente de censura ou licença”. E, de outro lado, há diversas concretizações desse direito mais específicas, como é o caso do princípio que orienta o ensino da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a arte (art. 206, II), a proteção do patrimônio artístico e cultural (art. 23, III e IV e art. 24, VII), o acesso ao ensino da criação artística (art. 208, V), etc., inclusive demandando uma atuação positiva do Estado, como visto anteriormente.

⁵⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 90-91.

⁵⁸¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 161.

⁵⁸² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 165.

⁵⁸³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 165.

⁵⁸⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 127.

Essa ideia “de aplicação gradual de normas jurídicas liga-se à admissibilidade de restrições aos direitos fundamentais e ao emprego do método ponderativo”⁵⁸⁵. Tendo em conta que se discute, nessa dissertação, as restrições impostas à liberdade artística, é fundamental remeter às teorias que tratam da limitação dos direitos fundamentais: a teoria interna e a teoria externa.

Em termos sintéticos, como esclarece Luís Roberto Barroso, “[p]ela teoria interna, direitos fundamentais são insuscetíveis de restrições externas, mesmo que por lei, fora dos casos expressamente previstos na Constituição”⁵⁸⁶. Para essa linha teórica, os direitos “não podem ser objeto de autênticas limitações legislativas, mas apenas de delimitações, as quais devem cingir-se a desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto”⁵⁸⁷. Três, então, seriam os principais predicados da teoria: ela

“i) nega a possibilidade de limitações externas aos direitos; ii) afirma que a identificação dos casos em que o direito deve incidir há de ser feita mediante a análise de seu conteúdo constitucionalmente estabelecido e iii) recusa a hipótese de colisões de direitos”⁵⁸⁸.

A fim de dar melhor definição à teoria, Jane Reis resgata o exemplo fornecido por Friederich Müller, de “um artista que pretende pintar no cruzamento de duas ruas muito movimentadas”⁵⁸⁹. Na compreensão da teoria interna, desenvolvida na teoria alemã, nesse caso não há a limitação do direito fundamental à liberdade artística. Em realidade, “a atividade de pintar em tais circunstâncias não está protegida pelo preceito da Constituição Alemã que consagra a liberdade artística, de modo que uma lei que venha a proibir que se pinte em um cruzamento não estará restringindo direito algum”⁵⁹⁰. Nesse caso, não haveria direito ao artista, porque a hipótese delineada sequer estaria contemplada no conteúdo do direito.

⁵⁸⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 167.

⁵⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 510.

⁵⁸⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 180.

⁵⁸⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 185.

⁵⁸⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 183.

⁵⁹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 183.

De outro lado, a teoria externa prega compreensão que distingue a delimitação de conteúdo dos direitos e suas restrições. Como observa Alexy, há duas categorias diversas: “em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido”⁵⁹¹. Na síntese de Barroso, a teoria externa sustenta que a “Constituição configura contornos razoáveis máximos do direito fundamental, que têm a pretensão *prima facie* de prevalecer em toda a sua extensão”⁵⁹². No entanto, como há outros direitos constitucionalmente estabelecidos, sem posição hierárquica superior, eles entram em colisão. Nesses casos, “um dos princípios terá que ceder”⁵⁹³. Assim, há duas tarefas essenciais para a determinação da proteção dos direitos fundamentais, como resume Jane Reis,

“i) identificar o conteúdo do direito (seus contornos máximos, sua esfera de proteção, e ii) precisar os limites externos que decorrem da necessidade de conciliá-lo com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos”⁵⁹⁴.

Recuperando, novamente, o caso do artista que resolve pintar em um cruzamento movimentado, o resultado para a teoria externa seria, igualmente ao da teoria interna, de que não há direito à liberdade artística no caso. No entanto, a trajetória hermenêutica se voltaria à ponderação. “Como pintar é uma ação artística, haveria um direito *prima facie* de pintar no cruzamento. Todavia, a existência de razões opostas – o direito dos outros e a ordem pública – justifica o afastamento do direito naquela situação específica”⁵⁹⁵. Como sintetiza Jane Reis acerca da teoria externa:

[Ela] preceitua que: i) os direitos fundamentais são princípios, veiculando comandos *prima facie*; ii) os direitos fundamentais são restringíveis; iii) as restrições aos direitos fundamentais são motivadas pela existência de conflitos entre estes e outros direitos e bens constitucionais; iv) a legitimidade constitucional da restrição é de ser examinada mediante um juízo de ponderação, que irá sopesar os direitos e bens em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade”⁵⁹⁶.

⁵⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 277.

⁵⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 510.

⁵⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 93.

⁵⁹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 186.

⁵⁹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 187.

⁵⁹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 191.

A proporcionalidade, portanto, é o método de aferição da legitimidade das restrições a direitos fundamentais⁵⁹⁷, que se dá através de três etapas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito⁵⁹⁸. Em primeiro plano, a adequação exige que “toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo”⁵⁹⁹. Em segundo plano, a necessidade envolve “a noção de que, dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição impõe que o legislador⁶⁰⁰ opte por aquela menos lesiva aos direitos”⁶⁰¹. Por fim, em terceiro plano, a proporcionalidade em sentido estrito “pressupõe efetivar uma comparação entre o grau de afetação do direito fundamental e a importância da realização do princípio com que ele colide e que serve de fundamento à restrição”⁶⁰².

Dessa forma, os direitos podem sofrer tanto restrições legislativas como aplicativas. As primeiras “operam no plano abstrato e geral, de modo que implicam alterações no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais”⁶⁰³ e as segundas “operam no plano concreto e individual, repercutindo na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, sem afetar seu conteúdo objetivo enunciado na Constituição e nas leis restritivas”⁶⁰⁴. Então, elas podem derivar diretamente ou indiretamente dos preceitos constitucionais⁶⁰⁵ e seu instrumento de controle é, justamente, a proporcionalidade⁶⁰⁶.

⁵⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 513. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Dir. Administrativo*. Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan/mar. 1999, p. 170 e ss.

⁵⁹⁸ Acerca dos três elementos, v. SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798: 23-50, 2002, p. 34 e ss. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 363 e ss.

⁵⁹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 363.

⁶⁰⁰ Na seção 3 deste capítulo, elaboraremos melhor a ideia da necessidade de cumprimento, também pela Administração Pública do exercício de ponderação.

⁶⁰¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 374.

⁶⁰² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 381.

⁶⁰³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 246.

⁶⁰⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 246.

⁶⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 286 e ss.

⁶⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 120.

Essa teoria é aceita tanto na literatura, referenciada ao longo do capítulo, como na jurisprudência brasileiras. O Supremo Tribunal Federal⁶⁰⁷, “embora não de forma sistemática e consistente, recorre muitas vezes ao teste de proporcionalidade como forma de controle de atos estatais que restringem direitos fundamentais”⁶⁰⁸.

A título de exemplo, em pesquisa realizada no *site* da Corte, a partir do termo “liberdade artística”, utilizando o filtro de “acórdãos”, chegou-se ao resultado de 26 acórdãos que remetem a casos envolvendo o direito⁶⁰⁹. Dentre os casos que tratam de forma central da liberdade artística, que totalizam 20⁶¹⁰, procedeu-se à pesquisa, no inteiro teor, pelas palavras-chave “proporcionalidade”, “proporcional”, “razoável”, “razoabilidade” (no sentido de conflito de interesses) e “ponderação” – que remetem à teoria externa dos direitos fundamentais e seu método de resolução de conflitos. Além disso, procedeu-se também à busca das palavras “restrição” e “restrições”, atendo-se aos casos que se referiam a restrição específica do direito à liberdade artística. Ambas as buscas consideraram uso das expressões nas palavras de Ministros e não em citações de outros casos e o uso com relação direta ao caso em discussão.

Dentre os vinte casos, nos quais ocorre uso central da liberdade artística para a fundamentação do acórdão ou de um ou mais Ministros, há a menção à restrição da liberdade artística em dez deles. Em nove desses dez casos, nos quais está em jogo alguma restrição, há referência a um ou mais dentre os temas ligados à aplicação da proporcionalidade como método de resolução e conflitos. Embora “a forma de decisão e deliberação adotada no tribunal muitas vezes mitig[ue] o impacto e a relevância dessa

⁶⁰⁷ Sobre como o STF se utiliza do recurso à proporcionalidade, ainda que muitas vezes sem a precisão técnica devida, v. SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798: 23-50, 2002, p. 31 e ss.

⁶⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 122.

⁶⁰⁹ Pesquisa realizada em 21 de novembro de 2021. Os acórdãos são referentes às ações, divididas em dois grupos conforme o uso lateral da liberdade artística ou o uso central na fundamentação da decisão: Ação Penal 863/SP, Rcl 24459/SP, Rcl 19775 ED-AgR/SE, ARE 790813/SP, ARE 953822 AgR/SP, Rcl 1070522/PE nos quais há um tratamento apenas lateral da liberdade artística, sem centralidade para as decisões tomadas, e RE 414426/SC, RE 555320 AgR/SC, RE 635023 ED/DF, RE 795467/SP (Repercussão Geral), RE 753777 ED/SP, ADI 3870/SP, ADPF 183/DF, ARE 12396464 AgR/RJ, ADI 4815/DF, RE 221239/SP, RE 910572 AgR/SP, AI 713014 AgR-segundo/SP, ADI 4451/DF, ADI 4451 MC-REF/DF, ADPF 130/DF, RE 898450/SP, ADPF 460/PR, RE 888090 AdR-EDv/SP, ADC 66/DF, Rcl 38782/RJ, nos quais a liberdade artística foi central para a decisão.

⁶¹⁰ Conforme já mencionado na nota de rodapé anterior, os resultados de pesquisa foram divididos em dois grupos. O grupo A diz respeito aos casos de uso lateral, em que o mero uso formal do dispositivo constitucional que se refere à liberdade artística não teve papel central na fundamentação da decisão. Por sua vez, o grupo B, necessário ao trabalho aqui empreendido, diz respeito ao uso central da liberdade artística, em que sua abordagem foi parte ou totalidade da argumentação que fundamenta a decisão judicial. Nesse segundo grupo, observa-se que foram colocadas tanto as ações em que uso é definitivamente centro da fundamentação como as ações correlacionadas, ou seja, Agravos, Embargos de Declaração e Medidas Cautelares.

aplicação”⁶¹¹ e não se tenha feito uma avaliação pormenorizada de como se deu o uso da proporcionalidade em cada um dos casos, é expressiva a remissão à ponderação nos casos de restrições da liberdade artística em 90% dos casos.

Considerando, portanto, algum consenso brasileiro sobre a aplicação da teoria externa dos direitos fundamentais, a apresentação do debate aqui se deu por dois motivos principais. O primeiro se refere à necessidade de se situar em qual corrente teórica encontra-se este trabalho, já que o tema central são as restrições impostas à liberdade artística pela Administração Pública. O fato é que “em certos casos, o Executivo, ao aplicar lei e a Constituição restringe os direitos fundamentais no plano concreto”⁶¹². Sendo assim, como delineado na parte introdutória deste Capítulo, o intuito aqui é buscar elementos de contenção da atividade de polícia das artes e, portanto, da imposição de censura da arte.

Em segundo lugar, como já afirmado anteriormente, parte-se do pressuposto de que há uma incongruência entre a supremacia do interesse público e a teoria dos direitos fundamentais. Isso porque a referida teoria parte da visão de que não há uma hierarquia prévia entre princípios constitucionalmente estabelecidos. Assim, um interesse público “supremo”, que prevalecesse em qualquer método hermenêutico de interpretação das restrições aos direitos, intrinsecamente não seria condizente com a teoria dos direitos fundamentais. A necessidade de se voltar a atuação administrativa à ponderação e não à uma supremacia engessada do interesse público, nas palavras de Gustavo Binjenbojm, é consequência do fato de que:

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre os privados.⁶¹³

Dessa forma, “[o] fato é que os direitos fundamentais não estão tutelados por normas com significado inequívoco, mas contêm uma ‘zona de penumbra’”⁶¹⁴ acarreta a necessidade de um retorno à ponderação na atividade administrativa quando houver interesses em jogo, “buscando a sua concretização até um grau máximo de

⁶¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 123.

⁶¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 245.

⁶¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 31.

⁶¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 220.

otimização”⁶¹⁵. Portanto, nos voltaremos, em seguida, primeiro, ao âmbito de proteção da liberdade artística e dois núcleos que demandam maior cautela quando ocorrentes no caso concreto e, em segundo lugar, a parâmetros para a atividade administrativa de poder de polícia, no que se refere à conformação da liberdade artística.

3.2. O Âmbito de Proteção da Liberdade Artística

O fato de a (arte) existir neste intervalo, entre ser e poder ser, tornando-se sempre algo diferente no embate com as exterioridades que lhe conferem sentido (o público, a instituição, o circuito, a realidade), faz com que ela, a Arte, não se defina a priori, mas apenas a partir de uma negociação constante com sua tradição e através de inserções possíveis na cultura e na sociedade de seu tempo.⁶¹⁶

Considerando que a arte existe contextualmente, passaremos, então, a tentar definir a abrangência da liberdade artística. Mesmo diante de uma impossibilidade de engessar qualquer conceito de arte, a tentativa aqui é, para fins jurídicos, estabelecer parâmetros que definam o âmbito de proteção *prima facie* da liberdade artística. Isso porque só será possível conter a polícia das artes e a utilização da supremacia do interesse público como veste de legalidade para a censura, a partir de um retorno ao direito fundamental em jogo. Como já delineamos, o conceito de censura aqui utilizado é aquele de ações faticamente arbitrárias de restrição da arte, que se dão através de procedimentos que contêm um verniz legalidade. Se, por um lado, o Capítulo 2 se dedicou ao estabelecimento desse verniz de legalidade usado em prol da censura da arte, por outro, o presente Capítulo se dedica, justamente, a resolver o problema das ações faticamente arbitrárias.

Sendo assim, a fim de conter o arbítrio da Administração Pública, em sua atividade de ordenação da liberdade artística, um retorno ao direito em si é fundamental. Esse retorno, portanto, deve partir de uma consolidação prévia sobre qual é o âmbito de proteção da liberdade artística, a fim de conferir parâmetros para que, antes de tudo, a Administração Pública defina se determinada expressão é ou não considerada “arte” e, portanto, se será objeto de proteção pelo direito fundamental à liberdade artística.

⁶¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 31.

⁶¹⁶ OSORIO, Luiz Camillo. *Olhar à margem: caminhos da arte brasileira*. São Paulo: SESI-SP. Editora: Cosac Naify, 2016, p. 85.

Com vista a esses propósitos, de modo geral, essa seção se divide em duas partes. Em primeiro lugar, é preciso definir o âmbito de incidência da liberdade artística, ou seja, quais os critérios que fazem com que uma determinada arte seja protegida por esse direito. Por mais que essa seja uma tarefa difícil, buscaremos na literatura e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alguns parâmetros úteis para tratar dessa abrangência. Em segundo lugar, buscaremos, também, considerar dois elementos da liberdade artística como núcleos de proteção mais fortes do direito: ou seja, nos casos em que o exercício da liberdade artística se vincular, diretamente, com a (i) promoção da democracia e, adicionalmente, (ii) com a promoção da igualdade, uma diligência maior da atividade administrativa é exigida.

3.2.1. O Âmbito de Proteção da Liberdade Artística

De acordo com a teoria externa dos direitos fundamentais, duas tarefas são necessárias. A primeira consiste em identificar o conteúdo do direito, ou seja, a sua esfera de proteção. A segunda se refere à tarefa de conciliação, como já delineado, com os outros direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Essa seção, portanto, volta-se à primeira tarefa. Assim, como afirma Jane Reis, o âmbito de proteção dos direitos:

[C]ompreende a parcela da realidade correlativa aos bens tutelados pelos direitos fundamentais, ou, em outras palavras, é o conjunto de condutas, estados de coisas e posições jurídicas que, por serem necessárias para tutela dos bens jurídicos inerentes aos direitos fundamentais, não de ser cobertas pelos efeitos da norma jurídica que o consagra.⁶¹⁷

Aqui, vale ressaltar, partiremos de uma visão que diferencia “aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente”⁶¹⁸. A ideia é estabelecer um âmbito de proteção da liberdade artística, com base na teoria do suporte fático amplo. Portanto, o âmbito de proteção da liberdade artística, que será delineado nesta

⁶¹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 235.

⁶¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. N. 4 (23-51), 2006, p. 34.

seção, diz “respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições”⁶¹⁹.

De modo mais amplo, acerca do que significa “liberdade”, Virgílio Afonso da Silva destaca que se trata de “uma esfera de autonomia [garantida] aos indivíduos no âmbito da qual suas escolhas pessoais devem ocorrer sem ingerência externa, sobretudo estatal”⁶²⁰. Essa, no entanto, seria uma compreensão tradicional do que se chama “liberdade negativa”, que impõe abstenções ao Estado. Por outro lado, “[a] ela contrapõe-se aquilo que se convencionou chamar de liberdade positiva, que se expressa no direito de participar da tomada das decisões políticas em uma sociedade”⁶²¹. Nesse caso, há um dever de atuação estatal para a garantia dos meios necessários à concretização da liberdade que estiver em questão.

Quanto à liberdade de expressão, J. J. G. Canotilho estabelece o conceito, a partir da ideia de que, assegurando a “continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões”⁶²²:

A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (Kommunikationsgrundrechte) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão stricto sensu, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiofusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede.⁶²³

Martins Neto também traz um conceito geral. A seu ver, a liberdade de expressão “consiste, basicamente, no direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador)”⁶²⁴. Para Olivieri e Natale, por sua vez, “[a] liberdade de expressão é o direito de todo e qualquer cidadão de manifestar

⁶¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 302.

⁶²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 165.

⁶²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 165.

⁶²² CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes. *Constituição Brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132.

⁶²³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes. *Constituição Brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132.

⁶²⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 27.

ideias, valores, crenças e opiniões sem oposição ou censura”⁶²⁵. Em síntese, os conceitos propostos centram-se na possibilidade de transmissão de mensagens, por diversos meios, sem amarras jurídicas que lhe frustrem a comunicação.

De todo modo, a liberdade artística é considerada, em geral, um viés da liberdade de expressão. A segunda, mais ampla, congloba a primeira⁶²⁶. Como esclarece Frederick Schauer, “[c]ertamente, uma teoria adequada da liberdade de expressão deve de alguma forma se ligar à proteção da arte, porque a censura das artes visuais e literárias tem sido generalizada na história moderna”⁶²⁷. Nas suas palavras, “é evidente que quase todas as instâncias de censura da arte são casos de liberdade de expressão, porque o fator motivador da censura é quase sempre o desejo de evitar que espectadores ou ouvintes sejam influenciados de certa forma”⁶²⁸. Dessa forma, a liberdade artística deve fazer parte de um mesmo escopo de proteção garantido à liberdade de expressão. Isso porque “a censura artística é um ato dirigido ao impacto comunicativo da obra de arte e, portanto, é restringida pelo princípio da liberdade de expressão”⁶²⁹.

Fazendo referência ao dispositivo constitucional que faz menção à liberdade de expressão, qual seja, o art. 5º, inciso IX, Ingo Sarlet assevera que há um “arcabouço jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações”⁶³⁰. Portanto, a manifestação da arte é protegida pela liberdade de expressão. Partindo dessa ideia, de todo modo, é necessário trazer uma perspectiva sobre a abrangência da liberdade artística em si – e não da liberdade de expressão –, uma vez que seu objeto de incidência, a arte, é amplo e, muitas vezes, abstrato⁶³¹. Isso porque:

⁶²⁵ OLIVIERI, Cris; NATALE, Edson. Contextualização de fatos e conceitos. In: *Direito, arte e liberdade*. Organização de Cris Olivieri e Edson Natale. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018 (41-57), p. 46.

⁶²⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2003, p. 240.

⁶²⁷ SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. UK: Cambridge University Press, 1982, 92.

⁶²⁸ SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. UK: Cambridge University Press, 1982, p. 111.

⁶²⁹ SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. UK: Cambridge University Press, 1982, p. 111.

⁶³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, 6ª ed., p. 493.

⁶³¹ Não entraremos a fundo no conceito de arte em si, mas tão somente nos critérios delimitadores que a definem como objeto de proteção da liberdade artística. Em uma discussão sobre o significado de arte, epígrafe desse tópico, Luiz Camillo Osório defende, como mencionado na Introdução desta dissertação, que ela representa sempre “algo diferente no embate com as exterioridades que lhe conferem sentido (o público, a instituição, o circuito, a realidade), [o que] faz com que ela, a Arte, não se defina *a priori*, mas

Em primeiro lugar, a arte não se limita à manifestação do pensamento. Inclui ações [...] e envolve a 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.⁶³²

Ocorre que “[n]a doutrina constitucional brasileira não encontramos reflexões sobre a liberdade de arte, limitando-se os autores a análises genéricas da liberdade de expressão”⁶³³. Na jurisprudência brasileira, igualmente, não há uma definição exata de qual o objeto no qual incide a proteção conferida à liberdade de expressão artística. Embora haja diversos casos em que o Supremo Tribunal Federal faz menção ao direito, a conceituação trazida é imprecisa. De todo modo, vale destacá-la.

Nesse sentido, foi realizada pesquisa jurisprudencial no *site* do Supremo Tribunal Federal pela expressão “liberdade artística”. No entanto, alguns problemas foram percebidos já inicialmente. Chegou-se ao resultado de somente 26 acórdãos⁶³⁴, enquanto a pesquisa por “liberdade de expressão” levou a 242 acórdãos, um número bem mais significativo. A diferença de quantidade de decisões monocráticas também é considerável: enquanto a pesquisa pela liberdade artística levou a 318 decisões, a liberdade de expressão levou a 1724 decisões.

Além disso, casos paradigmáticos de liberdade artística, tratados na literatura, inclusive, a partir dessa consideração⁶³⁵, como os Habeas Corpus 83.996 e 82.424, que

apenas a partir de uma negociação constante com sua tradição e através das inserções possíveis na cultura e na sociedade de seu tempo”. OSORIO, Luiz Camillo. *Olhar à margem: caminhos da arte brasileira*. São Paulo: SESI-SP Editora: Cosac Naify, 2016, p. 85.

⁶³² DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Disponível em: https://www.academia.edu/1131230/O_direito_de_ofender_sobre_os_limites_da_liberdade_de_express%C3%A3o_art%C3%ADstica., p. 3-4.

⁶³³ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Disponível em: https://www.academia.edu/1131230/O_direito_de_ofender_sobre_os_limites_da_liberdade_de_express%C3%A3o_art%C3%ADstica., p. 3.

⁶³⁴ Pesquisa realizada em 21 de novembro de 2021. Os acórdãos são referentes às ações: Ação Penal 863/SP, Rcl 24459/SP, Rcl 19775 ED-AgR/SE, ARE 790813/SP, ARE 953822 AgR/SP, Rcl 1070522/PE nos quais há um tratamento apenas lateral da liberdade artística, sem centralidade para as decisões tomadas, e RE 414426/SC, RE 555320 AgR/SC, RE 635023 ED/DF, RE 795467/SP (Repercussão Geral), RE 753777 ED/SP, ADI 3870/SP, ADPF 183/DF, ARE 12396464 AgR/RJ, ADI 4815/DF, RE 221239/SP, RE 910572 AgR/SP, AI 713014 AgR-segundo/SP, ADI 4451/DF, ADI 4451 MC-REF/DF, ADPF 130/DF, RE 898450/SP, ADPF 460/PR, RE 888090 AdR-EDv/SP, ADC 66/DF, Rcl 38782/RJ, nos quais a liberdade artística foi central para a decisão.

⁶³⁵ Nesse sentido, Inês Virgínia Prado Soares menciona que o caso Gerald Thomas “apresenta uma reflexão interessante sobre a possibilidade de criminalização de atos ‘esteticamente desconfortáveis’, ofensivos, deseducados ou de mau gosto, praticados no exercício da liberdade de expressão, no viés da liberdade de expressão artística e cultural”. SOARES, Inês Virgínia Prado. Quando a liberdade de expressão cultural ganha um bom abraço da Justiça? In: OLIVIEIRI, Cris; NATALE, Edson (orgs). *Direito, arte e liberdade*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018, p. 65.

trataram, respectivamente, da realização de ato obsceno em peça teatral de Gerald Thomas e da publicação de livros de conteúdo antissemita, não foram parte do resultado de pesquisa. Ambos não tinham em sua ementa e indexação menção à liberdade artística de modo específico, mas tão somente à liberdade de expressão em sentido genérico⁶³⁶.

Acerca da jurisprudência específica sobre o tema, duas conclusões podem ser tiradas do tratamento da liberdade artística, considerando os 26 acórdãos resultado da pesquisa jurisprudencial⁶³⁷. Em primeiro lugar, algumas atividades foram incluídas como merecedoras de proteção devido à previsão constitucional da liberdade de expressão artística no art. 5º, IX, da CRFB. As atividades compreendidas são a de músico⁶³⁸, obras biográficas literárias e audiovisuais⁶³⁹, criações artísticas humorísticas, seja por via de escritos, charges, caricaturas e programas de humor⁶⁴⁰, inclusive em conteúdo audiovisual⁶⁴¹, a autoexpressão por via da tatuagem⁶⁴², o ensino, o aprendizado e a pesquisa de artes⁶⁴³. Todas essas práticas listadas, que compreendem relação com a expressão artística, foram, na jurisprudência do STF, protegidas, por

⁶³⁶ Esse ponto pode revelar dois problemas principais. O primeiro diz respeito ao método de pesquisa jurisprudencial, que não abarca casos fundamentais de liberdade artística, uma vez que ora o termo não é mencionado no acórdão da decisão, ora sequer é mencionado no inteiro teor – ou, mesmo, há casos em que o inteiro teor é digitalizado, o que impossibilita a verificação de sua presença ou não, a não ser pela leitura completa. O segundo problema, mais complexo, diz respeito ao tratamento do STF dado à liberdade artística. Isso porque, considerando que decisões que dizem respeito a objetos relacionados intimamente a expressões artísticas não aparecem como resultado de pesquisa, como mencionado, pode-se tirar a conclusão prévia de que o Supremo Tribunal talvez esteja tratando-os como casos genéricos de liberdade de expressão, sem atentar para as peculiaridades da expressão artística. Embora esse ponto merecesse uma análise complexa e profunda das decisões dos casos de liberdade de expressão, tarefa que não cabe no presente trabalho, essa parece ser uma conclusão razoável tirada *a priori*, que revela uma abordagem precária quanto à substancialidade e peculiaridade da liberdade artística, sem uma definição exata de seu contorno e dos preceitos necessários à sua efetivação.

⁶³⁷ Um exercício de consolidação das matérias leva a presença de sete temas centrais: (a) liberdade de exercício profissional da atividade de músico e inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil; (b) conflito entre liberdade de expressão artística e outros direitos fundamentais; (c) imunidade tributária de materiais que veiculam expressões artísticas; (d) ingerência estatal no direito a críticas, exercido, inclusive, por via de atividades artísticas, durante os períodos eleitorais; (e) não recepção da Lei da Imprensa por violação das liberdades de expressão; (f) impedimento de provimento de cargo por conta de tatuagem do candidato e; (g) vedação de políticas de ensino que apliquem ideologia de gênero como violadora da liberdade de expressão artística.

⁶³⁸ STF, RE 795467, SP/São Paulo, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Julgamento 05/06/14, Publicação 24/06/14, Repercussão Geral.

⁶³⁹ STF, ADI 4815, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgamento 10/06/15, Publicação 01/02/16, DJe-018.

⁶⁴⁰ STF, ADI 4451 MC-REF, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento 02/09/10, Publicação 24/08/12.

⁶⁴¹ STF, Rcl 38782, RJ/Rio de Janeiro, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento 03/11/2020, Publicação 24/02/2021.

⁶⁴² STF, RE 898450, SP/São Paulo, Min. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgamento 17/08/16, Publicação 31/05/17, DJe-114.

⁶⁴³ STF, ADPF 460, Paraná/PR, Min. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento 29/06/2020, publicação 13/08/2020, DJe-201.

força constitucional, de modo que não lhes fossem impostas restrições ou qualquer forma de censura prévia.

Uma segunda conclusão diz respeito ao fato de que, em que pese o Supremo ter defendido que determinadas práticas sejam protegidas, não foi consolidado um entendimento geral de quais outras atividades deveriam merecer proteção, ou seja, sobre qual o âmbito de proteção desse direito. A insuficiência desse tratamento se dá diante do fato (i) de que casos paradigmáticos de liberdade artística somente foram tratados como de liberdade de expressão, em sentido amplo, não sendo dada a devida atenção às peculiaridades daquele direito. Os exemplos, já citados, são do caso Ellwanger e do caso Gerald Thomas. Ainda, (i) de que em nenhuma das decisões aqui analisadas houve a definição exata dos contornos da liberdade artística e de uma delimitação precisa de qual seu âmbito de proteção.

Inclusive, quando do julgamento da ADI 4.451, o Min. Gilmar Mendes mencionou em seu voto a dificuldade de definição de um conceito de arte aceito universalmente e a impossibilidade de previsão de quais seriam as formas de expressão artística⁶⁴⁴⁻⁶⁴⁵. O mesmo ocorreu no julgamento da Rcl 38.782, em que o Ministro, em seu voto, afirmou que:

Apesar de expressamente prevista no texto constitucional, o âmbito de proteção da liberdade artística pode gerar controvérsias. Isso porque é praticamente impossível chegar-se a uma definição de arte universalmente aceita, o que dificulta a análise dos limites da liberdade artística e a consequente verificação de eventuais agressões a outros direitos igualmente assegurados na Constituição Federal. As formas de expressão artística são inúmeras e de impossível previsão, inclusive pelo fato de que a arte possui, em sua essência, muitas vezes um caráter inovador.⁶⁴⁶

No entanto, o próprio Min. Gilmar Mendes destacou que se recorrêssemos à jurisprudência alemã, seria possível constatar que essa dificuldade de delimitação do conceito de arte é real, mas não impediu que o Tribunal Alemão elaborasse uma

⁶⁴⁴ STF, ADI 4451 MC-REF, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento 02/09/10, Publicação 24/08/12, p. 87 do Acórdão.

⁶⁴⁵ O Min. Gilmar Mendes, na ADI 4451, também menciona que o STF não teria tido oportunidades de se manifestar sobre o tema do escopo da liberdade artística. No entanto, até o ano do julgamento da referida ADI, em 2018, haviam sido julgadas pelo Tribunal um total de 20 das 28 ações – com decisões colegiadas – mencionadas no âmbito desse trabalho, além de terem sido proferidas 180 das 318 decisões monocráticas. Para além disso, há que se considerar, como já mencionado, que houve casos de liberdade artística que foram tratados como liberdade de expressão sem a devida consideração daquele direito. Qualquer definição do campo de proteção somente pode ser tirada, conforme mencionado anteriormente, da compilação dos objetos de ações que chegaram ao Supremo e nas quais houve a sua proteção, mas não de uma discussão de fato sobre esse tema.

⁶⁴⁶ STF, Rcl 38782, RJ/Rio de Janeiro, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento 03/11/2020, Publicação 24/02/2021, p. 14-15 do Acórdão.

tentativa de conceber o rol de proteção da liberdade artística⁶⁴⁷. Houve, de fato, uma consolidação, ainda que sem total êxito, do entendimento acerca de critérios que protegessem as obras artísticas de restrições e ingerências estatais e particulares⁶⁴⁸.

Na Alemanha, especificamente no caso Mephisto (1971)⁶⁴⁹, referente à publicação do romance homônimo, de Klaus Mann, a Corte foi demandada a decidir se deveria ser proibida a sua publicação, sob o argumento de que o livro retratava uma biografia depreciativa de Gustaf Gründgen⁶⁵⁰. Leonardo Martins realizou estudo da abordagem que o Tribunal alemão levantou sobre o direito à liberdade artística nesse caso. O Tribunal se voltou a três definições de arte: a material, a formal e a aberta. O seu intuito foi possibilitar uma visão sobre a abrangência da liberdade artística que não deixasse de lado expressões que são, de fato, artísticas.

Conforme destaca Martins, a definição material, ou idealista, consistiria na “formação criativa livre, na qual impressões, experiências e vivências do artista seriam trazidas à observação imediata por meio de uma linguagem formal específica”⁶⁵¹⁻⁶⁵². No entanto, diante da dificuldade de abrangência da arte contemporânea, o conceito material foi tido como insuficiente, recorrendo-se, então, a uma definição formal de arte. Segundo esta, menciona Martins, volta-se para o “tipo ou espécie de arte (pintura, escultura, teatro, dança, cinema, música, poesia, prosa, artes plásticas etc)”⁶⁵³. Mas havia certo engessamento sobre os tipos de artes. Isso poderia não só, de um lado, restringir a delimitação de um âmbito de proteção, mas, também, levar à conclusão

⁶⁴⁷ STF, Rcl 38782, RJ/Rio de Janeiro, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento 03/11/2020, Publicação 24/02/2021, p. 15 do Acórdão.

⁶⁴⁸ STF, ADI 4451 MC-REF, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento 02/09/10, Publicação 24/08/12, p. 87 do Acórdão.

⁶⁴⁹ Para uma análise do caso, KOMMERS, Donald P. MILLER, Russell A. *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3rd ed., rev. and expanded, Duke University Press, 2012, p. 358-363.

⁶⁵⁰ STF, ADI 4451 MC-REF, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento 02/09/10, Publicação 24/08/12, p. 90 do Acórdão.

⁶⁵¹ MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à Expressão Artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (organizadores). *Direito da Arte*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

⁶⁵² “A característica essencial da atividade artística é a livre modulação criativa na qual as impressões e experiências do artista ganham expressão imediata por meio de uma forma específica de linguagem”. KOMMERS, Donald P. MILLER, Russell A. *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3rd ed., rev. and expanded, Duke University Press, 2012, p. 359.

⁶⁵³ MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à Expressão Artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (organizadores). *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

errada de que a liberdade artística é ilimitada e prevaleceria em qualquer conflito de direitos⁶⁵⁴.

Diante da insuficiência e do engessamento dos conceitos material e formal, ainda que tratados em conjunto, Martins destaca que na década de 80, tratando do controle de constitucionalidade de caricaturas, o Tribunal Constitucional Federal se voltou para um conceito aberto de arte⁶⁵⁵. De acordo com esse conceito aberto, seria considerado como arte o que pudesse ser interpretado como arte. Conforme menciona Gilmar Mendes, o critério, nesse caso, é o de reconhecimento por terceiros⁶⁵⁶.

Segundo o conceito aberto de arte, reconhece-se ‘como característica peculiar de uma expressão artística ser possível, por causa do caráter multifacetário do seu conteúdo expressivo, depreender da sua manifestação significados sempre novos e mais amplos, pela via do prosseguimento da interpretação, de tal sorte que ocorra uma transmissão em vários níveis e praticamente ininterrupta da informação.’⁶⁵⁷

No entanto, segundo entendimento de Martins, mesmo esse conceito aberto teria sua aporias. Isso porque poderia revelar um “reducionismo hermenêutico” e ser insuficiente nos casos de ambiguidade quanto ao reconhecimento da arte⁶⁵⁸. Considerando, portanto, a vultosa dificuldade em se estabelecer uma definição inequívoca de arte, o autor propõe uma consideração conjunta dos conceitos material e formal, em adição ao critério de reconhecimento por terceiros, ainda que ele derive de

⁶⁵⁴ A Corte, no caso, considerou que a arte pode conflitar com direitos fundamentais na esfera individual e, como ela atua no “mundo social”, ao ser exposta, deve ser analisada também quanto a sua esfera social, sendo necessário pesar os direitos em jogo. Nesse sentido, “[a] Alta Corte Regional de Hamburgo e a Corte Federal de Justiça assumiram que a proteção do direito ao respeito de Gründgen se estende à esfera social. A esse respeito, a Corte Federal de Justiça considerou corretamente que essa necessidade de proteção – e a respectiva obrigação de proteger – diminui na medida em que a memória da pessoa falecida se apaga. De outro lado, as cortes também assumiram que o romance de Klaus Mann constitui um trabalho de arte dentro do sentido do Artigo 5 (3). A corte tentou resolver esse conflito ao sopesar os interesses em conflito um contra o outro”. KOMMERS, Donald P. MILLER, Russell A. *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3rd ed., rev. and expanded, Duke University Press, 2012, p. 360.

⁶⁵⁵ MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à Expressão Artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (organizadores). *Direito da Arte*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

⁶⁵⁶ STF, ADI 4451 MC-REF, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento 02/09/10, Publicação 24/08/12, p. 89 do Acórdão.

⁶⁵⁷ MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à Expressão Artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (organizadores). *Direito da Arte*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

⁶⁵⁸ MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à Expressão Artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (organizadores). *Direito da Arte*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

um conceito aberto⁶⁵⁹. Esses três aspectos definiriam o âmbito de proteção da liberdade artística.

Também na literatura, Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos fazem uma análise do âmbito de proteção da liberdade artística. No entanto, os autores fazem uma reformulação dos critérios do direito alemão para traduzi-los em quatro: o material, o formal, o significado e o reconhecimento. Dessa forma, se determinada expressão artística atendesse esses quatro elementos, ela mereceria a proteção *prima facie* conferida pela liberdade artística.

Do ponto de vista material, então, “[a] arte consiste no trabalho criativo que permite se expressar dentro de uma tradição que usa determinadas formas de expressão”⁶⁶⁰. Do lado formal, há a “[p]ossibilidade de classificar certa produção em uma categoria de obras que são reconhecidamente artísticas (pintura, teatro, dança etc.)”⁶⁶¹. Ainda, a respeito do significado, há que se considerar que as obras “permite[m] várias interpretações, oferecendo sempre novas informações, ideias e estímulos”⁶⁶². Por fim, haveria a questão do reconhecimento, ou seja, a “[a]tribuição do predicado ‘arte’ a certa obra por terceiros que têm conhecimento na área”⁶⁶³. Esses aspectos, portanto, são tidos como centrais para avaliar se uma expressão é englobada pelo âmbito de proteção da liberdade artística.

Essa linha levantada pela literatura brasileira, a partir dos julgados alemães, independente se traduzida em três ou quatro critérios, portanto, parece ser a melhor alternativa para definir a abrangência *prima facie* da liberdade artística. Dessa forma, a fim de entender se determinada arte deve ser protegida pela liberdade artística é

⁶⁵⁹ MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à Expressão Artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (organizadores). *Direito da Arte*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

⁶⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Disponível em: https://www.academia.edu/1131230/O_direito_de_ofender_sobre_os_limites_da_liberdade_de_express%C3%A3o_art%C3%ADstica, p. 4.

⁶⁶¹ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Disponível em: https://www.academia.edu/1131230/O_direito_de_ofender_sobre_os_limites_da_liberdade_de_express%C3%A3o_art%C3%ADstica, p. 4.

⁶⁶² DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Disponível em: https://www.academia.edu/1131230/O_direito_de_ofender_sobre_os_limites_da_liberdade_de_express%C3%A3o_art%C3%ADstica, p. 4.

⁶⁶³ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Disponível em: https://www.academia.edu/1131230/O_direito_de_ofender_sobre_os_limites_da_liberdade_de_express%C3%A3o_art%C3%ADstica, p. 4.

necessário, antes de tudo, avaliar se há (i) a expressão da “personalidade individual do artista”; se ela corresponde a alguma (ii) espécie ou tipo formal de arte e, por fim; se há (iii) o reconhecimento por terceiros de que a expressão em questão é artística. Por óbvio, há uma flexibilidade nessas avaliações, que é necessária, principalmente “se pensarmos que os critérios e tendências estéticas modificam-se com o tempo”⁶⁶⁴.

Definida essa abrangência, a Administração Pública poderá perceber se se trata ou não de um caso que envolve a liberdade artística. Ainda assim, a abrangência desse direito não confere uma proteção ilimitada. Há que se voltar à legalidade e à ponderação. Como visto anteriormente, os direitos fundamentais podem entrar em conflito e, nesses casos, é necessário pesá-los, através da ponderação, caso a caso, a fim de se buscar a imposição de menores restrições quanto for possível.

3.2.2. Dois Núcleos da Liberdade Artística como Parâmetros para a Atividade Administrativa

Estabelecido o âmbito de proteção desse direito, ou seja, quais os critérios definidores do que é a arte para os fins jurídicos, buscaremos, então, dois núcleos de proteção que demandam maiores cuidados quando em situação de potencial restrição. A fim de conferir mais alguns parâmetros para a atividade administrativa, a nosso ver, nos casos em que o exercício da liberdade artística se vincular, diretamente, com a (i) promoção da democracia e com a (ii) promoção da igualdade, deve ser maior a diligência da Administração Pública quanto à possibilidade de restrição. Isso, vale ressaltar, não exclui eventual ponderação, em conflito com outros direitos fundamentais, mas, na realidade, serve de alerta para uma maior diligência na atuação da polícia das artes.

Como já destacado na seção 1.1, intitulada “Os Fundamentos da Proteção à Liberdade de Expressão e sua Aplicabilidade para a Liberdade Artística”, há três teorias centrais acerca das justificativas para a proteção constitucional da liberdade de expressão que se aplicam para a liberdade artística. Faremos um uso não convencional

⁶⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Disponível em: https://www.academia.edu/1131230/O_direito_de_ofender_sobre_os_limites_da_liberdade_de_express%C3%A3o_art%C3%ADstica., p. 5.

de uma dessas teorias⁶⁶⁵. Nesse ponto, partiremos do que já foi delineado, quando se falou da relação entre poder de polícia e fomento, de que o Estado deve promover e fomentar a liberdade artística, com um papel interventor, e não somente se abster de qualquer ação nessa matéria⁶⁶⁶. A premissa, portanto, é de que seu papel é duplo, de abstenção e de promoção, o que deriva de fundamentos constitucionais.

De todo modo, o intuito aqui é oferecer instrumentos ou elementos para a atividade administrativa de poder de polícia, que atua na conformação dos direitos fundamentais e, notadamente, da liberdade artística. Assim, se houver na obra artística potencialmente a ser restringida, uma preocupação com a democracia e com a igualdade, a Administração Pública deve ter um cuidado redobrado na ponderação de direitos em conflito.

Ao estudar a aplicação da proteção conferida pela Primeira Emenda estadunidense à liberdade de expressão, Cass Sunstein faz uma análise a partir de uma distinção entre algumas expressões que demandariam uma proteção redobrada. Ao seu ver, pautado nas ideias madisonianas acerca da Primeira Emenda, aquelas expressões que tivessem valor político, no sentido de agregarem ao debate democrático, deveriam

⁶⁶⁵ Explica-se, brevemente, porque não se faz uso das teorias da busca da verdade e da autorrealização: O ponto é que se há, como já delineado no Capítulo 2, um dever positivo de promoção da liberdade artística, afastar-se-á o fundamento ligado à busca da verdade. Essa fundamentação, em regra, parte de uma visão de que deveria haver um *free marketplace of ideas*, livre de qualquer ingerência estatal. E, então, a violação da liberdade artística não se produz apenas pela ação do Estado, mas pode ser produzida por sua inércia. Daí que, se confiar na mão invisível do mercado não é uma escolha constitucional brasileira, utilizar-se de um fundamento que parte desse pressuposto para estabelecer um núcleo de maior proteção à liberdade de expressão seria, no mínimo, contraditório. Já quanto ao fundamento da autorrealização dos indivíduos, também é necessário um afastamento de sua possível colocação como núcleo da liberdade artística, mas por outro motivo. Conforme destacado anteriormente, para a teoria da autonomia individual, nem os governantes nem as maiorias transitórias devem poder impedir alguém de ter acesso a determinada expressão por medo de não poder compreendê-la ou ponderá-la. Daí que vincular o núcleo da liberdade artística à autonomia é pressupor que toda e qualquer arte, sendo manifestação da autonomia dos indivíduos – já que não há como não o ser – demandaria maior diligência da Administração quanto à sua conformação com outros direitos. Isso desconfiguraria a própria tentativa de se estabelecer núcleos que merecem maior cuidado, uma vez que um núcleo voltado à autonomia englobaria tudo.

⁶⁶⁶ “De forma muito esquemática, pode-se dizer que há no debate constitucional norte-americano duas grandes linhas ou tradições em relação ao papel do Estado em matéria de liberdade de expressão. Uma libertária, que vê o Estado como o grande adversário deste direito, e tem como ideal regulativo o modelo do “mercado de idéias”, em que agentes privados comunicar-se-iam uns com os outros livremente, sem qualquer interferência estatal. Esta corrente parte da premissa de que, ainda que o mercado possa ter as suas falhas, elas são preferíveis à intervenção do Estado, cuja atuação sempre tenderia a desfavorecer as idéias que fossem prejudiciais aos governantes ou contrárias às preferências das maiorias. A outra linha é a ativista, que aceita e às vezes até reclama a intervenção estatal na esfera comunicativa, visando a suprir e corrigir os desvios e as falhas mercadológicas, a fim de assegurar as condições para um debate público mais plural, do qual também possam participar aqueles que, por falta de dinheiro ou poder, não conseguiriam se fazer ouvir num sistema baseado exclusivamente no mercado. O seu ideal regulativo é a democracia deliberativa.”, v. SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>, p. 5.

ser contidas em um núcleo duro de proteção da liberdade de expressão – que deveria ser vista, portanto, a partir de dois níveis, um que demanda maior proteção do que o outro⁶⁶⁷. Na sua concepção, as restrições severas a expressões de conteúdo político seriam inconstitucionais. Aqui, destacamos que essas restrições podem ocorrer se no teste de ponderação, outro direito fundamental tiver maior peso. No entanto, nos apropriaremos da ideia de Sunstein a fim de estabelecer núcleos do direito fundamental à liberdade artística, ou seja, de conferir maiores parâmetros para a atuação administrativa no que tange a esse direito.

Antes de se definir os núcleos da liberdade artística e justificar sua escolha, um parêntesis é necessário. Como estuda Ana Paula de Barcellos, há duas correntes na literatura brasileira e estrangeira que tratam do núcleo dos direitos fundamentais: as teorias absolutas e as teorias relativas. Segundo as primeiras, “o núcleo de cada direito não pode sofrer restrição ou ser relativizado em nenhuma circunstância e, por isso mesmo, esse conteúdo deve ser delimitado em abstrato para cada direito”⁶⁶⁸. Já segundo as teorias relativas “sustentam que o conteúdo essencial de um direito só pode ser visualizado diante do caso concreto e que, portanto, apenas depois da ponderação será possível identificar o que é afinal o núcleo”⁶⁶⁹. Sunstein, ao que nos parece, se vincula à teoria absoluta, inclusive, se utilizando da expressão, que é sua marca, “núcleo duro” da liberdade de expressão, para remeter àquelas expressões de natureza política, que não poderiam ser objeto de restrição estatal.

No entanto, embora nos apropriemos, em parte, da sua visão, a tentativa aqui é diversa e caminha no meio das teorias. Considerando o passado histórico brasileiro, de censuras, como elaborado, que se prendem a justificativas políticas e morais, a ideia central aqui é estabelecer *standards* para que os órgãos estatais possam verificar quais casos que merecem mais cuidado na restrição de direitos. Não há a tentativa de definição de um “núcleo duro nem permanente ou não-histórico”⁶⁷⁰, mas sim de um

⁶⁶⁷ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 148.

⁶⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 143.

⁶⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 143.

⁶⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 145.

“núcleo suficientemente consistente”⁶⁷¹ que possa proteger a liberdade artística, em alguma medida, de ações arbitrárias de censura.

A fixação de um núcleo duro, por exemplo, para a arte que veicule algum saber ou posicionamento político e que, por isso, não poderia ser restringida em nenhum caso, de maneira abstrata, pode funcionar para evitar ações arbitrárias de diminuição da oposição, por exemplo. Mas, na prática, não parece funcionar bem. Isso porque, retomando o exemplo anterior, se um artista resolve pintar uma obra na Avenida Rio Branco, no Município do Rio de Janeiro, às 18h de um dia útil, e ela possui conteúdo político, incrementando debates democráticos, o núcleo duro não possibilitaria a restrição dessa manifestação artística. Daí a necessidade de, ainda que a obra veicule elementos de promoção da democracia, recorra-se ao método de ponderação, no caso, entre a liberdade artística e o direito de ir e vir. Assim, o fato de veicular conteúdo aliado à deliberação democrática deve funcionar como alerta ao órgão público que vá impor restrições, de modo que a restrição não seja tão excessiva a ponto, por exemplo, do artista não poder manifestar sua liberdade artística em outro local, sob outras circunstâncias, nas quais não haja conflito com a liberdade de locomoção da coletividade.

A partir dessa ideia, voltaremos a dois aspectos da liberdade artística, que possuem lastro constitucional no cenário brasileiro, a fim de estabelecer esse cuidado maior com sua proteção. Não só nos casos em que haja a (i) agregação do debate democrático, mas também nos casos em que haja uma preocupação com a (ii) promoção da igualdade, deve haver uma maior diligência da Administração Pública quanto à imposição de restrições à liberdade artística.

A promoção da democracia é o primeiro elemento do núcleo da expressão artística que deve ser tido em consideração pela atividade administrativa. Como visto no Capítulo 1, para a teoria democrática, “a proteção constitucional da expressão identifica a liberdade de expressão como um meio de promover um sistema democrático de governo saudável, transparente e eficaz”⁶⁷². A respeito especificamente da liberdade artística, como destaca Post, “a arte e outras formas de discurso [...] se encaixam

⁶⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 145.

⁶⁷² TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017, p. 31.

confortavelmente no escopo do discurso público”⁶⁷³ e, portanto, seriam merecedoras de proteção. A evocação dessa ideia aqui, no entanto, é inusual: busca estabelecer que, nos casos em que a arte promover a deliberação democrática, é fundamental que a Administração Pública tenha maior diligência quanto à imposição de restrições.

Nesse sentido, embora tenhamos delineado a divergência em relação ao que foi teorizado por Cass Sunstein, no sentido de que não há uma incorporação aqui de um núcleo duro do direito, mas de um núcleo suficientemente consistente, vale recuperar seu ponto quanto à proteção desse núcleo. Ao seu ver, a expressão – artística ou não – de alto valor constitucional é aquela que possui conteúdo político, no sentido de ser “intencionada e recebida como uma contribuição para a deliberação pública sobre algum assunto”⁶⁷⁴. E arte pode ser essa forma de expressão, tendo em conta uma compreensão ampla sobre os assuntos que contribuem para a deliberação pública, que é adotada pelo autor. Nas palavras de Sunstein:

Esta concepção ampla parece correta, em primeiro lugar, porque tal discurso é muitas vezes de fato conscientemente político no sentido relevante, apesar de aparências iniciais, e, em segundo lugar, porque é importante criar um espaço grande de definição do discurso político, protegendo a expressão, mesmo que ela não se enquadra explicitamente e com segurança nessa categoria.⁶⁷⁵

O seu ponto, resgatando as ideias de Madison, não é de que a arte somente possua valor por seu conteúdo político. Em realidade, é de que a arte, como discurso, pertence a um núcleo de proteção mais forte, “se tiver um conteúdo político, o que muita arte possui e, por essa razão, é especialmente protegida da censura”⁶⁷⁶. Por óbvio, uma atribuição de maior diligência para imposição de restrições quando em jogo uma expressão artística com conteúdo político não significa que qualquer outra não esteja, também, no âmbito de proteção do direito – que, conforme já tratado, depende de outros elementos.

A consideração de um núcleo da liberdade artística que englobe as obras artísticas de conteúdo voltado à promoção do debate democrático se justifica por dois motivos principais. O primeiro diz respeito ao fato de que na própria noção de

⁶⁷³ POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review*, Vol. 97:3 (477-489), 2011, p. 486.

⁶⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 130.

⁶⁷⁵ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 152.

⁶⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995, p. 153.

democracia, a liberdade de expressão, de modo mais amplo, é tida como fator fundamental e, daí, uma necessária interlocução. Parece haver um consenso mínimo, na teoria constitucional, de que a democracia está atrelada aos direitos fundamentais e à agregação de um valor substantivo à democracia⁶⁷⁷. Seja na vertente de um constitucionalismo liberal⁶⁷⁸ – preocupado com as liberdades individuais – seja de um constitucionalismo social⁶⁷⁹ – voltado à inclusão de direitos sociais –, houve a preocupação da inserção de uma gramática de direitos no processo democrático. E, dentre esses direitos, figura a liberdade de expressão.

É fundamental para eleições livres⁶⁸⁰ ou mesmo para os processos de agregação de visões acerca dos valores comuns⁶⁸¹, deliberação e consenso⁶⁸² e participação na vida política⁶⁸³ que haja liberdade de expressão. Isso porque o regime democrático depende de condições fáticas que possibilitem o dissenso, as críticas e os questionamentos e essas condições se atrelam à própria garantia da liberdade de expressão. Daí a interlocução aqui proposta: há uma via de mão dupla em que a democracia depende desse direito e vice-versa. Assim, vincular um núcleo suficiente da liberdade artística à deliberação pública, é voltar a preocupação a um alto valor para a Constituição de 1988, que reestabeleceu o regime democrático.

Na medida em que a liberdade artística configurar, em certa medida, “um direito exercido em público [que] pode muito bem moldar o âmbito público e como este é vivenciado por outrem”⁶⁸⁴, a diligência da Administração Pública deve ser maior quanto à possibilidade de imposição de restrições. Isso porque justamente nesses casos, como

⁶⁷⁷ A esse respeito, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 63-64. MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 53-57.

⁶⁷⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 72-73.

⁶⁷⁹ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 82-86.

⁶⁸⁰ FUNG. A. 2007. “Democratic Theory and Political Science: a pragmatic method of constructive engagement”. *American Political Science Review*, vol. 101, n. 3, p. 448.

⁶⁸¹ FUNG. A. 2007. “Democratic Theory and Political Science: a pragmatic method of constructive engagement”. *American Political Science Review*, vol. 101, n. 3, p. 448.

⁶⁸² FUNG. A. 2007. “Democratic Theory and Political Science: a pragmatic method of constructive engagement”. *American Political Science Review*, vol. 101, n. 3, p. 449-450. SHAPIRO, Ian. 2003. *The state of democratic theory*. Princeton, N.J.: Princeton University Press. (Cap. 1. Aggregation, Deliberation, and the Common Good. pp. 10-34), p. 21-22.

⁶⁸³ FUNG. A. 2007. “Democratic Theory and Political Science: a pragmatic method of constructive engagement”. *American Political Science Review*, vol. 101, n. 3, p. 450.

⁶⁸⁴ BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: ascensão da política antidemocrática no ocidente*. Traduzido por Mário A. Marino, Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019, p. 170.

menciona Wendy Brown, a liberdade de expressão “traz consigo uma grande porção de nosso poder público individual em democracias, motivo pelo qual é fundamental para a cidadania democrática”⁶⁸⁵.

O segundo motivo para a definição de um núcleo atrelado ao incremento do debate público se volta ao fato da permanência da censura política, mesmo sob a Constituição de 1988. Como delineado na seção 2.3, três fatores de erosão democrática são a negação de legitimidade dos oponentes políticos, a propensão da restrição das liberdades civis e o endosso de ações violentas contra a oposição⁶⁸⁶. O retorno da censura política, nos momentos de retrocesso, serve, justamente a esses fatores. Se a arte tiver conteúdo, portanto, político, na medida em que abre o espaço da deliberação democrática, ela se torna alvo. Daí a importância de se voltar para esse núcleo – político ou, melhor, democrático – a fim de estabelecer um *standard* para que a Administração Pública, em sua atuação de conformação das liberdades, tenha maior prudência ao impor ordens de polícia.

Em segundo lugar, a vinculação a questões de igualdade é o outro elemento do núcleo da expressão artística que deve ser tido em consideração maior pela atividade administrativa. Nesse caso, também, se a expressão artística em jogo tratar de temas voltados à igualdade, seja em seu viés formal, seja material, é fundamental que a Administração Pública tenha maior diligência quanto à imposição de restrições. E essa preocupação com a igualdade se dá por dois motivos: o primeiro voltado à realidade desigual brasileira e o segundo à permanência da censura moral.

A primeira justificativa para uma maior proteção das formas artísticas que se voltem aos temas relacionados à igualdade, portanto, decorre do fato do problema de a desigualdade ser recorrente na história brasileira. Utilizando as dimensões de justiça definidas por Nancy Fraser, no Brasil, a desigualdade perpassa tanto por problemas de redistribuição, como de reconhecimento e de participação política⁶⁸⁷. A autora analisa, em um primeiro momento, “duas maneiras muito genéricas de compreender a injustiça.

⁶⁸⁵ BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: ascensão da política antidemocrática no ocidente*. Traduzido por Mário A. Marino, Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019, p. 170.

⁶⁸⁶ LEVITSKY, S. e ZIBLATT, D. 2018. *Como as Democracias Morrem*. RJ: Zahar, p. 34-36.

⁶⁸⁷ A autora acrescentou a dimensão da participação política à sua teoria, após uma consideração anterior de uma dupla dimensão (redistribuição e reconhecimento). FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14/15, 2006, tradução Julio Assis Simões, p. 231-239. FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution Recognition, and Participation. In: FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical Exchange*. Translated by Joel Golb, James Ingram and Christine Wilke. UK: Verso, 2004, p. 8 e ss. FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em

A primeira delas é a injustiça econômica, que se radica na estrutura econômico-política da sociedade”⁶⁸⁸ e tem como remédio a redistribuição. Em segundo lugar, há uma maneira cultural e simbólica de entender a injustiça, ao seu ver, que deriva “[d]os padrões sociais de representação, interpretação e comunicação”⁶⁸⁹ e tem, por sua vez, como remédio o reconhecimento. Em trabalho posterior, Fraser acrescenta uma outra dimensão das injustiças perpetradas no mundo atual⁶⁹⁰, adaptando sua visão anterior, bidimensional, para uma compreensão tridimensional de justiça. Sendo assim, faz referência ao político e, portanto, ao fato de que “[c]entrada em questões de pertencimento e procedimento, a dimensão política da justiça diz respeito prioritariamente à representação”⁶⁹¹ e veicula uma questão de pertencimento social.

Essas três dimensões, a redistribuição econômica, o reconhecimento e a participação política, que são fundamentais, no pensamento de Fraser, para a justiça, servem de base para entender a permanência do problema da desigualdade no Brasil e sua comunicação com a questão da liberdade de expressão. Em primeiro, a desigualdade econômica se relaciona com a distribuição de recursos na sociedade e, sendo assim, tem impactos no acesso não só aos recursos, propriamente, mas a direitos: saúde, educação, por exemplo. Conforme destaca Pedro H. G. Ferreira de Souza, a história da desigualdade econômica no Brasil está atrelada à concentração de renda no topo⁶⁹², que derivou de uma série de medidas e políticas, ao longo do tempo, que sempre impactaram negativamente a distribuição⁶⁹³. O ponto central é que as instituições brasileiras sempre tenderam à inércia quanto à concentração de renda, privilegiando uma pequena camada da sociedade.

A segunda dimensão da desigualdade, que enseja o remédio do reconhecimento, deriva de questões identitárias e culturais. Nesse caso, há falta de paridade quanto à

um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77: 11-39, 2009, tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis.

⁶⁸⁸ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14/15, 2006, tradução Julio Assis Simões, p. 232.

⁶⁸⁹ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14/15, 2006, tradução Julio Assis Simões, p. 232.

⁶⁹⁰ “[A]s teorias da justiça devem-se tornar tridimensionais, incorporando a dimensão política da representação ao lado da dimensão econômica da distribuição e da dimensão cultural do reconhecimento”. FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77: 11-39, 2009, tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis, p. 17.

⁶⁹¹ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77: 11-39, 2009, tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis, p. 19.

⁶⁹² SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. Uma história da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013. 1 ed. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2018, p. 285.

⁶⁹³ SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. Uma história da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013. 1 ed. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2018, p. 286.

valorização dos sujeitos⁶⁹⁴, seja dentro do Estado, como fora dele, por questões que derivam, de um lado, da cultura e, de outro, da identidade dos grupos. Como afirma Fraser, o reconhecimento envolve, dentre outros aspectos, uma “revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados”⁶⁹⁵. Sob pena de sermos demasiadamente sintéticos⁶⁹⁶, do ponto de vista geral, a cultura brasileira se funda em “marcas de posição e hierarquização tradicional”⁶⁹⁷; do ponto de vista específico, há pelo menos duas variáveis identitárias que ditam as compreensões de mundo: a raça e o gênero. De um lado, negros e indígenas⁶⁹⁸ “não t[ê]m condições de reivindicar um tratamento igualitário ou de exigir que suas diferenças sejam respeitadas”⁶⁹⁹. De outro, as mulheres e os LGBTQIA+ se encontram em estruturas “históricas de dominação e subordinação”, que o privam de certas liberdades. Atualmente, no contexto de regresso democrático, a situação se vê ainda mais prejudicada, como destaca Flávia Biroli: “[a] ‘defesa da família’ tem justificado restrições a direitos, naturalizando desigualdades e colocado em xeque mesmo legislações e políticas que visam garantir a integridade física de mulheres e pessoas LGBTQIA”⁷⁰⁰.

Por fim, o terceiro aspecto da desigualdade é o político. Nesse sentido, a consideração de “político” se dá tendo em conta “os termos nos quais aqueles incluídos

⁶⁹⁴ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14/15, 2006, tradução Julio Assis Simões, p. 233.

⁶⁹⁵ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14/15, 2006, tradução Julio Assis Simões, p. 232.

⁶⁹⁶ Observa-se que a questão cultural vai além da síntese feita para os fins deste trabalho. Em que pese haver uma história única de fundação do Brasil, há diversas interpretações sobre os aspectos culturais que foram relevantes e permanecem sendo, para a compreensão de mundo dos brasileiros, tomada de forma geral. Por exemplo, para Jessé de Souza, a cultura brasileira teria maior relevância que o patrimonialismo e o personalismo, a impessoalidade e a lógica de mercado, v. SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 19, nº 54, fev/2004. Também destaca aspecto parecido, Sandel, ao tratar, no entanto, da cultura norte-americana, v. SANDEL, Michael. *Tiraniam do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, tradução Bhuvli Libanio. Vão ao encontro à posição de DaMatta, embora com peculiaridades, as visões de Holanda e Faoro, v. HOLANDA, Sérgio Buarque de, 1902-1989. *Raízes do Brasil*. 27ª ed. São Paulo: Companhia de Letras, 2014. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11ª ed., São Paulo: Globo, 1997.

⁶⁹⁷ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 199.

⁶⁹⁸ ELOY AMADO, Luiz Henrique. *Vukápanavo: O despertar do povo terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político*. 1. Ed. Rio de Janeiro: E-papers, 2020, p. 112.

⁶⁹⁹ ALMEIDA, Sílvia Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro, Polén, 2019. Versão Digital (Ebook), p. 111.

⁷⁰⁰ BIROLI, Flávia. Gênero, “valores familiares” e democracia. In: BIROLI, Flávia. VAGGIONE, Juan Marco. MACHADO, Maria das Dores Campos (orgs). *Gênero, neoconservadorismo e democracia*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 137.

na comunidade política expressam suas reivindicações e decidem suas disputas”⁷⁰¹, ou seja, se há uma representação justa nos processos de tomada de decisão e uma possibilidade real de influência sobre o comportamento do outro.

Nesse contexto, a proteção do núcleo da liberdade artística voltada às questões de igualdade é necessária por dois motivos. O primeiro: buscar proteger a expressão daqueles sujeitos que têm menos acesso aos mecanismos para concretização de seu direito, de modo a promover, nas palavras de Owen Fiss, “os direitos discursivos das mulheres, das minorias e dos pobres”⁷⁰². Em segundo, proteger discursos que veiculem um ideal constitucional de igualdade, necessário em um contexto de graves desigualdades – econômicas, culturais-identitárias e políticas – que se perpetuam ao longo do tempo no Brasil.

O segundo motivo para a definição de um núcleo atrelado ao incremento da igualdade se volta ao fato da permanência da censura moral, mesmo sob a Constituição de 1988. Conforme estudado em 2.3, nas palavras de Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone, “há um contingente de pessoas que não professa o credo cosmopolita, igualitário e multicultural que impulsiona a agenda progressista de direitos humanos”⁷⁰³. A justificativa moral da censura, com o crescimento de uma agenda conservadora, atua, portanto, contra os ideais de igualdade, reforçando a exclusão de grupos tradicionalmente oprimidos, numa tentativa de reforçar uma visão exclusiva de moral e bons costumes.

Sendo assim, se a arte em questão possui conteúdo voltado às pautas da liberdade, especialmente no que se refere ao reconhecimento de grupos tradicionalmente oprimidos, como o são as mulheres, negros, indígenas e LGBTQIA+, ela se torna alvo. Esse aspecto é claro, inclusive, no caso que ilustra a Introdução dessa dissertação: a mostra Queermuseu – Cartografias da Diferença foi, justamente, atacada por grupos que preconizavam uma visão exclusiva da moral, que não poderia ser “violada” pela representação minoritária através da arte.

O entendimento acerca desses dois núcleos da liberdade artística, o democrático e o igualitário, pode ser considerado como derivação de fundamentos constitucionais,

⁷⁰¹ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77: 11-39, 2009, tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis, p. 20.

⁷⁰² FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

⁷⁰³ BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Democracias iliberais e direitos humanos: o papel dos tribunais internacionais*. Mimeografado, 2021, p. 4.

inclusive. O art. 220, §2º, da CRFB, estabelece que “[é] vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Embora os significados do que é “político” e do que é “ideológico” remetam a debates muito mais amplos, é possível visualizar que, de um lado, as justificativas políticas da censura e, de outro, as morais, não coadunam com os pressupostos constitucionais. E elas funcionam, justamente como tentamos explicar, contra esses núcleos, democrático e igualitário, respectivamente, da liberdade artística.

Portanto, em primeiro plano, a Administração Pública deve verificar, nos casos que envolvam a liberdade de expressão se se trata, em realidade, de um caso de proteção da liberdade artística. Para tanto, deve ser entendido se a arte que se apresenta é (i) a expressão da personalidade individual do artista, (ii) uma espécie ou tipo formal de arte e (iii) reconhecida por terceiros como arte. Além disso, ao nosso ver, deve haver uma diligência maior quanto à proteção se a arte, analisada no caso concreto, contribui (i) com a promoção da democracia e, adicionalmente, (iii) com a promoção da igualdade. Nesses casos, haverá um núcleo da liberdade artística que demanda maior proteção e diligência na atividade administrativa de conformação das liberdades com outros direitos fundamentais. De todo modo, como já destacado, é fundamental recorrer à legalidade e à ponderação dos direitos fundamentais em jogo.

3.3. Limites ao Poder de Polícia das Artes

O direito administrativo reúne hoje um grande conjunto de engrenagens organizacionais e processuais para viabilizar o choque tanto quanto possível ordenado dos interesses, individuais ou não, e também para gerar um diálogo entre eles, levando a um fluxo interminável de decisões e reações. Essa é a face do direito administrativo como engrenagem da democracia. Quem sabe a ironia faça sentido: o direito administrativo talvez já não se possa explicar pela noção de interesse público, e sim pela de conflito público.⁷⁰⁴

Conforme elaboram Patrícia Baptista e Daniel Capecchi Nunes, “[s]em Administração e burocracia aparelhadas e comprometidas com a realização dos fins constitucionais, o projeto constitucional se frustra”⁷⁰⁵ e essa percepção é especificamente importante quando se estuda a censura da arte, uma vez que a atividade de polícia das artes encontra-se entre o Direito Administrativo e o Constitucional. Diante das heranças

⁷⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 68-69.

⁷⁰⁵ BAPTISTA, Patrícia. NUNES, Daniel Capecchi. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do Direito Público contemporâneo sobre uma velha questão. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº 4: 1938-1960, 2016, p. 1941.

históricas das censuras políticas e morais da arte, a contenção da polícia das artes perpassa uma noção de que “não é possível excluir o papel da burocracia estatal como promotora de direitos fundamentais no âmbito de Estados democráticos”⁷⁰⁶. Daí a necessidade de, na esteira do processo de constitucionalização do direito administrativo, voltar à atividade da Administração para os preceitos constitucionais, “propiciando uma releitura de seus institutos, categorias operativas e formas organizacionais”⁷⁰⁷.

A fim de maior concretude à atividade administrativa no âmbito de restrições à liberdade artística, procederemos então, a uma tentativa de estabelecer limites possíveis ao poder de polícia das artes a fim de conter as ações arbitrárias de censura. Além da definição do âmbito de proteção do direito, percorremos dois caminhos nessa tentativa. O primeiro é, a partir da divisão entre restrições expressamente estatuídas na Constituição, restrições expressamente autorizadas por ela e restrições implicitamente autorizadas, estabelecer dois graus de vinculação à Administração Pública.

O primeiro grau é de total vinculação às restrições a direitos fundamentais estatuídas constitucionalmente. Nesse caso, a atividade administrativa não pode, por óbvio, deixar de aplicar disposições constitucionais. O segundo grau se refere ao fato de que, quando há restrições indiretamente constitucionais da liberdade artística, que dependam de normas infraconstitucionais, o espaço de atuação administrativa é sujeito à reserva ou à preferência legal, embora possa comportar algum nível de ponderação. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “[o] poder de polícia encontra seus limites na lei e no princípio da proporcionalidade”⁷⁰⁸.

Nesse sentido, havendo um espaço deixado pelo legislador – propositalmente ou por conta dos limites da atividade legislativa – a atuação administrativa, no estabelecimento de restrições à liberdade artística, deve se voltar à ponderação. Como veremos adiante, essa ponderação deve ter em conta três hipóteses nas quais os direitos fundamentais atuam como barreira à atividade de polícia. A primeira hipótese se refere ao fato de que as ações administrativas não podem contrariar frontalmente o âmbito de proteção da liberdade artística. Daí a diligência maior com os núcleos de promoção da deliberação democrática e da igualdade. A segunda é que a Administração não deve

⁷⁰⁶ BAPTISTA, Patrícia. NUNES, Daniel Capecchi. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do Direito Público contemporâneo sobre uma velha questão. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº 4: 1938-1960, 2016, p. 1948.

⁷⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 38.

⁷⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 600.

ultrapassar os parâmetros de proporcionalidade, ou seja, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, mesmo no caso de colisão entre a liberdade artística e um interesse público. E a terceira é que não deve reduzir a expressão artística a um mínimo que a impossibilite.

Dessa forma, a partir de um retorno, de um lado, à legalidade e, de outro, à proporcionalidade para resolução de conflitos entre direitos fundamentais, buscaremos, de modo mais específico, definir alguns parâmetros para restrições ao exercício da liberdade artística, com base na literatura sobre o tema. A ideia aqui é trazer elementos que possam guiar a atividade administrativa de poder de polícia, quando estiver em jogo a livre expressão artística, a partir de uma noção de que, a proteção da liberdade artística depende de que o Direito Administrativo acompanhe os fluxos do Direito Constitucional.

3.3.1. A Vinculação da Atividade de Polícia Administrativa

Como delineado na parte 1 deste Capítulo, partimos da compreensão da teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, segundo a qual há a existência, de um lado, do direito em si e de outro, de sua restrição⁷⁰⁹. Assim, “[n]o direito fundamental *prima facie* que corresponde a [um] princípio há algo de excedente que pode ser restringido”⁷¹⁰ através de normas. No entendimento de Alexy, duas são as espécies possíveis de restrições aos direitos fundamentais: as restrições diretamente constitucionais e as restrições indiretamente constitucionais. “Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais”⁷¹¹.

O que se pretende elaborar a seguir é que a classificação entre as restrições diretamente e indiretamente constitucionais leva a duas possibilidades de atuação da Administração Pública quanto à liberdade artística para o estabelecimento de restrições. Em primeiro plano, quando a Constituição estabelecer restrições diretas, a Administração Pública fica totalmente vinculada. Em segundo plano, quando há

⁷⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 277.

⁷¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 280.

⁷¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 286.

restrições indiretas, que dependem de normas infraconstitucionais, o espaço de atuação administrativa é sujeito à reserva ou à preferência legal, embora possa comportar algum nível de ponderação.

Partindo da noção de Alexy sobre restrições diretamente e indiretamente constitucionais aos direitos fundamentais, Jane Reis estabelece uma proposta complementar de classificação. De um lado, haveria “[a]s restrições expressamente estatuídas pela Constituição [que] são aquelas dispostas por meio de cláusulas restritivas explícitas”⁷¹². De outro lado, “[a]s restrições expressamente autorizadas pela Constituição [que] são estabelecidas por atos infraconstitucionais com fundamento em competências conferidas de forma explícita no texto constitucional”⁷¹³. Nesse segundo caso, a reserva legal pode se dar de forma simples ou de forma qualificada. Na explicação de Jane Reis:

Fala-se em reserva legal simples quando o preceito constitucional limita-se a prever a intervenção legislativa sem determinar qual será o objeto ou a finalidade da lei, por meio de fórmulas genéricas do tipo: na forma da lei, nos termos da lei etc. Diversamente, tem-se a reserva legal qualificada nos casos em que o constituinte, além de prever a possibilidade de ação legislativa, determina previamente qual deverá ser o objeto e a finalidade da lei reguladora.⁷¹⁴

Além disso, como estabelece a autora, haveria uma outra espécie de restrição: aquela implicitamente autorizada pela Constituição. Nesse caso, são admitidas restrições, também, “sempre que a indeterminação dos preceitos constitucionais ou a necessidade de preservação da unidade da Lei Maior torne imperativa a regulamentação infraconstitucional dos direitos”⁷¹⁵. De todo modo, como esclarece Luís Roberto Barroso, as restrições a direitos fundamentais, “quando não estejam expressas na Constituição, hão de estar nela implícitas e estão sujeitas à reserva legal”⁷¹⁶.

A partir dessa chave classificatória, há que se ter em conta, justamente, os dois graus de vinculação da Administração Pública quanto à imposição de restrições à liberdade artística. Essa proposta tenta conciliar o que Ingo Sarlet define como “a vinculação simultânea da administração ao princípio da legalidade (a subordinação à

⁷¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 250.

⁷¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 250.

⁷¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 251.

⁷¹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 253.

⁷¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 509.

lei) e ao da constitucionalidade (subordinação à Constituição e, de modo geral, aos direitos fundamentais)”⁷¹⁷. A atividade administrativa é totalmente vinculada, quando se tratar de restrições expressamente estatuídas pela Constituição e é vinculada aos pressupostos legais, quando se tratar de restrições expressamente autorizadas pela Constituição e de restrições implicitamente autorizadas pela Constituição, mas havendo um espaço para ponderação, tendo em vista que a lei, em geral, não dá conta de toda a realidade, e que tanto ela como a Constituição comportam conceitos jurídicos indeterminados e conflitos entre direitos fundamentais.

O primeiro grau de vinculação da Administração Pública é, portanto, quanto às restrições expressamente estatuídas pela Constituição. É o caso, por exemplo, das expressões artísticas que, em seu escopo, traduzam racismo. Em que pese o estabelecimento da previsão constitucional da liberdade artística no art. 5º, inciso IX, o constituinte já fez um prévio exercício de ponderação que levou, por outro, lado, à instituição da prática de racismo como crime inafiançável e imprescritível, no art. 5º, inciso XLII. E essa determinação constitucional leva ao fato de que as restrições à liberdade artística quando essa se torna veículo de práticas de racismo tem lastro constitucional e, portanto, a Administração Pública está vinculada a segui-la.

Nesse caso, não há o que se recorrer a critérios legais ou ao exercício de ponderação, uma vez que o constituinte já estabeleceu a restrição e o fez através de uma regra. Ainda, não se trata de uma ação arbitrária do administrador público aquela que possivelmente impõe restrição à liberdade artística fundada na disposição constitucional. Se o texto da Carta institui, através de uma regra, que a prática de racismo é crime, o será, ainda que recoberta pela prática artística. Essa compreensão tem em conta, inclusive, uma justa medida na aplicação de regras e princípios constitucionais⁷¹⁸ e a vinculação da Administração ao bloco de legalidade, a partir do sistema constitucional⁷¹⁹.

O segundo grau de vinculação da Administração Pública se relaciona às restrições expressamente e às implicitamente autorizadas na Constituição. Nesses dois âmbitos, surge a questão sobre o espaço de ponderação conferido à atividade

⁷¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 389.

⁷¹⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 140.

⁷¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 147.

administrativa, de um lado, porque a lei, muitas vezes, não dá conta de todas as situações e, de outro, porque a existência de conceitos jurídicos indeterminados e de conflitos entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente legítimos nem sempre foi resolvida em âmbito constitucional e nem legal. Nesse aspecto, dois debates são fundamentais: o primeiro, relacionado à suficiência da lei em relação aos parâmetros para a atividade administrativa de restrição da liberdade artística e o segundo, à vinculação da Administração Pública ao bloco de legalidade.

A primeira questão é, portanto, sobre o quanto é exigido do tratamento legislativo, a fim de que haja parâmetros suficientes para a atuação da Administração Pública na execução das restrições a direitos fundamentais. No debate norte-americano, no que concerne à Primeira Emenda e, conseqüentemente, à liberdade de expressão, foi desenvolvida a *vagueness doctrine*⁷²⁰. De acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos, com base no caso paradigmático *Connally v. General Construction Co* (1926), um ato normativo é considerado inválido de inconstitucionalidade se dotado de tanta vagueza que uma pessoa de inteligência média precise de esforços para adivinhar seu significado⁷²¹. Embora a doutrina tenha sido aplicada, primeiramente, às leis penais, “os tribunais nos Estados Unidos examinam particularmente as leis vagas relativas às questões da Primeira Emenda devido ao seu possível efeito inibidor sobre os direitos protegidos”⁷²².

Nesse sentido, se uma determinada lei regula aspectos da liberdade de expressão e impõe restrições a esse direito, ela deve possuir aplicações concretas e não estabelecer termos vagos de restrição que possam possibilitar à Administração Pública um espaço de discricionariedade muito alto. Como destaca Donald Dripps, “se a penumbra do estatuto for ampla e indefinida, de modo a acarretar não apenas injusta surpresa, mas também aplicação arbitrária, o Tribunal pode invalidá-lo completamente”⁷²³. No que se refere à liberdade de expressão, em casos de vagueza legal acentuada, o problema

⁷²⁰ A. G. A. The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. *The University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, n. 1, nov 1960.

⁷²¹ DYNIA, Philip A. Vagueness. In: *The First Amendment Encyclopedia*: Presented by the John Seigenthaler Chair of Excellence in First Amendment Studies. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1027/vagueness>.

⁷²² DYNIA, Philip A. Vagueness. In: *The First Amendment Encyclopedia*: Presented by the John Seigenthaler Chair of Excellence in First Amendment Studies. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1027/vagueness>.

⁷²³ DRIPPS, Donald A. Due Process Overbreadth? The Void for Vagueness Doctrine Fundamental Rights, and the Brewing Storm over Undefined Consent in Sexual Assault Statutes. *Oklahoma Law Review*, Vol. 73:121, 2020, p. 122.

central levantado pela Suprema Corte é que a lei pode inibir atividades discursivas além de suas pretensões⁷²⁴ e, por isso, é necessário que ela tenha termos específicos.

Relacionada à *vagueness doctrine*, ainda no debate jurídico norte-americano, é relevante a *overbreadht doctrine*, que possui um raciocínio semelhante quanto às possíveis violações à Primeira Emenda. A partir da compreensão de que normas com textos muito abertos permitem o favorecimento de alguns pontos de vista e a inibição de outros, exige-se um texto mais “fechado”. Segundo a *overbreadht doctrine*, pode-se contestar “a constitucionalidade facial de um estatuto com base no fato de que ele pode inibir o engajamento de discursos constitucionalmente protegidos”⁷²⁵. Nesse caso, “se o Tribunal considerar que a lei é muito ampla e não pode ser interpretada de forma estrita para evitar possível aplicação inconstitucional, ela será anulada”⁷²⁶. Ambas as compreensões judiciais, portanto, reafirmam a necessidade de uma reserva legal quanto a possíveis restrições da liberdade de expressão e, não só, exigem também que a lei contenha termos suficientemente precisos que orientem o agente responsável por sua execução.

Já na literatura brasileira, também está presente, ainda que em termos diversos, “para as matérias submetidas à reserva de lei prevista na Constituição – como é o caso, em regra, da instituição de restrições a direitos fundamentais – a questão [...] [d]o quanto se exige do tratamento legislativo da matéria para que ele seja considerado suficiente”⁷²⁷. Carlos Ari Sundfeld resume o debate sobre a suficiência da lei a partir de duas visões: “[u]ns cobram do legislador nada menos que a regulação completa [...], enquanto os outros se contentam com a lei que fixe o quadro da matéria, os parâmetros gerais mínimos”⁷²⁸. Nos dois casos, persiste o problema da definição de qual a completude ou qual o mínimo. Recorrendo à *vagueness doctrine* e à *overbreadht doctrine*, talvez a imposição ao legislador, em matéria de restrições à liberdade de expressão artística, deva ser do estabelecimento de uma restrição que seja compreendida

⁷²⁴ DRIPPS, Donald A. Due Process Overbreadth? The Void for Vagueness Doctrine Fundamental Rights, and the Brewing Storm over Undefined Consent in Sexual Assault Statutes. *Oklahoma Law Review*, Vol. 73:121, 2020, p. 122.

⁷²⁵ DRIPPS, Donald A. Due Process Overbreadth? The Void for Vagueness Doctrine Fundamental Rights, and the Brewing Storm over Undefined Consent in Sexual Assault Statutes. *Oklahoma Law Review*, Vol. 73:121, 2020, p. 122.

⁷²⁶ HOLLAND, Keith H. The Doctrine of Substantia Overbreadth: A Better Prescription for Strong Medicine in Missouri. *Missouri Law Review*, vol. 79, issue 1, winter 2014, p. 185.

⁷²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89.

⁷²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 272-273.

pela inteligência média, de um lado, e que não tenha textura tão aberta de modo a acarretar efeito resfriador de outras formas de expressão que não a restringida, por outro.

De todo modo, ora “os atos da Administração Pública [...] devem reverência aos dispositivos legais, anteriores ou posteriores, sob pena de invalidade”⁷²⁹, no que é traduzido como preferência de lei, ora a reserva de lei demanda que “determinadas matérias, em virtude de especial proteção constitucional que lhes foi conferida, deverão ter tratamento, o mais extenso possível, por lei em sentido formal [...] ou material”⁷³⁰. No entanto, ainda que a instituição de restrições a direitos fundamentais, em regra, esteja submetida à reserva legal⁷³¹, a questão da suficiência da prescrição legal é relevante, diante de uma inviabilidade fática do esgotamento legislativo de todas as matérias⁷³² e do fato de que a atividade administrativa nem sempre envolve tão somente uma aplicação mecânica da lei⁷³³.

Essa inviabilidade decorre, como indica André Cyrino, tanto de custos de conhecimento como de custos de transação⁷³⁴, o que culmina no fato de que a lei ora precisa deixar e ora simplesmente deixa espaço para a atividade administrativa. Seja porque, como destaca Marçal Justen Filho, há uma “impossibilidade material de a lei exaurir a disciplina das limitações às liberdades”⁷³⁵, seja porque há “o surgimento de situações imprevistas, não contempladas expressamente na lei”⁷³⁶, sobra espaço para a Administração. Assim, diante das complexidades inerentes da realidade contemporânea, é “impensável que a lei sempre determin[e], até os últimos pormenores, qual dev[e] ser

⁷²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 86.

⁷³⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 87.

⁷³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editoras, 4, 1973, p. 29.

⁷³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNANDÉZ, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo I*. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 195.

⁷³³ CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 57.

⁷³⁴ CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 227.

⁷³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 600.

⁷³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 600.

o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos”, como destaca Almiro do Couto e Silva⁷³⁷.

De todo modo, geralmente, nas palavras de Gustavo Binimbojm, “a ponderação entre direitos fundamentais, ou entre estes e interesses difusos tutelados constitucionalmente, caberá ao próprio constituinte ou ao legislador infraconstitucional, eis que a matéria é esgotada na Constituição ou fica sujeita à reserva de lei”⁷³⁸. No entanto, em alguns casos, sobra espaço para a atuação administrativa, mesmo porque “as limitações constantes das leis são tornadas concretas por meio da atividade administrativa de poder de polícia”⁷³⁹. E, justamente nesse ponto, é relevante o debate sobre a vinculação da Administração ao bloco de legalidade.

Na literatura de Direito Administrativo, fala-se, recorrentemente, em uma substituição da legalidade administrativa⁷⁴⁰ pela juridicidade administrativa⁷⁴¹. Enquanto a primeira exigia não só ausência de oposição à lei, mas autorização dela para a atividade administrativa⁷⁴², a segunda “legitima a atuação do Poder Público com fundamento na Constituição ou mesmo no bloco de constitucionalidade, ainda que ausente a lei”⁷⁴³. Observa-se que não há, nas palavras de André Cyrino, o afastamento “completo da lei formal, [mas a] recondu[ção] [d]a ação administrativa a um labor fundado diretamente na Constituição”⁷⁴⁴. Fato é que os movimentos de constitucionalização do direito administrativo e da ascensão axiológica da Constituição trariam a implicação de que “a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de

⁷³⁷ COUTO E SILVA, Almiro. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 179/80:51-67, 1990, p. 53.

⁷³⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 128.

⁷³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 591.

⁷⁴⁰ Para uma visão mais restrita de legalidade administrativa, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 85-86.

⁷⁴¹ Para a compreensão mais apurada acerca da transição entre legalidade e juridicidade, BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 131 e ss.

⁷⁴² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editoras, 4, 1973, p. 29 e ss

⁷⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 510

⁷⁴⁴ CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 59.

competências administrativas como também (ii) serve de critério imediato de decisão administrativa”⁷⁴⁵.

Nesse sentido, o administrador não fica somente restrito à aplicação da lei, mas também da Constituição e do bloco de legalidade como um todo⁷⁴⁶. Daí que em um processo de constitucionalização do Direito Administrativo, a sua operacionalização se dá “tanto na aplicação direta de regras claras do Texto Maior, quanto por meio do resultado do sopesamento entre os seus variados princípios, por intermédio do postulado da proporcionalidade”⁷⁴⁷. Nos casos, então, em que as restrições a direitos fundamentais são expressas ou implicitamente autorizadas pela Constituição, em decorrência tanto a insuficiência da lei como da presença de conceitos indeterminados e de conflitos entre direitos fundamentais, não só na Constituição, mas nas próprias leis, a atuação administrativa volta-se à ponderação. Como destaca Gustavo Binjenbojm:

Com efeito, a ordenação sistêmica dos direitos fundamentais suscita, em certas situações, a necessidade imperiosa de a Administração compor colisões não constitucionalmente previstas e não integralmente reguladas pela lei entre bens constitucionais, sobretudo em hipóteses de conflitos entre direitos fundamentais.⁷⁴⁸

Dessa forma, duas conclusões são necessárias. A primeira é que, quando se tratar de restrições expressamente estatuídas pela Constituição, a Administração Pública deve atuar em conformidade com seu cumprimento. Em segundo lugar, em matéria de restrições de direitos fundamentais expressamente autorizadas pela Constituição e implicitamente autorizadas pela Constituição, a reserva legal e a preferência da lei devem ser devidamente atendidas. A lei, nesses casos, deve-se atentar para um conteúdo mínimo de proteção, voltado para a compreensão do ser humano médio acerca das restrições impostas e para a necessidade de conter qualquer efeito inibidor de expressões não compreendidas pela restrição⁷⁴⁹ – resgatando, especificamente, os preceitos da *vagueness doctrine* e da *overbreadth doctrine*.

⁷⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 137.

⁷⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 128.

⁷⁴⁷ CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 61.

⁷⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89-90.

⁷⁴⁹ Observa-se que, embora não seja o objeto do presente trabalho, a lei deve, ainda, seguir um devido procedimento de elaboração normativa que é consequência dos direitos fundamentais “já que a ação estatal destina-se em última análise a assegurar o respeito, a proteção e a promoção de direitos”.

Uma vez atendida a reserva ou preferência legal, deixando o legislador um espaço para a atuação administrativa, ela encontra-se submetida diretamente à Constituição e seus preceitos. Essa submissão, também, se dá a partir de um dever de ponderação da Administração Pública, quando princípios estiverem em jogo. Nesses casos, em que há uma margem para a atuação do poder de polícia, deve haver uma diligência maior quanto à proteção se a arte, analisada no caso concreto, contribui (i) com a promoção da democracia e, adicionalmente, (iii) com a promoção da igualdade, como delineado anteriormente. Isso porque esses núcleos demandam maior proteção e diligência na atividade administrativa.

3.3.2. O Dever de Ponderação da Administração Pública e Limites Específicos à Polícia das Artes

A promulgação da Constituição de 1988, que instituiu um Estado Democrático de Direito, veio acompanhada, como elaborado anteriormente, de movimentos de centralização dos direitos fundamentais e constitucionalização do direito. A influência do constitucionalismo democrático passou a recair sobre a atividade da Administração Pública, de modo geral, designando o “giro democrático-constitucional”⁷⁵⁰ do Direito Administrativo⁷⁵¹. Nas palavras de Gustavo Binbenojm:

O Estado democrático de direito então inaugurado passa a afirmar a centralidade do sistema de direitos fundamentais e da democracia, que se apresentam, simultaneamente, como seus elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade. A constitucionalização do direito administrativo designa, assim, não apenas a previsão dos grandes princípios e de algumas regras da disciplina no Texto Constitucional, mas sobretudo a impregnação da dogmática administrativista pelos

BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: Devido Procedimento na Elaboração Normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 91.

⁷⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

⁷⁵¹ As consequências desse giro democrático-constitucional para o Direito Administrativo, conforme entendimento de Binbenojm, se deram por três vias principais. Em primeiro plano, incrementando “o grau de responsividade dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos”. Em segundo plano, buscando “respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais dos administrados, por meio de mecanismos que assegura[sse]m o devido processo legal e de políticas públicas a eles vinculadas”. Em terceiro plano, pretendendo “submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos, como em termos de resultados práticos”. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

vetores axiológicos da Lei Maior, propiciando uma releitura de seus institutos, categorias operativas e formas organizacionais.⁷⁵²

Nesse contexto de democratização do Direito Administrativo, em que ele passa a ser visto como engrenagem da democracia, como destaca Carlos Ari Sundfeld, “talvez [ele] já não possa se explicar pela noção de interesse público, e sim pela de conflito público”⁷⁵³. E nesse conflito público residem, justamente, os conflitos entre os direitos fundamentais e os bens constitucionalmente protegidos. Como já destacado anteriormente, embora o Poder de Polícia esteja, em matéria de proteção aos direitos fundamentais, sujeito à reservas ou preferências legais, muitas vezes a lei não dará conta de todas as questões ou deixará espaços para a atuação administrativa⁷⁵⁴, o que abre margem, portanto, para que a Administração resolva os conflitos públicos nessa seara⁷⁵⁵.

Daí a necessidade de voltar à atividade administrativa à ponderação⁷⁵⁶. Nos casos de censura da arte, em que o verniz da legalidade é dado pela supremacia do interesse público, essa compreensão é especialmente relevante. A contenção de justificativas políticas e morais para a censura perpassa essa quebra com o verniz de legalidade que lhe é conveniente: da supremacia do interesse público. E essa quebra vem do fato, justamente, de que a “centralidade do sistema de direitos fundamentais instituíd[a] pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia do absoluta dos interesses públicos”⁷⁵⁷.

⁷⁵² BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

⁷⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editoras, 4, 1973, p. 69.

⁷⁵⁴ CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 227. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 600.

⁷⁵⁵ Sobre os espaços deixados pela lei para o exercício do Poder de Polícia, v. COUTO E SILVA, Almiro. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 179/80:51-67, 1990, p. 61.

⁷⁵⁶ Observa-se que, para os fins do trabalho, não será dada uma distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Sobre o tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 419 e ss. BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*. 1997.

⁷⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 31.

Embora, como já delineado no Capítulo 2, em muitos casos a noção de interesse público, por conta de sua própria fluidez⁷⁵⁸, possa comportar a promoção dos direitos fundamentais, nos casos atuais de censura da arte, ela é cooptada para a imposição de restrições à liberdade artística que não se fundam em uma ponderação realizada no âmbito da atividade administrativa. De modo diverso, servem a ações arbitrárias, que não concretizam a liberdade artística, mas, justamente, atuam contra ela. Por isso, nas palavras de Binenbojm:

[T]oda e qualquer atividade de polícia, restritiva de algum direito fundamental, só será legítima quando puder ser reconduzida ao sistema constitucional, no qual o Poder Público [...] encontre fundamento para a proteção e promoção de outro direito fundamental ou de interesses da coletividade como um todo, que tenham dignidade constitucional, e desde que sejam ultrapassados os exames da ponderação proporcional.⁷⁵⁹

Como destaca Marçal Justen Filho, a partir de uma noção de que o núcleo do direito administrativo é decorrente não do interesse público abstrato, mas dos próprios direitos fundamentais, “[q]uando se invoca o interesse público somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais”⁷⁶⁰. Isso é uma consequência dos próprios regimes democráticos, que “vão mais além da fórmula da supremacia e indisponibilidade do interesse público”⁷⁶¹. Daí que na própria definição que o autor dá do poder de polícia, há a vinculação da Administração à proporcionalidade. Nas suas palavras,

“[o] poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”⁷⁶².

Portanto, a Administração deve se voltar à proporcionalidade⁷⁶³ e às suas três etapas, no exercício da limitação da liberdade artística. Esta deve ser pesada com o outro interesse ou princípio que esteja em jogo: seja a proteção da criança e do

⁷⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 107.

⁷⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 124-125.

⁷⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

⁷⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

⁷⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 589.

⁷⁶³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 245. BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*. 1997, p. 161.

adolescente, seja manutenção da segurança e da ordem, seja a liberdade religiosa ou qualquer outro princípio de lastro constitucional. Desse modo, a proporcionalidade deve funcionar “como mecanismo decisivo para realizar o balanceamento entre os diversos interesses colocados em jogo no momento da elaboração e da execução da ordem de polícia”⁷⁶⁴. A atividade administrativa, então, deve ser orientada, nos casos em que há margem decisória, para a compatibilização entre direitos fundamentais ou entre esses e bens constitucionalmente relevantes, a partir das etapas, também nomeadas “subprincípios” da (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito⁷⁶⁵.

A adequação⁷⁶⁶, em primeiro plano, exige do administrador uma preocupação com o fato de que a medida restritiva adotada “deve ser apropriada para prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”⁷⁶⁷, como coloca Canotilho. Essa avaliação da medida tem relação com a necessidade de se chegar à “máxima realização [dos princípios] em relação às possibilidades fáticas”⁷⁶⁸. Portanto, duas exigências devem ser “satisfeitas simultaneamente por qualquer ato estatal: (a) os fins perseguidos pelo Estado devem ser legítimos; e (b) os meios adotados devem ser aptos para, pelo menos, contribuir para o atingimento dos referidos fins”⁷⁶⁹.

A necessidade, por sua vez, demanda que “para a obtenção de determinados fins, não [seja] possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão”⁷⁷⁰. Em outras palavras, “dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição impõe”⁷⁷¹ a opção menos lesiva aos direitos em jogo. A fim de dar maior consistência a essa etapa, a literatura propõe que

⁷⁶⁴ GOMES, Estêvão. *Poder de polícia do direito administrativo contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 216.

⁷⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed, 2017, p. 393.

⁷⁶⁶ No sentido aqui proposto, v. também SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed, 2017, p. 393. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 363.

⁷⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 382-383.

⁷⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 588.

⁷⁶⁹ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 472.

⁷⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 383.

⁷⁷¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 374.

seja analisada a necessidade a partir de dois movimentos, como mencionam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

Primeiro, examina-se se as eventuais medidas alternativas àquela questionada possuem ou não idoneidade, no mínimo, equivalente para promover o objetivo visado. Em seguida, verifica-se se as medidas alternativas que passaram no primeiro teste são ou não menos gravosas do que aquela que foi adotada. Se existir medida alternativa com pelo menos o mesmo grau de idoneidade para atingimento dos fins colimados e que seja menos gravosa que a implementada, houve violação ao subprincípio da necessidade.⁷⁷²

A proporcionalidade em sentido estrito, por fim, demanda entender “se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma”⁷⁷³. Nesse caso, Alexy destaca que nessa etapa há, justamente, a expressão “[d]o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes”⁷⁷⁴. A sua máxima, então, pode ser expressa através da lei do sopesamento que define que “[q]uanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁷⁷⁵. Como ressalta Jane Reis, a proporcionalidade aqui “pressupõe efetivar uma comparação entre o grau de afetação do direito fundamental e a importância da realização do princípio que com ele colide e que serve de fundamento à restrição”⁷⁷⁶. Deve haver, de modo bem sintético, uma comparação entre os efeitos negativos e positivos da medida de restritiva, com o intuito de ponderá-la. Nesse caso, três etapas devem ser seguidas pelo administrador:

Primeiramente, cabe ao intérprete identificar a intensidade da restrição ao direito fundamental. Em segundo lugar, deverá ser determinada a importância da realização do princípio antagônico ao direito, que fundamenta a restrição. E, por fim, caberá verificar se a importância da realização do fim perseguido é apta a justificar a intervenção no direito fundamental.⁷⁷⁷

⁷⁷² SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 476-477.

⁷⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 383.

⁷⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 593.

⁷⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015, p. 593.

⁷⁷⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 381.

⁷⁷⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 382.

“O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais”⁷⁷⁸. Sendo assim, para os fins aqui delineados, essa preocupação com a proporcionalidade se dá em decorrência do segundo limite que é imposto ao Poder de Polícia. Conforme classificação proposta por Gustavo Binjenbojm, haveria três hipóteses em que os direitos fundamentais e, aqui, a liberdade artística, funcionariam como barreira à atividade ordenadora – ou de polícia – da Administração Pública. Dessa forma, a atividade de polícia das artes não pode (i) contrariar frontalmente o âmbito de proteção da liberdade artística⁷⁷⁹; (ii) ultrapassar o parâmetro da proporcionalidade⁷⁸⁰ e (i) reduzir a manifestação artística a um mínimo que a impossibilita⁷⁸¹, se adaptarmos os limites propostos por Binjenbojm.

Nesse primeiro plano, “o direito fundamental assume a feição de uma regra e a ordenação estatal a viola de forma chapada”⁷⁸². Nesse aspecto, incide, para o tema que é aqui relevante, o fato de que a Constituição estabelece, em seu art. 220, § 3º, que “[é] vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Esse dispositivo, que se relaciona com a manifestação das expressões, estabelece uma regra, que incide sobre o âmbito de proteção da liberdade artística, justamente, protegendo-o. Consubstancia, portanto, um limite à atividade de polícia das artes: ela não pode, na conformação da liberdade artística impor censura, seja ela política ou ideológica. Sendo assim, as censuras da arte, de justificativas políticas e morais – que podem, de certo modo, ser englobadas pelas ideológicas – são expressamente vedadas.

No segundo plano, como já desenvolvido nessa seção, a proporcionalidade funciona como bloqueadora da atividade de polícia das artes. Assim, “[t]oda atividade policial deve, antes de ser formulada e concretizada, ultrapassar o teste de

⁷⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 416.

⁷⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 117.

⁷⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119.

⁷⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 122.

⁷⁸² BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 117.

proporcionalidade”⁷⁸³. Como delineado ao longo desse ponto, o dever de ponderação parece, ao nosso ver, ganhar importância fundamental para que o Direito Administrativo acompanhe o Direito Constitucional na empreitada da concretização dos direitos fundamentais.

No terceiro plano, por fim, o núcleo dos direitos fundamentais⁷⁸⁴ impede a formulação de medidas de polícia que o violem. A esse aspecto se dedicou a segunda parte desse capítulo, que estabeleceu o âmbito de proteção da liberdade artística. Sendo assim, “[d]iante da dificuldade de definição de um conteúdo absoluto e estático para cada direito e da necessidade de ponderação proporcional com outros direitos fundamentais ou com objetivos de interesse geral constitucionalmente protegidos”⁷⁸⁵, procuramos estabelecer dois núcleos suficientes, ainda que relativos, que merecem maior diligência na atividade administrativa de cerceamento da liberdade artística. É o caso das expressões artísticas que se ligam (i) à promoção da deliberação democrática e (ii) à promoção da igualdade, ambos aspectos fundamentais no Estado que foi inaugurado com a Constituição de 1988 e que buscam frear a realidade da imposição, ao longo de nossa história, da censura da arte política e moral.

De todo modo, a fim de conter a supremacia do interesse público como o verniz de legalidade utilizado para as ações arbitrárias da censura, há a tarefa fundamental, que reflete um dos limites da atividade de polícia, que é voltar o administrador público à legalidade, aos preceitos constitucionais e ao uso da proporcionalidade. Na complexa realidade atual, o “direito administrativo reúne [...] um grande conjunto de engrenagens organizacionais e processuais para viabilizar o choque tanto quanto possível ordenado dos interesses, individuais ou não, e também para gerar um diálogo entre eles”. Assim, há que se voltar a essas engrenagens – democráticas – e, adaptando as palavras de Carlos Ari Sundfeld, deixar de explicar o direito administrativo pela noção de interesse público e passar a voltá-lo ao conflito público⁷⁸⁶.

⁷⁸³ GOMES, Estêvão. *Poder de polícia do direito administrativo contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, p. 216.

⁷⁸⁴ Virgílio Afonso da Silva destaca tanto a proporcionalidade como o conteúdo mínimo como uma dupla garantia para a proteção maior dos direitos fundamentais, em uma versão um pouco diversa da de Gustavo Binbenbojm. A respeito, SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. N. 4 (23-51), 2006, p. 45.

⁷⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 123.

⁷⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editoras, 4, 1973, p. 29 e ss

3.4. As Ordens de Polícia dentro da Estrutura do Fomento às Artes: Alguns Casos

Por fim, serão analisados casos concretos de como a censura da arte se dá incidindo através de atos administrativos de restrição da liberdade artística – ordens de polícia – com a pretensão de conformá-la a interesses públicos – ora com justificativas políticas ora com justificativas morais, no interior do fomento, sem qualquer recurso à ponderação. Daí que, como delineado no Capítulo 2, a importância das críticas à supremacia do interesse público é revelar o seu problema de indefinição e incoerência com a proporcionalidade que rege os conflitos entre direitos. Esse interesse público supremo que subjaz a atividade de polícia da Administração Pública leva, em alguns casos, há a possibilidade do policiamento das artes no Brasil dentro da estrutura do fomento, incidindo sobre a dimensão positiva da liberdade artística.

A *priori*, é necessário apontar que a ocorrência de casos de censura tem sido recorrente na realidade brasileira, como já colocado brevemente ao longo deste trabalho – especialmente no tópico 2.3. Nesse sentido, o Observatório da Censura à Arte e o Movimento Brasileiro Integrado pela Liberdade de Expressão Artística (MOBILE), já mencionados, computam dados relacionados à censura da arte. Embora não haja acesso público ao método de seleção de casos ou os critérios para o enquadramento deles em censura da arte, é interessante o uso desses cálculos como meio de ilustrar o problema que é objeto deste trabalho.

A partir desses dois bancos de casos, fizemos uma triagem a fim de consolidar o número de casos que se deu por via do Executivo. No Observatório da Censura à Arte, desde 2017, houve o cálculo de 67 casos de censura no total. Desses 67, 24 casos, ou seja, mais de um terço, se deu através do Poder Executivo⁷⁸⁷. Já na base de dados do MOBILE⁷⁸⁸, a situação parece ainda mais grave. Desde 2017, foram computados 171 casos de censura da arte. A partir da utilização do filtro, disponível no próprio *site*, de

⁷⁸⁷ Informações obtidas a partir de uma análise dos casos disponíveis no site do Observatório de Censura à Arte. OBSERVATÓRIO DA CENSURA À ARTE. Disponível em: <http://censuranaarte.nonada.com.br/>. Acessado em 06/01/2022.

⁷⁸⁸ MOVIMENTO BRASILEIRO INTEGRADO PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA (MOBILE). *A cultura brasileira censurada*. Disponível em: https://movimentomobile.org.br/mapa-da-censura/?_sft_ano=2021. Acessado em 09/12/2021.

“Poder Executivo”, chega-se ao resultado de que, dentre os 171 casos, 156 foram operados por via do Executivo, ou seja, no interior da Administração Pública. Ou seja, do total de casos de censura da arte, 91,2% se deram na esfera do Executivo.

Uma segunda triagem foi feita⁷⁸⁹, no *site* do MOBILE, onde é possível verificar o ente federativo em que mais há ocorrências de censura administrativa. Os resultados permanecem alarmantes. Dos 156 casos operados pelo Executivo, chegou-se ao resultado de que 117 se deram na esfera federal. Ou seja, dentro da censura administrativa, um percentual de 75% corresponde à censura operada pela Administração Federal, enquanto o restante fica à cargo estadual, distrital ou municipal.

Traremos, então, um histórico de três casos de censura da arte ligados, respectivamente, à Fundação Nacional das Artes, à Lei de Incentivo à Cultura e à Agência Nacional de Cinema. Todos, portanto, relacionados a estruturas estatais de fomento. A análise de sua ocorrência se pautará na perspectiva desenvolvida neste trabalho de que o interesse público é utilizado como verniz de legalidade para as ações arbitrárias de cerceamento da liberdade artística dentro da estrutura estatal de fomento a esse direito. E esse interesse recobre justificativas ora políticas e ora morais de censura da arte. Como já desenvolvido, as ordens de polícia se transformam em mecanismos censórios através de uma apropriação de seu fundamento contra o direito fundamental à liberdade artística, afastando qualquer juízo de proporcionalidade.

Ao levantarmos os casos, buscaremos fazer uma análise a partir dos parâmetros desenvolvidos neste Capítulo, a fim de orientar a atividade administrativa para a legalidade e a ponderação entre direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos. Na ausência de lei específica ou quando esta abre brechas para a atuação administrativa, a ponderação deve ser o instrumento hermenêutico para a resolução de conflitos. Assim, tentaremos definir, primeiro, se há lei incidente e, segundo, se a restrição é justificada com base na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – que devem orientar a atividade administrativa.

O primeiro caso⁷⁹⁰ se refere ao espetáculo “Res Publica 2023”, da Companhia Motosserra Perfumada, que foi “vetad[o] de ocupar um espaço na Funarte pelo diretor

⁷⁸⁹ Optou-se por não realizar a mesma triagem no site do Observatório de Censura à Arte por dois motivos. Primeiro, porque o número de casos de censura era menos expressivo. Segundo, porque não há a possibilidade de se utilizar filtros a fim de verificar os entes federativos, o que demandaria um estudo caso a caso com maior diligência.

⁷⁹⁰ MOBILE. *Centro Cultural da Funarte em São Paulo veta a exibição da peça ‘Res Publica 2023’*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/centro-cultural-da-funarte-em-sao-paulo-veta-a-exibicao-da-peca-res-publica-2023/>. Acessado em 08/01/2022.

do Centro de Artes Cênicas do órgão”⁷⁹¹. A peça retratava uma “distopia sobre um Brasil fascista no ano de 2023 que ataca minorias”⁷⁹² e ocorreria no Complexo Cultural da Funarte São Paulo. A Fundação Nacional das Artes é um órgão vinculado ao Governo Federal, destinado a promover ou, em melhor termo, fomentar a produção artística no país⁷⁹³. Sua gestão engloba o Complexo Cultural Funarte em São Paulo e era coordenada pelo diretor do Centro de Artes Cênicas da Funarte (Ceacen), Roberto Alvim, que suspendeu a montagem da peça.

“O grupo sustenta que o veto teria sido um ‘filtro’ de censura em razão de a peça ter cunho político e tratar da ditadura militar”⁷⁹⁴. Ou seja, haveria uma justificativa política para o veto arbitrário de Alvim. No entanto, ele afirmou que a suspensão do espetáculo se deu por critérios que “obedeceram a parâmetros puramente artísticos”⁷⁹⁵ e que seu trabalho não seria de censura, mas de curadoria. “A peça não foi aprovada porque me pareceu que não havia nela alusão estética, apenas um discurso político. Não tinha nada a não ser um discurso panfletário”⁷⁹⁶. Questionado pelo Ministério Público, por via de ofício, o diretor afirmou que os critérios definidores da decisão de expor determinadas peças ou não cabiam a ele e que sempre há “componente subjetivo”. Ou seja, há uma ideia subjacente de que a atividade administrativa é subjetiva, deriva de interpretações pessoais, margem esta que é aberta por um conceito de interesse público, que fundamenta a atividade de polícia.

Ademais, não há preocupação com qualquer proporcionalidade na avaliação de suspensões relacionadas à promoção da liberdade artística. O interesse público,

⁷⁹¹ TORRES, Bolívar. *‘É curadoria, não censura’, diz Roberto Alvim, após ser questionado por MP sobre critérios da Funarte*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/e-curadoria-nao-censura-diz-roberto-almim-apos-ser-questionado-por-mp-sobre-criterios-da-funarte-23995062>. Acessado em 26/07/2021.

⁷⁹² TORRES, Bolívar. *‘É curadoria, não censura’, diz Roberto Alvim, após ser questionado por MP sobre critérios da Funarte*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/e-curadoria-nao-censura-diz-roberto-almim-apos-ser-questionado-por-mp-sobre-criterios-da-funarte-23995062>. Acessado em 26/07/2021.

⁷⁹³ Disponível em: <https://www.funarte.gov.br/a-funarte/>. Acessado em 26/07/2021.

⁷⁹⁴ TORRES, Bolívar. *‘É curadoria, não censura’, diz Roberto Alvim, após ser questionado por MP sobre critérios da Funarte*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/e-curadoria-nao-censura-diz-roberto-almim-apos-ser-questionado-por-mp-sobre-criterios-da-funarte-23995062>. Acessado em 26/07/2021.

⁷⁹⁵ GIANNINI, Alessandro. *Roberto Alvim minimiza protesto contra suspensão da montagem de peça ‘Res Pública’ na Funarte*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/roberto-almim-minimiza-protesto-contrasuspensao-da-montagem-da-peca-res-publica-na-funarte-23922737>. Acessado em 26/07/2021.

⁷⁹⁶ TORRES, Bolívar. *‘É curadoria, não censura’, diz Roberto Alvim, após ser questionado por MP sobre critérios da Funarte*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/e-curadoria-nao-censura-diz-roberto-almim-apos-ser-questionado-por-mp-sobre-criterios-da-funarte-23995062>. Acessado em 26/07/2021.

subjacente à atividade de polícia, acaba culminando em situações em que critérios puramente subjetivos, como a “qualidade estética”, sejam utilizados para perpetrar atos censórios. A ordem de polícia de suspensão deriva do fato, como mencionou o próprio Roberto Alvim, dele estar “trabalhando para o público do Brasil”⁷⁹⁷.

Recorrendo à legalidade subjacente ao caso, é preciso mencionar que a Lei 6.312/1975, que autoriza a instituição da Funarte, nada menciona sobre os projetos artísticos que serão incentivados. Passando-se, então, ao Estatuto da Funarte (Decreto 5.037/2004), nele há a competência atribuída ao Centro das Artes Cênicas, do qual era diretor Roberto Alvim, de “formular, promover e fomentar programas, projetos e atividades voltadas para as artes cênicas” (art. 9º, Decreto 5.037). Além disso, o Regimento Interno da Funarte estabelece que cabe ao Ceacen “apoiar a realização de eventos e atividades do Centro das Artes Cênicas” (art. 25, V, Portaria 46/2015⁷⁹⁸). No entanto, o ato de suspensão da peça deriva, justamente, de uma ação contrária ao sentido dos normativos, que estabelecem um dever de promoção e apoio aos projetos artísticos.

Quanto à aplicação possível da proporcionalidade, ela fica afastada por dois motivos. Primeiro, porque há norma específica em sentido contrário ao da atuação de Roberto Alvim. Segundo, porque, ainda que forçássemos sua utilização, ela pressuporia que haveria dois direitos fundamentais ou bens constitucionalmente relevantes em conflito. Entretanto, o que ocorre é somente uma violação da liberdade artística, em sua dimensão positiva, que demanda do Estado um dever de promoção, sem qualquer fundamento com base no conflito com outros direitos – que, pela lógica da teoria dos direitos fundamentais, deveria ser a base de restrição.

O segundo caso envolve a Lei de Incentivo à Cultura, também denominada Lei Rouanet. A Lei, de nº 8.313, estabelece o Programa Nacional de Apoio à Cultura, através do qual há a captação de recursos para o setor cultural. O objeto do estudo não é sua estrutura e *modus operandi*, mas, em realidade, sua cooptação por ordens de polícia que penetram sua atividade de fomento. Interessa saber que sua gestão e funcionamento fica a cargo da Secretaria de Cultura, vinculada à Presidência da República – que, por óbvio, compõem o Executivo Federal.

⁷⁹⁷ TORRES, Bolívar. ‘É curadoria, não censura’, diz Roberto Alvim, após ser questionado por MP sobre critérios da Funarte. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/e-curadoria-nao-censura-diz-roberto-alvim-apos-ser-questionado-por-mp-sobre-criterios-da-funarte-23995062>. Acessado em 26/07/2021.

⁷⁹⁸ Portaria 46/2015. Disponível em: <https://antigo.funarte.gov.br/wp-content/uploads/2019/04/Regimento-Interno.pdf>. Acessado em 08/01/2022.

Aqui, destrinchamos em duas ocorrências principais. A primeira, de fevereiro de 2021, refere-se ao arquivamento do projeto da companhia de teatro BR116⁷⁹⁹. A companhia se inscreveu para captação de recursos na sistemática da Lei, para a encenação da peça “O Santo Inquerito”, de Dias Gomes⁸⁰⁰. A peça contaria a história “da prisão e execução de Branca Dias pelo Tribunal do Santo Ofício e é, alegoricamente, uma denúncia por parte do autor contra a repressão no Brasil após o golpe militar, em 1964”⁸⁰¹. Segundo a companhia teatral, “não houve qualquer justificativa da decisão”, por mais que o grupo, “que atua há dez anos, nunca ti[vesse] tido problema com aprovação de projetos na Rouanet”⁸⁰².

A segunda⁸⁰³, também de 2021, trata-se do fato de que “[o] governo federal não autorizou que projetos culturais recebam patrocínios já acertados com a iniciativa privada por meio da Lei de Incentivo à Cultura”⁸⁰⁴. Os projetos, que, nos moldes legais, já haviam captado os recursos, “aguardavam a publicação da autorização no Diário Oficial da União”⁸⁰⁵, que, no entanto, não foi realizada na data limite. Nesse caso, os responsáveis, André Porciúncula (secretário nacional de Fomento e Incentivo à Cultura) e Mário Frias (secretário especial da Cultura) trocaram elogios nas redes sociais e Frias, inclusive, escreveu que “[s]eguimos juntos na missão de moralizar a cultura”⁸⁰⁶.

Nas duas ocorrências, a legalidade subjacente, por óbvio, não fala em “moralizar a cultura”. De modo totalmente inverso, a Lei Rouanet se volta para a promoção das

⁷⁹⁹ MOBILE. *Governo impede prosseguimento de peça crítica à ditadura militar na Lei Rouanet*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/governo-impede-prosseguimento-de-peca-critica-a-ditadura-militar-na-lei-roaunet-2/>. Acessado em 08/01/2022.

⁸⁰⁰ Inclusive, Dias Gomes foi um autor censurado diversas vezes na ditadura militar, v. MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling).

⁸⁰¹ RACY, Sonia. *Cia de teatro BR116 tem peça reprovada na Rouanet e acredita em censura*. Estadão. Disponível em: <https://cultura.estadao.com.br/blogs/direto-da-fonte/cia-de-teatro-br116-tem-peca-vetada-na-lei-roaunet-e-acredita-em-censura/>. Acessado em 07/01/2022.

⁸⁰² BERGAMO, Mônica. *Governo Bolsonaro arquiva projeto de peça sobre ditadura na Rouanet*. Folha de São Paulo. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/02/governo-bolsonaro-arquiva-projeto-de-peca-sobre-ditadura-na-rouanet.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acessado em 08/01/2022.

⁸⁰³ MOBILE. *Governo Federal não autoriza projetos com patrocínios culturais já combinados via Lei Rouanet*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/governo-federal-nao-autoriza-projetos-com-patrocínios-culturais-ja-combinados-via-lei-roaunet/>. Acessado em 08/01/2022.

⁸⁰⁴ URIBE, Gustavo. *Governo Bolsonaro barra patrocínios culturais já aprovados via Lei Rouanet*. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2020/12/governo-bolsonaro-barrapatrocinios-culturais-ja-aprovados-via-lei-roaunet.shtml>. Acessado em 08/01/2022.

⁸⁰⁵ URIBE, Gustavo. *Governo Bolsonaro barra patrocínios culturais já aprovados via Lei Rouanet*. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2020/12/governo-bolsonaro-barrapatrocinios-culturais-ja-aprovados-via-lei-roaunet.shtml>. Acessado em 08/01/2022.

⁸⁰⁶ URIBE, Gustavo. *Governo Bolsonaro barra patrocínios culturais já aprovados via Lei Rouanet*. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2020/12/governo-bolsonaro-barrapatrocinios-culturais-ja-aprovados-via-lei-roaunet.shtml>. Acessado em 08/01/2022.

produções artísticas (art. 1º, II) e do pleno exercício dos direitos culturais (art. 1º, I) e para o estímulo da produção de bens culturais informadores de conhecimento, cultura e memória (art. 1º, VIII). Ainda que tenhamos em conta o decreto regulatório do Pronac – que, observa-se, foi alterado em 2021, durante o Governo Bolsonaro – o art. 5º do Decreto 10.755/2021⁸⁰⁷ estabelece que “[a] Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo poderá escolher, mediante processo público de seleção, os programas, projetos e ações culturais a serem financiados”. No entanto, não foram encontrados outros atos normativos que entrassem em critérios específicos para a escolha de projetos.

De todo modo, tem-se um diploma normativo voltado à concretização da liberdade artística e não ao seu freio. E, não havendo conflito entre o direito à liberdade artística e outros direitos ou bens constitucionalmente relevantes, não há que se falar em restrições e a Administração deve concretizar o primeiro – aqui, através da dimensão positiva, fornecendo os mecanismos de fomento. Ainda que se considerasse haver um espaço de discricionariedade razoável à Administração na definição de critérios para a concessão ou não do incentivo, ela está sujeita à juridicidade, ou seja, à concretização dos preceitos constitucionais. Se, portanto, definimos que a liberdade artística, prevista no art. 5º, IX, da CRFB, tem como núcleo de proteção maior as artes que promovem o debate democrático e a igualdade, primeiro, a suspensão da peça que propõe reflexões sobre o momento autoritário de nossa história e, segundo, a intenção de “moralizar” a cultura não se justificam.

Por fim, o último caso se refere à Agência Nacional de Cinema (Ancine). A agência é uma autarquia, que integra a Administração Pública Federal, e possui tanto competências ligadas ao fomento como à regulação e fiscalização. Nesse caso⁸⁰⁸, de agosto de 2019, após o Presidente da República, Jair Bolsonaro, afirmar ter “garimpado” e vetado filmes de temática LGBT, o Ministério da Cidadania ordenou a suspensão de edital de seleção de projetos visuais⁸⁰⁹, através da Portaria nº 1576/2019.

⁸⁰⁷ Portaria 10.755/2021. Disponível em: <https://in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.755-de-26-de-julho-de-2021-334556335>.

⁸⁰⁸ Nesse caso, houve judicialização da questão pelo Ministério Público. Entretanto, por dois motivos não abordaremos a judicialização do caso. O primeiro se relaciona ao enfoque do trabalho na atividade administrativa e não na judicial. O segundo se refere ao fato de que o caso ainda se encontra em instâncias inferiores. De todo modo, vale ressaltar que, em primeira instância, foi concedida liminar para suspender os efeitos da Portaria, que será mencionada adiante no texto, e, em segunda instância, foi mantida a liminar.

⁸⁰⁹ MOBILE. *Ministério suspende edital de projetos audiovisuais após seleção de filmes LGBT*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/ministerio-suspende-edital-de-projetos-audiovisuais-apos-selecao-de-filmes-lgbt/>. Acessado em 08/01/2022.

O Presidente, através de transmissão ao vivo em sua página, “citou filmes que envolvem temáticas LGBT e de sexualidade e disse que a agência não vai liberar verbas para esses projetos. Ele ainda disse que se a Ancine ‘não tivesse, em sua cabeça toda, mandatos’, já teria ‘degolado tudo’”⁸¹⁰. Bolsonaro, ainda, citou alguns títulos de filmes, como “Transversais” e “Afronte”, que tratam, respectivamente, da vida de pessoas transgêneros e de negros homossexuais, observando que “conseguimos abortar essa missão” e “mais um filme que foi pro saco”⁸¹¹. Além disso, comentou que “[n]ão tem cabimento fazer um filme com esse tema”⁸¹², numa clara alusão a um controle de conteúdo – aqui, com viés moral – e afirmou que os filmes não agregariam à cultura e às tradições brasileiras.

Logo após as declarações, “[o] governo suspendeu [...] o edital que havia selecionado séries sobre diversidade de gênero e sexualidade a serem exibidas nas TVs públicas”⁸¹³. A portaria, que veiculou a decisão de suspensão, mencionou ainda, a necessidade de recomposição do Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual, bem como a revisão de critérios para aplicação dos recursos do FSA⁸¹⁴.

Para avaliar a legalidade da medida de suspensão da seleção, é necessário voltar-se aos aspectos normativos que se referem ao caso. Os projetos selecionados receberiam verbas do Fundo Setorial do Audiovisual que, conforme lei que o institui, deve ser “utilizado no financiamento de programas e projetos voltados para o desenvolvimento das atividades audiovisuais” (art. 1º, da Lei 11.437). A Resolução do Comitê Gestor do FSA/ANCINE/ nº 143/2018⁸¹⁵ regula as normas e critérios para pontuação dos projetos nos processos de seleção para financiamento via FSA. Nesse sentido, considera (a) capacidade gerencial, (b) desempenho comercial da produtora, (c) desempenho artístico e (d) desempenho comercial para a seleção. Nenhum desses critérios é mencionado nas

⁸¹⁰ FOLHA DE SÃO PAULO. *Bolsonaro diz que ‘garimpou’ e vetou filmes com temática LGBT*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/bolsonaro-diz-que-garimpou-e-vetou-filmes-com-tematica-lgbt.shtml>. Acessado em 08/01/2022.

⁸¹¹ FOLHA DE SÃO PAULO. *Bolsonaro diz que ‘garimpou’ e vetou filmes com temática LGBT*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/bolsonaro-diz-que-garimpou-e-vetou-filmes-com-tematica-lgbt.shtml>. Acessado em 08/01/2022.

⁸¹² O GLOBO. *Governo Bolsonaro suspende edital com séries de temas LGBT, após críticas do presidente*. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2019/08/21/governo-bolsonaro-suspende-edital-com-series-de-temas-lgbt-apos-criticas-do-presidente.ghtml>. Acessado em 08/01/2022.

⁸¹³ O GLOBO. *Governo Bolsonaro suspende edital com séries de temas LGBT, após críticas do presidente*. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2019/08/21/governo-bolsonaro-suspende-edital-com-series-de-temas-lgbt-apos-criticas-do-presidente.ghtml>. Acessado em 08/01/2022.

⁸¹⁴ Portaria 1.576/2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.576-de-20-de-agosto-de-2019-211680778>.

⁸¹⁵ FSA/ANCINE/ nº 143/2018. Disponível em: https://www.gov.br/ancine/pt-br/fsa/normas/resolucoes-do-cgfsa/Resolucao_CGFSA_143.pdf.

críticas levantadas pelo Presidente da República e, embora a portaria que ordenou a suspensão do edital tenha remetido a uma revisão de critérios, não há resolução mais recente veiculando essa alteração.

Em relação ao “desempenho artístico” talvez haja uma maior margem de discricionariedade ao agente público. No entanto, ainda assim, é preciso voltar a atuação da Administração à juridicidade. Se, então, a Constituição não só estabelece a liberdade artística, independente de censura ou licença, no art. 5º, IX, mas também que “[é] vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, §2º). A utilização de critérios de natureza política e ideológica para definir o desempenho artístico não seria regular. Ademais, trata-se de um controle de viés moral sobre uma expressão artística, que tem como valor a promoção da igualdade, ao veicular temas ligados a minorias sexuais e raciais.

Por fim, não haveria que se falar em ponderação, uma vez que não há outro direito fundamental em jogo que pudesse culminar em restrição à liberdade artística. Ainda assim, se, hipoteticamente, falássemos em conflito com a liberdade religiosa – já que o Presidente, durante a *live* menciona a questão da ofensa às religiões por conta da temática dos filmes – o juízo administrativo deveria, então, voltar-se à ponderação. Assim, primeiro, deveríamos ter em conta que os filmes mencionados tratam de expressões artísticas, tanto a partir da concepção formal, como material, como do reconhecimento. Além disso, estão no núcleo de proteção da liberdade artística, que demanda maior diligência quanto ao método ponderativo pela Administração, da promoção de debates relevantes do ponto de vista da igualdade.

Quanto a uma possível pesagem, então, com a liberdade religiosa, é necessário mencionar que a medida de restrição da liberdade artística, impedindo seu fomento, não seria adequada para o fim que se pretende promover. Isso porque restringir a liberdade artística, nesse caso, não promove, como consequência, a liberdade religiosa. Além disso, no que tange à necessidade, a medida restritiva do fomento não é a menos gravosa aos direitos em jogo. A Administração, de modo diverso, poderia tomar medida menos lesiva se optasse pela manutenção do edital em questão, e promovesse, por outros meios, expressões artísticas que tratassem da temática das religiões. Por fim, no plano da proporcionalidade em sentido estrito, o grau de afetação das expressões artísticas que tiveram seus patrocínios suspensos causa sua impossibilidade e, considerando que não promove, diretamente, a liberdade religiosa, não há que se falar em realização desse segundo princípio. Ou seja, mesmo que se considerasse haver uma

possibilidade de conflito entre princípios, que levaria ao uso da ponderação, a medida administrativa não seria justificável.

Observa-se que os casos aqui levantados não são isolados. Especialmente os que se referem à Ancine. Desde 2018, houve ordem de polícia da retirada de cartazes de filmes brasileiros das paredes de sua sede e do *site* do órgão⁸¹⁶, com a pretensão de manter o interesse público, segundo nota da própria agência⁸¹⁷. Além disso, o filme “Marighella” teve pedidos de sua produtora negados pela Ancine, o que fez com que a estreia, prevista para o dia da Consciência Negra, fosse cancelada⁸¹⁸. Ainda, como destaca Rafael Cascardo, há uma “letargia da ANCINE no exercício das suas atribuições de fomento, no biênio 2019-2020, [que] está relacionada a uma agenda contrária do atual mandatário da Chefia do Poder Executivo”⁸¹⁹, havendo, em decorrências de vários fatores, um “desvirtuamento finalístico da atividade estatal”⁸²⁰.

De toda forma, mesmo que nem todas as autoridades públicas justifiquem as suas tomadas de decisões, aqui, defendemos que a ausência de parâmetros para a efetivação da dimensão positiva da atuação estatal quanto à liberdade artística deriva da supremacia do interesse público. Há uma noção de que a discricionariedade da Administração é ampla e, por isso, seus agentes podem tomar medidas como bem desejarem, sem qualquer pretensão de cumprimento constitucional. E, assim, a supremacia do interesse público justifica, portanto, que ordens de polícia contaminem a atividade de fomento e freiem a concretização da liberdade artística, em todos esses casos.

A princípio, cada medida tomada isoladamente, talvez, não representasse grandes problemas. Eventualmente, por óbvio, alguns projetos não passarão nas etapas

⁸¹⁶ MOBILE. *Ancine retira cartazes de filmes brasileiros das paredes de sua sede*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/ancine-retira-cartazes-de-filmes-brasileiros-das-paredes-de-sua-sede/>. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/ancine-retira-cartazes-de-filmes-brasileiros-das-paredes-de-sua-sede/>. Acessado em 08/01/2022.

⁸¹⁷ “De acordo com a instituição, a decisão foi tomada para manter a impessoalidade, isonomia e interesse público”. MARTINS, Thays. *Ancine deixa de expor cartazes de filmes em sua sede; artísticas protestam*. Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/12/04/interna-brasil.811560/ancine-deixa-de-expor-cartazes-de-filmes-em-sua-sede-artistas-protest.shtml>. Acessado em 07/01/2022.

⁸¹⁸ MOBILE. *Ancine nega pedidos feitos pela produtora e filme “Marighella” tem estreia cancelada no Brasil*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/ancine-nega-pedidos-feitos-pela-produtora-e-filme-marighella-tem-estreia-cancelada-no-brasil/>. Acessado em 08/01/2022.

⁸¹⁹ SANTOS, Rafael Cascardo Cardoso dos. *O fomento público sob a ótica republicana: participação, accountability e desenvolvimento*. 2021. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 123-124.

⁸²⁰ SANTOS, Rafael Cascardo Cardoso dos. *O fomento público sob a ótica republicana: participação, accountability e desenvolvimento*. 2021. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 123-124.

legais para admissão de fomento ou não serão selecionados nos editais. Acontece que não vem sendo medidas isoladas. Há um processo incremental em curso de desmonte artístico, que segue a lógica dos processos de erosão democrática atuais: ocorre gradualmente e, muitas vezes, de forma sub-reptícia, o que dificulta sua análise e contenção.

Fato é que quando medidas são tomadas por agentes burocráticos no sentido de evitar o uso de estruturas da Administração Pública para a promoção e concretização da liberdade artística, há a utilização de um meio de censura. Nesses casos, os atos em questão acabam, primeiro, por contrariar frontalmente o âmbito de proteção da liberdade artística⁸²¹, especialmente seus núcleos de promoção da democracia e da igualdade. Em segundo, acabam por ultrapassar o parâmetro da proporcionalidade⁸²², não havendo qualquer teste de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das medidas tomadas pela Administração, mesmo porque, em alguns casos, nem há conflitos entre direitos que ensejariam o sopesamento da liberdade artística. Em terceiro, por reduzir a manifestação artística a um mínimo que a impossibilita⁸²³: sem os recursos possíveis, a atividade artística é paralisada e o Estado descumpre seus deveres decorrentes da dimensão positiva da liberdade artística.

Conclusão

⁸²¹ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 117.

⁸²² BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119.

⁸²³ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sunfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 122.

“A arte brasileira da próxima década será heroica e será nacional. Será dotada de grande capacidade de envolvimento emocional e será igualmente imperativa, posto que profundamente vinculada às aspirações urgentes de nosso povo, ou então não será nada”⁸²⁴.

Em janeiro de 2020, antes de anunciar o Prêmio Nacional das Artes, o então secretário especial da Cultura, Roberto Alvim fez um pronunciamento copiando o discurso de Goebbels, o ministro de propaganda da Alemanha nazista. Em seu discurso, epígrafe dessa conclusão, Alvim deixa claro uma retórica autoritária contra a liberdade artística: ou ela se enquadrará em certos padrões políticos ou morais ou ela não será nada.

Essa retórica permeia o Governo Federal brasileiro – e, mesmo, algumas esferas estaduais e municipais –, que suprimiu um órgão central para a promoção da liberdade artística, o Ministério da Cultura⁸²⁵, transformando-o em Secretária; ameaçou de extinção a Agência Nacional de Cinema “se não puder ter filtro”⁸²⁶; e vem tomando diversas iniciativas de desestruturação da estrutura de fomento das artes, que concretiza pela dimensão positiva, a liberdade artística, como os casos que aqui foram delineados.

Nesse contexto de aumento dos mecanismos de repressão artística, o presente trabalho propôs-se a estudar um deles. A hipótese central foi que, no âmbito da Administração Pública, a utilização dos instrumentos de censura atinge a materialidade da liberdade artística através, principalmente, de ordens de polícia dentro das estruturas de fomento às artes, pretensamente pautadas na supremacia do interesse público. Embora haja outros meios de imposição de censura, o foco se deu no policiamento das artes pela Administração Pública.

A fim de elaborar tal hipótese, foram feitos movimentos em três níveis, que guiaram os três capítulos desta dissertação. Em um primeiro plano, buscamos trazer um caminho de oposição, especificamente entre os fundamentos da proteção da liberdade artística, de um lado, e da censura da arte, que freia a concretização desse direito ao longo de toda a história brasileira, de outro. Esse caminho recorreu ao *gap* entre texto e prática constitucionais. Já em um segundo nível, partindo dessa oposição e de uma

⁸²⁴ Roberto Alvim, secretário especial da Cultura, citando Goebbels, v. GÓES, Bruno. *Roberto Alvim copia discurso do nazista Joseph Goebbels e causa onda de indignação*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/roberto-alvim-copia-discurso-do-nazista-joseph-goebbels-causa-onda-de-indignacao-24195523>. Acessado em: 08/01/2022.

⁸²⁵ BORGES, Afonso. *E assim, em janeiro de 2019, foi extinto o Ministério da Cultura*. O Globo. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/afonso-borges/post/e-assim-em-janeiro-de-2019-foi-extinto-o-ministerio-da-cultura.html>. Acesso em 28/02/2021.

⁸²⁶ MAZUI, Guilherme. *‘Se não puder ter filtro, nós extinguiremos a Ancine’, diz Bolsonaro*. O Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/19/se-nao-puder-ter-filtro-nos-extinguiremos-a-ancine-diz-bolsonaro.ghtml>. Acesso em 28/02/2021.

definição clara da censura que se opera pela Administração Pública, buscamos estabelecer qual foi substrato autoritário e o verniz de legalidade que contaminaram a atividade de poder de polícia e levaram, no presente momento, a uma recuperação da censura dentro do sistema de fomento à arte brasileiro. Por fim, em um terceiro nível, voltamos às possíveis respostas jurídicas para esse problema, a partir de um retorno ao âmbito de proteção da liberdade artística e da proposição de parâmetros para as restrições desse direito pela via administrativa. A dissertação, então, se divide a partir desses três níveis

Em primeiro lugar, foi feito um panorama de conceitos centrais para o objeto dessa dissertação, a partir de um caminho de oposição entre texto e prática constitucional. O capítulo intitulado “Os Fundamentos, o Conceito e a História da Liberdade Artística e da Censura” trouxe uma recapitulação da discussão sobre os fundamentos da proteção constitucional da liberdade de expressão. Nesse caso, a abordagem se centrou em críticas e em uma adaptação dos fundamentos à liberdade artística – considerada um viés da liberdade de expressão.

Em segundo lugar, foi feito um panorama do tratamento da liberdade artística nas Constituições brasileiras, já apresentando, ainda que brevemente, o contraponto da censura que se operava, ao longo da história do país e, portanto, freava a concretização desse direito. A intenção foi verificar *gap* entre a previsão e a concretização desse direito, que, por um lado, foi protegido constitucionalmente em nossas Cartas, mas como a realidade se descolou das previsões constitucionais, sempre houve margem para a censura da arte.

Na terceira parte do capítulo, por fim, estabelecido que a censura é uma recorrente na história do país, foi feita uma proposta conceitual do significado de censura estatal da arte. O intuito foi recortar o objeto dessa dissertação que se centra na censura administrativa, ora com fundamentos políticos, ora morais, e atua a partir de uma imposição excessiva de restrições à liberdade artística.

Estabelecidos os conceitos fundamentais para o trabalho aqui empreendido e a premissa de que se parte de um *gap* entre previsão constitucional e prática da concretização do direito à liberdade artística, em seguida, o Capítulo Dois, intitulado “A Polícia das Artes e a Permanência da Censura: a Lógica Jurídica das Restrições não Fundamentadas na Liberdade Artística” trouxe a análise de como se dá a censura da arte através do poder de polícia da Administração Pública.

A primeira parte do capítulo se dedicou às heranças históricas da Censura de 1964 que contaminam a atividade administrativa de ordenação no que tange à liberdade artística. Assim, buscamos dar os contornos, num retorno ao passado, da estrutura e do funcionamento da Censura do regime militar para, em seguida, analisar sua recuperação no cenário presente.

A segunda parte focou, então, em trazer uma análise do verniz de legalidade da censura da arte: o Poder de Polícia e seu fundamento central, a supremacia do interesse público. Essa análise trouxe uma abordagem integrada com a concretização – ou não – pelas vias administrativas do direito à liberdade artística, a fim de demonstrar como as ordens de polícia são utilizadas para atos censórios. Além disso, buscou demonstrar a relação entre a atividade de polícia e o fomento público, através da cooptação do poder de polícia para a imposição da desestruturação da estrutura de fomento das artes, em prol de valores políticos e morais.

A terceira parte do capítulo, por fim, se centrou em um panorama atual da ascensão do autoritarismo e do conservadorismo no Brasil e as influências disso na censura. A ideia foi estabelecer como o processo de erosão democrática fez reaparecerem com força mecanismos de censura da arte, via policiamento, dentro da Administração Pública. A recuperação das justificativas políticas e morais da censura vem, assim, atrelada aos movimentos de autoritarismo e conservadorismo e suas pautas.

O terceiro Capítulo, “Voltando à Liberdade Artística: Âmbito de Proteção e Parâmetros para a Atividade Administrativa”, por fim, teve quatro enfoques, que se traduziram em uma tentativa de resolver o problema apresentado ao longo da dissertação. Em primeiro plano, buscamos consolidar o âmbito de proteção *prima facie* da liberdade artística, partindo da literatura sobre o tema e, ainda, de algumas contribuições jurisprudenciais.

Em segundo plano, o capítulo situou o debate sobre a liberdade artística: adotou a teoria externa dos direitos fundamentais e partiu de uma análise pautada na proporcionalidade como método para resolução de conflitos entre direitos – a liberdade artística de um lado e outros direitos, que se revestem de interesse público, de outro.

Em terceiro lugar, tentou estabelecer parâmetros gerais e específicos para o exercício de ponderação da atividade administrativa de polícia das artes. Assim, o princípio da legalidade se apresentou como o parâmetro geral e os limites da liberdade artística como parâmetros específicos. Dessa forma, o intuito foi firmar uma proposição

de *standards* para que restrições possam ser aplicadas sem que haja o dismantelamento do núcleo essencial da liberdade artística.

Por fim, na quarta parte, buscamos trazer, finalmente, alguns casos ilustrativos da censura da arte imposta pela Administração Pública, por via de seu poder de polícia, nas estruturas de fomento às artes. Nos casos, houve, mesmo contra a legalidade e a juridicidade, um sopesamento excessivo da liberdade artística, que não se dá por conta de restrições impostas pela colisão com outros direitos, mas, na realidade, por conta de motivações políticas e morais de ações arbitrárias de censura.

Embora a censura seja uma marca da história brasileira, entendemos que é fundamental consolidar os instrumentos estatais necessários a promover uma arte livre. É papel estatal não somente deixar de impor restrições às artes, mas também de incentivá-las, o que decorre da lógica do texto constitucional. E, especialmente diante de um cenário de crescimento como destaca Gustavo Binembojm, de movimentos conservadores e autoritários, que “[têm] a crença de que detêm o monopólio da verdade e a descrença na diversidade como valor essencial à democracia”⁸²⁷, é necessário fortalecer e preservar o direito à liberdade artística. Em um Estado Democrático, como o brasileiro, não deve haver padrões políticos ou morais para a arte – porque, do contrário, ela “não será nada” – mas, na verdade, um espaço de liberdade, principalmente quando a arte, pelas suas funções, contribui para a deliberação democrática e para avanços na agenda igualitária.

⁸²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 23.

Referências

- A. G. A. The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. *The University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, n. 1, nov 1960.
- ALEXANDER, Larry. *Is there a right of free expression?* UK: Cambridge University Press, 2005.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista Dir. Administrativo*. Trad. Luís Afonso Heck. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul/set 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015.
- ALGRANTI, Leila Mezan. Política, religião e moralidade: a censura de livros no Brasil de d. João VI (1808-1821). In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (91-119), 2020.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro, Polén, 2019. Versão Digital (Ebook).
- AMARAL, Isabela Almeida do. Censura da arte: uma análise a partir da teoria das escolhas públicas. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 3, set/dez, 2021.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Dir. Administrativo*. Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan/mar. 1999
- _____, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- BALKIN, Jack M. Cultural Democracy and the First Amendment. Vol. 110 *Northwestern University Law Review*, 1053, 2016.
- BANDEIRA, Antônio Rangel. *Da liberdade de criação artística*. Ministério da Educação e Cultura: Instituto Nacional do Livro, São Paulo, 1956.

BARBALHO, Alexandre. Cultura e democracia: relações tensas. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos* / Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (23-34), 2019.

BARBOSA, Frederico. Direitos humanos, patrimônio cultural e políticas públicas. In: *Bens culturais e direitos humanos*. Organização Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Cureau. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015 (73-104).

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Edições Câmara, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. 30 anos da Constituição de 1988: direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. In: BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *República que ainda não foi: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: Devido Procedimento na Elaboração Normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017.

_____. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 235: 1-36, janeiro/março, 2004. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2020, Versão Digital.

_____. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, 4:14, 2018.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*. 1997.

_____. *Sem data vênua: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, Edição digital: 2020.

BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Democracias liberais e direitos humanos: o papel dos tribunais internacionais*. Mimeografado, 2021.

BERG, Creuza. *Mecanismos do silêncio: expressões artísticas e censura no regime militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019.

BERGAMO, Mônica. *Governo Bolsonaro arquiva projeto de peça sobre ditadura na Rouanet*. Folha de São Paulo. Disponível em:

https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/02/governo-bolsonaro-arquiva-projeto-de-peca-sobre-ditadura-na-rouanet.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa.

Acessado em 08/01/2022.

BERMEO, Nancy. “On Democratic Backsliding”. *Journal of Democracy*, 27(1), 2016.

BINENBOJM, Gustavo. A Inconstitucionalidade da classificação etária impositiva estabelecida pelo Art. 254 do ECA. In: *Liberdade de expressão e os direitos de crianças e adolescentes*. Org. Alessandra Xavier Nunes Macedo, David Ulisses Brasil Simões Pires, Fernanda Alves dos Anjos. Brasília: Ministério da Justiça, (64-82), 2014.

_____. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

_____. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BIROLI, Flávia. Gênero, “valores familiares” e democracia. In: BIROLI, Flávia.

VAGGIONE, Juan Marco. MACHADO, Maria das Dores Campos (orgs). *Gênero, neoconservadorismo e democracia*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BORGES, Afonso. *E assim, em janeiro de 2019, foi extinto o Ministério da Cultura*. O Globo. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/afonso-borges/post/e-assim-em-janeiro-de-2019-foi-extinto-o-ministerio-da-cultura.html>. Acesso em 28/02/2021.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: ascensão da política antidemocrática no ocidente*. Traduzido por Mário A. Marino, Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

BUCCI, Eugênio. Censura, marcos regulatórios e tecnologia. In: *A censura em debate*. Org. Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014 (152-155).

BUENO, Bruno Bruziguessi. Os fundamentos da Doutrina de Segurança Nacional e seu legado na Constituição do Estado Brasileiro Contemporâneo. In: *Revista Sul-Americana de Ciência Política*, v. 2, n. 1 (47-64).

CAMARGOS, Marcia Mascarenhas; SACCHETTA, Vladimir. Procura-se Peter Pan. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (207-236), 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed., 11 reimpr., Portugal: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes. *Constituição Brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014.

CARMO, Ingrid Raíssa Carneiro do; FERNANDES, Igor Samuel Silva. O caso Queermuseu e a mitigação da liberdade de expressão artística no Brasil. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos / Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.)* Fortaleza: Gráfica LCR, (131-163), 2019.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020.

_____. O mito da conspiração judaica e as utopias de uma comunidade. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (263-308), 2020.

CARVALHO, Julia. *Amorçados: uma história da censura e de seus personagens*. Barueri, São Paulo: Manole, 2013.

CARVALHO, Ana Caroline Melo. As artes plásticas tomando o lugar das bruxas: estudo de caso sobre a apresentação da obra “Pedofilia” na exposição “Cadafalso” no ano de 2017. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos*. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (242-256), 2019.

_____. Uma análise sobre a liberdade de expressão artística na peça “Histórias Compartilhadas”. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e*

estudos de casos. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (198-219), 2019.

CHAVES, Gardel Igor Guimarães; COSTA, Rodrigo Vieira. A criminalização da liberdade de expressão artística: análise do caso Gerald Thomas no Supremo Tribunal Federal. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos*. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (91-102), 2019.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

COSTA, Cristina. *Censura em cena: teatro e censura no Brasil*. Arquivo Miroel Silveira. São Paulo: EDUSP, FAPESP, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

COSTA, Maria Cristina Castilho. *A censura em debate*. São Paulo: ECA/USP, 2014.

_____. Arte, Poder e Política – uma breve história sobre a censura. In: *Diálogos sobre censura e liberdade de expressão: Brasil e Portugal*. Maria Cristina Castilho Costa (org.), São Paulo: ECA/USP, 2014 (15-34).

_____. (org.). *Diálogos sobre censura e liberdade de expressão: Brasil e Portugal*. São Paulo: ECA/USP, 2014

_____. Opinião Pública, comunicação, liberdade de expressão e censura. In: *A censura em debate*. Org. Maria Cristina Castilho Costa. São Paulo: ECA/USP, 2014, (27-34).

COUTO E SILVA, Almiro. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 179/80:51-67, 1990.

CRETILLA Júnior, José. *Tratado de direito administrativo, v. 5: poder de polícia e política*. 2 ed., atual., ampl. e revista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

CYMROT, Danilo. Criminalização do funk e violação do direito à cultura e ao lazer. In: *Bens culturais e direitos humanos*. Org. Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Cureau. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

CYRINO, André Rodrigues. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DIEL, Vítor. *Observatório de Censura à Arte registra mais de 50 casos em um ano.*

LITERATURAS RS. Disponível em:

<https://literaturars.com.br/2020/09/08/observatorio-de-censura-a-arte-registra-mais-de-50-casos-em-um-ano/>. Acessado em 27/08/2021.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística.* Disponível em:

https://www.academia.edu/1131230/O_direito_de_ofender_sobre_os_limites_da_liberdade_de_express%C3%A3o_art%C3%ADstica.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Versão Digital.

_____. Existe um Novo Direito Administrativo? In: *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo* (coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010.

_____. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo* (coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010.

DRIPPS, Donald A. Due Process Overbreadth? The Void for Vagueness Doctrine Fundamental Rights, and the Brewing Storm over Undefined Consent in Sexual Assault Statutes. *Oklahoma Law Review*, Vol. 73:121, 2020.

DUARTE, Luisa (org.). *Arte, censura, liberdade: reflexões à luz do presente.* Rio de Janeiro: Cobogó, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.* Tradução Marcelo Brandão Cippola; 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

_____. *Uma questão de princípio.* Tradução Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DYNIA, Philip A. Vagueness. In: *The First Amendment Encyclopedia: Presented by the John Seigenthaler Chair of Excellence in First Amendment Studies.* Disponível em:

<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1027/vagueness>.

- ELOY AMADO, Luiz Henrique. *Vukápanavo: O despertar do povo terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político*. 1. Ed. Rio de Janeiro: E-papers, 2020.
- FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo: Editora e Distribuidora do Autor, 1975.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binbenjy. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FAORO, Raymundo. Os donos do poder. 11^a ed., São Paulo: Globo, 1997.
- FERREIRA, Luciano Vaz. Os preceitos da doutrina da segurança nacional e a sua implementação no Brasil. In: *FADERSG*, v. 4, n. 2, ago-dez 2012.
- FICO, Carlos. Censura, ditadura e “utopia autoritária”. In: *Seminários sobre a censura: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP)*. Cristina Costa (org.). São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012 (65-76).
- FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binbenjy e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FOLHA DE SÃO PAULO. *Bolsonaro diz que ‘garimpou’ e vetou filmes com temática LGBT*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/bolsonaro-diz-que-garimpou-e-vetou-filmes-com-tematica-lgbt.shtml>. Acessado em 09/12/2021.
- FOLHA DE SÃO PAULO. *Pernambuco cancela apresentação de peça em que transexual interpreta Jesus*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2018/06/pernambuco-cancela-apresentacao-de-peca-em-que-transexual-interpreta-jesus.shtml>. Acessado em 09/12/2021.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14/15, 2006, tradução Julio Assis Simões.
- _____. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77: 11-39, 2009, tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis.
- _____. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution Recognition, and Participation. In: FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical Exchange*. Translated by Joel Golb, James Ingram and Christine Wilke. UK: Verso, 2004.

FUNG, A. 2007. “Democratic Theory and Political Science: a pragmatic method of constructive engagement”. *American Political Science Review*, vol. 101, n. 3.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNANDÉZ, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo I*. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GENTILE, Rogério. SETO, Guilherme. *Governo Doria censura lista de livros de projeto em presídios de São Paulo*. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/02/governo-doria-censura-lista-de-livros-de-projeto-em-presidios-de-sao-paulo.shtml>. Acessado em 09/12/2021.

GIANNASI, Carlos Alberto. *A doutrina de segurança nacional e o milagre econômico (1969/1973)*. Tese de Doutorado do Departamento de História da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

GIANNINI, Alessandro. *Roberto Alvim minimiza protesto contra suspensão da montagem de peça ‘Res Pública’ na Funarte*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/roberto-alvim-minimiza-protesto-contrasuspensao-da-montagem-da-peca-res-publica-na-funarte-23922737>. Acessado em 26/07/2021.

GÓES, Bruno. *Roberto Alvim copia discurso do nazista Joseph Goebbels e causa onda de indignação*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/roberto-alvim-copia-discurso-do-nazista-joseph-goebbels-causa-onda-de-indignacao-24195523>. Acessado em: 08/01/2022.

GOMES, Dias. “O engajamento é uma prática da liberdade”. In: *Revista Civilização Brasileira*, caderno especial n. 2, 1968 (7-17).

GOMES, Estêvão. *Poder de polícia do direito administrativo contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte, MG: Letramento, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de, 1902-1989. *Raízes do Brasil*. 27ª ed. São Paulo: Companhia de Letras, 2014.

HOLLAND, Keith H. The Doctrine of Substantia Overbreadth: A Better Prescription for Strong Medicine in Missouri. *Missouri Law Review*, vol. 79, issue 1, winter 2014.

HUQ, A. e GINSBURG, T. 2017. “How to Lose a Constitutional Democracy.” *UCLA Law Review* 65(78).

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KOMMERS, Donald P. MILLER, Russell A. *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3rd ed., rev. and expanded, Duke University Press, 2012.

KUCINSKI, Bernardo. A primeira vítima: a autocensura durante o regime militar. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (533-552), 2020.

LAURENTIIS, Lucas Catib. THOMANZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos. *Rev. Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020.

LEMONS, Ronaldo. *CPI da Baleia Azul é tentativa de controlar a Internet no Brasil*.

Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemons/2017/05/1880025-cpi-da-baleia-azul-e-tentativa-de-controlar-a-internet-no-brasil.shtml>. Acesso em 25/11/2021.

_____. Veneno-remédio: arte e liberdade de expressão. In: DUARTE, Luisa (org.). *Arte, censura, liberdade: reflexões à luz do presente*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2018, (55-67).

LEVITSKY, S. e ZIBLATT, D. 2018. *Como as Democracias Morrem*. RJ: Zahar.

MACHADO, Jónatas. Prefácio. In: MILTON, John. *Aeropagítica: discurso sobre a liberdade de expressão*. Prefácio de Jónatas Machado. Portugal: Edições Almedina, 2019.

MARTÍN, María. *Crivella veta no Rio a exposição Queermuseu, censurada em Porto Alegre*. El País Brasil. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/04/cultura/1507068353_975386.html. Acesso em 25/07/2021.

MARTINS, Ana Luiza. Sob o signo da censura. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (155-182), 2020.

MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à Expressão Artística. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (organizadores). *Direito da Arte*, São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Thays. *Ancine deixa de expor cartazes de filmes em sua sete; artísticas protestam*. Correio Braziliense. Disponível em:

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/12/04/interna-brasil,811560/ancine-deixa-de-expor-cartazes-de-filmes-em-sua-sede-artistas-protest.shtml>. Acessado em 07/01/2022.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MATTOS, Laura. *Herói mutilado: Roque Santeiro e os bastidores da censura à TV na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. (Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenadora Heloísa M. Starling).

MATTOS, Sérgio. O jornalismo brasileiro continua sob censura. In: *Seminários sobre a censura: Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Censura (NPCC/ECA/USP)*. Cristina Costa (org.). São Paulo: Balão Editorial/Fapesp, 2012.

MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Tome deuxième: partie spéciale. Édition Française par l'auteur. Paris: Giard & E. Brière Libraires Éditeurs, 1904.

MAZUI, Guilherme. 'Se não puder ter filtro, nós extinguiremos a Ancine', diz Bolsonaro. O Globo. Disponível em:

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/19/se-nao-puder-ter-filtro-nos-extinguiremos-a-ancine-diz-bolsonaro.ghtml>. Acesso em 28/02/2021.

MCGILL, Zé. PIMENTEL, João. Mordaça: história de música e censura em tempos autoritários. In: PIMENTEL, João. *Histórias de música e censura em tempos autoritários*. Rio de Janeiro: Sonora Editora, 2021, (14-22).

MEDINA, Cremilda. As múltiplas faces da censura. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (421-434), 2020.

MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*, vol. 1962 (1961), p. 245-266, University of Chicago Press.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional. In: *Rev. Dir. Administrativo*, Rio de Janeiro, 125: 1-14, jul/set 1976.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Heloísa. *Queermuseu: O dia em que a intolerância pegou uma exposição para Cristo*. El País Brasil. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425_555164.html. Acessado em 28/11/2021.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019.

MILTON, John. *Aeropagítica: discurso sobre a liberdade de expressão*. Prefácio de Jónatas Machado. Portugal: Edições Almedina, 2019.

MOBILE. *Ancine nega pedidos feitos pela produtora e filme "Marighella" tem estreia cancelada no Brasil*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/ancine-nega-pedidos-feitos-pela-produtora-e-filme-marighella-tem-estreia-cancelada-no-brasil/>. Acessado em 08/01/2022.

MOBILE. *Centro Cultural da Funarte em São Paulo veta a exibição da peça 'Res Publica 2023'*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/centro-cultural-da-funarte-em-sao-paulo-veta-a-exibicao-da-peca-res-publica-2023/>. Acessado em 08/01/2022.

MOBILE. *Governo Federal não autoriza projetos com patrocínios culturais já combinados via Lei Rouanet*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/governo-federal-nao-autoriza-projetos-com-patrocínios-culturais-ja-combinados-via-lei-rouanet/>. Acessado em 08/01/2022.

MOBILE. *Governo impede prosseguimento de peça crítica à ditadura militar na Lei Rouanet*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/governo-impede-prosseguimento-de-peca-critica-a-ditadura-militar-na-lei-roaunet-2/>. Acessado em 08/01/2022.

MOBILE. *Marcelo Crivella veta a exposição 'Queermuseu' no Museu de Arte do Rio*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/marcelo-crivella-veta-a-exposicao-queermuseu-no-museu-de-arte-do-rio/>. Acessado em 09/12/2021.

MOBILE. *Ministério suspende edital de projetos audiovisuais após seleção de filmes LGBT*. Disponível em: <https://movimentomobile.org.br/caso/ministerio-suspende-edital-de-projetos-audiovisuais-apos-selecao-de-filmes-lgbt/>. Acessado em 08/01/2022.

MONTEIRO, Vlória Marques; COSTA, Rodrigo Vieira. Censura e liberdade de expressão artística: análise das razões judiciais sobre restrições da encenação da peça “O Evangelho Segundo Jesus, Rainha do Céu” sob o prisma do sistema jurídico brasileiro de proteção dos direitos fundamentais. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos*. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (220-241), 2019.

MIYADA, Paulo. AI-5 50 anos – Ainda não terminou de acabar. In: MIYADA, Paulo (org.) *AI-5 50 anos – Ainda não terminou de acabar*. São Paulo: Instituto Tomie Ohtake, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

MOUNK, Y. 2018. *O Povo Contra a Democracia*. SP: Cia. Das Letras.

MOURA, Eduardo. *Exposição homoerótica é cancelada em Belém e ecoa censura a ‘Queermuseu’*. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2021/05/exposicao-homoerotica-e-cancelada-no-para-e-eco-a-censura-a-queermuseu.shtml>. Acessado em 26/07/2021.

MOVIMENTO BRASILEIRO INTEGRADO PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA (MOBILE). *A cultura brasileira censurada*. Disponível em: https://movimentomobile.org.br/mapa-da-censura/?_sft_ano=2021. Acessado em 09/12/2021.

MÜLLER, Jan Werner. Populism and constitutionalism. In: *The Oxford Handbook of Populism*. Edited by: Cristóbal Rovira Kaltwasser, Paul Taggart, Paulina Ochoa Espejo and Pierre Ortiguy. Oxford University Press, 2017.

MURPHY, Jeffrie G. A liberdade de expressão e as artes. In: *Liberdade de expressão no século XXI*. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

NAPOLITANO, Marcos. Arte e política no Brasil: História e Historiografia. In: *Arte e política no Brasil: modernidades*. Org. André Egg, Artur Freitas, Rosane Kaminski. 1ª ed., São Paulo. Perspectiva, 2014.

_____. *Cultura brasileira: utopia e massificação (1950-1980)*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2020 (Repensando a História).

NETO, Edmilson Gonçalves. O caso da performance “La Bête” do artista Wagner Schwartz e a liberdade de expressão artística. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos*. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (164-197), 2019.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 4 reimp., 2013.

OBSERVATÓRIO DA CENSURA À ARTE. Disponível em:

<http://censuranaarte.nonada.com.br/>. Acessado em 06/01/2022.

O GLOBO. *Governo Bolsonaro suspende edital com séries de temas LGBT, após críticas do presidente*. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2019/08/21/governo-bolsonaro-suspende-edital-com-series-de-temas-lgbt-apos-criticas-do-presidente.ghtml>. Acessado em 09/12/2021.

O GLOBO. *Porta dos Fundos: entenda ataque à sede da produtora na véspera do Natal*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/porta-dos-fundos-entenda-ataque-sede-da-produtora-na-vespera-do-natal-24160662>. Acessado em 08/10/2020.

O GLOBO. *Prefeitura do Rio veta exposição Queermuseu no MAR*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/10/prefeitura-do-rio-veta-exposicao-queermuseu-no-mar.html>. Acessado em 28/11/2021.

OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de. *As Forças Armadas: política e ideologia no Brasil, 1964-1969*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976.

OLIVIERI, Cris; NATALE, Edson. Contextualização de fatos e conceitos. In: *Direito, arte e liberdade*. Organização de Cris Olivieri e Edson Natale. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018 (41-57).

OLIVIERI, Cris; NATALE, Edson (orgs). *Direito, arte e liberdade*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

OSÓRIO, Aline. *Direito Eleitoral e Liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 220: 69-107, abr/jun 2000.

OSORIO, Luiz Camillo. *Olhar à margem: caminhos da arte brasileira*. São Paulo: SESI-SP. Editora: Cosac Naify, 2016.

OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo* (vol. I). Coimbra: Almedina, 2013.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Tradução Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Terra e Paz, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Classificação Indicativa e vinculação de horários na programação de TV: a força das imagens e o poder das palavras. In: *Liberdade de expressão e os direitos de crianças e adolescentes*. Org. Alessandra Xavier Nunes Macedo, David Ulisses Brasil Simões Pires, Fernanda Alves dos Anjos. Brasília: Ministério da Justiça, (26-63), 2014.

_____. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; OLIVEIRA, Renan Medeiros de; COUTINHO, Carolina Saud. Regulação do discurso de ódio: análise comparada em países do Sul Global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1 (196-228), 2020.

PIMENTEL, João. *Histórias de música e censura em tempos autoritários*. Rio de Janeiro: Sonora Editora, 2021.

POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review*, Vol. 97:3 (477-489), 2011.

POZAS, Luis Jordana de. *Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo*. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/7421rep048040.pdf>.

QUINALHA, Renan. *Contra a moral e os bons costumes: A ditadura e a repressão à comunidade LGBT*. Coleção arquivos da repressão no Brasil/ coordenação Heloísa Starling. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

RACY, Sonia. *Cia de teatro BR116 tem peça reprovada na Rouanet e acredita em censura*. Estadão. Disponível em: <https://cultura.estadao.com.br/blogs/direto-da-fonte/cia-de-teatro-br116-tem-peca-vetada-na-lei-rouanet-e-acredita-em-censura/>. Acessado em 07/01/2022.

RANCIÈRE, JACQUES. *A partilha do sensível: estética e política*. Tradução de Mônica Costa Netto. São Paulo: EXO experimental org.; Editora 34, 2009.

_____. *Será que a arte resiste a alguma coisa?* Tradução de Mônica Costa Netto. Disponível em:

<https://we.riseup.net/assets/404237/Jacques+Ranci%C3%A8re+Sera+que+a+arte+resiste+a+alguma+coisa.pdf>.

REIMÃO, Sandra. *Repressão e Resistência: censura a livros na ditadura militar*. 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2019.

RODRIK, Dani. "Populism and the Economics of Globalization." *Journal of International Business Policy* 1(1-2), 2018.

ROSENFELD, Luis. *Revolução Conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2021.

ROSENBERG, Ian. *The fight for free speech: ten cases that define our First Amendment freedoms*. New York: New York University Press, 2021.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O constitucionalismo democrático e cultural (ou constitucionalismo da fraternidade). In: *Bens culturais e direitos humanos*. Organização Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Cureau. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015, (38-57).

SANDEL, Michael. *Tiranía do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, tradução Bhuvi Libanio.

SANTOS, Rafael Cascardo Cardoso dos. *O fomento público sob a ótica republicana: participação, accountability e desenvolvimento*. 2021. 203f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed, 2017.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Disponível em:
<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Coord. Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: *Direito Administrativo e seus novos paradigmas* (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCANLON, Thomas. A Theory of Freedom Expression. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, n. 2 (Winter, 1972).

_____. Freedom of expression and categories of expression. In: *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*. UK: Cambridge University Press, 2003.

SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. UK: Cambridge University Press, 1982.

SCHWARCZ, Lilia. Moderna República velha: um outro ano de 1922. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, N. 55, São Paulo, set/2012.

SILVA, José Afonso da. Liberdade de expressão cultural. In: *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, (163-175), 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. N. 4 (23-51), 2006.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798: 23-50, 2002.

SIMÕES, Inimá Ferreira. A censura cinematográfica no Brasil. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (347-376), 2020.

_____. *Roteiro da Intolerância: a censura cinematográfica no Brasil*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 1999.

SIMÕES, Mariana. 'Eu recebi mais de cem ameaças de morte', diz curador da exposição *Queermuseu*. El país Brasil. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/28/cultura/1535483191_606318.html. Acessado em 28/11/2021.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Liberdade de expressão artística na jurisdição constitucional: a contribuição do supremo tribunal federal para a gestão democrática da cultura. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de*

casos. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (69-90), 2019.

_____. Quando a liberdade de expressão cultural ganha um bom abraço da Justiça? In: OLIVIEIRI, Cris; NATALE, Edson (orgs). *Direito, arte e liberdade*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

SOARES, Inês Virgínia Prado. CUREAU, Sandra (org). *Bens culturais e direitos humanos*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 19, nº 54, fev/2004.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. Uma história da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013. 1 ed. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Democracia em crise no Brasil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Eduerj-Contracorrente, 2020.

STARLING, Heloísa. *Ser republicano no Brasil colônia: a história de uma tradição esquecida*. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros Editores, 4, 1973.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York, The Free Press, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4451, DF/Distrito Federal, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgamento 21/06/2018, Publicação 06/03/19, DJe-044.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4451 MC-REF, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Julgamento 02/09/10, Publicação 24/08/12.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4815, DF/Distrito Federal, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgamento 10/06/15, Publicação 01/02/16, DJe-018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 460, Paraná/PR, Min. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento 29/06/2020, publicação 13/08/2020, DJe-201.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Rcl 38782, RJ/Rio de Janeiro, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgamento 03/11/2020, Publicação 24/02/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 795467, SP/São Paulo, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Julgamento 05/06/14, Publicação 24/06/14, Repercussão Geral.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 898450, SP/São Paulo, Min. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgamento 17/08/16, Publicação 31/05/17, DJe-114.

TOLEDO, Bianca Rodrigues. A liberdade de expressão artística e a moral bolsonarista. In: *A proteção da liberdade de expressão artística: fundamentos e estudos de casos*. Francisco Humberto Filho, Rodrigo Vieira Costa (org.) Fortaleza: Gráfica LCR, (119-130), 2019.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública*: estudo de caso sobre os argumentos paternalistas. Disponível em:

https://www.bdttd.uerj.br:8443/bitstream/1/9275/1/Marcelo%20Travassos_%20FINAL%20FINAL.pdf.

TUSHNET, Mark V. CHEN, Alan K. BLOCHER, Joseph. *Free speech beyond words: the surprising reach of the First Amendment*. New York: New York University Press, 2017.

URIBE, Gustavo. *Governo Bolsonaro barra patrocínios culturais já aprovados via Lei Rouanet*. Folha de São Paulo. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2020/12/governo-bolsonaro-barra-patrocínios-culturais-ja-aprovados-via-lei-rouanet.shtml>. Acessado em 08/01/2022.

VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional da Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014.

VEJA. *Crivella sobre Queermuseu no Rio: 'Só se for no fundo do mar'*. Disponível em:

<https://veja.abril.com.br/cultura/crivella-sobre-queermuseu-no-rio-so-se-for-no-fundo-do-mar/>. Acessado em 28/11/2021.

VEJA SÃO PAULO. *Boneco com rosto de Judith Butler é incendiado em protesto*.

Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/boneco-com-rosto-de-judith-butler-e-incendiado-em-protesto/>. Acesso em 24/11/2021.

VILLALTA, Luiz Carlos. Censura literária e inventividade dos leitores no Brasil colonial. In: *Minorias Silenciadas: História da Censura no Brasil*. Maria Luiza Tucci Carneiro (org.). 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, (45-90), 2020.

WARBURTON, Nigel. *Free speech: a very short introduction*. Oxford University Press, 2009.

WEFFORT, Francisco C. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003.