

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TAGORE NEVES DOS ANJOS BRANDÃO DE ALMEIDA

A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO ÂMBITO DO FUNDO
SETORIAL DO AUDIOVISUAL

Macció

2022

TAGORE NEVES DOS ANJOS BRANDÃO DE ALMEIDA

A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO ÂMBITO DO FUNDO
SETORIAL DO AUDIOVISUAL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho.

Maceió
2022

Catlogação na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

A447a Almeida, Tagore Neves dos Anjos Brandão de.
A atividade administrativa de fomento no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual /
Tagore Neves dos Anjos Brandão de Almeida. – 2022.
132 f.

Orientador: Fábio Lins de Lessa Carvalho.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de
Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 123-132.

1. Brasil. Constituição (1988). 2. Direito administrativo. 3. Cultura. 4. Cinema. 5.
Fomento. 6. Fundo Setorial do Audiovisual (Brasil). I. Título.

CDU: 342.9:7

Àqueles e àquelas que dedicam suas vidas à
construção do imaginário brasileiro.

“O cinema é infinito – não se mede.
Não tem passado nem futuro. Cada
Imagem só existe interligada
À que antecedeu e à que sucede.

O cinema é presciente antevisão
Na sucessão de imagens. O cinema
É o que não se vê, é o que não é
Mas resulta: a indizível dimensão.”

(Vinicius de Moraes)

RESUMO

Contemporaneamente, o Direito Administrativo, por influência direta da Constituição de 1988, tem passado por inúmeras transformações, entre as quais a sua constitucionalização e a sua procedimentalização. Isso porque o texto constitucional de 1988, de modo inaugural, elevou sobremaneira a importância dos direitos e garantias fundamentais no estudo jurídico, o que, por sua vez, alterou a compreensão de diversos institutos clássicos do Direito Administrativo, como o ato e o procedimento. Tem-se, pois, que as atividades desenvolvidas pela Administração Pública encontram suas balizas diretamente na Constituição. Sendo assim, essa mudança de concepção também impacta fortemente a compreensão da atividade de fomento, que deve orientar-se à efetivação dos direitos fundamentais e dos objetivos da República. Neste trabalho, busca-se, a partir da ótica do Direito Administrativo constitucionalizado, analisar a atividade de fomento ao cinema e ao audiovisual no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), que hoje é a principal política de estímulo ao desenvolvimento do setor. Seguindo essa linha, intenta-se compreender a influência dos direitos fundamentais, notadamente do multifacetado direito à cultura, e da diversidade cultural na formatação e na execução das ações de fomento levadas a efeito com recursos do FSA. Mas não apenas isso, ainda sob influência constitucional, fixa-se como objetivo a identificação dos princípios que, na condição de mandamentos nucleares do ordenamento, norteiam essa atividade. Para tanto, utilizou-se de farta pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, no âmbito nacional e internacional.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Constituição; Cultura; Cinema; Fomento; Fundo Setorial do Audiovisual.

ABSTRACT

Contemporarily, Administrative Law, under the direct influence of the Constitution of 1988, has undergone several transformations, including its constitutionalization and proceduralization. This scenario takes place because the constitutional text of 1988, initially, greatly increased the importance of the fundamental rights and guarantees in legal studies, which, on the other hand, changed the understanding of several classic institutes of Administrative Law, such as the act and the procedure. Therefore, the performance of the Public Administration, in its activities, is directly guided by the Constitution. Thus, this change of conception also has a strong impact on the development of fostering activity, which must be guided by the concretization of the fundamental rights and the objectives of the Republic. This research, from the perspective of the constitutionalized Administrative Law, seeks to analyze the fostering activity of the cinema and audiovisual industry in the scope of the Audiovisual Sector Fund, which currently is the main policy of fostering the development of the mentioned industry. Following this line, we intend to understand the influence of fundamental rights, notably, the multifaceted right to culture, and the cultural diversity on the formatting and execution of the fostering activities carried out by the resources of the Audiovisual Sector Fund. But not only this, also under the influence of the Constitution, it seeks to identify the principles that, as the fundamental standards of law, guide this activity. For this purpose, a vast bibliographic, jurisprudential, and legislative research was used, at national and international levels.

Keywords: Administrative Law; Constitution; Culture; Cinema; Fostering; Audiovisual Sector Fund.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
1.1. Objeto de estudo	12
2. O DIREITO À CULTURA E A DIVERSIDADE CULTURAL NA LETRA DA CONSTITUIÇÃO.....	14
2.1. As Constituições pretéritas	14
2.2. A cultura na Constituição de 1988.....	19
2.2.1. Os direitos culturais na Constituição Federal de 1988.....	19
2.2.2. As normas culturais na Constituição de 1988 e sua eficácia.....	25
2.2.3. A repartição de competências em matéria cultural	30
2.2.4. Os direitos culturais nas múltiplas dimensões.....	33
2.2.4.1. As liberdades culturais	35
2.2.4.2. Direitos culturais de segunda dimensão: o acesso como ponto fundamental	38
2.2.4.3. A dimensão transindividual dos direitos culturais	41
2.3. Farol constitucional: a diversidade cultural	43
2.3.1. A Convenção da Unesco de 2005	43
2.3.2. Exceção cultural e sua substituição pelo conceito de diversidade	43
2.4. O Recurso Extraordinário nº 627432 e a cultura como pilar do desenvolvimento.	48
3. O FOMENTO AO CINEMA NO BRASIL.....	50
3.1. A atividade de fomento	50
3.1.1. Características fundamentais da atividade de fomento	51
3.1.2. Fundamento constitucional da atividade de fomento no Brasil	55
3.1.3. Classificação da atividade de fomento	56
3.1.4. Incentivos ao cinema nacional: expressão da atividade fomentadora do Estado?	57
3.1.5. Modalidades de fomento ao cinema e ao audiovisual: direto e indireto	60

3.1.6. O Fundo Setorial do Audiovisual: características e governança.....	62
3.1.7. Ancine	65
3.1.8. Comitê Gestor do FSA	67
3.1.9. Síntese dos procedimentos administrativos no FSA	69
3.2. Discrecionalidade administrativa e a atividade de fomento	74
4. OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS NO FUNDO SETORIAL DO AUDIOVISUAL	79
4.1. A procedimentalização no Direito Administrativo da Cultura.....	79
4.2. O princípio como espécie normativa e sua plurifuncionalidade	85
4.3. Os novos contornos do princípio da motivação	90
4.3.1. O princípio da motivação na Lindb	94
4.3.2. Princípio da motivação no seio do Fundo Setorial do Audiovisual	97
4.4. O princípio da participação social	101
4.4.1. Outros entraves à efetivação do princípio da participação social	108
4.5. Princípio da igualdade: entre a impessoalidade e o compromisso com os objetivos da República.....	110
4.6. Princípio da eficiência como um novo paradigma: a busca por resultados.....	115
4.6.1. Princípio da eficiência: a experiência internacional e o uso da tecnologia	118
5. CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS	123

1. INTRODUÇÃO

Depois de criadas e postas em prática, determinadas políticas públicas levam anos para apresentar seus reais efeitos. Apenas após esse lapso temporal, é possível realizar uma análise mais robusta acerca de possíveis erros e acertos no seu desenho. O que não exclui, obviamente, a necessidade de um acompanhamento constante de sua execução, seguido por correções de rotas.

No caso do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), principal mecanismo de fomento ao cinema e ao audiovisual no Brasil, já decorrem cerca de quinze anos desde a entrada em vigor da lei nº 11.437, de 2006, que o criou. Nesse ínterim, esse fundo mostrou-se fundamental ao desenvolvimento desse importante setor econômico, alavancando especialmente o elo da cadeia relacionado à produção de filmes e de séries.

Desde 2006, vários editais foram publicados, alterações normativas – legais e infralegais – foram operadas, novos programas surgiram, outros seguimentos do setor audiovisual passaram a ser contemplados com recursos financeiros.

Entre essas mudanças, uma teve especial relevância. Com a sanção, no ano de 2011, da lei nº 12.485 – mais conhecida como Lei da TV Paga – foram acrescentadas ao ordenamento novas hipóteses de incidência da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (Condecine), a mais importante fonte de receitas do FSA.

Com essas novas hipóteses de incidência, o volume de recursos destinados ao FSA cresceu substancialmente. Aumentou-se, conseqüentemente, a capacidade de investimentos desse fundo.

Segundo informações colhidas de estudo publicado em 2018 pelo Observatório do Cinema e do Audiovisual, apenas entre 2009 e 2018, foram disponibilizados 4,7 bilhões de reais “nas diversas chamadas públicas e programas lançados com recursos do FSA”. Desse montante, cerca de 1,2 bilhão de reais foi destinado à produção de longas-metragens.¹

A partir dessas constatações, surgem algumas perguntas. Como são escolhidos os setores a serem beneficiados com esses recursos? Como são definidas as prioridades em termos de gasto público? Afinal de contas, os recursos, conquanto sejam expressivos, são finitos. Não há como contemplar todos os interessados.

¹AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Resultados Consolidados do Fundo Setorial do Audiovisual: Resultados consolidados dos recursos aplicados pelo FSA em programas e projetos do setor audiovisual entre 2009 e 2018. In: **Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual**, 2019, p. 15.

Em primeiro lugar, é necessário assentar que esses não são problemas novos no Direito Administrativo brasileiro. Logo que fora criado, o Fundo Nacional de Cultura enfrentou questionamentos análogos.

Em entrevista, o sempre esclarecedor Celso Furtado, então ministro da Cultura, titubeou ao responder como seria realizada a alocação dos recursos que, de antemão, não possuíssem uma destinação certa.² Como seria, afinal, escolhido o projeto a ser agraciado? Tais questionamentos foram feitos no passado e, enquanto as políticas de fomento conduzidas pelo Estado vigorarem, continuarão a ser feitos.

Isto dito, deixa-se claro que parcela não desprezível dessas perguntas, obviamente, foge ao escopo desse trabalho. Isso porque, para que sejam respondidas, conhecimentos de outras áreas seriam necessários.

A definição dos contornos de políticas públicas para o audiovisual e o cinema é assunto assaz complexo e interdisciplinar. O estudo dessas políticas abrange – além de aspectos próprios da dinâmica da indústria cinematográfica e do audiovisual – assuntos que permeiam várias áreas do conhecimento: economia, sociologia, administração, ciência política, comunicação social etc.

Como não poderia deixar de ser, o Direito – e mais especificamente o Direito Público – é fundamental para a compreensão dessas políticas.

Por um lado, não é possível obter do instrumental jurídico a totalidade das respostas às perguntas acima formuladas. Afinal, o Direito tem limitações e, apesar de colher importantes contribuições de outros sistemas, possui seu próprio código de funcionamento.

Por outro, em que pese não existir no Brasil uma lei geral que regule o fomento, por ser classificado como atividade administrativa, ele é objeto, ainda que indiretamente, de uma série de normas, seja a nível constitucional ou infraconstitucional.

No estudo das políticas públicas culturais, é verdade, o Direito é ainda mais importante, já que é da própria Constituição que se extrai, especificamente, o seu fundamento de validade.

Há, na Constituição, comandos genéricos que autorizam o legislador ordinário, preenchido um conjunto de requisitos, a intervir no domínio econômico. Mas não existem apenas comandos genéricos.

²FURTADO, Celso. **Entrevista ao Programa Roda Viva**. TV Cultura. 09 de fevereiro de 1987.

Em alguns casos, o constituinte originário escolheu conferir maior proteção a setores específicos, entre os quais o cultural. No que toca à cultura – vide o conteúdo dos artigos 215 e 216, por exemplo –, preocupou-se, no curso do processo constituinte, em assentar bases sólidas, sobre as quais o legislador ordinário e o administrador levariam a cabo a construção do edifício normativo.

Diferentemente de outros setores da economia, as grandes diretrizes para o desenvolvimento das ações no campo cultural estão, explicitamente, previstas no texto constitucional. Há, ali, uma plêiade de direitos fundamentais que devem necessariamente ser observados no desenvolvimento dessas políticas públicas.

Ainda assim, mesmo que o constituinte tenha tido o cuidado em definir quais as diretrizes a serem seguidas, o detalhamento das políticas públicas é realizado infraconstitucionalmente. Ao conjunto dessas normas – constitucionais e infraconstitucionais – confere-se a alcunha de Direito da Cultura.

Hodiernamente, trabalha-se, inclusive, com outros afinamentos conceituais. Dado o elevado grau de especialização, por exemplo, há quem sustente a existência de um Direito do Cinema e do Audiovisual.

Essa diferenciação não é exatamente nova no Brasil. Ainda que, inconscientemente, entendia-se que o cinema em particular era portador de algumas características que o tornavam singular. Quando do processo constituinte, por essa razão, cogitou-se inserir no art. 24 uma menção expressa à competência para legislar em matéria de cinema – o que, no entanto, acabou sendo excluído da redação final.

Nesse caso específico, a escolha por diferenciar esse ramo do Direito, que não é autônomo, é justificada pelas peculiaridades de seu objeto – o cinema e o audiovisual –, que proporciona, particularmente, uma interface entre os domínios econômico e cultural em sentido estrito.

Tanto no cinema, como no audiovisual, mais do que em outros ramos da cultura, o aspecto econômico se sobressai, mormente com o acelerado desenvolvimento tecnológico.

Recentemente, inclusive, os ministros da Cultura dos países que compõem o G20 aludiram justamente ao potencial econômico do setor cultural – no qual tanto o cinema como o audiovisual se destacam –, ao tratar da retomada do desenvolvimento no período posterior à pandemia de Covid-19, sem contudo deixar de lado o valor simbólico das manifestações artísticas e culturais.

Assim está consignado na carta assinada por esses agentes políticos: “a cultura tem um valor intrínseco, é um componente essencial para o desenvolvimento humano e desempenha um papel essencial na promoção da resiliência e da regeneração das nossas economias e sociedades fortemente afetadas [por essa pandemia]”. E mais ainda:

(...) os setores culturais e criativos representam, por direito próprio, importantes motores da economia e uma fonte significativa de empregos e renda; e que geram repercussões importantes para a economia em geral, sendo motores de inovação e fontes de competências criativas, alavancando o crescimento em outras áreas de políticas.

Para fazer frente a essa realidade e a esses desafios, de modo a assegurar que suas facetas culturais *stricto sensu* e econômicas coexistam, o cinema e o audiovisual, no Brasil, contam com um plexo de normas a regulamentá-los. Tais normas não se limitam ao âmbito federal: por sua peculiar estrutura federativa, os entes subnacionais também legislam sobre o tema. Ou seja, para se compreender o tema, é necessário ter isso em conta: o Direito do Cinema é um assunto de toda a estrutura federativa – e não apenas da União.

1.1. Objeto de estudo

É necessário acentuar que, apesar desse volume de produção normativa, não há, em igual proporção, o desenvolvimento de estudos que tenham por objeto o Direito da Cultura e, mais especificamente, o Direito voltado ao cinema e ao audiovisual.

O Brasil, diferentemente do que ocorre em outros lugares do mundo, ainda carece de um aprofundamento doutrinário acerca da normatização dos mecanismos de incentivo ao cinema e ao audiovisual. Nesse sentido, adotando-se uma perspectiva fundada no Direito Constitucional e Administrativo, pretende-se, justamente, estudar o funcionamento do Fundo Setorial do Audiovisual.

Esse fundo, diga-se de passagem, poderia ser estudado sob lentes absolutamente distintas – inclusive no próprio universo jurídico. Há nele aspectos que permeiam o Direito Financeiro, Tributário etc. Afinal de contas, há um arcabouço normativo fiscal e tributário extremamente complexo a regulamentar o tema.

Seria impossível e até imprudente tentar abarcar todos esses ramos – em dados momentos, é verdade, citam-se, a título de contextualização, alguns aspectos atinentes ao Direito Financeiro e Tributário.

Neste trabalho, por essa razão, opta-se por uma análise circunscrita ao Direito Constitucional e ao Administrativo. Parte-se de uma necessária digressão constitucional para, só então, descer às minúcias administrativas do tema. Na contemporaneidade, esse caminho não poderia ser diferente: afinal, abandonou-se a ideia segundo a qual seria aceitável – e até desejável – que o Direito Administrativo não fosse lido a partir das lentes da Constituição.

Singularmente, no funcionamento do Fundo Setorial do Audiovisual, estão envolvidos vários direitos fundamentais que não podem ser ignorados e que encontram abrigo no primado da dignidade da pessoa humana. Mas quais são esses direitos? Qual a importância da diversidade cultural no Estado Brasileiro?

O primeiro dos capítulos desta dissertação destina-se à construção de respostas a essas perguntas. Colhem-se da Constituição brasileira atual e de suas predecessoras, além de outros diplomas infraconstitucionais, os subsídios necessários à compreensão do tema.

Partindo de análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial, nos capítulos 2 e 3, objetiva-se estudar a atividade administrativa de fomento e, de modo especial, o Fundo Setorial do Audiovisual, num contexto de um Direito Administrativo cada vez mais constitucionalizado e procedimentalizado.

Assim, tem-se como principal problema a ser enfrentado, ao longo dos capítulos, identificar quais os parâmetros jurídicos que devem ser utilizados na definição das ações de fomento no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual e na seleção de seus beneficiários.

Tem-se como hipótese, a ser comprovada ao longo do trabalho, que, conquanto essa atividade administrativa específica seja marcadamente discricionária, há uma série de direitos fundamentais, princípios e procedimentos que devem ser observados no fomento ao cinema e ao audiovisual.

2. O DIREITO À CULTURA E A DIVERSIDADE CULTURAL NA LETRA DA CONSTITUIÇÃO

2.1. As Constituições pretéritas e as políticas cinematográficas desenvolvidas sob sua vigência

A Constituição Federal de 1988, no decorrer de seu texto, tratou amiúde da cultura. São diversos os artigos que, implícita ou explicitamente, disciplinam juridicamente esse tema. Com isso, pretendeu o legislador reconhecer a importância da cultura no contexto da Constituição.³

Ainda que boa parte das disposições pertinentes à cultura esteja condensada entre os artigos 215 e 216-A – em capítulo compartilhado com a educação e o desporto, dentro do título da Constituição que se refere à ordem social –, há tantas outras que, dispersas pelo texto constitucional, a ela são aplicáveis. Isso decorre, dentre outros fatores, de a tarefa de conferir tratamento jurídico à cultura ser altamente complexa.

Ao dar início à leitura da Constituição desde o seu preâmbulo, não tardam em aparecer artigos que, direta ou indiretamente, dizem respeito a esse tópico. Afora aquelas que estejam implícitas, logo no parágrafo único do art. 4º, que estabelece os princípios que regem as relações do Brasil com os outros países, há menção expressa à cultura. Nesse enunciado, o constituinte estabeleceu como objetivo a ser perseguido pela República Federativa do Brasil a busca pela integração cultural – e econômica, social e política – dos povos da América Latina.

Esse cuidadoso disciplinamento encontrado no decorrer da Constituição de 1988 destoa daquilo que se extrai dos textos de suas predecessoras. Para que se compreenda de que modo a Constituição avançou no tratamento conferido à cultura e aos direitos fundamentais, no contexto das políticas públicas, em especial aquelas voltadas ao cinema, faz-se necessário realizar um pequeno passeio pelas Constituições anteriores.

Nesse sentido, é perceptível que, antes de 1988, a cultura fora, na Ordem Constitucional, tratada sem o grau de detalhamento que se requeria – ainda que aqui se reconheça que, a partir de 1934, houve uma significativa mudança de abordagem.

³Aporta-se a essa conclusão, mesmo considerando que educação, desportos e ciência não estão incluídos no que este trabalho concebe como Constituição da Cultura. Por suas peculiaridades, essas matérias, embora intrinsecamente ligadas à cultura na sua mais ampla acepção, são merecedoras de tratamento apartado pelo ordenamento jurídico.

Por serem temas correlatos, desde a Constituição de 1934, educação e cultura passaram a ter disciplinamento jurídico conjunto. Como consequência, à cultura eram reservados poucos e sucintos artigos, que se perdiam em meio ao tratamento minucioso conferido à educação.

Embora, como já dito anteriormente, a Constituição de 1988 tenha adotado, em sua estrutura, um capítulo para tratar, concomitantemente, da cultura, da educação e dos desportos, inovou-se ao garantir a cada um deles uma seção específica. Ao redigir dessa forma o texto constitucional, o legislador, indubitavelmente, enfatizou a importância do tema.

Além da estruturação do texto em si, outro aspecto é digno de nota: em diversas passagens dos diplomas anteriores ao de 1988, o que se encontra é a utilização do vocábulo cultura com valor semântico excessivamente limitado. Usualmente, restringia-se seu alcance às artes (cinema, literatura, teatro etc.), deixando ao relento, por via de consequência, inúmeros bens culturais, materiais e imateriais, que só viriam a ser juridicamente acolhidos com a promulgação da Constituição de 1988.

Na primeira Constituição do Brasil, datada de 1824⁴, há uma única menção ao vocábulo cultura em seu texto (art. 179, XXIV). Nessa passagem, o constituinte estabeleceu que nenhum gênero de cultura seria proibido, desde que não houvesse ofensa aos costumes públicos, à saúde dos cidadãos e à segurança pública. Já a palavra arte é também citada apenas uma vez, nesse mesmo artigo, no inciso XXXIII. Nesse, estabeleceu-se que, em colégios e universidades, seriam ensinados “elementos das Ciências, Bellas Letras, e Artes”.

Na Constituição seguinte, promulgada em 1891⁵, a palavra cultura sequer é utilizada na construção textual. As menções às artes são duas, nos artigos 35 e 72. No primeiro, entre as atribuições do Congresso Nacional está a de animar “o desenvolvimento das letras, artes e ciências”. Mais adiante, no art. 72 – que dispõe sobre direitos da liberdade, da propriedade privada e da segurança individual –, em seu § 26, atribuiu-se aos autores – e aos seus herdeiros, pelo tempo fixado em lei – o direito subjetivo de reprodução exclusiva de obras literárias e artísticas por quaisquer meios.

Como já referido, no período que se seguiu, iniciado com a Constituição de 1934, a cultura passou a compor, estruturalmente, o mesmo capítulo destinado à educação e aos

⁴BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. In: **Presidência da República**, 2022.

⁵BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. In: **Presidência da República**, 2022.

desportos.⁶ Nesse texto, é possível identificar importantes alterações em sua disciplina jurídica. Isso é decorrência direta da incorporação da “ideia social” por esse diploma. Para Celso de Mello, que destaca essa incorporação, a Constituição de 1934 seria a representação da superação – doutrinária e dialética – da totalidade dos “obstáculos criados pelo liberalismo”.⁷

Entre os artigos que tratam do tema – e que fazem referência expressa às artes e à cultura – sobressaem-se três, cujas redações dialogam com vários dos enunciados da Constituição de 1988 por estarem articulados em três grandes eixos de atuação estatal: a) preservação do patrimônio cultural; b) incentivo à produção cultural e c) garantia dos direitos autorais.

No capítulo destinado aos direitos e garantias individuais da Constituição de 1934, há previsão expressa do direito de os autores produzirem, com exclusividade, suas obras – fossem elas de natureza literária, artística ou científica. Acrescenta-se a isso, à semelhança da Constituição de 1988, a previsão de que esses direitos são transmissíveis aos herdeiros, por tempo previsto em lei.

É necessário mencionar ainda a redação do art. 148 da Constituição de 1934: “[c]abe 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”. Desse enunciado, extraem-se normas cujos objetivos específicos diferem entre si e o que as une é a definição da cultura como atividade de interesse público.

O primeiro trecho desse enunciado voltava-se ao presente e ao porvir, estabelecendo a necessidade de todos os entes da federação fomentarem o desenvolvimento da cultura. A segunda parte do enunciado – que está em linha com o que preconiza o art. 10, III, dessa mesma Constituição – fixava o direito-dever de preservação do patrimônio histórico e cultural. Sendo assim, delineia-se a preocupação do constituinte com os bens de cultura já produzidos e que constituem o patrimônio nacional.

No que concerne à previsão do dever de prestar assistência ao trabalhador intelectual, verifica-se que essa não possui correspondência no texto de 1988, sendo, portanto, uma diferença relevante entre os dois diplomas. As diferenças entre esses textos, no entanto, não se resumem a esse ponto. Outra diferença diz respeito à liberdade de expressão artística.

⁶BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. In: **Presidência da República**, 2022.

⁷BRASIL. STF. **ADI-QO nº 319/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 30/04/1993.

A partir da de 1934, passou a compor o elenco de disposições constitucionais a possibilidade de a lei censurar espetáculos e diversões públicas.⁸ Essa previsão está contida, com algumas distinções em termos de redação, de abrangência e de repartição de competências, em todas as Constituições desde 1934, excetuando a de 1988.

Ou seja, até a promulgação da Constituição de 1988, encontrava amparo, a nível constitucional, a atuação do Estado que tivesse por objetivo censurar diversões públicas – entre as quais estavam o teatro e o cinema, *exempli gratia*. Interessante notar antinomias em alguns desses textos constitucionais. Esse é o caso da Constituição de 1967: ao mesmo tempo que autorizava a censura a espetáculos públicos, estipulava-se que as artes, as letras e as ciências eram livres.⁹

Nesse sentido, o texto de 1988 representou, historicamente, uma verdadeira mudança de paradigma, conferindo ao sistema constitucional coerência interna. Aboliu-se, por completo, a possibilidade de o Estado estabelecer, aprioristicamente, restrições a esses espetáculos de diversões públicas ou a quaisquer outras atividades – sejam elas artísticas ou não. Essa foi apenas uma das inovações promovidas, em 1988, no sentido de sintonizar o ordenamento constitucional brasileiro com aquilo que já era preconizado pelo Direito Internacional. Todavia, até que esse estágio fosse alcançado, percorreu-se um longo e árduo caminho.

Comparativamente, nessa perspectiva histórica, o que se percebe é que a Constituição de 1937¹⁰, no tópico da cultura, foi mais sucinta em relação à sua antecessora. Não havendo, de sua parte, um desenvolvimento aprofundado do tema. A cultura foi relegada a um patamar inferior de importância.

Já a Carta de 1946¹¹, em um punhado de artigos – do 173 ao 175 –, manteve a linha da Constituição precedente: sem muito se alongar sobre o tema, definiu “[o] amparo à cultura como dever do Estado”, sendo livres as ciências, as letras e as artes. Ademais, no art. 176, restou definido o conteúdo do patrimônio histórico e cultural, o qual gozaria de especial proteção das instituições do Estado.

⁸Art. 113, (9): “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. (...)”

⁹Sobre a Constituição de 1967, remete-se às sempre aprofundadas considerações desenvolvidas em MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a emenda n.1 de 1969, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

¹⁰BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. In: **Presidência da República**, 2022.

¹¹BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. In: **Presidência da República**, 2022.

O contrassenso permanecia: não havia coerência interna no texto constitucional quanto à liberdade das manifestações artísticas, já que, a teor do art. 141, § 5º, estavam, como já dito, os espetáculos e diversões públicas submetidos à censura.

Mais uma vez, em 1967¹², o texto da Constituição praticamente permaneceu inalterado. A tônica era mesma: uma aparente liberdade artística, mas que, ao final, revelava-se cheia de ressalvas. Seus artigos 171 e 172 são muito parecidos com os 173, 174 e 175 da antiga Carta.

Mudança de fato iniciar-se-ia no período de transição democrática, com a Comissão Afonso Arinos e, posteriormente, com o processo constituinte que culminou com a aprovação do texto de 1988. Até lá, ecos da atividade de polícia, eminentemente censora, podiam ser percebidos.

As políticas cinematográficas, às quais se alude em razão do objeto deste trabalho, desenvolvidas sob a égide dessas Constituições seguiram exatamente essa lógica, submetidas à tutela estatal – uma espécie de filtro a limitar a produção cultural àquilo que interessava politicamente o governo de turno.

Em que pese a produção cinematográfica tenha recebido estímulos – sob diversas roupagens – desde os anos de 1930, tais estímulos ocorriam sem o devido respeito aos direitos fundamentais culturais, sobre os quais falar-se-á mais à frente –, não havia preocupação em preservar as liberdades culturais. Isto é, ao fim, tais políticas, sob o pretexto de estimular os setores culturais, notadamente o cinematográfico, serviam a outros fins, não compatíveis com o interesse público.

Sobre o tema, Maria Helena Capelato cita o exemplo do Departamento de Imprensa e Propaganda, que, criado sob a vigência da Constituição de 1937, “produzia e divulgava o discurso destinado a construir certa imagem do regime, das instituições e do chefe do governo, identificando-os com o país e o povo”. Para tanto, dentre outros meios, esse órgão, vinculado diretamente à presidência da República, valia-se de filmes produzidos com o objeto de promover a imagem do governo.¹³ Seja porque tais filmes eram produzidos com esse intuito, seja porque havia forte censura às produções cinematográficas, tem-se como incontroverso que os direitos fundamentais, marcadamente os culturais, não eram respeitados.

¹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. In: **Presidência da República**, 2022.

¹³CAPELATO, Maria Helena. Propaganda política e controle dos meios de comunicação. In: PANDOLFI, Dulce (Org.). **Repensando o Estado Novo**. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 173.

Tais violações não ocorreram apenas sob a égide da Constituição de 1937. Longe disso. No período militar, por exemplo, tais distorções também eram verificadas. Nessa fase histórica, além do estabelecimento de um forte aparato de censura às expressões artísticas, a política cinematográfica deu-se à margem do interesse público. Malgrado a produção cinematográfica nacional tenha aumentado significativamente, os critérios de distribuição de recursos não eram claros. Segundo Anita Simis, fortaleceu-se, nessa época, a figura do realizador-produtor; o que, por sua vez, “gerou a política de clientela, sendo um dos fatores que contribuíram significativamente para o fechamento da Embrafilme”. Essa política levada a efeito no período militar acabou por beneficiar um número limitado de empresas produtoras – não havia, pois, uma pulverização dos recursos, mas uma concentração.¹⁴

Como será visto, nesse sentido, a Constituição de 1988 representou um marco jurídico e histórico. Ao passo que estabeleceu o dever estatal de fomento às manifestações culturais, fixou outras balizas, de modo a assegurar que os princípios republicanos e os direitos fundamentais – notadamente as liberdades culturais – fossem respeitados no desenvolvimento dessas políticas públicas.

Fazer esse esforço histórico é fundamental para compreender aquela que é a principal política pública voltada ao fomento do cinema na atualidade, o Fundo Setorial do Audiovisual. A partir desse levantamento de dados, é possível identificar, com clareza, os desafios e entraves enfrentados pelas políticas que a precederam. Assim, soluções mais bem acabadas podem ser construídas.

Ter essas compreensões, aliadas ao estudo da Constituição dos dias atuais, é o mais adequado ponto de partida para entender a quais limites jurídicos o Fundo Setorial do Audiovisual está submetido. Dessa forma, ao fixar bem esse ponto de partida, evita-se que os erros cometidos em outras fases históricas repitam-se.

2.2. A cultura na Constituição de 1988

2.2.1. Os direitos culturais na Constituição Federal de 1988

A nível internacional, os direitos culturais estão consagrados em diversos diplomas. Segundo George Sarmiento, inclusive, seria possível constatar “a existência de um sistema

¹⁴SIMIS, Anita. **Cinema e política cultural durante a ditadura e a democracia**. Disponível em: <https://www.academia.edu/254918/Cinema_e_Pol%C3%ADtica_Cultural_durante_a_Ditadura_e_a_Democracia>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022, p. 5.

supraestatal de proteção ao patrimônio cultural que tem como fundamento a Declaração [Universal dos Direitos do Homem] de 1948”. Ao conjunto desses documentos, o autor confere a denominação de Carta Internacional dos Direitos Culturais.¹⁵

Compõem esse sistema supraestatal uma série de diplomas, entre os quais, além da já citada Declaração de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de São José da Costa Rica.¹⁶

Em âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 tratou, amplamente, dos direitos culturais. Ao longo de todo o seu texto, é possível identificar inúmeros artigos que disciplinam o tema. As disposições mais eloquentes estão concentradas, no entanto, entre os artigos 215 e 216-A, que compõem o Título VIII, destinado à Ordem Social.¹⁷

Nesses artigos, o constituinte, tanto o originário como o derivado, habilmente, não conferiu conceito definitivo aos direitos culturais – tampouco à cultura. Optou-se pela utilização de uma textura aberta. Essa, indubitavelmente, foi uma escolha acertada, que permite que o seu preenchimento sofra atualizações, sem a necessidade de serem promovidas alterações no texto constitucional.

Alterando a redação original da Constituição Federal, ao longo dos anos, inseriram-se elementos normativos capazes de nortear a atuação dos agentes públicos na efetivação desses direitos – que requerem prestações estatais ora positivas, ora negativas.¹⁸ Tais elementos, contudo, não dirimiram todas as dúvidas acerca do conteúdo desse termo – direitos culturais –, tão importante para a compreensão do funcionamento do Fundo Setorial do Audiovisual como política pública.

¹⁵SARMENTO, George. O direito de participar da vida cultural e a promoção da identidade nacional. In: **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, Maceió, v. 7, n. 1, 2016, p. 9.

¹⁶SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito Ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 71.

¹⁷Outro fato histórico-normativo que é digno de nota, nessa discussão, é a inovação terminológica: a Carta de 1988 foi a primeira constituição brasileira a prever, expressamente, a categoria dos “direitos culturais” – expressão consagrada em distintos documentos internacionais (CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018, p. 24).

¹⁸Objetivando identificar quais direitos poderiam ser classificados como culturais, Francisco Humberto Cunha Filho propôs um conceito, que ele próprio reconhece não ser absoluto. Os direitos culturais, para o autor, “são aqueles relacionados às artes, à memória coletiva e ao fluxo dos saberes que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana”. Caso determinado direito apresente, simultaneamente, todos esses elementos conceituais, poder-se-ia classificá-lo como cultural (CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018, p. 28.).

O alcance e a composição interna desse termo, aliás, não constituem pontos pacíficos na doutrina. Isso decorre do fato de que o seu objeto, a cultura, é um termo plurissignificativo e que, a depender da abordagem utilizada, pode ganhar diferentes contornos. Há, entre os juristas que se debruçam sobre o tema, aqueles que lhe atribuem alcance e composição interna excessivamente amplos, e que, geralmente, lançam mão de noções de cultura emprestadas de outras áreas do conhecimento (como a sociologia e a antropologia).

Há, por outro lado, aqueles que optam pela prudência, buscando preencher, objetivamente, esse conceito, sem desconsiderar, no entanto, as valiosas contribuições das demais ciências. Nesses casos, o conceito de cultura formulado tende a ser mais sucinto, menos ambicioso. Às vezes, inclusive, tornam a limitar as manifestações culturais às manifestações artísticas, por exemplo.

Se há indagações em aberto quanto ao conceito jurídico de cultura – como objeto dos direitos culturais –, certo é que, por toda sua potência visual e carga simbólica na sociedade contemporânea, o cinema – e o audiovisual – nele está inserido. Tal conclusão é reforçada pela constatação de que, atualmente, em todo e qualquer lugar, há uma tela a exibir um vídeo que carrega, em si, parte do imaginário nacional.

Para o Direito, essa árdua tarefa de identificar os direitos culturais e seus limites reveste-se de fundamentalidade. Ao traçar limites claros – que podem e devem sofrer alterações, ao longo do tempo –, não se busca restringir, excessivamente, o conteúdo do termo – o que, certamente, ocasionaria graves prejuízos à cidadania. Aquilo que se almeja é precisamente o contrário: possibilitar que os direitos culturais, dotados de eficácia normativa, tenham efetividade.

É a partir dessa inventariação que, por um lado, descobrem-se quais direitos devem nortear as ações desenvolvidas no Fundo Setorial do Audiovisual e demais políticas cinematográficas e, por outro, confere-se suporte normativo para que o eventual – e, por vezes, indispensável – controle judicial realize-se.

Para organizar essa discussão, José Afonso da Silva elaborou uma lista com os direitos culturais que, no seu entendimento, estariam contemplados na Constituição. Para o autor, seriam eles:

(...) (a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica; (b) direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo

civilizatório nacional; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.¹⁹

Seriam todos esses direitos culturais efetivamente direitos fundamentais e a eles seriam aplicáveis as garantias insertas nos parágrafos do art. 5º da Constituição?

De início, para responder a esse questionamento, é necessário delimitar qual a diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Apesar de abundarem critérios para distinguir esses conceitos, basta, para os fins pretendidos por este trabalho monográfico, aquele que utiliza o *locus* do direito no ordenamento jurídico para definir a sua natureza. São fundamentais os direitos que retiram fundamento de validade da Constituição; em outra mão, aos que derivam do Direito Internacional confere-se a nomenclatura de direitos humanos.²⁰

Mas os direitos culturais, que estão na Constituição, seriam eles fundamentais? Essa pergunta tem especial pertinência considerando que o constituinte ocupou-se de reservar um “título” aos direitos e garantias fundamentais. Seriam esses direitos os únicos carregados de fundamentalidade?

A atividade hermenêutica de identificação desses direitos reveste-se de altíssima complexidade, já que, a par desse cuidado em elaborar um catálogo, o constituinte deixou a porta entreaberta para que outros direitos fossem reconhecidos como fundamentais. O catálogo constante do Título II da Constituição não seria, pois, exaustivo.

É necessário, no entanto, estabelecer balizas para que sejam identificados os direitos fundamentais. Afinal, nem todo direito previsto na Constituição será, de modo incontornável, classificado como fundamental. Assim como o fato de um direito não ter previsão expressa no texto da Constituição não seria suficiente para impedir a atribuição a si do rótulo de fundamental.

Para a discussão aqui travada essas balizas têm ainda mais importância, afinal, em termos explícitos, não estão os direitos culturais incluídos no Título II. Ao menos, não em sua totalidade, já que o direito à liberdade de expressão artística consta expressamente do art. 5º da Constituição.²¹

A análise da fundamentalidade, na lição de Francisco Humberto Cunha Filho, está relacionada ao *locus* e à importância do direito em si. No que toca a alguns direitos culturais,

¹⁹SILVA, José Afonso da, **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 51-52.

²⁰SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021, p. 100.

²¹Tempos atrás, ressaltou-se, chegou a tramitar no Congresso Nacional uma proposta de emenda à Constituição que objetivava inserir, entre os direitos sociais do art. 6º, o direito à cultura.

sua fundamentalidade decorreria diretamente da importância que lhes foi conferida pelo constituinte.²²

Topograficamente, o direito à cultura, em sua segunda dimensão, por exemplo, está distante do catálogo inicial inserto na Constituição. Tal constatação, por sua vez, não representa óbice algum para que a tal direito seja atribuído o rótulo de fundamental.

A esse argumento, acrescenta ainda José Afonso da Silva, assertivamente, que o direito à cultura, em sua segunda dimensão, estaria englobado no direito à educação, que está expressamente previsto no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição.²³ Sob certos aspectos, o direito à cultura se confundiria com o direito social ao lazer, conquanto o primeiro seja mais abrangente que o segundo.

Inobstante a Constituição Federal de 1988 não aluda, literalmente, ao direito fundamental à cultura, a leitura sistemática de seu texto permite ao intérprete concluir que esse direito não apenas existe, como goza de especial proteção – a ele aplicando-se todas as garantias do art. 5º. O direito fundamental à cultura²⁴, metaforicamente, poderia ser entendido como uma espécie de guarda-chuva sob o qual estariam abrigados todos os direitos culturais e os deveres que a eles correspondam – além de outros que, porventura, não constem da relação de José Afonso da Silva –, com suas diferenciadas feições. Ou seja, essas múltiplas faces – direitos culturais – consubstanciar-se-iam no direito fundamental à cultura²⁵.

No entendimento de Vasco Pereira da Silva – cujas reflexões foram estruturadas a partir da análise da Constituição de Portugal:

(...) o direito fundamental à cultura, enquanto conceito-quadro, possui um conteúdo complexo e diversificado (...), que integra os (sub)direitos fundamentais de criação cultural, de fruição cultural, de participação cultural, de autor e de fruição do património cultural, assim como o dever fundamental dos particulares de defesa e valorização do património cultural, para além de numerosos deveres, tarefas, e princípios jurídicos de actuação a cargo dos poderes públicos.²⁶

²²CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 41 e ss.

²³SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 317.

²⁴Jorge Miranda, por seu turno, entende não ser adequado utilizar, genericamente, a expressão direito à cultura, tendo em vista, principalmente, a diversidade de direitos culturais (MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales*. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, a. 7, n. 13, jan.-jun. 2010, p. 59.).

²⁵SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 67 e ss.

²⁶SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 102.

Esses direitos culturais – englobados pelo direito fundamental à cultura –, por possuírem características singulares (titularidade, conteúdo, intensidade...), estão dispersos pelo texto constitucional brasileiro – incluídos os tratados internacionais, incorporados sob a sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição. A complexidade inerente a cada um desses direitos impede que a eles seja conferido um tratamento uniforme.

A partir dessa constatação de que são vastas e esparsas as normas – implícitas e explícitas – que cuidam dos direitos culturais na Constituição, é possível tecer algumas considerações, que são indispensáveis à compreensão global do tema: a) trata-se de matéria de altíssima complexidade – cujos impactos são intergeracionais – e que, por isso, demanda ações articuladas entre os três níveis federativos e a sociedade civil; b) há uma transversalidade nas políticas públicas culturais, que afetam, diretamente ou indiretamente, outros direitos sociais, econômicos e ambientais, de modo que o diálogo entre os mais variados órgãos e entidades é imprescindível; c) os direitos culturais perpassam todas as dimensões dos direitos fundamentais e, dessa forma, constituiria uma imprecisão terminológica classificá-los como direitos de segunda dimensão – essa imprecisão, usualmente, decorre do fato de que muitos desses direitos culturais exigem prestações positivas estatais e podem, por isso, sem maiores embaraços, ser classificados como sociais²⁷; d) a matéria não é disciplinada exclusivamente pelo Direito Público – no caso dos direitos autorais, por exemplo, seu disciplinamento encontra-se, fundamentalmente, no Direito Privado.

Ainda que o tratamento dado aos direitos culturais na Constituição tenha sido generoso, em termos legislativos não há um esgotamento de seu tratamento jurídico.²⁸ Esse é apenas o ponto de partida da atuação do Estado, que deve ter um papel relevante tanto na garantia de liberdades (de criação, de pensamento, de participar da vida cultural da comunidade...) como no incentivo, na proteção e na democratização da fruição e do desenvolvimento de atividades, serviços e bens culturais²⁹. Em outras palavras, para que essas disposições constitucionais

²⁷YANES, Luis Miguel Arroyo. Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación. In: **Nuevas Políticas Públicas**: anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, Andalucía, n. 2, 2006, p. 267.

²⁸MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, a. 7, n. 13, jan.-jun. 2010, p. 65.

²⁹De acordo com a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, a expressão “[a]tividades, bens e serviços culturais” refere-se às atividades, bens e serviços que, considerados sob o ponto de vista da sua qualidade, uso ou finalidade específica, incorporam ou transmitem expressões culturais, independentemente do valor comercial que possam ter. As atividades culturais podem ser um fim em si mesmas, ou contribuir para a produção de bens e serviços culturais” (BRASIL. Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. In: **Presidência da República**, Brasília, 2007.).

alcancem a sua máxima efetividade, torna-se necessária a edição de outros atos normativos (infraconstitucionais e infralegais), que desçam aos detalhes das políticas públicas – notadamente nas hipóteses em que se exige do Estado, em sentido lato, prestações positivas.

Os direitos culturais tornam-se mais palpáveis, por exemplo, quando da regulamentação do Fundo Setorial do Audiovisual, objeto maior dessa dissertação. Como ver-se-á, em maiores detalhes adiantes, por ser a maior fonte de financiamento público do cinema e do audiovisual na atualidade, a depender da sua regulamentação a nível infraconstitucional, os direitos culturais serão ou não efetivados – no caso daqueles que requerem prestações positivas. Isso porque, a depender do desenho adotado, as políticas podem servir, por exemplo, como instrumento político-partidário ou de propaganda, ou mesmo implicar censura estatal.

Como já foi explanado, esse tratamento jurídico conferido à cultura – notadamente ao cinema e ao audiovisual – e aos direitos culturais ganhou tamanha complexidade – quantitativa e qualitativa – que faz sentido aludir a um Direito da Cultura. Todavia, após a leitura da lei que instituiu o Plano Nacional de Cultura e das disposições constitucionais, no que respeita ao Direito da Cultura, é possível afirmar com clareza que, apesar de suas particularidades, ele “não é um ramo autônomo do direito”³⁰. O Direito da Cultura reúne as normas e institutos aplicáveis à matéria e que provêm dos Direitos Administrativo, Civil, Tributário etc.

2.2.2. As normas culturais na Constituição de 1988 e sua eficácia

Como dito em tópicos que a este precederam, a Constituição de 1988 não cuidou apenas de impor ao Estado, objetivamente, deveres genéricos de incentivo à cultura – ou, mais restritivamente, às artes. Declinou, claramente, em direção ao reconhecimento dos cidadãos enquanto titulares de direitos culturais.

O centro da construção normativa alterou-se e a cultura deixou de ser entendida meramente sob a perspectiva objetiva, em um claro alinhamento com o sistema constitucional inaugurado em 1988 – que põe em destaque os direitos da cidadania. Não à toa, diga-se de passagem, a Constituição de 1988 fora intitulada por Ulysses Guimarães de Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia.³¹

³⁰MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, a. 7, n. 13, jan./jun. 2010, p. 65.

³¹GUIMARÃES, Ulysses. Estatuto do homem, da liberdade e da democracia. In: GUTEMBERG, Luiz (Org.). **Ulysses Guimarães**. Ed. comemorativa ao centenário de nascimento. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016, p. 435.

Para tanto, entendeu-se ser o caminho mais adequado à consecução dos interesses públicos – aqueles constitucionalmente reconhecidos – estatuir um conjunto sofisticado de objetivos, direitos e deveres, além de organizar a respectiva repartição de competências – materiais e legislativas. Um verdadeiro programa constitucional.

Some-se a isso a previsão expressa de um instrumental específico, fundamental ao cumprimento das tarefas constitucionais: o Plano Nacional da Cultura, o Sistema Nacional da Cultura, inventários, tombamentos etc.

Parte significativa dessas normas constitucionais voltadas ao setor cultural – na tripartição clássica de José Afonso da Silva – seriam classificadas como de eficácia limitada de princípio programático.³² Isso não significa dizer, *ipso facto*, como adiantado pela expressão utilizada na abertura deste parágrafo – “parte significativa” – que todas essas normas seriam programáticas.

Não estariam, entre as programáticas, v.g., a norma que estabelece a liberdade de expressão cultural (art. 5º, IX). Essa norma, na tipologia clássica, seria de eficácia plena. Sendo assim, disporia de todos os elementos para alcançar a sua máxima efetividade, sendo despicienda ulterior intervenção legislativa ou administrativa.

Nesse ponto, é interessante retomar os debates travados no processo constituinte. Havia, na definição dos termos do art. 215, a preocupação em detalhar os meios adequados a assegurar a sua efetividade.

De início, o constituinte, para assegurar o cumprimento dos comandos constitucionais, entendia ser o melhor caminho um esclarecimento das hipóteses em que o Estado, ao agir, estaria a efetivar os direitos culturais.

A primeira das formas de garantia, pelo Estado, do pleno exercício dos direitos culturais seria o respeito à liberdade de expressão – a mesma prevista no art. 5º, IX. Nesse caso específico do respeito à liberdade de expressão cultural, estar-se-ia diante de norma de eficácia plena.³³

Na redação final da Constituição de 1988, esse trecho, com as formas segundo as quais o Estado asseguraria o pleno gozo dos direitos culturais, foi suprimido – por entender o constituinte que esse papel deveria ser reservado a atos normativos infraconstitucionais. Essa

³²SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. In: **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 2, n. 2, p. 7-22, ago. 1993, p. 12 e ss.

³³Como adiante ver-se-á, inclusive, no caso dessas normas que asseguram as liberdades culturais, faz-se imprescindível a atuação do Estado – criando mecanismos e instrumentos voltados a esse fim.

técnica de redação permitiu e permite ao legislador ordinário e ao administrador uma maior flexibilidade em sua atuação, de modo que ela se adeque às circunstâncias de cada momento histórico.

Como bem coloca Vasco Pereira da Silva, para que seja possível adequar as ações estatais aos momentos históricos e seus contornos, possuem os direitos fundamentais “uma – maior ou menor (mas sempre ineliminável) – margem de indeterminação (...), que necessita de ser preenchida pelos poderes públicos”.³⁴

Está-se de acordo com José Afonso da Silva, quando o autor, aludindo ao desafio de efetivação do direito de acesso à cultura³⁵, afirma que essas normas têm “menor eficácia que outras”.³⁶ Isso ocorre, principalmente, quando se está a tratar do direito à cultura, em sua segunda dimensão –, i.e., aquele que dependeria, para ser efetivado, de um *facere* estatal.³⁷

Para Ingo Sarlet, é:

(...) possível partir da premissa de que todas as normas da Constituição aptas a serem enquadradas no grupo das normas de cunho programático apresentam um elemento comum que justifica suficientemente essa opção, qual seja, o de que todas estas normas se caracterizam pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador.³⁸

Isso não significa dizer que seriam as normas programáticas despidas de eficácia jurídica. Como já decantado na doutrina publicista, tais normas não podem ser enxergadas como mera carta de intenções, um documento meramente político. Nesse sentido, afirma George Sarmento que “[a]s normas programáticas não são meros aforismos políticos, exortações

³⁴SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 131-132.

³⁵ Nesse ponto, é importante trazer a lição de Jorge Miranda, para quem a expressão “direito à cultura” deveria ser reservada apenas ao direito de acesso à cultura – diante da multiplicidade de feições dos direitos culturais (MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, ano 7, n. 13, p. 47-66, jan./jun. 2010. p. 59.).

³⁶SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50.

³⁷ Sobre a organização dos direitos fundamentais em categorias, pontua Andreas Krell que “[a] doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer direito fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado”. Esse entendimento, com a complexificação da realidade, ganha cada vez mais força. Para fins didáticos, no entanto, remanesce a conveniência de articular esses direitos de acordo com a lógica das três dimensões. Afinal, há, entre os direitos fundamentais, a possibilidade, por exemplo, de identificar quais são aqueles cujo valor “liberdade”, associado à primeira das dimensões, possui maior proeminência (KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999, p. 245.).

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 300.

retóricas, apelos sentimentais, promessas vazias, boas intenções ou expectativas de realização dos programas”.³⁹

Nem sempre, contudo, às normas programáticas atribuiu-se eficácia jurídica. No Brasil, a obra de José Afonso da Silva representou um ponto de inflexão – verdadeira virada de página – no estudo dessas normas constitucionais. Esse autor, como ressaltado por Virgílio Afonso da Silva, “teve o inegável mérito de romper com a concepção de norma constitucional despida de qualquer eficácia”.⁴⁰

Mas qual seria exatamente a carga eficaz das normas programáticas, antes da *interpositio legislatoris*? Alguns desses efeitos encontram amplo respaldo na doutrina. Ingo Sarlet elenca alguns deles: a) a revogação dos atos normativos anteriores que com essas normas sejam incompatíveis; b) a obrigação de o legislador ordinário, com atenção às balizas previamente delineadas, concretizar os “programas, tarefas, fins e ordens” fixados na Constituição; c) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos posteriores que sejam “contrários ao sentido dos princípios e regras contidos [nessas normas]”; d) em sua dimensão objetiva, constituem os direitos fundamentais definidos por essas normas programáticas parâmetros de “interpretação, integração e aplicação [normativa]”; e) a atribuição de posições jurídico-subjetivas, no sentido de assegurar que o Estado não atue de forma contrária à efetivação desses direitos.⁴¹

Ingo Sarlet ainda menciona, entre os efeitos dessas normas de caráter programático, os efeitos positivos – i.e., do próprio texto constitucional, sem a intermediação do legislador ordinário, seria possível extrair direitos a prestações positivas específicas.⁴² Entre essas prestações positivas específicas, estariam aquelas protegidas pelo mínimo existencial.

Os efeitos das normas programáticas não estariam encerrados ao universo jurídico. A esse amplíssimo rol de efeitos, Andreas Krell adiciona outro que, no contexto do Estado Social, assume especial relevância – e que ultrapassaria inclusive o universo jurídico. No plano sociológico, tais normas funcionariam como guias de atuação de organizações da sociedade civil. A partir da leitura desses enunciados, seria possível sistematizar as demandas que

³⁹SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista do Mestrado da Faculdade de Direito de Alagoas**, Maceió, v. 01, p. 15-90, 2005, p. 8.

⁴⁰SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 255.

⁴¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 303 e ss.

⁴²SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 305 e ss.

possuiriam *status* constitucional e que, portanto, poderiam ser objeto de cobranças aos poderes constituídos.⁴³

Esse não seria, como é possível perceber, um efeito jurídico em sentido estrito, porém seria fundamental para entender a natureza desses direitos e a forma pela qual eles devem ser efetivados. Afinal, a sua efetivação depende, de modo incontornável, de uma atuação proativa da sociedade civil.⁴⁴

Daniel Wunder Hachem ressalta a complexidade dos direitos fundamentais e das normas que a definem.⁴⁵ No entendimento desse autor, no Direito brasileiro, não mais subsistiria a ideia de que as disposições constitucionais tão somente apontariam “fins a serem realizados progressivamente pelo Estado, dentro de sua esfera de discricionariedade”⁴⁶.

Em linha com a complexidade apontada por Wunder Hachem, Vasco Pereira da Silva pontua que os direitos fundamentais são bombas de posições jurídicas.⁴⁷ Algumas dessas posições seriam subjetivas, enquanto outras seriam meramente objetivas.

Nesse sentido, é oportuna a colocação de Saulo Lindorfer Pivetta, para quem os direitos fundamentais podem ser analisados sob duas perspectivas, uma objetiva e outra subjetiva:

[a] perspectiva jurídico-subjetiva denota que os direitos fundamentais geram, para seus titulares, posições jurídicas individualmente tuteláveis (ou seja, a depender do contexto, o direito fundamental pode consubstanciar direito subjetivo do cidadão). Por outro lado, a perspectiva jurídico-objetiva explicita que os direitos fundamentais irradiam sua eficácia por todo o ordenamento jurídico, constituindo vetores de atuação para todas as instâncias do Estado.⁴⁸

Incontornável, no contexto deste trabalho, é essa compreensão atualíssima a respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sem prejuízo da dimensão subjetiva, destaca-se,

⁴³KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999, p. 252.

⁴⁴SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 595.

⁴⁵HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019, p. 409.

⁴⁶HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 222.

⁴⁷SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 67 e ss.

⁴⁸PIVETTA, Saulo Lindorfer. Administração Pública inclusiva e os instrumentos jurídico-administrativos. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 469.

neste trabalho, a dimensão objetiva, na qual esses direitos culturais funcionam como verdadeiros princípios fundamentais, a servir de farol para a Administração Pública.

Ao elaborar e executar políticas públicas como as de fomento ao cinema e ao audiovisual, é incontornável a remissão aos direitos fundamentais, nas condições de guia e objetivo a serem alcançados.

Seguindo essa mesma linha, Jorge Miranda entende que o direito à criação cultural – e o correlato dever do Estado de proporcionar meios e recursos à consecução de projetos culturais, estabelecido no art. 216, § 3º, da Constituição – é, em essência, objetivo. Ou seja, “no que respeita à criação cultural, domina o elemento objetivo das competências do Estado”⁴⁹ – sem que se outorguem aos cidadãos, como titulares do direito à cultura, “posições subjetivas individualmente tuteláveis”, nas palavras de Lindorfer Pivetta.⁵⁰

No caso, do Fundo Setorial do Audiovisual, conquanto sejam essenciais as noções subjetivas dos direitos fundamentais, deve-se guardar especial atenção a esses deveres constitucionais objetivos do Estado.

2.2.3. A repartição de competências em matéria cultural

A Constituição de 1988 estabeleceu uma bem articulada repartição de competências em matéria cultural, à semelhança de outros temas que, inseridos na lógica do federalismo brasileiro, estão na órbita de atuação tanto da União como dos entes subnacionais.

Diferentemente de suas predecessoras, que se quedaram silentes a respeito da organização de competências ou concentraram na União a responsabilidade, a Constituição de 1988 buscou reforçar o papel estratégico de todos os entes federativos na consecução do interesse público.

Da leitura do art. 23 da Constituição, é possível eduzir uma série de tarefas que devem ser levadas a efeito, administrativamente, pela União e pelos entes subnacionais. Entre as quais está a de “proporcionar os meios de acesso à cultura”. Mas não apenas isso, cabe ainda a esses entes a proteção de documentos, obras e bens que possuam “valor histórico, artístico e cultural”.

⁴⁹Do original: “[e]n lo que respecta a la creación cultural, domina el elemento objetivo de las competencias del Estado” (MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, ano 7, n. 13, p. 47-66, jan./jun. 2010, p. 64.).

⁵⁰PIVETTA, Saulo Lindorfer. Administração Pública inclusiva e os instrumentos jurídico-administrativos. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 469.

Como externado pelo ministro Alexandre de Moraes, essa repartição de competências operada pela Constituição de 1988 tem como norte o “princípio da predominância do interesse, não apenas para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, mas também em termos de interpretação”. Ainda segundo o ministro, esse princípio fora adotado, juntamente com a ampliação das hipóteses de competência concorrente, por estar o legislador constituinte brasileiro atento a um novo modelo de federalismo – marcadamente cooperativo.⁵¹

Em que pese a intenção do constituinte em distribuir a competência entre todos os entes, a princípio não restam claras quais as responsabilidades específicas de cada um deles. Disso decorrem alguns problemas, como a sobreposição de atuações, que, em certos casos, podem ser antagônicas – o que decerto não seria desejável.

Retoricamente e, posteriormente, na própria redação do texto final, o constituinte buscou fortalecer o princípio federativo, conferindo aos municípios proeminência no planejamento e na execução de políticas públicas de âmbito local. A lógica é relativamente simples: por estarem mais próximos dos munícipes, seriam os municípios mais aptos a identificar os problemas e suas respectivas soluções. Como bem pontua Fábio Franco Pereira, a gestão de políticas públicas e a alocação de serviços públicos, por estarem ajustadas às circunstâncias locais, tendem a ser mais eficientes.⁵²⁵³

Quanto às políticas de abrangência estadual ou nacional, teriam melhores condições de atuação os demais entes. A repartição de competências, de acordo com as capacidades institucionais de cada ente, visa a justamente alcançar uma maior eficiência e eficácia na atuação estatal. Nesse ponto, é importante destacar que, conquanto o legislador tenha inequivocamente expandido o rol de competências concorrentes, preservou a competência privativa da União para legislar sobre a maior parte das questões nevrálgicas, como as telecomunicações.

⁵¹BRASIL. STF. **ADI nº 6985/AL**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJU 17/03/2022.

⁵²PEREIRA, Fábio Franco. **A federação no constitucionalismo brasileiro**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 89.

⁵³Essa lógica orientou a elaboração das Leis Aldir Blanc e Paulo Gustavo, que transferiram recursos do Fundo Nacional da Cultura e do Fundo Setorial do Audiovisual a estados e municípios. Como bem destaca Carlos Augusto Calil, a partir dessas leis, seja “[c]omo consequência de omissão do governo ou de pressão dos artistas, está se desenhando uma federação de fato no País, ganho que, se confirmado, representará uma nova configuração estruturante” (CALIL, Carlos Augusto. Impasses da cultura moderna no Brasil. In: **Jornal da Usp**, 2022. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/impasses-da-cultura-moderna-no-brasil/>>. Acesso em: 13 de setembro de 2022.).

A ação planejada e concertada desses entes, sob a coordenação da União⁵⁴, é fundamental para que o desiderato constitucional se materialize. A missão constitucional do Poder Público, em matéria cultural, é ambiciosa, seja sob o prisma objetivo seja subjetivo. Por essa razão, não há como se admitir improvisos ou atuações conflitantes.

Tais atividades – como todas as atividades de natureza administrativa – devem se basear em um planejamento prévio.⁵⁵ Afinal de contas, não há como estabelecer uma articulação funcional entre os entes, sem que o papel de cada um deles esteja bem delimitado.

Apenas recentemente, é importante que se diga, passou a constar da Constituição o enunciado segundo o qual “[o] Estado exercerá a função de planejamento de políticas sociais”.

Da redação original do texto constitucional de 1988, houve significativos avanços. Um desses avanços está materializado no art. 216-A, que prevê a criação do Sistema Nacional de Cultura. Antes dele, não havia, de maneira específica, a previsão de um Sistema voltado especificamente ao aprimoramento da gestão cultural – com esse Sistema seria possível evitar eventuais sobreposições de competências.

Como um passo seguinte a essa criação, faz-se necessária a sua implementação. Em recente reunião, os secretários de Cultura dos estados deliberaram, conjuntamente, pleitear aos candidatos à presidência na eleição de 2022 a inclusão, em seus programas de governo, justamente da implementação desse sistema, além “recriação do Ministério da Cultura, ampliação do orçamento, revisão do Plano Nacional de Cultura, (...) elaboração de um marco regulatório do fomento e descentralização de recursos”.⁵⁶

A repartição e organização das competências constitucionais é um tema sensível e estratégico no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual, principalmente partindo da premissa de que o desenvolvimento das ações de fomento deve atender deve atender às particularidades locais. Nesse sentido, buscando atender a essas particularidades de cada estado e de cada município, foram lançados inúmeros editais visando à formação de arranjos regionais, nos quais

⁵⁴PEREIRA, Fábio Franco. **A federação no constitucionalismo brasileiro**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 89.

⁵⁵VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 62-63.

⁵⁶COLUNA PAINEL. Secretários de Cultura pedem a pré-candidatos retorno de ministério: Gestores estaduais elaboraram documento com cinco pontos para garantir fluxo de repasses e mecanismos de controle. In: **Folha de São Paulo**. Versão Digital. 21 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2022/05/secretarios-de-cultura-pedem-a-pre-candidatos-retorno-de-ministerio.shtml>>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

tanto União como os entes subnacionais contribuiriam com o fomento ao cinema e ao audiovisual local, em ações consertadas.

2.2.4. Os direitos culturais nas múltiplas dimensões

No estudo do Direito, em particular, o processo de escolha dos vocábulos e de sua posição no texto é fundamental. A inversão dos componentes das construções textuais ou a troca de um vocábulo por outro – ou a sua simples supressão –, por exemplo, podem ocasionar graves distorções semânticas. A clareza, nesse processo, é fundamental.

Nesse sentido, a par desses riscos e da importância do processo de construção textual, é verdade que a escolha do termo “gerações”, se aqui utilizado, poderia sugerir a ideia de superação e abandono do grupo de direitos fundamentais reconhecidos em momento histórico anterior. A veicular ideia semelhante, Ingo Sarlet pontua que:

(...) não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra (...) ⁵⁷

Por isso, neste trabalho, almejando dissipar eventuais incompreensões, opta-se pelo vocábulo “dimensões”, em detrimento das “gerações”.

Feito esse esclarecimento, passa-se à etapa em que é necessário entender como os direitos culturais se expressam em cada uma das dimensões dos direitos fundamentais.

Ao menos desde a elaboração, em 1948, da Carta dos Direitos Humanos, buscam-se essas respostas, sendo a definição do conteúdo dos direitos culturais e a sua localização nas dimensões dos direitos fundamentais temas correntes nas discussões acadêmicas no Brasil e em outros países.

Não é trivial que, por ocasião da elaboração da convenção que tratou da diversidade cultural na Unesco, no ano de 2005, estabeleceu-se, como objetivo, a elucidação desse conteúdo.⁵⁸

Ora, mesmo em fóruns internacionais, não é consensual a largueza dessa definição. Isso é decorrência de uma constatação lógica: a sua concepção é mutável e está em constante

⁵⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 45.

⁵⁸BRASIL. Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. In: **Presidência da República**, 2007.

evolução. A cada dimensão de direitos fundamentais, novas camadas de complexidade são acrescidas aos direitos culturais.⁵⁹

Isso não significa que trabalhos que visem a tentar catalogar os direitos culturais atualmente reconhecidos não devam ser levados a cabo. Pelo contrário, como já visto, esses trabalhos ajudam a entender o atual panorama e a identificar possíveis distorções, além de assegurar-lhes sua máxima efetividade. Afinal de contas, não definido, com a mínima precisão, o conteúdo dos direitos, não seria possível estipular meios adequados que lhes assegurassem respeito.

A nível internacional, destaca-se o trabalho intitulado Declaração de Friburgo⁶⁰. Esse documento é um compêndio dos direitos culturais reconhecidos em documentos internacionais. Em que pese não possua força cogente, é útil aos Estados na definição de suas políticas públicas como mecanismo de *soft law*.

Outro documento fundamental à compreensão do conteúdo dos direitos culturais é o comentário geral nº 21 elaborado, em 2009, pelo Comitê das Nações Unidas dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse comentário trata, especificamente, do direito de todos à participação na vida cultural e traz importantes definições para “‘todos’, ‘vida cultural’ e ‘participar’”.⁶¹

Como bem recorda, Vasco Pereira da Silva, esse objeto – a cultura – possui vários níveis de proteção. Internacional, nacional e, no caso da União Europeia, comunitário. Em nível constitucional – principal enfoque deste trabalho –, qual a repercussão dos direitos culturais em cada uma das dimensões?

Repise-se, por fim: ainda que seja de certa forma limitadora, a divisão dos direitos fundamentais em dimensões serve à compreensão aprofundada do tema.

⁵⁹SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito**: direitos fundamentais e cultura. Coimbra: Almedina, 2007, p. 70.

⁶⁰MEYER-BISCH, Patrice; BIDAULT, Mylène. **Afirmar os direitos culturais**: comentário à declaração de Friburgo. 1. ed. São Paulo: Iluminuras, 2014.

⁶¹LAAKSONEN, Annamari. O direito de ter acesso à cultura e dela participar como características fundamentais dos direitos culturais. In: **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 11, p. 49-60, jan./abr. 2011, p. 52.

2.2.4.1 As liberdades culturais

Há uma série de direitos culturais que são ligados, eminentemente, a uma dimensão negativa. Isto é, pede-se que o Estado aja de modo a obstar ofensas a liberdades culturais, que podem ser de criação ou de ação.

Referindo-se especificamente à liberdade de criação, Guilherme Varella expõe que:

[a] liberdade de expressão cultural, como direito fundamental, foi positivada pela Constituição Federal nos artigos 5º, IX, 215 e parágrafos §§ 2º e 3º do artigo 220. Neste último artigo ficou determinado que ‘a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição’ (...).⁶²

Jorge Miranda, à luz da Constituição Portuguesa, afirma que “[a] liberdade de criação cultural não tem condicionamentos ou restrições”⁶³. Tal liberdade, segundo o autor, seria um desdobramento da própria essência do ser humano e, por essa razão, pressuporia “autonomia da pessoa na determinação do objeto, da forma, do tempo e do modo de qualquer obra artística, literária e científica, sem interferência de qualquer poder público ou privado”.⁶⁴

No caso do Direito Constitucional brasileiro, essa liberdade, ressalva Guilherme Varella, não é absoluta e está sujeita ao primado da dignidade da pessoa humana. Não poderia, pois, a pretexto de exercer sua liberdade de criação artística, alguém praticar atos preconceituosos de quaisquer naturezas.⁶⁵ O que é vedado, a rigor, no Direito Constitucional brasileiro é a censura prévia – eventuais declarações ou manifestações que desbordem da liberdade individual ou coletiva de expressão e que gerem danos a outrem são passíveis de sanção, seja na órbita penal ou cível.

Pelo objeto de estudo desta dissertação (o fomento ao cinema e audiovisual operado no âmbito do FSA), é fundamental dizer que: nos moldes inaugurados pela França, as políticas públicas culturais mostram-se fundamentais a corporificar uma variedade de direitos culturais – e isso é impassível de questionamentos.

⁶²VARELLA, Guilherme. **Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 60.

⁶³Do original: “[l]a libertad de creación cultural no tiene condicionamientos o restricciones” (MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, ano 7, n. 13, p. 47-66, jan./jun. 2010, p. 63.).

⁶⁴Do original: “[p]resupone autonomía de la persona en la determinación del objeto, de la forma, del tiempo y del modo de cualquier obra artística, literaria y científica, sin interferencia de cualquier poder público o privado” (MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, ano 7, n. 13, p. 47-66, jan./jun. 2010, p. 62.).

⁶⁵VARELLA, Guilherme. **Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 60.

Ocorre que essas mesmas políticas, que revelam tal aptidão, possuem outra face: se mal executadas ou se levadas a efeito com objetivos não republicanos, podem causar sérios danos, inclusive a alguns direitos culturais, notadamente a liberdade de expressão artística ou à liberdade de ação cultural.

Por essa razão, no seio do processo constituinte, era possível notar uma especial preocupação com as fraturas ainda expostas e que estavam a cicatrizar. A censura prévia não era uma memória distante. Assim, além de assegurar mecanismos que possibilitassem a promoção da cultura, era necessário desenvolver salvaguardas legais para que tais mecanismos não fossem deturpados.

Basta lembrar aquilo que já se expôs acima: a Constituição que precedeu a de 1988 conferia ao Estado a competência para censurar espetáculos públicos que fossem considerados abusivos.

Mesmo durante o primeiro governo civil após a ditadura militar, esse era um expediente utilizado. Questionado durante uma entrevista ao programa *Roda Viva*, o então ministro da Justiça e eminente jurista Paulo Brossard defendia a competência – na acepção legal do termo – do Poder Executivo para censurar espetáculos, entre os quais a exibição de filmes que contivessem, por exemplo, cenas de violência.⁶⁶

Diante do grave risco de censura ao qual estavam submetidas as manifestações artísticas, muito se avançou no período da Constituinte de modo a assegurar, no texto aprovado, uma vedação a qualquer espécie de censura prévia.

Em recente decisão monocrática⁶⁷, o ministro Gilmar Mendes, ao destacar a relevância da liberdade de expressão artística e a vedação constitucional à censura prévia, citou o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130. Ao julgar essa ADPF, que tratava especificamente da liberdade de imprensa, o STF consignou que a atividade jornalística “não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada”⁶⁸. Tais considerações, como realçado pelo ministro Gilmar Mendes, aplicam-se também ao campo cultural/ artístico.

No estudo específico aqui promovido cabe destacar um importante documento de proteção da liberdade de expressão nas políticas do cinema e do audiovisual: um manual

⁶⁶BROSSARD, Paulo. **Entrevista ao Programa Roda Viva**. TV Cultura. 29 de setembro de 1986.

⁶⁷BRASIL. STF. **MC-RCL nº 36742/RJ**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 12/09/2019.

⁶⁸BRASIL. STF. **ADPF nº 130/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJU 06/11/2009.

destinado aos avaliadores de projetos – pareceristas externos – em processos de seleção promovidos pela Agência Nacional do Cinema (Ancine).

Nesse documento, há uma clara orientação aos avaliadores para que não atuem de modo a censurar as escolhas artísticas dos proponentes:

[n]ão temos uma linha editorial nas chamadas do FSA (com exceção das linhas de TV Pública e de alguns editais feitos em parceria com a SAV – Secretaria do Audiovisual, que podem apresentar temas específicos). Assim, nossos pareceristas não devem buscar nem privilegiar um determinado gênero, tom ou linguagem. Em uma mesma chamada, avaliamos projetos de documentários, ficção e animação, analisamos projetos que buscam grandes plateias e outros que almejam festivais especializados. Não colocamos uns acima de outros por essas características. Procuramos projetos fortes naquilo que se propõem. Procuramos coerência interna.

Não fazemos julgamento de valor. No FSA não fazemos nenhum tipo de censura, nem julgamos as escolhas artísticas dos realizadores. Nosso papel não é julgar a mensagem da obra, mas a consistência, o potencial e a qualidade técnica e artística da proposta. As escolhas de abordagem são analisadas apenas no que se refere ao recorte de público que essas escolhas implicam. Se estas são coerentes com o público-alvo e demais elementos do projeto, não nos cabe privilegiar ou discriminar qualquer forma de expressão.⁶⁹

Com essas disposições, visa-se, pois, a reduzir eventuais subjetivismos.

Eliminar completamente os subjetivismos na análise de projetos cinematográficos, sabe-se ser impossível. Mas o fato de se reconhecer tal impossibilidade não confere ao Poder Público abertura para simplesmente ignorar esse problema.

Medidas como o manual devem ser adotadas, para que o interesse público – ainda princípio basilar do Direito Administrativo, mesmo sendo alvo de pesadas críticas – seja protegido.

Esse é um dos tópicos mais sensíveis no estudo das políticas públicas de fomento – mormente naquelas em que o Estado possui maior proeminência na escolha dos projetos a serem fomentados. Afinal, em determinadas linhas de atuação, mais do que critérios estritamente objetivos, outros aspectos – com uma maior carga de subjetividade – serão ponderados.

Como em qualquer liberdade, ressalta Jorge Miranda, “prevalecem a dimensão negativa e a *facultas agendi*”⁷⁰. Mas não se pode desconsiderar o papel relevantíssimo exercido pelo Estado na salvaguarda da liberdade de expressão artística.

⁶⁹AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Manual de avaliação de projetos do FSA para pareceristas externos. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2018.

⁷⁰Do original: “[e]n las libertades culturales, como en cualquier libertad, prevalecen la dimensión negativa y la «*facultas agendi*»” (MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, ano 7, n. 13, p. 47-66, jan./jun. 2010, p. 64.).

O manual de orientação aos pareceristas externos é um desses exemplos em que a atuação positiva do Estado visa à preservação da esfera criativa dos produtores de cultura. Esforços como esses devem ser envidados, tendo em conta que os desígnios constitucionais devem guiar, em todas as esferas, a atuação do Estado.

2.2.4.2. Direitos culturais de segunda dimensão: o acesso como ponto fundamental

Tendo em vista o objeto de estudo deste trabalho, buscou-se focar o conteúdo do direito à cultura, como um direito de segunda dimensão, sob a perspectiva do cinema. Ou seja, do direito de acesso à cinematografia, como – na bem formulada definição de Susana de la Sierra – “bem cultural, reflexo de uma idiosincrasia coletiva ou individual, manifestação da criatividade humana e veículo para o conhecimento de pessoas, lugares e formas de vida”.⁷¹ Da análise do ordenamento brasileiro, verifica-se que há uma série de dispositivos legais voltados a assegurar esse direito.

Essa dimensão dos direitos culturais encontra sua previsão no art. 215 da Constituição, que estabelece que a todos será assegurado o acesso às fontes de cultura nacional.

A medida provisória nº 2.228-1, de 2001, por exemplo, em seu art. 27, prevê que, após dez anos de seu lançamento, obras cinematográficas e videofonográficas, que tenham sido “produzidas com recursos públicos ou com renúncia fiscal”, poderão ser exibidas em determinados canais de rádio e de televisão “e em estabelecimentos públicos de ensino, na forma definida em regulamento, respeitados os contratos existentes”.

Essa disposição legal visa, justamente, a dar concreção ao mandamento constitucional de acesso às manifestações culturais nacionais. Recentemente, diga-se de passagem, a Agência Nacional do Cinema (Ancine) iniciou uma consulta pública com o objetivo de regulamentar esse dispositivo.

Na notícia regulatória publicada pela Agência, menciona-se a importância do cinema no desenvolvimento educacional, a fim de justificar a regulamentação desse dispositivo.

Nessa mesma medida provisória, há a previsão, em seu art. 26, do depósito de cópia da obra cinematográfica ou videofonográfica fomentada na Cinemateca ou em outra instituição

⁷¹SIERRA, Susana de la. **Derecho del cine**: administración cultural y mercado. Madri: Iustel, 2010, p. 116.

indicada pelo Poder Público. Esse é o chamado “depósito legal” – há outras espécies de depósito que não decorrem diretamente do texto legal.

Além de preservar a memória do cinema nacional, a Cinemateca possibilita que os cidadãos tenham acesso ao patrimônio cultural protegido – neste caso específico, às películas. Em resumo, essa obrigatoriedade deriva do mandamento constitucional contido no § 3º do art. 216, segundo o qual “[a] lei estabelecerá incentivos para (...) o conhecimento de bens e valores culturais”.

Marcelo Ikeda, em recente obra, ao destacar a quase inexistência de “programas de formação de público”, alude ainda ao Programa de Fomento à Universalização do Acesso às Obras Audiovisuais, que foi elaborado no ano de 2008.⁷² Segundo o autor:

[o] Programa consistia em fornecer um apoio financeiro às empresas exibidoras que exibissem filmes brasileiros, no período entre 10 e 20 de novembro de 2008 (excluindo a sexta, o sábado e o domingo), com um preço de ingresso inferior a R\$4 (R\$2 a meia-entrada). Desse modo, a Ancine buscava, por meio de uma política de subsídio ao preço do ingresso, incentivar a maior frequência ao filme brasileiro no mercado de salas de exibição. No entanto, o Programa teve apenas uma edição.⁷³

Sua regulamentação ocorreu por meio da instrução normativa (IN) nº 77 da Ancine, ora revogada. Entre os objetivos elencados nessa IN a justificar o programa estavam o de “promover o exercício de direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional pela população, por meio da inclusão social no segmento de mercado de salas de exibição” e de “promover o conhecimento das obras audiovisuais enquanto bens e valores da cultura brasileira”. Percebia-se a preocupação, portanto, de viabilizar o acesso à cultura.

Mas não apenas isso. Além da democratização do acesso, havia outro propósito na implementação do programa: “estimular a participação das obras audiovisuais brasileiras no mercado interno”. Um intento, como é possível perceber, de natureza eminentemente econômica.

Ao estudar as atividades, os bens e serviços culturais – referentes ao setor cinematográfico de modo especial –, alumia-se a coexistência dessas duas naturezas: econômica e cultural *stricto sensu*. Nos processos de desenho e execução das políticas públicas

⁷²IKEDA, Marcelo. **Utopia da autossustentabilidade**: impasses, desafios e conquistas da Ancine. Porto Alegre: Sulina, 2021, p. 151.

⁷³IKEDA, Marcelo. **Utopia da autossustentabilidade**: impasses, desafios e conquistas da Ancine. Porto Alegre: Sulina, 2021, p. 152.

voltadas ao setor cultural, ambas as faces – a econômica e a cultural em sentido estrito – devem ser consideradas.⁷⁴

Está no trecho preambular da Convenção da Unesco sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais um enunciado que assevera possuírem as atividades, os bens e serviços culturais “dupla natureza, tanto econômica quanto cultural, uma vez que são portadores de identidades, valores e significados, não devendo, portanto, ser tratados como se tivessem valor meramente comercial”.

Todas as medidas, legais e infralegais, acima mencionadas foram tomadas em âmbito federal. Isso não significa, como já visto, que a competência, material e legislativa, para tanto seja apenas na União.

Nesse sentido, é possível também identificar medidas tomadas pelos entes subnacionais. O Estado de Pernambuco, por exemplo, utiliza-se, em linhas de fomento, de mecanismos para incluir jovens ao mercado de trabalho.

Engenhosamente, o Estado de Pernambuco impõe aos beneficiários das políticas de fomento o dever de agregar às equipes de produção jovens estudantes.⁷⁵ Assim, verifica-se o atingimento de mais de um objetivo fundamental no âmbito de um mesmo programa: ao passo que o direito à cultura é assegurado, o direito à educação também o é. Práticas assim, sob a lógica também de entender os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva, podem e devem ser incorporadas a nível nacional no contexto das políticas desenvolvidas pelo Fundo Setorial do Audiovisual.

⁷⁴Obviamente que, nesses processos, poder-se-á privilegiar uma ou outra face, de acordo com os objetivos específicos que se pretende alcançar com aquela política pública. Para tanto, deve o administrador motivar suas decisões, que devem estar em conformidade com o planejamento estipulado previamente. Isto é, deve haver adequação entre os fins almejados – qual direito fundamental busca-se efetivar – e os meios empregados. A Chamada Pública BRDE/FSA – Concurso Produção para Cinema 2018, por exemplo, estabelecia duas modalidades de seleção de propostas de investimento: a primeira delas era “voltada a projetos de longa-metragem de ficção, documentário e animação, sem distinção de objetivos comerciais ou artísticos”; enquanto a segunda era “voltada a projetos de longa-metragem de ficção, documentário e animação com ênfase em projetos de perfil autoral e propósitos artísticos evidentes” (BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL; AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Chamada Pública BRDE/FSA – Concurso Produção para Cinema 2018**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.brde.com.br/chamada-publica-brde-fsa-concurso-producao-para-cinema-2018/>>. Acesso em: 19 de outubro de 2021.). Não se desconsidera que, em ambas, havia aspectos econômicos e culturais envolvidos, embora o equilíbrio entre essas duas faces fosse nitidamente diferente na formatação de cada uma das modalidades. Havia, na segunda, certamente, uma preponderância do quesito artístico, em detrimento do comercial.

⁷⁵SECRETARIA DE CULTURA DE PERNAMBUCO. 16º Edital do Programa de Fomento à Produção Audiovisual de Pernambuco – Funcultura 2021/2022. In: **Cultura.PE**, 2021.

Como bem acentuado por Vasco Pereira da Silva, todos os direitos culturais estão interligados, não há como tratar de acesso sem tratar de criação⁷⁶, objetivo precípua do FSA. Afinal, a produção de mais produtos audiovisuais brasileiros representa, indene de dúvidas, um pilar indispensável à efetivação do acesso às fontes de cultura nacional.

No início dos anos 1990, quando a produção cinematográfica brasileira praticamente foi reduzida a zero, dificultou-se enormemente o gozo do direito à cultura, aqui compreendido como o direito social à fruição de bens culturais brasileiros.

Paulatinamente, com o incremento da produção, um novo interesse na sociedade brasileira por aquilo que era feito localmente despertou. Esse aumento exponencial da produção cinematográfica e audiovisual brasileira possibilitou o efetivo exercício dos direitos culturais e permitiu que os brasileiros, na contemporaneidade, pudessem mais uma vez se enxergar nas telas.

Com o Fundo Setorial do Audiovisual, deu-se um passo adiante: todas as regiões do país passaram a se ver, com mais frequência, nas telas dos complexos cinematográficos. Isso porque, se antes somente filmes do eixo Rio-São Paulo eram incentivados, produções de outras regiões, como o Norte e o Nordeste, também passaram a receber aportes financeiros, valorizando-se assim a diversidade regional nos moldes do art. 215, § 3º, V, da Constituição. Com isso, permitiu-se, por exemplo, o lançamento de “Cavalo”, o primeiro filme alagoano de longa metragem financiado por edital público.⁷⁷

2.2.4.3. A dimensão transindividual dos direitos culturais

Está plasmado no art. 216 da Carta Constitucional de 1988 o dever de os entes federativos, em colaboração com a comunidade, promoverem a proteção do patrimônio cultural de modo abrangente. Nesse comando, também norma de definição, estão contidos os bens que compõem esse patrimônio⁷⁸. Tem-se que o enunciado do art. 216 esmiuça o direito fundamental

⁷⁶SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 75.

⁷⁷CARMELO, Bruno. Cavalo: filme pioneiro do cinema alagoano chega aos cinemas em 12 de agosto. In: **Papo de Cinema**, 2021. Disponível em: < <https://www.papodecinema.com.br/noticias/cavalo-filme-pioneiro-do-cinema-alagoano-chega-aos-cinemas-em-12-de-agosto>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

⁷⁸Cf. NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito do patrimônio cultural**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010; DANTAS, Fabiana Santos. O Instituto do Patrimônio Histórico e artístico nacional (Iphan): um estudo de caso em direito administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 223-243, set./dez. 2013; FERREIRA, Sergio de Andréa. O tombamento e o devido processo legal. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 208, p. 1-34, abr./jun. 1997; MUKAI, Toshio. A Degradação do Patrimônio Histórico e Cultural. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 234, p. 33-41, out./dez. 2003; NETO, Almir Megali;

à identidade cultural ou ao patrimônio cultural, enquanto direito transindividual – e os deveres a ele correspondentes.

No que concerne ao fomento ao cinema e ao audiovisual, a preocupação com a preservação do acervo filmográfico brasileiro é constante. De um lado, estimula-se a produção; de outra banda, obriga-se o produtor (leia-se, beneficiário de políticas públicas executadas pela Ancine) a depositar uma cópia do produto na Cinemateca Brasileira, como já referido no tópico anterior.

Dessa forma, assegura-se, de um lado, a produção de novos bens culturais, por meio do fomento, e, de outro, a sua preservação e conhecimento por parte da população. Produção e preservação são conceitos que, ao fim, estão intimamente ligados. Preservar esses bens significa, *ipso facto*, preservar a identidade cultural nacional, à qual todos têm direito, tanto a atual como as futuras gerações. Neste ponto, tem-se realçada a intergeracionalidade como característica do direito à cultura.

Jorge Miranda entende que afirmar tais direitos referentes à identidade cultural – e seus correlativos deveres – é particularmente importante em um cenário de globalização, “no qual o domínio dos meios audiovisuais e cibernéticos acompanha a hegemonia política e financeira”⁷⁹. Isto é, há um dever de todos – não apenas do Estado – de preservar a memória cultural nacional, de modo a evitar que ela seja eclipsada por manifestações vindas de fora.⁸⁰

É justamente com arrimo na ideia de que a circulação, pelo mundo, de conteúdos cinematográficos e audiovisuais está intimamente ligada a essa hegemonia que se desenvolveram os conceitos de exceção e diversidade culturais, que serão abordados no próximo tópico e que são indispensáveis à compreensão do Fundo Setorial do Audiovisual.

BERNARDES, Flávio Couto; GONTIJO, Pedro Augusto Costa. Jurisdição constitucional e patrimônio cultural: um estudo de caso da ADPF 206. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 3, p. 574-600, 2020; REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 131-169, out./dez. 2012; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito Ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁷⁹Do original: [a]firmar estos derechos —y sus correlativos deberes— es particularmente necesario (...) frente a una globalización en la cual el dominio de los medios audiovisuales y cibernéticos acompaña la hegemonía económica y financiera” (MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, ano 7, n. 13, p. 47-66, jan./jun. 2010, p. 60.).

⁸⁰Esse mesmo autor, Jorge Miranda, arremata esse pensamento, em seu texto, de modo definitivo: [u]n multiculturalismo correcto necesita diálogo, reconocimiento de diferencias, tolerancia y comunicación entre culturas para el enriquecimiento recíproco; no la creación de espacios y grupos cerrados, rechazo de participación e intereses comunes” (MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, ano 7, n. 13, p. 47-66, jan./jun. 2010, p. 61.).

2.3. Farol constitucional: a diversidade cultural

2.3.1. A Convenção da Unesco de 2005

Não há como tratar, com aprofundamento, dos direitos culturais sem abordar o conceito de diversidade cultural utilizado pela Convenção sobre Diversidade Cultural da Unesco de 2005, e que foi internalizada pelo Brasil em 2007. Por ter sido incorporada formalmente ao ordenamento nacional, a Convenção e suas disposições têm força cogente.

Como bem desenvolve George Sarmento, os documentos internacionais que são incorporados dessa forma passam a ostentar *status* de lei ordinária e, por essa razão, – embora isso não seja comum no cotidiano forense brasileiro – podem ser invocados perante o Judiciário e utilizados para dirimir eventuais litígios.⁸¹ No caso de versarem sobre direitos humanos, e desde que submetidos ao rigoroso processo legislativo constante do art. 5º, § 3º, da Constituição, os documentos internacionais são equivalentes às emendas constitucionais.

Essa convenção, incorporada como lei ordinária, é fundamental à compreensão da cultura como objeto de tutela jurídica. Isso porque, enquanto a lógica dos direitos culturais põe no centro da construção cognitiva o indivíduo, a diversidade cultural confere proeminência, *prima facie*, ao aspecto objetivo.

São conceitos, como já dito no introito deste tópico, interrelacionados e indissociáveis. Não há diversidade cultural sem respeito aos direitos culturais; assim como não é possível assegurar a fruição desses direitos sem a manutenção e o fomento à diversidade cultural.

2.3.2. Exceção cultural e sua substituição pelo conceito de diversidade

Antes de adentrar no estudo do conceito convencional de diversidade e em seus desdobramentos, deve-se retomar a discussão acerca de um outro conceito, que é seu antecedente histórico, a exceção cultural.⁸²

O conceito da exceção cultural ganhou força durante a década de 1990 e serviu de base para as políticas culturais até então engendradas. Tal conceito foi largamente utilizado em um contexto específico: ao passo que medidas de liberalização econômica eram adotadas, havia da

⁸¹SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista do Mestrado da Faculdade de Direito de Alagoas**, Maceió, v. 01, p. 15-90, 2005, p. 17.

⁸²AZULAY, Jom Tob. Por uma política cinematográfica brasileira para o século XXI. In: **Cinema no Mundo: indústria, política e mercado: América Latina**. v. 2. São Paulo: Escrituras Editora, 2007, p. 71.

parte de alguns países – notadamente, a França⁸³ – a preocupação em dar continuidade às suas políticas culturais sem violar tratados internacionais. Esse debate acerca da exceção cultural foi inicialmente travado no âmbito da Rodada do Uruguai sobre o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (Gatt)⁸⁴, mas a si não ficou adstrito.⁸⁵

Em termos práticos, segundo Paulo Miguez, conseguiu-se “o estabelecimento de ‘regras de exceção’ na aplicação das cláusulas que regulam o comércio internacional de bens e serviços quando referidas a determinados setores da produção cultural, especialmente as indústrias audiovisuais”. Isto é, conforme o autor, a adoção dessa tese assegurou aos países a possibilidade de adotarem cotas de telas, além de implementarem “políticas nacionais de promoção e fomento da produção audiovisual”.⁸⁶

Com o tempo, entretanto, esse conceito de “exceção cultural” passou a apresentar limitações. Isso porque há no conceito de exceção um aspecto de transitoriedade, algo que seria, portanto, limitador das ações estatais. Por ser a diversidade um valor a ser salvaguardado permanentemente, outras regras precisaram ser pensadas e elaboradas.

Enquanto um conceito representaria uma situação excepcional ou residual, a outra seria a regra. Assim, sendo a cultura um assunto global⁸⁷, elaborou-se a Convenção sobre Diversidade Cultural da Unesco. Sobre esse tema, afirma Susana de la Sierra:

[t]radicionalmente, no âmbito da Organização Mundial do Comércio, veio-se falando da <<exceção cultural>>, expressão proveniente das relações comerciais entre Estados Unidos e França depois da Segunda Guerra Mundial. A expressão <<exceção>> alude a uma situação anômala em relação a um regime ordinário ou geral. Esta explicação da noção de <<exceção cultural>>, entre outras razões e como já ficou exposto no primeiro Capítulo, levou a que a linguagem atual prefira a noção de diversidade cultural, que recupera a <<normalidade>> da cultura e a dignifica em certo modo, dotando-a de um tratamento jurídico autônomo, tal e como se põe de manifesto no Tratado da UNESCO de Proteção e Promoção da Diversidade das Manifestações Culturais, aprovado em 20 de outubro de 2005 em Paris (...).⁸⁸

⁸³AZULAY, Jom Tob. Por uma política cinematográfica brasileira para o século XXI. In: **Cinema no Mundo: indústria, política e mercado: América Latina**. v. 2. São Paulo: Escrituras Editora, 2007, p. 70.

⁸⁴Sobre os impactos do GATT sobre o cinema brasileiro, cf. SIMIS, Anita. O GATT e o cinema brasileiro. In: **Estado e cinema no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

⁸⁵DUPIN, Giselle. Para entender a convenção. In: **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 8, p. 15-30, abr./jul. 2009, p. 26.

⁸⁶MIGUEZ, Paulo. Algumas notas sobre comércio internacional de bens e serviços culturais. In: **Diversidade cultural e desigualdade de trocas: participação, comércio e comunicação**. BARROS, José Márcio; KAUARK, Giuliana (Org.). São Paulo: Itaú Cultural; Observatório da Diversidade Cultural, Editora PUC Minas, 2011, p. 21-22.

⁸⁷BAER, Jean-Michel. L’exception culturelle: une règle en quête de contenus. In: **En Temps Reel**, Paris, c. 11, out. 2003, p. 2.

⁸⁸Do original: “Tradicionalmente, en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, se ha venido hablando de la <<excepción cultural>>, expresión proveniente de las relaciones comerciales entre Estados Unidos y Francia tras la Segunda Guerra Mundial. La expresión <<excepción>> alude a una situación anómala respecto de un régimen ordinario o general. Esta explicación de la noción de <<excepción cultural>>, entre otras razones y como

Note-se que, antes da Convenção, a diversidade era compreendida como um óbice ao desenvolvimento socioeconômico. Tal compreensão sofreu bruscas alterações, como bem assevera Patrice Meyer-Bisch: “[a diversidade] hoje é cada vez mais entendida como um recurso do desenvolvimento, da ciência, da democracia e da paz”⁸⁹.

Convencionalmente, atribui-se à diversidade o seguinte conceito:

‘Diversidade cultural’ refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão. Tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedades. A diversidade cultural se manifesta não apenas nas variadas formas pelas quais se expressa, se enriquece e se transmite o patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade das expressões culturais, mas também através dos diversos modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregados.⁹⁰

Ainda segundo Patrice Meyer-Bisch, “(...) a diversidade cultural está no âmago do ser humano; ela alimenta sua individualidade, assim como sua capacidade de se integrar ao tecido social, de ser ele próprio o nó e o tecelão do tecido social”.⁹¹

O Direito aplicável ao cinema e ao audiovisual não pode ser apartado desse conceito. Por meio da leitura sistemática da Constituição, *máxime* em suas disposições específicas sobre a cultura, depreende-se que a diversidade deve ser, a todo instante, estimulada e protegida.

Conquanto, neste trabalho, não se negue a importância da faceta industrial do cinema e dos outros ramos do setor audiovisual, tais atividades não podem ser igualadas – em razão dos mandatos constitucionais – a outros setores da economia como o siderúrgico e o automobilístico – respeitáveis membros do setor audiovisual chegaram a fazer essa comparação quando da elaboração da medida provisória que criou a Ancine.⁹²

A nível internacional, o que facilita e permite que os Estados, no exercício de sua soberania, elaborem, sem embaraços, políticas de proteção às expressões culturais é a ideia, plasmada em Convenções ratificadas pelo Brasil, de que a diversidade cultural é, acima de tudo,

ya ha quedado expuesto en el primer Capítulo, ha llevado a que el lenguaje actual prefiera la noción de diversidad cultural, que recupera la <<normalidad>> de la cultura e la dignifica en cierto modo, dotándole de un tratamiento jurídico autónomo, tal y como se pone de manifiesto en el Tratado de la UNESCO de Protección y Promoción de la Diversidad de las Manifestaciones Culturales, aprobado el 20 de octubre de 2005 en París (...) (SIERRA, Susana de la. **Derecho del cine: administración cultural y mercado**. Madri: Iustel, 2010, p. 116-117).

⁸⁹MEYER-BISCH, Patrice. Os direitos culturais finalmente na linha de frente? In: **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 8, p. 162-168, abr./jul. 2009, p. 31.

⁹⁰BRASIL. Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. In: **Presidência da República**, 2007.

⁹¹MEYER-BISCH, Patrice. A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos. In: **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 11, p. 27-42, jan./abr. 2011, p. 32.

⁹²AGÊNCIA ESTADO. **Governo quer criar indústria brasileira do cinema**. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/noticias/cinema,governo-quer-criar-industria-brasileira-do-cinema,20000916p1603>>. Acesso em: 16 de abril de 2022.

“patrimônio comum da humanidade a ser valorizado e cultivado em benefício de todos”⁹³. Logo, igualar setores da economia cultural, do qual o cinematográfico é exemplo, a outros, como o siderúrgico e o automobilístico, é um equívoco.

Obviamente, e aqui não se está a ignorar este fato, que as políticas de fomento à cultura devem se amparar em medidas confiáveis de eficácia e eficiência. Ocorre que, nos setores culturais em especial, outros objetivos, não meramente econômicos, devem ser considerados. Sobretudo, deve-se atentar ao que dispõe a Constituição Federal sobre o tema.

Afinal, ao se adotarem, no setor cultural, políticas que considerem apenas os resultados comerciais das obras, corre-se o risco de serem aprofundadas as distorções de mercado, como bem ressalta Marcelo Ikeda. Referindo-se aos setores cinematográfico e audiovisual, o autor complementa: “(...) a lógica da política pública não deve ser simplesmente análoga à lógica do mercado (geração privada de emprego e renda), mas deve levar em conta, em última instância, os interesses da sociedade.”⁹⁴

Cobra-se assim da Administração Pública uma engenharia sofisticada na elaboração e no desenvolvimento das políticas públicas cinematográficas: de um lado, a criatividade e a liberdade de expressão não podem ser podadas; de outro, deve-se buscar que o produto cinematográfico incentivado seja visto e consumido.

Essa é a questão fundamental: para que público cada filme é feito? Nem todas as películas produzidas terão aptidão para se tornarem *blockbusters*. O que, ao fim das contas, importa é que a política pública seja pensada com critérios e objetivos claros – seja o de ocupar as salas dos grandes festivais, seja o de ocupar as salas dos complexos do circuito comercial, por exemplo.

Nesse ponto, vale lembrar que, por vezes, o cinema, como manifestação cultural, será puro divertimento ou entretenimento; em outras tantas vezes, o cinema provocará reflexões ou dará espaço a narrativas mais complexas. Há abertura para toda sorte de gêneros, no contexto das políticas públicas. Como se verá adiante, por essa razão, criou-se a Ancine, agência voltada à regulação e ao incentivo de um cinema de caráter mais industrial (que se aproxima do simples

⁹³BRASIL. Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. In: **Presidência da República**, 2007.

⁹⁴IKEDA, Marcelo. **Utopia da autossustentabilidade**: impasses, desafios e conquistas da Ancine. Porto Alegre: Editora Sulina, 2021, p. 174.

entretenimento), e a Secretaria do Audiovisual, voltada a um cinema mais experimental (sem tanta aptidão comercial).

De todo modo, deixando de lado as aptidões de cada produção e os vários nichos de mercado existentes, fato é que a feitura de todos esses filmes incentivados – tanto os de cunho comercial como os de cunho artístico – envolve um punhado de direitos culturais.

No art. 2º do Regulamento Geral do Prodav, normativa que é central no funcionamento do Fundo Setorial do Audiovisual, há um comando expresso de incidência dos princípios da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco no desenvolvimento de suas políticas audiovisuais. São princípios contidos nessa Convenção: o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; a soberania; a igual dignidade e do respeito por todas as culturas; a solidariedade e a cooperação internacionais; a complementaridade dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento; o desenvolvimento sustentável; o acesso equitativo, além do princípio da abertura e do equilíbrio.

O conjunto desses princípios condensa, na prática, aquilo que se concebe como diversidade cultural – ideal do qual as políticas culturais brasileiras não podem se apartar.

A topicalização – instituto gramatical – pode ser muito útil à compreensão e ao desenvolvimento de textos acadêmicos e legais: com a Convenção da Unesco não é diferente. Ao pôr em primeiro lugar, no rol de princípios, o respeito aos direitos e as liberdades fundamentais, busca-se afirmar que “(...) essa diversidade não faz sentido a não ser que seja ativa, utilizada no exercício dos direitos culturais”.⁹⁵

A Convenção da Unesco de 2005 teve inúmeros méritos, alguns mais evidentes, como bem evidencia Giselle Dupin. Nessa convenção, houve o reconhecimento da já mencionada dupla dimensão dos bens culturais, “que não foram subtraídos à mera comercialização”.

Mas não apenas isso: a Convenção construiu bases jurídicas sólidas sobre as quais podem, hoje, ser desenvolvidas as ações estatais no campo cultural – sem riscos de retaliações internacionais. Em seu art. 6º, o documento prevê expressamente a possibilidade de que, “(...) levando em consideração as circunstâncias e necessidades que lhe são particulares, cada Parte poderá adotar medidas destinadas a proteger e promover a diversidade das expressões culturais

⁹⁵MEYER-BISCH, Patrice. A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos. In: **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 11, p. 27-42, jan./abr. 2011, p. 36.

em seu território”. Entre essas medidas está justamente aquela que aqui se estuda: a de fomento ao cinema e ao audiovisual, a partir da criação de fundos específicos com esse intento.⁹⁶

No próximo capítulo, quando da análise detida dos instrumentos de fomento ao cinema e ao audiovisual, essa será a premissa adotada: a diversidade cultural, como recurso sistêmico, e os direitos culturais são elementos indissociáveis. E ambos, em conjunto, devem nortear toda a ação estatal.

2.4. O Recurso Extraordinário nº 627432 e a cultura como pilar do desenvolvimento

Antes de colocar um ponto final neste capítulo e adentrar propriamente à análise da atividade de fomento, cumpre tecer alguns comentários acerca de um importante e recente julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem os direitos culturais como objeto.

Trata-se do Recurso Extraordinário nº 627432⁹⁷, no qual se discutiu a constitucionalidade da cota de tela, isto é, “a obrigatoriedade de que os cinemas brasileiros exibam filmes nacionais durante um número mínimo de dias por ano”.

Nesse julgado, inúmeras foram as vezes em que termos já trabalhados aqui foram citados: identidade e diversidade culturais, desenvolvimento etc.

No acórdão, os ministros do STF apontaram com precisão os pontos nodais da discussão sobre a cultura na contemporaneidade: cuida-se de uma questão simbólica, que se relaciona com a identidade do país, mas também econômica.

Ambas as dimensões, simbólica e econômica, são indissociáveis nesse debate. E, entre as manifestações culturais, o cinema é aquela na qual mais facilmente se enxerga cada uma dessas facetas. Ao passo que o cinema reafirma nossa cultura e povoa o imaginário da

⁹⁶“Tais medidas poderão incluir: a) medidas regulatórias que visem à proteção e promoção da diversidade das expressões culturais; b) medidas que, de maneira apropriada, criem oportunidades às atividades, bens e serviços culturais nacionais – entre o conjunto das atividades, bens e serviços culturais disponíveis no seu território –, para a sua criação, produção, difusão, distribuição e fruição, incluindo disposições relacionadas à língua utilizada nessas atividades, bens e serviços; c) medidas destinadas a fornecer às indústrias culturais nacionais independentes e às atividades no setor informal acesso efetivo aos meios de produção, difusão e distribuição das atividades, bens e serviços culturais; d) medidas voltadas para a concessão de apoio financeiro público; e) medidas com o propósito de encorajar organizações de fins não-lucrativos, e também instituições públicas e privadas, artistas e outros profissionais de cultura, a desenvolver e promover o livre intercâmbio e circulação de idéias e expressões culturais, bem como de atividades, bens e serviços culturais, e a estimular tanto a criatividade quanto o espírito empreendedor em suas atividades; f) medidas com vistas a estabelecer e apoiar, de forma adequada, as instituições pertinentes de serviço público; g) medidas para encorajar e apoiar os artistas e todos aqueles envolvidos na criação de expressões culturais; h) medidas objetivando promover a diversidade da mídia, inclusive mediante serviços públicos de radiodifusão”.

⁹⁷BRASIL. STF. RE nº 627432/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJU 26/05/2021.

população, ele deve ser visto como um importante mecanismo de desenvolvimento do país – não à toa, como visto no tópico anterior, esse setor recebeu tanta atenção nas discussões travadas na Unesco. Por isso, essa relação entre economia e arte é tão presente no desenvolvimento das ações do Fundo Setorial do Audiovisual.

Nesse contexto, o STF, em leitura do texto constitucional, partindo da premissa de que há uma assimetria mercadológica, deixou claro o papel do Estado na regulação do domínio econômico. Ou seja, tendo em conta a massiva presença de filmes estrangeiros nos complexos de exibição, é papel do Estado assegurar que os filmes produzidos no Brasil também sejam exibidos.

A par disso, além de corrigir eventuais falhas de mercado, cabe a esse mesmo Estado buscar a realização de determinados objetivos constitucionalmente reconhecidos, como o desenvolvimento regional em bases solidárias, previsto no art. 3º da Constituição Federal⁹⁸. Nessa exata linha, seguiu o voto da ministra Rosa Weber, que secundou a posição inaugurada pelo relator da matéria:

(...) o escopo do modelo regulatório adotado no Brasil para o setor cultural não se reduz à regulação concorrencial, não se limita à correção das chamadas ‘falhas de mercado’, incorporando também instrumentos necessários para o atingimento de objetivos gerais de interesse público, a denotar uma regulação social, e não apenas econômica.

O fato de os filmes brasileiros não terem espaço – sem que haja um suporte normativo a compelir os exibidores – nos complexos de exibição é um freio ao desenvolvimento desse importante setor econômico. Como bem apontou o ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, “o fortalecimento da indústria cinematográfica nacional pode contribuir para o desenvolvimento econômico interno, com reflexos na difusão da imagem do País no cenário comercial internacional”.

De igual modo, faz-se necessário que existam fontes de financiamento a esse mesmo setor. Por suas peculiaridades, o cinema – e o audiovisual – cobra uma ação articulada do Estado no sentido de garantir que haja recursos para a produção e que, uma vez realizados, esses produtos tenham um espaço mínimo no mercado. Nesse ponto, além da cota de tela, cuja

⁹⁸Segundo Gilberto Bercovici, “[o]s princípios constitucionais fundamentais, como o artigo 3º [que define os objetivos fundamentais da República], possuem caráter obrigatório, com vinculação imperativa para todos os poderes públicos, ou seja, conformam a legislação, a prática judicial e a atuação dos órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los” (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 302).

evidente constitucionalidade foi confirmada, mecanismos de fomento como o Fundo Setorial do Audiovisual são fundamentais.

Esse fundo consegue, em sua concepção, aliar articulação entre os diversos entes da federação, investimento focalizado e auxílio aos diversos elos da cadeia econômica. Por isso, seu estudo, sob o prisma constitucional e administrativo, é de suma importância.

Embora esse julgado tenha tratado de forma específica da constitucionalidade de uma obrigação imposta ao setor de exibição cinematográfica – a cota de tela –, ele se debruçou de forma mais ampla sobre as normas culturais de *status* constitucional, sobre como a Constituição de 1988 buscou aumentar a proteção à cultura.

No próximo capítulo, como dantes dito, será analisada a atividade administrativa de fomento e seu desenvolvimento no campo da cultura e do cinema – com ênfase no funcionamento do Fundo Setorial do Audiovisual.

3. O FOMENTO AO CINEMA NO BRASIL

3.1. A atividade de fomento

Ao tratar, juridicamente, da atividade administrativa de fomento é impossível não fazer menção ao trabalho daquele que, pioneiramente, sistematizou-a, Luis Jordana de Pozas. Esse é, geralmente, o lugar do qual partem os estudos que possuem essa atividade como objeto, inclusive no Brasil.⁹⁹

É verdadeira a asserção, pois, de que o estudo do fomento perpassa, necessariamente, pela Espanha, apesar de nela não se encerrar. Nesse país, com Jordana de Pozas, essa atividade, há muito desenvolvida por “caudilhos e estadistas”, ganhou contornos mais claros sob o prisma jusadministrativista.¹⁰⁰

A influência desse autor espanhol no desenvolvimento da ainda incipiente doutrina brasileira do fomento é inegável.¹⁰¹ Ainda que o contexto histórico no qual Jordana de Pozas escreveu sua obra (meados do século passado) seja profundamente distinto do atual, ela

⁹⁹VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 50.

¹⁰⁰POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 48, p. 41-54, 1949, p. 47.

¹⁰¹São exemplos da influência dessa obra (longe, portanto, de serem os únicos): SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fomento: noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

continua a ser de grande valia. É evidente que, desde o momento em que foi concebida, a teoria formulada pelo publicista não passou ileso e a ela foram direcionadas inúmeras críticas.

Em seu texto “Ensayo de una teoria del fomento en el Derecho Administrativo”, o autor lançou as bases para a compreensão da atividade de fomento, ao formular uma definição e ao realizar algumas categorizações. Até então, como bem destaca Rafael Valim, prevalecia, na doutrina, classificações duais, que não contemplavam a atividade de fomento. Segundo Valim:

[n]os albores do século XX, a doutrina costumava classificar a atividade administrativa entre atividade de polícia (*activité de police*) e atividade de serviço público (*activité de service public*). De igual modo, na Alemanha se estremava uma atividade ordenadora de uma atividade prestacional.¹⁰²

Para Jordana de Pozas, o fomento, atividade administrativa, diferencia-se tanto das atividades de polícia e de serviço público. Da primeira, que “previne e reprime”, distingue-se o fomento, já que a este cabe proteger e promover, “sem fazer uso da coação”. A barreira que separa fomento e polícia seria composta, dessa forma, não apenas pelo fim almejado, mas também pelo meio empregado pelo Poder Público.¹⁰³ Invariavelmente, seria o fomento desenvolvido sem que fossem empregados meios coercitivos.

No que respeita ao serviço público, a diferença também é evidente: enquanto, no serviço público, os fins seriam buscados, “diretamente e com seus próprios meios”, pela própria Administração; no fomento, o Poder Público cinge-se a estimular os privados a atingir determinados fins, que compõem o interesse público.¹⁰⁴

3.1.1. Características fundamentais da atividade de fomento

Alguns dos elementos conceituais contidos na essência da atividade de fomento são assentes na doutrina contemporânea. Não há maiores dificuldades em apontá-los. Quanto a outros, a exemplo da transitoriedade, identificam-se profundas divergências entre os autores que já se debruçaram sobre o tema.

Tais divergências, no limite, são reflexos de pontos de vista distintos acerca do papel constitucional do Direito Administrativo e do próprio Estado – se, por exemplo, o Estado seria

¹⁰²VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 49.

¹⁰³POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 48, p. 41-54, 1949, p. 46.

¹⁰⁴POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 48, p. 41-54, 1949, p. 46.

responsável apenas por assegurar a todos o mínimo existencial ou se também deveria atuar de modo a mitigar/ eliminar desigualdades sociais.

Nesse sentido, Filipe Lôbo, referindo-se às várias correntes existentes dentro da análise econômica do Direito, assevera que “a depender da escolha doutrinária que se faça, pode-se ter um Estado com conformação coletivista, implicando maior grau de intervenção, ou com concepções individualistas, implicando em menores graus de intervenção”.¹⁰⁵

Identificar esses elementos não consiste em mero exercício retórico. A depender do resultado a que se chegue ao fim do processo investigatório, irá variar o elenco de princípios que norteia a atividade administrativa. Esse resultado pode implicar um maior ou menor grau de controlabilidade da atividade decisória da Administração Pública.

José Vicente Santos de Mendonça elenca quais seriam, para ele, as características do fomento: a) não se utiliza de coerção no início do exercício do fomento; b) não há qualquer obrigação de adesão por parte do particular; c) não consiste em “doação de Direito Público”; d) é unilateral; e) é seletivo e f) é, aprioristicamente, transitório.¹⁰⁶

Já Célia Cunha Mello trata de outros caracteres fundamentais da administração fomentadora, com alguns reparos ao exposto por José Vicente Santos de Mendonça: em primeiro lugar, o fomento tratar-se-ia se de (i) “exercício de função administrativa”, (ii) na qual protege-se ou promove-se um objeto/ direito, (iii) em que não há compulsoriedade. Ademais, destaca Célia Cunha Mello que o fomento seria – em linha com De Pozas – uma forma indireta de satisfação de necessidades públicas.¹⁰⁷

De início, cabe referir àquelas características distintivas sobre as quais não pairam dúvidas. A mais evidente delas é a voluntariedade. Afinal de contas, como precisado por Rafael Valim, não se pode conceber fomento obrigatório.¹⁰⁸

Da parte dos particulares, a quem se destinam os incentivos, deve haver adesão voluntária às ações ou programas de fomento.¹⁰⁹ Não há da parte do Estado – ao menos

¹⁰⁵GOMES, Filipe Lôbo. **Regulação Estatal e o Pré-Sal**: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015, p. 40.

¹⁰⁶MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 323 e ss.

¹⁰⁷MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 27.

¹⁰⁸VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

¹⁰⁹SACRISTÁN, Estela B. El problema de la fuente em las relaciones de fomento. In: **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, a. 5, p. 99-122, 2003, p. 104.

aprioristicamente – a adoção de medidas coercitivas. Desde a sistematização de Jordana de Pozas, essa característica se manteve inalterada.

É óbvio que, após a manifestação de sua vontade e a consequente integração ao programa de fomento, caso descumpridas as obrigações assumidas, o Estado poderá – ou melhor, deverá – adotar medidas coercitivas. A voluntariedade está associada à adesão ou não do particular ao programa e não ao cumprimento do que, porventura, venha a ser pactuado entre as partes.¹¹⁰

No caso específico da “transitoriedade”, apontada por alguns como uma decorrência do princípio da moralidade pública, a questão torna-se mais imbricada.

Tome-se como exemplo o cinema e o audiovisual nacionais, foco, há muito, de inúmeras políticas de fomento. É possível destrinchar, como já asseverado no primeiro capítulo deste trabalho, o cinema e o audiovisual em uma vertente “industrial” e outra mais “artística”.

Em se tratando da vertente industrial, a medida provisória nº 2.228-1, de 2001, é indubitosa quanto à busca pela “autossustentabilidade” da indústria cinematográfica nacional.

Abra-se aqui um parêntesis: mesmo nesta vertente, há quem ponha em xeque a possibilidade de “emancipação” da indústria cinematográfica e audiovisual em relação aos recursos públicos, porquanto esse não seria um objetivo viável.¹¹¹

Se em relação ao fomento ao cinema e ao audiovisual, em suas vertentes industriais, há uma previsão expressa quanto à “transitoriedade”, não há essa mesma clareza quanto às derivações mais artísticas do cinema e do audiovisual.

Logo, percebe-se que a transitoriedade é apenas uma característica parcial do fomento. Algumas espécies de fomento podem sim ter por característica – ou como objetivo – a transitoriedade. Isso não significa dizer, *ipso facto*, que todas as espécies serão transitórias. A análise da presença desse objetivo, pois, deve ser feita caso a caso.

Ademais da transitoriedade, outra característica que é fundamental à atividade de fomento é, precisamente, a finalidade – a qual sempre estará vinculada a direitos fundamentais ou objetivos da República, como o desenvolvimento sustentável.

¹¹⁰MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 323-324.

¹¹¹IKEDA, Marcelo. **Utopia da autossustentabilidade**: impasses, desafios e conquistas da Ancine. Porto Alegre: Editora Sulina, 2021.

Por meio da atividade de fomento, com os instrumentos adequados, é possível proteger ou promover uma série de direitos, sejam eles econômicos, sociais, ambientais, culturais etc. Como já referido, ao fim do primeiro capítulo, o desenvolvimento, em linha com os ditames constitucionais, deve ser orientado à efetivação dos direitos fundamentais ou de interesses públicos. Ou seja, em última análise, essa sempre será a finalidade precípua da atividade de fomento – ou, ao menos, deveria ser.

Então, tem-se que, por meio das ações de fomento, busca-se proteger um objeto ou um direito constitucionalmente previsto. Mas não é qualquer forma de incentivo/ estímulo a determinado setor que será considerada uma legítima expressão da atividade de fomento. Para que a ação seja qualificada como tal, a ação do Estado deve ser indireta. Isto é, devem-se colocar à disposição do particular “recursos” para que este execute ou deixe de executar determinadas tarefas.

Além disso, a partir desses comentários, faz-se necessário apontar outro traço característico do fomento: a outorga de alguma vantagem ao particular. Essa vantagem pode ser, por exemplo, pecuniária. Ou mesmo, no entendimento de Jordana de Pozas, a retirada de algum obstáculo – por exemplo, no caso de programas que visem a simplificar procedimentos administrativos para aqueles que preservem o meio ambiente.

Jordana de Pozas alude ainda a outras formas de expressão da atividade de fomento: “(...) obstáculos ou cargas criadas para dificultar por meios indiretos aquelas atividades ou estabelecimentos contrários aos que o governante quer fomentar.” Nesse ponto, com todo o acatamento, discorda-se do eminente jurista espanhol.¹¹²

Sobre o tema, acertado é o entendimento de Rafael Valim, para quem o fomento “(...) está ligado à ampliação da esfera jurídica dos administrados, a significar que tal atividade implica, invariavelmente, a outorga de vantagens em favor dos particulares”.¹¹³

Em suma: a atividade de fomento, outorgando vantagens a particulares – de forma não compulsória –, deve orientar-se à promoção de direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais da República. Quanto à transitoriedade, tem-se que esta é apenas uma característica relativa. Ou seja, há certas áreas do domínio socioeconômico que, por suas peculiaridades, sempre dependerão de estímulos governamentais.

¹¹²POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 48, p. 41-54, 1949, p. 51.

¹¹³VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 53.

3.1.2. Fundamento constitucional da atividade de fomento no Brasil

Os autores que se debruçaram sobre o tema, ao tratar do fundamento legal e constitucional da atividade de fomento, partem sempre do art. 174 da Constituição.¹¹⁴

Mais simples é a justificação dos investimentos no setor cultural – que abrange o cinema e o audiovisual. Tais investimentos decorrem de comando constitucional específico, como já demonstrado no primeiro capítulo desta dissertação.

Enquanto os aportes em outros setores da economia recolhem seu fundamento na disposição genérica do art. 174 da Constituição, no caso da cultura, há amparo próprio a justificar a concessão de incentivos públicos.

O fomento ao cinema e ao audiovisual visariam justamente à efetivação dos direitos culturais encartados nos artigos 215 e 216 da Constituição, mas não apenas isso. O fomento a estas manifestações culturais envolvem outros temas sensíveis em termos de política externa e de economia.

Está plasmado no art. 216, § 3º, que “[a] lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”.

Logo, há um fundamento evidente para este fomento – notadamente, os artigos 3º, 215 e 216 da Constituição – e há tantos outros que podem, a título de argumentação, servir de arrimo a embasar a atuação do Estado brasileiro nesta área.

Em meio a esses outros tantos artigos, está o art. 216-A, que criou o Sistema Nacional da Cultura. Três dos princípios que regem esse Sistema são justamente a universalização do acesso aos bens de cultura; o fomento à produção, difusão e circulação desses bens e o estímulo à diversidade cultural. Logo, como pisado e repisado no primeiro capítulo, não há que se duvidar de que o Fundo Setorial do Audiovisual visa a dar materialidade ao que dispõe o texto constitucional.

Não é demais lembrar que, entre as medidas a serem adotadas pelos Estados, o diploma da Unesco voltado à promoção da diversidade cultural especifica a concessão de apoio financeiro público, atividade de fomento pura e simples.

¹¹⁴MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fomento: noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 409.

Na espécie, diante da clareza do texto constitucional, a pergunta mais importante a ser respondida pelos gestores públicos deixa de ser “por quê?” e passa ser “como?” e “o quê?”. Em outras palavras, por determinação constitucional, os gestores devem incentivar a produção e o conhecimento dos bens culturais. Mas quais bens cinematográficos e audiovisuais devem ser incentivados? Como o serão?

3.1.3. Classificação da atividade de fomento

Mais uma vez torna-se necessário retornar às clássicas lições do escritor espanhol Jordana de Pozas, que tripartiu o fomento em honorífico, econômico e jurídico.¹¹⁵

Para De Pozas, essas seriam as vias das quais dispõe o Estado para estimular ou desestimular determinados comportamentos. Nem todos os meios, para o escritor espanhol, pois, envolveriam a transferências de recursos.

Por vezes, a partir da análise dos problemas concretos (por exemplo, o baixo crescimento em determinado setor da economia), a solução a ser pensada e materializada poderia passar ao largo da adoção de estímulos econômicos.

Há, no entanto, quem discorde do escritor espanhol. Para Rafael Valim, nem o honorífico nem o jurídico poderiam ser classificados como modalidades de fomento. Os instrumentos honoríficos seriam “meros atos de reconhecimento, e não de satisfação direta ou indireta de interesses públicos”. Por seu turno, os mecanismos jurídicos seriam, em regra, coercitivos e não voluntários. Por essa razão, não estaria caracterizada a atividade de fomento.¹¹⁶

São pertinentes os comentários tecidos pelo autor. Nem todo “estímulo” a uma dada atividade, com o fito de alcançar determinado objetivo, será necessariamente inserido entre as modalidades de fomento.

Há, indubitavelmente, zonas grises: às vezes não é possível saber se determinada atividade pública se encaixa ou não no conceito de fomento. Isso acontece, justamente, porque o ferramental do Estado para dar efetividade a direitos fundamentais, como o direito à cultura, é gigantesco.

¹¹⁵POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 48, p. 41-54, 1949, p. 52.

¹¹⁶VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 64.

O sucesso dessas ações, que visam a dar concretude aos direitos fundamentais, depende diretamente de o Estado saber manejar tais ferramentas, em conjunto e individualmente.

Ao fim e ao cabo, pode-se afirmar que saber identificar o instrumento adequado e utilizá-lo devidamente é mais importante do que saber se ele é ou não uma expressão da atividade fomentadora do Estado. Ainda assim, dadas as peculiaridades do fomento e das normas a si aplicáveis, é imprescindível, ao menos, tentar organizar uma classificação.

Nessa classificação de Jordana de Pozas, as ações encetadas no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual estariam classificadas entre as expressões econômicas do fomento.

3.1.4. Incentivos ao cinema nacional: expressão da atividade fomentadora do Estado?

A efetivação dos direitos fundamentais culturais, em sua dimensão positiva, assim como a promoção da diversidade cultural, no campo cinematográfico e audiovisual, pode ocorrer por meios diversos. O instrumental à disposição do Poder Público é amplíssimo.

Nem todos esses mecanismos, é verdade, podem ser classificados como expressões da atividade de fomento, seja porque ausente o elemento conceitual da voluntariedade ou porque não há o recebimento de vantagens por parte do particular.

Por vezes, no entanto, inserir as ações públicas em quadros conceituais não se revela tarefa das mais fáceis. Em razão da intercambialidade dos meios de atuação do Poder Público com vistas a incentivar ou desestimular uma determinada conduta, uma mesma ação pode reunir características híbridas. Além do quê, esses mecanismos dificilmente são empregados isoladamente, fora de uma política nacional que combine diferentes meios que otimizem os esforços públicos.

O caso da cota de tela é interessante: política pública que, com diferentes formulações, existe no Brasil desde os anos de 1930 com o objetivo de desenvolver a indústria cinematográfica interna¹¹⁷, ela não figura entre os exemplos da atividade de fomento. De igual maneira, alude-se à política que estabelece meia entrada para eventos artísticos¹¹⁸, independentemente da adesão voluntária daqueles que os promovem.

Ambas seriam exemplos da função regulatória do Estado, dado que não há uma adesão voluntária por parte dos particulares – trata-se de norma cogente – e não há uma

¹¹⁷SIMIS, Anita. **Estado e cinema no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 87-89.

¹¹⁸ALEM, Nichollas de Miranda. O direito econômico como instrumento de efetivação dos direitos culturais. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; BOTELHO, Isaura; SEVERINO, José Roberto (Org.). **Direitos culturais**. v. 1. Salvador: Edufba, 2018, p. 230.

contraprestação, já que aos exibidores não são outorgadas quaisquer vantagens por reservar um espaço na programação aos filmes brasileiros ou por venderem ingressos pela metade do preço a estudantes, por exemplo.¹¹⁹

Se considerado apenas o *telos* do legislador, quando da introdução de tais normas – a cota de tela e a meia entrada – no Direito positivo, poder-se-ia erroneamente ser levado a crer que elas estariam relacionadas à atividade de fomento. Mesmo porque, etimologicamente, como bem lembra Jordana de Pozas, a palavra “fomento”, cujas raízes estão no latim, deriva de “*fomentum*”, que, por sua vez, é a contração de “*fovimentum*”. *Fovimentum* era “a ação de aquecer, reaquecer ou abrigar”.¹²⁰

Aprioristicamente, vê-se uma íntima ligação entre o vocábulo fomento e o intento de incentivar ou de proteger determinado setor da economia ou um conjunto de sujeitos, amparados no interesse público. De fato, a atividade de fomento, em sentido estrito, serve à satisfação de inúmeras necessidades da coletividade.¹²¹

O atendimento dessas necessidades públicas pode ocorrer, no entanto, por diferentes meios e não apenas pelo fomento em sentido estrito. É por essa razão que Mariano Baena del Alcázar aponta o “divórcio entre o fomento e o fim a conseguir”. Com isso, “o elemento teleológico cede a favor da técnica empregada” – acrescenta o autor.¹²²

Ademais, além desses estímulos citados acima, o Poder Público brasileiro já atuou, diretamente, por meio de entidades públicas, executando tarefas como a de distribuição de filmes. Esse estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica seria caracterizado, dentro da tipologia tripartida de Jordana de Pozas, como serviço público.¹²³

¹¹⁹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fomento: noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 425.

¹²⁰POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 48, p. 41-54, 1949, p. 47.

¹²¹TABARES, Susett Romero. La actividad administrativa de fomento: elementos para su definición jurídica. In: CORREA, Andry Matilla; NÚÑEZ, Diego Paúl Vitieri (Coord.). **Reflexiones sobre Derecho Público**. Havana: Editoria Unijuris, 2019, p. 162.

¹²²ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. In: **Revista de administración pública**, n. 54, p. 43-86, 1967, p. 67.

¹²³POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 48, p. 41-54, 1949; RIVA, Ignacio M. de la. La frontera de la policía administrativa. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Estudios de Derecho Administrativo em Homenaje a Julio Rodolfo Comadira**. Buenos Aires: La Ley: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2009, p. 376.

A se considerar tipologias mais recentes, como a elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que organiza as atividades administrativas em um maior número de categorias¹²⁴, essa atuação, tal como ocorrida no Brasil, constituiria um exemplo de intervenção direta do Poder Público no domínio econômico, por meio de empresas estatais.

Para o predito autor, essas atividades se apartariam, conceitualmente, dos serviços públicos, por ocorrerem em seguimento do domínio econômico cuja alçada é “dos particulares no exercício da livre iniciativa”. Lado outro, os serviços públicos estariam alocados no que ele chama de “universo estatal”.¹²⁵

Esse foi o caso da Embrafilme (Empresa Brasileira de Filmes Associada Limitada)¹²⁶, que possuía entre as suas atribuições legais a distribuição de filmes brasileiros no exterior, além de exercer, diretamente, “atividades comerciais ou industriais relacionadas com o objeto principal de sua atividade”.¹²⁷

A partir de tudo que fora acima exposto, pode-se concluir que estímulo e fomento não se confundem. A atividade de fomento é apenas uma das formas das quais dispõe o Poder Público para promover o desenvolvimento de determinado setor – *in casu*, o cinematográfico.

Nas últimas décadas, impende salientar que essas formas de intervenção direta no domínio econômico cederam lugar a formas mais indiretas¹²⁸. A par dessa tendência, ainda nos anos de 1990, observou-se, em solo brasileiro, o surgimento do fenômeno intitulado de “agencificação”¹²⁹. Foi precisamente nesse contexto que surgiu a Agência Nacional do Cinema, cuja competência é de regular, fiscalizar e fomentar a indústria cinematográfica.

Desde o seu surgimento, a Agência Nacional do Cinema, a nível federal, assumiu papel de proa na execução de políticas voltadas ao setor, juntamente com a Secretaria do Audiovisual, cujo papel é essencialmente executivo, e com o Conselho Superior do Cinema, que tem como

¹²⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 695 e ss.

¹²⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 696.

¹²⁶Sobre a atuação e o fim da Embrafilme, cf. MARSON, Melina Izar. **Cinema e Políticas de Estado: da Embrafilme à Ancine**. São Paulo: Escrituras Editora, 2009.

¹²⁷BRASIL. Decreto-lei nº 862, de 12 de setembro de 1969. Autoriza a criação da Empresa Brasileira de Filmes Sociedade Anônima (EMBRAFILME), e dá outras providências. In: **Presidência da República**, 2022.

¹²⁸MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fomento: noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 406 e ss.

¹²⁹DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 647.

uma de suas atribuições a elaboração da Política Nacional do Cinema. O conjunto desses sujeitos do Direito Administrativo convencionou-se chamar de tripé institucional¹³⁰.

3.1.5. Modalidades de fomento ao cinema e ao audiovisual: direto e indireto

Já dizia Jordana de Pozas ser impossível catalogar todas as formas de fomento, tendo em vista que, a depender das circunstâncias fáticas, os instrumentos poderão assumir diferentes conformações.¹³¹ Esse raciocínio, desenvolvido em meados do século passado, continua válido e não apenas isso, com o transcorrer do tempo, teve o seu sentido reforçado.

Inobstante a inegável dificuldade em se estabelecer um rol exaustivo dessas formas à disposição do Poder Público, convencionou-se, no estudo do fomento ao cinema e ao audiovisual, seccioná-las em duas categorias: o fomento indireto e o direto.

Na década de 1990, no início com a Lei Rouanet e, após, com a Lei do Audiovisual, havia uma predominância da utilização do fomento indireto, que se relaciona à concessão de incentivos de natureza tributária.

Por sua vez, a expressão fomento direto alude ao instrumental financeiro público e, de forma mais específica, aos incentivos financeiros conferidos aos agentes econômicos envolvidos – produtores, distribuidores, exibidores etc. É nessa categoria, com exatidão, que está inserido o objeto deste estudo: o Fundo Setorial do Audiovisual.

Logo, enquanto as principais discussões acerca do Fundo Setorial do Audiovisual e a sua operacionalização localizam-se no domínio do Direito Financeiro, os incentivos originados da Lei Rouanet e, principalmente, da Lei do Audiovisual, são regulados pelo Direito Tributário.

Por um lado, tem-se que os benefícios derivados da Lei do Audiovisual e da Lei Rouanet são espécies de incentivos fiscais; por outro, aqueles que estão previstos na lei que criou o Fundo Setorial do Audiovisual são incentivos financeiros.

Fernando Facury Scaff e Alexandre Coutinho da Silveira, brilhantemente, explicam que os incentivos fiscais “são aqueles concedidos através de isenções (totais ou parciais)

¹³⁰IKEDA, Marcelo. **Cinema brasileiro a partir da retomada**: aspectos econômicos e políticos. São Paulo: Summus Editorial, 2015, p. 39 e ss.

¹³¹POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 48, p. 41-54, 1949, p. 50.

tributárias”. Já os incentivos financeiros, nas palavras dos autores, “são os incentivos outorgados pelo Estado aos particulares em forma de prestações positivas (...)”.¹³²

Os incentivos fiscais – fartamente utilizados na década de 1990 –, por um lado, cumpriram um papel relevantíssimo no período da retomada do cinema brasileiro¹³³. Por outro, em dado momento, começaram a apresentar falhas, que apenas poderiam ser corrigidas com a utilização de incentivos financeiros.

No início da década de 1990, as vantagens dos mecanismos indiretos certamente eram mais visíveis do que suas falhas, mormente porque, depois do fim da Embrafilme, pairava no ar o receio de que as políticas públicas culturais fossem vitimadas pelo dirigismo estatal.

Delegar ao mercado a escolha dos filmes a serem fomentados, naquele momento, parecia ser a solução mais adequada. Com o tempo, verificou-se que, sem a utilização de incentivos financeiros – acompanhada do devido planejamento –, não seria possível resolver os problemas estruturais do setor cinematográfico e audiovisual brasileiro.

Em 2008, quando aprovou, em sua reunião inaugural, o documento de diretrizes do Fundo Setorial do Audiovisual, o Comitê Gestor assim descreveu esse panorama de exaurimento da política cinematográfica baseada em incentivos fiscais:

[o] atual modelo de política de fomento à produção cinematográfica possibilitou o revigoramento do mercado de cinema no Brasil, com o crescimento do número de empresas produtoras e de lançamentos de filmes nacionais, diversificando-se as temáticas e incrementando o reconhecimento internacional de nossa produção. Por outro lado, identificam-se deficiências (sic) não solucionadas, tais como: dependência de recursos não reembolsáveis, incipiente articulação entre as empresas de produção e distribuição, participação efetiva de mercado da produção independente ainda diminuta, tanto no segmento cinema, como no de televisão.¹³⁴

¹³²SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho. Incentivos fiscais na federação brasileira. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 34 e 35.

¹³³Segundo Fernão Pessoa Ramos, “[a] promulgação da Lei do Audiovisual, em 1993, está na origem da rearticulação da produção do cinema brasileiro em novas bases. O ano de 1994 marca claramente uma retomada da produção do cinema em novas bases. O ano de 1994 marca claramente uma retomada da produção cinematográfica, após o auge do eclipse no início da década. A validade de sua qualificação como Retomada e a dimensão de sua duração como período histórico do cinema brasileiro variam entre autores que a abordaram” (RAMOS, Fernão Pessoa. A retomada: nação inviável, narcisismo às avessas e má consciência. In: RAMOS, Fernão Pessoa; SCHVARZMAN, Sheila. **Nova história do cinema brasileiro**. São Paulo: Edições Sesc, 2018. p. 412.).

¹³⁴COMITÊ GESTOR DO FUNDO SETORIAL DO AUDIOVISUAL. Documento de Diretrizes do Fundo Setorial do Audiovisual. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2008, p. 4.

3.1.6. O Fundo Setorial do Audiovisual: características e governança

Criado pela lei nº 11.437 de 2006, o FSA, conforme disposição legal, é uma categoria de programação específica do Fundo Nacional da Cultura, à qual são destinados os recursos provenientes da cobrança da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (Condecine).¹³⁵

Além da Condecine, que teve sua destinação alterada pela lei nº 11.437, o FSA possui outras receitas: a) “as dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos”; b) recursos oriundos de mecanismos estatuídos pela lei nº 8.685 e que, porventura, não vierem a ser aplicados nos prazos previstos; c) “o produto de rendimento de aplicações dos recursos [do próprio FSA]”; d) “parcela da arrecadação do Fistel – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações”¹³⁶; e) “as doações, legados, subvenções e outros recursos destinados [ao FSA]”; f) “recursos provenientes de acordos, convênios ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais e internacionais” e g) “outras que lhe vierem a ser destinadas”.

Conquanto sejam plúrimas as fontes de receita, o que se observa é a preponderância da Condecine – que é subdividida em Condecine Teles, Condecine Título e Condecine Remessa – em relação às demais. Fatia expressiva dos recursos que abastecem o FSA provém apenas dessa fonte. Esse fenômeno intensificou-se ainda mais a partir da entrada em vigor da Lei da TV Paga, ao criar-se a Condecine Teles. Apenas esta última representou cerca de 64,33% do total de receitas do Fundo no ano de 2021.¹³⁷

Ainda são tímidos os retornos diretos dos investimentos realizados com recursos do Fundo. É óbvio que, sob o prisma simbólico, os projetos incentivados com recursos do FSA já legaram ao arcabouço cultural contribuições valiosas: tijolos que, em conjunto, auxiliam na construção da identidade ou das várias identidades da cultura brasileira, na preservação e na construção do imaginário nacional.¹³⁸

¹³⁵BRASIL. Lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006. Altera a destinação de receitas decorrentes da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. In: **Presidência da República**. Brasília, 2006.

¹³⁶COMITÊ GESTOR DO FUNDO SETORIAL DO AUDIOVISUAL. Documento de Diretrizes do Fundo Setorial do Audiovisual. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2008, p. 3.

¹³⁷AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Relatório Anual de Gestão do Fundo Setorial do Audiovisual – FSA Exercício de 2021. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2022, p. 12.

¹³⁸ Como bem colocado por Ana Paula Sousa: “[a]o fim e ao cabo, de todos os propósitos da Ancine, talvez o que mais tenha se cumprido seja o da promoção da cultura nacional por meio de filmes” (SOUSA, Ana Paula. **Dos conflitos ao pacto**: as lutas no campo cinematográfico brasileiro no século XXI. Tese de Doutorado – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2018, p. 279.).

Não é disso que está a se falar. O ponto é simples: já que expressiva fatia dos recursos do FSA é aplicada por meio de investimentos, havia a expectativa de que os retornos, a partir dos resultados comerciais, seriam mais expressivos. Na prática, até 2018, apenas seis filmes conseguiram retornar ao FSA valores superiores aos do investimento.

Essa constatação, *de per se*, não representa um problema. José Vicente Santos de Mendonça destaca que “[e]xigir ‘retornos’ e repasses remuneratórios ao Poder Público também pode desnaturar o fomento, que não é aplicação de risco do Estado, mas meio de estímulo à iniciativa privada”.¹³⁹

No FSA, inclusive, é importante repisar que os recursos oriundos da participação nos resultados comerciais dos filmes apoiados – em que pese, num primeiro momento, retornem, por repasse dos agentes financeiros, à Conta Única do Tesouro Nacional – também devem ser aplicados no fomento ao setor. Visa-se, pois, à criação de um círculo virtuoso.

Neste tópico, cumpre ainda aludir a outra distinção entre o fomento operado no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual e aqueles previstos na Lei do Audiovisual.

Se adotada a classificação estipulada por Rafael Valim, na qual o autor secciona as formas de fomento em gratuitas e remuneradas, percebe-se destacada diferença entre esses mecanismos de fomento.

Isso porque as formas não remuneradas são exceções no contexto do Fundo Setorial do Audiovisual. O decreto nº 6.299, em seu art. 3º, III, limita a aplicação de valores não-reembolsáveis a “casos específicos motivadamente definidos pelo Comitê Gestor [do FSA]”. Então, enquanto os mecanismos constantes na Lei do Audiovisual seriam formas não remuneradas de fomento, no caso do FSA, a regra seria o contrário.

As receitas do FSA são destinadas ao desenvolvimento de três programas: o Prodav (Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Audiovisual)¹⁴⁰, Prodecine (Programa de Apoio

¹³⁹MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 356.

¹⁴⁰As ações desenvolvidas no Prodav voltam-se ao estímulo “(...) de projetos de produção, programação, distribuição, comercialização e exibição de obras audiovisuais brasileiras de produção independente”, na inteligência do art. 47, II, da medida provisória nº 2.228-1.

ao Desenvolvimento do Cinema)¹⁴¹ e o Pró-Infra (Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Infraestrutura do Cinema e do Audiovisual)¹⁴².

Essa é outra grande diferença do modelo de fomento inaugurado pelo FSA em 2006: enquanto, anteriormente, havia uma ênfase na produção cinematográfica independente¹⁴³; com o FSA, houve uma diversificação dos beneficiários do fomento, com uma compreensão global da cadeia econômica do cinema e do audiovisual.

Ao passo que foram preservados – e incrementados – os incentivos ao elo da produção cinematográfica, passou-se a lançar linhas de fomento destinadas a outros elos: desenvolvimento, distribuição, exibição etc. Com o Prodav, por exemplo, outros ramos do setor audiovisual foram contemplados, com destaque para os conteúdos destinados à televisão – e, mais recentemente, às plataformas de vídeo sob demanda.

Essa diversificação dos segmentos incentivados é parte da proposta de criação do FSA, que:

(...) constitui-se em um instrumento complementar e diferenciado de políticas públicas de estímulo ao desenvolvimento da indústria brasileira do cinema e do audiovisual. Suas ações estão orientadas para a promoção de um ambiente favorável ao desenvolvimento e crescimento sustentado de tal indústria, de modo integral e articulado, atuando ao longo de todos os elos da cadeia produtiva e de suas inter-relações, sempre com a visão do todo, mediante o suporte aos diferentes agentes essenciais do sistema. Nesse sentido, os processos de seleção de projetos e programas do FSA serão orientados pela adequação da lógica interna do projeto com os respectivos objetivos almejados, bem como do histórico e evolução dos proponentes.

Os recursos do Fundo, segundo a própria lei que o criou, podem ser destinados a várias aplicações. Além das hipóteses em que não há retorno financeiro para o Fundo e que constituem a exceção, os recursos podem ser aplicados por meio de investimentos, financiamentos, participações minoritárias no capital de empresas, equalização de encargos relacionados a

¹⁴¹No âmbito do Prodecine, as ações desenvolvidas estão voltadas ao fomento de projetos de produção independente, bem como à distribuição, comercialização e exibição por empresas brasileiras, nos termos do art. 47, I, da medida provisória nº 2.228-1.

¹⁴²O Pró-Infra, por sua vez, destina-se, conforme dicção do art. 47, III, da medida provisória nº 2.228-1, “ao fomento de projetos de infra-estrutura técnica para a atividade cinematográfica e audiovisual e de desenvolvimento, ampliação e modernização dos serviços e bens de capital de empresas brasileiras e profissionais autônomos que atendam às necessidades tecnológicas das produções audiovisuais brasileiras”. Tendo em conta que esse programa orienta-se por uma lógica distinta dos demais – Prodecine e Prodav –, ele não será objeto de análise deste trabalho.

¹⁴³Por oportuno, cabe aqui mencionar aquilo que a legislação define como obra cinematográfica ou videofonográfica de produção independente – art. 1º, IV, da medida provisória nº 2.228-1: “aquela cuja empresa produtora, detentora majoritária dos direitos patrimoniais sobre a obra, não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas de serviços de radiodifusão de sons e imagens ou operadoras de comunicação eletrônica de massa por assinatura”.

operações financeiras, além de outras operações que estejam voltadas ao desenvolvimento do setor.

Buscou o legislador, nesse último ponto – referente a “outras operações” – conferir ao administrador a possibilidade de engendrar outras formas de aplicação, que, pela dicção legal, devem ser, necessariamente, remuneradas.

Participam da gestão desse fundo vários órgãos e entidades, sendo o Comitê Gestor do FSA e a Ancine os mais destacados. Atuam ainda os agentes financeiros, responsáveis pela realização das operações financeiras, e a Secretaria do Audiovisual do Ministério do Turismo.

O Conselho Superior do Cinema cumpre, ao menos na lei, um relevantíssimo papel, que repercute diretamente nas ações do FSA. Embora não faça, formalmente, parte de sua governança, esse órgão, como já dito, é responsável pela elaboração da Política Nacional do Cinema e pela aprovação do Plano de Metas do Audiovisual.

Segundo relatório elaborado pelo Tribunal de Contas da União:

[n]o que tange à gestão do Fundo Setorial, as decisões do CSC não lhe são ‘específicas’ no sentido de que não cabe ao órgão definir, por exemplo, o quanto será aplicado, nem onde (em quais Programas ou linhas), nem como (por meio de que processos). É por essa razão que o Conselho não integra a estrutura de governança do FSA.

Isso não significa que o CSC não possa expedir recomendações aos agentes que operam o Fundo, nem que suas deliberações não possam ter impacto sobre ele. Pelo contrário, deve-se lembrar que os representantes do setor audiovisual que compõem o Comitê Gestor do FSA são designados para o cargo ‘a partir de lista tríplice nominal encaminhada pelo Conselho Superior do Cinema’ (art. 5º, § 1º, do Decreto 6.299/2007).¹⁴⁴

3.1.7. Ancine

Surgida no ano de 2002, com a publicação da Medida Provisória nº 2228-1, na esteira do processo de “agencificação”, a Agência Nacional do Cinema (Ancine) tem características singulares e, por essa razão, alguns doutrinadores questionam sua natureza de agência reguladora.

Para alguns, entre os quais José Vicente, seria mais adequado enquadrá-la como agência de fomento.¹⁴⁵ Para outros, em outra banda, tendo em vista que essa agência tem

¹⁴⁴TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021.

¹⁴⁵MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 317-318.

simultaneamente funções regulatórias e de fomento, sua natureza de agência reguladora seria defensável.¹⁴⁶

De início, há uma questão relevante a ser debatida: seria possível conferir a uma mesma entidade competências regulatórias e de fomento?

Para Vitor Rhein Schirato e Julio César Moreira Barboza, o exercício da função regulatória pressupõe que o Estado está em uma posição de equidistância em relação aos agentes de mercado e aos usuários envolvidos¹⁴⁷ – no caso específico do cinema, os produtores, exibidores, distribuidores e usuários.

Ainda que, no caso específico do fomento, haja uma maior proximidade do Estado com os agentes de mercado, não deve ser ignorada a necessidade de audiência de outros atores que não os próprios agentes do mercado. No processo de tomada de decisões, os usuários também devem, sempre que possível, ser consultados. Dessa forma, atenua-se a suposta falta de equidistância.

Tem-se que, por essa razão, não seria impossível – como não o é, de fato – que uma mesma agência acumule funções de fomento e de regulação setoriais.

Em que pese terem as atividades de fomento uma maior proeminência no interior da Ancine, não é uma incorreção qualificá-la como uma agência reguladora.¹⁴⁸ Assim é feito em vários lugares do mundo – a exemplo das entidades públicas que, *mutatis mutandis*, equivaleriam à Ancine na Espanha e na França.

No caso do Fundo Setorial do Audiovisual, o papel da Ancine, enquanto Secretaria Executiva, é de suma importância.

Apesar desse papel destacado, em tese, pelo desenho normativo, não caberia à Ancine o estabelecimento de metas, diretrizes para aplicação dos recursos do FSA. A ela, caberia

¹⁴⁶ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 294 e ss.

¹⁴⁷SCHIRATO, Vitor Rhein; BARBOZA, Julio César Moreira. Aspectos orgânicos e institucionais da regulação dos serviços públicos. In: **Temas atuais de Direito Público**: diálogos entre Brasil e França. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 240.

¹⁴⁸Para Alexandre Santos de Aragão: “[p]odemos constatar que as competências da ANCINE são mais de fomento do que de regulação propriamente dita (...), o que, todavia, não a descaracteriza como agência reguladora. Além da qualificação expressa conferida pelo art. 5º, o fato de possuir menos competências regulatórias que as demais agências reguladoras, não faz que não possa ser considerada como tal, até porque não há agências que exerçam apenas competências regulatórias” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 295).

apenas, conforme Marcelo Ikeda, fornecer “apoio técnico, administrativo e operacional às atividades do Fundo”. Complementa o autor:

[d]e um lado, esse desenho é coerente com o modelo regulatório, mantendo a Ancine como um órgão técnico neutro, que irá executar e acompanhar as ações delineadas pelo Comitê, enquanto o Ministério é tipicamente o órgão ativo da formulação das políticas. De outro lado, na prática da política pública, o CGFSA funcionou como instância de ratificação (aprovação ou aprovação com ressalvas) das questões propostas pela Ancine, visto que a agência naturalmente possui uma estrutura mais robusta para formular e apresentar questões ao Comitê, influenciando diretamente nas pautas abertas para aprovação.¹⁴⁹

3.1.8. Comitê Gestor do FSA

Já o Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) é um órgão colegiado, formado por componentes oriundos da sociedade e do próprio governo, de forma não paritária, cujas atribuições estão definidas na lei nº 11.437 e no decreto nº 6.299.

A natureza jurídica dos órgãos colegiados em geral, entre os quais esse Comitê, é alvo de controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias. Isso porque, para alguns, em decorrência de suas particularidades, esses órgãos não se encaixariam em tipologias tradicionalmente estabelecidas.

Nesse sentido, ao julgar a concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.121 o ministro Marco Aurélio Melo, fazendo menção à categorização cunhada por Hely Lopes Meireles, ressaltou essa dificuldade e pontuou que “os rótulos ordinariamente atribuídos em sede doutrinária revelam-se insuficientes”.¹⁵⁰

Referindo-se aos conselhos de natureza deliberativa, Marcos Augusto Perez expõe que estar-se-ia diante de órgãos cujas decisões seriam atos administrativos e que concretizariam “um deslocamento do poder decisório do eixo central da Administração Pública (chefia do Poder Executivo) para a periferia de sua estrutura orgânica, em movimento de desconcentração”.¹⁵¹

Sobre esse tema, de forma percuciente, expõe Maria Paula Dallari Bucci que:

(...) figuras que tratam da participação popular nos processos políticos, os conselhos de direitos previstos na Constituição Federal e em leis que regulamentam direitos sociais, tais como a Lei Orgânica da Saúde, o Estatuto da Criança e do Adolescente,

¹⁴⁹IKEDA, Marcelo. **Utopia da autossustentabilidade**: impasses, desafios e conquistas da Ancine. Porto Alegre: Editora Sulina, 2021, p. 75 e 76.

¹⁵⁰BRASIL. STF. **MC-ADI nº 6121/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJU 28/11/2019.

¹⁵¹PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Fórum: Belo Horizonte, 2004, p. 142 e 144.

a legislação ambiental, a legislação da assistência social entre outros, também carecem de uma operacionalização adequada.¹⁵²

As conclusões acerca da localização na organização administrativa desses colegiados repercutem diretamente na definição da sua operacionalização, ou seja, de seu grau de autonomia e, conseqüentemente, da possibilidade ou não, por exemplo, de interposição de recurso hierárquico próprio.¹⁵³

Não seria correto atribuir uma natureza jurídica universal a todos os órgãos genericamente denominados de conselhos. Há, entre os conselhos, conformações absolutamente distintas e, por isso, analisá-los e classificá-los requer uma conduta parcimoniosa. A criação de alguns desses órgãos colegiados, inclusive, retira fundamento diretamente da Constituição. Não é o caso do Comitê que gere o FSA, cujo fundamento de validade é extraído da lei nº 11.437 – mesmo que a Constituição, em seu art. 216-A, ao tratar da estrutura do Sistema Nacional de Cultura, referira-se a órgãos gestores da cultura, a conselhos de política cultural, entre outros.

No que tange objetivamente ao Comitê Gestor do FSA, portanto, é possível afirmar tratar-se de um órgão administrativo, desprovido de personalidade jurídica, sem “autonomia gerencial, administrativa ou financeira”.

Na competência desse órgão, central na gestão do FSA, segundo o decreto nº 6.299, estão inseridas: a) a elaboração e a aprovação de seu regimento interno; b) a identificação e a seleção das prioridades para alocação dos recursos do FSA; c) a elaboração do plano anual de investimentos, o qual deverá ser remetido à Ancine e à Secretaria Especial de Cultura; d) o estabelecimento de metas e diretrizes, além de normas e critérios para aplicação dos recursos; e) o estabelecimento de normas e de critérios de apresentação, de julgamento, bem como os limites de destinação de valores; f) a aferição dos resultados dos programas e, por fim, g) a aprovação do relatório anual do FSA.

¹⁵²BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. In: **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001, p. 6.

¹⁵³Marcos Augusto Perez entende que “a decisão ilegal tomada por um conselho deliberativo pode ser anulada pela autoridade administrativa a que se subordina organicamente”. E complementa o autor: “[t]ambém é possível, pela mesma razão, a revogação, pela autoridade hierarquicamente superior, das decisões de caráter discricionário tomadas pelo conselho deliberativo, mediante juízo de conveniência, o que certamente dependerá de motivação técnica, jurídica e política” (PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Fórum: Belo Horizonte, 2004, p. 143.).

3.1.9. Síntese dos procedimentos administrativos no FSA

No âmbito do fomento ao cinema e ao audiovisual, são numerosas e distintas entre si as formatações possíveis dos procedimentos administrativos de seleção de projetos. Cada formatação cumpre um papel específico no sentido de estimular uma conduta, facilitar o cumprimento de um objetivo etc.

Tais procedimentos não são desenhados ao acaso e possuem, em sua gênese, um porquê. Afora os princípios e valores já mencionados – relacionados aos direitos culturais e à diversidade –, o administrador deve ainda, nessa formatação, levar em consideração a complexidade da questão envolvida e a sua repercussão socioeconômica. Conforme Marçal Justen Filho, “[q]uanto mais relevantes forem os efeitos da decisão, maiores serão as cautelas e providências necessárias à condução do procedimento”.¹⁵⁴

Ou seja, no campo do fomento ao audiovisual, os procedimentos de seleção devem ser formulados tendo em conta seus impactos no domínio socioeconômico. Essa avaliação, quanto ao procedimento e aos critérios a serem aplicados na seleção dos projetos a serem fomentados, é realizada pelo Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA).

Nem sempre, contudo – e isso precisa restar claro – tais procedimentos foram adotados no Brasil. Havia, na concessão de incentivos econômicos ao cinema e ao audiovisual, enorme opacidade. Não existia clareza de quais critérios guiaram a escolha desse ou daquele projeto.

Em texto sobre a relação travada entre o cinema e o Estado brasileiros, que fora publicado originalmente em 1990, Eduardo Scorel destacou que a Empresa Brasileira de Filmes S. A. (Embrafilme) “aprovava projetos sem nenhum critério aparente”.¹⁵⁵

Essa ausência de critérios objetivos na seleção de projetos não estava limitada, no fomento à cultura, ao cinema e ao audiovisual. Não à toa, o Plano Nacional de Cultura, cuja duração foi prorrogada em 2021, estabeleceu como objetivo a ser perseguido a utilização dos editais, enquanto ferramenta de democratização do acesso aos recursos públicos.¹⁵⁶

¹⁵⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 354.

¹⁵⁵SCOREL, Eduardo. Cinema e Estado. In: SCOREL, Eduardo. **Adivinhadores de água: pensando no cinema brasileiro**. São Paulo: Cosac Naify: 2005, p. 36.

¹⁵⁶BRASIL. Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010. Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. In: **Presidência da República**. Brasília, 2010.

Essa pretensão, inclusive, está assentada em diversos trechos desse plano. Traça-se como alvo estender a utilização de editais para as entidades privadas que destinem recursos para a cultura.

Ainda que a adoção dos editais reduza drasticamente a discricionariedade dos administradores na alocação dos recursos públicos destinados ao fomento do cinema e do audiovisual, ela não é reduzida a zero. Como será visto a seguir, no próximo tópico, é possível identificar, na atuação da Administração Pública, distintos níveis de discricionariedade – mas nunca ou quase nunca a sua completa ausência.

Fato é que o legislador, ao elaborar a legislação de regência, buscou conferir sistematicidade à elaboração e aplicação dos mecanismos de fomento. Essa asserção encontra amparo na repartição de competência entre o Comitê Gestor do FSA, a Ancine (como Secretaria Executiva do Fundo) e os agentes financeiros. Então, antes de os termos dos editais de abertura serem definidos, há outras etapas a serem seguidas.

Floriano Azevedo Marques Neto reparte o procedimento administrativo relacionado ao fomento em algumas etapas – abarcando não apenas a execução da atividade, mas também o seu planejamento. Para ser operacionalizado, primeiramente seria definido o interesse público a ser resguardado. Ato contínuo, o instrumento a ser utilizado seria escolhido, para então vir a ser formalizado. Essa formalização ocorreria “a partir dos requisitos e das regras aplicáveis aos instrumentos escolhidos”.¹⁵⁷

Por seu turno, Heloisa Conrado Caggiano alude a quatro etapas distintas, que juntas comporiam o ciclo administrativo do fomento: o planejamento, a estruturação normativa, a implementação e a aferição dos resultados alcançados.¹⁵⁸

Independentemente dos nomes que se adotem ou da divisão que se escolha, não há como se esquivar da eleição do interesse público a ser protegido ou promovido. Essa eleição estaria ligada diretamente à vontade do legislador, à dinâmica do ciclo orçamentário (a própria lei que instituiu o FSA estabelece a obrigatoriedade de o administrador atuar dentro das balizas orçamentárias) e às metas e objetivos estabelecidos pela própria Administração, que, no exercício da função administrativa, densifica os comandos legais.

¹⁵⁷MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. Fomento: noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 493.

¹⁵⁸CAGGIANO, Heloisa Conrado. **Do planejamento à governança no fomento público financeiro**: estudo de caso do setor automotivo. Dissertação de Mestrado – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017, 121 e ss.

Com efeito, o legislador, com certo grau de vagueza, estabelece prioridades a serem seguidas. Isso fora feito, no caso do FSA, tanto pela Constituição – ao tratar genericamente sobre a cultura – como pelas leis de regência (notadamente, as leis nº 11.437 e 12.485, bem como a medida provisória nº 2.228-1).

Mas essas disposições a nível constitucional e de lei em sentido estrito, embora necessárias ao fomento, não são suficientes.

Posteriormente, a Administração, munida de recursos humanos e de informações, realiza esse detalhamento, sempre em respeito ao Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual.

Neste ponto, inclusive, impende ressaltar que, anualmente, o Comitê Gestor do FSA – juntamente com a Ancine – deveria participar da elaboração do orçamento do Fundo. É o que preconiza o art. 10, III, do regimento interno desse Comitê.¹⁵⁹

Mas, a fim de conferir clareza e manter fidelidade aos objetivos fixados na introdução deste trabalho, não será feito um detalhamento acerca do ciclo orçamentário. Buscou-se aqui apenas acentuar sua importância para o procedimento administrativo.

Enfim, cabe, de início, ao Comitê, a partir de proposições da Ancine, definir quais as prioridades, quais os critérios. Esse é o ponto de partida do *iter* administrativo.

Nessa etapa, prevê o regulamento do FSA, pode o Comitê valer-se da opinião de agentes externos, na tomada de decisões. Tais agentes podem ser da própria Administração ou mesmo de fora dela, do setor cinematográfico.¹⁶⁰

Então, em sintonia com a legislação, deve o Comitê estabelecer as prioridades e editar atos normativos que regulamentem os processos de seleção. Entre os atos normativos, entre aqueles que estão em vigor, o mais vistoso é o Regulamento Geral do Prodav. Trata-se de uma

¹⁵⁹Art. 10 O CGFSA reúne-se ordinariamente duas vezes por ano, em abril e em outubro, e extraordinariamente sempre que convocado pelo Presidente, pela Secretaria Executiva ou por requerimento de pelo menos dois terços de seus membros. § 1º Anualmente, o CGFSA deverá deliberar sobre as seguintes matérias: I – o relatório anual de gestão do exercício encerrado; II – aprovação do plano anual de investimentos; III – **atualização das diretrizes e metas do FSA que serão consideradas na elaboração do orçamento do FSA para o exercício vindouro** (grifo aditado).

¹⁶⁰Art. 9º Para o desempenho de suas atribuições, o Comitê Gestor: I - poderá convocar para participar de suas reuniões especialistas e representantes de outros Ministérios, sem direito a voto ou remuneração; II - poderá utilizar subsídios técnicos apresentados por grupos consultivos, por especialistas do setor audiovisual, por servidores da Ancine ou da Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo e por áreas técnicas ligadas direta ou indiretamente às atividades audiovisuais (...)

fase preparatória, que antecede a seleção propriamente dita – nesse aspecto, há semelhanças com o processo licitatório, cuja primeira fase é justamente a preparatória.

Recentemente, editou-se a resolução nº 228 do Comitê, por meio da qual pretende-se delegar à Ancine e à Secretaria Nacional do Audiovisual a atribuição para editar atos normativos complementares. Nos termos dessa resolução, aprovada pelo Comitê, seria delegada a ambas (Agência Reguladora e Secretaria), no que couber, a atribuição “para o estabelecimento de normas técnicas e procedimentos operacionais complementares, com vistas à implementação, ao lançamento e à execução das Chamadas Públicas do Fundo Setorial do Audiovisual”.

Após essa etapa, segue-se à seleção dos projetos a serem fomentados, com a publicação das chamadas públicas. Ou seja, a etapa em que os beneficiários serão escolhidos, a partir dos critérios previamente definidos.

A escolha dos beneficiários do fomento pode ocorrer com arrimo em critérios automáticos ou seletivos. É assim que funciona também em outros lugares do mundo, nos quais o cinema e o audiovisual recebem incentivos. No caso dos critérios seletivos, avalia-se o mérito do projeto (roteiro, público-alvo etc.); já no que concerne aos critérios automáticos, a avaliação limita-se à análise do desempenho pretérito dos proponentes (em festivais, número de salas ocupadas, número de ingressos vendidos, número de obras produzidas/ distribuídas etc.).¹⁶¹

É facultada ainda à Administração a adoção, em uma mesma chamada pública, de critérios híbridos (seletivos e automáticos), como tem sido feito, por exemplo, com assiduidade, nos editais do Suporte Seletivo, na modalidade concurso.

Em casos que tais, numa primeira etapa da seleção, avaliam-se critérios objetivos, relacionados ao desempenho pretérito dos envolvidos no projeto (diretor, produtora, distribuidora etc.), utilizando-se dados extraídos dos registros da Ancine e do Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual. Numa segunda fase, um colegiado usualmente formado por servidores da Ancine e de membros do setor cinematográfico, com notório saber, avalia o

¹⁶¹“(…) las ayudas automáticas consisten en procurar ventajas a todos aquellos que pertenecen a una categoría particular, ya se trate de los que producen las obras, de quienes la interpretan o de quienes las difunden.; las selectivas se otorgan después de un proceso de selección (en general, una instancia colectiva compuesta por personas cualificadas que deciden con pretendida total independencia, emitiendo un juicio artístico)” (LIMA, Fernando E. Juan. **Ayudas administrativas a la cinematografía**. Tesis de Doctorado – Departamento de Derecho Público, Universidad San Pablo, Madrid, 2016, p. 99)

mérito do projeto. Nessa segunda fase, é importante que se diga, os projetos que se classificaram na primeira etapa concorrem em igualdade de condições.¹⁶²

No Brasil, usualmente, repartiram-se as chamadas públicas em três modalidades: a) Suporte Automático; b) Suporte Seletivo sob regime de concurso; c) Suporte Seletivo sob regime de fluxo contínuo. Cada uma dessas modalidades tem suas peculiaridades. Extraí-se de análise feita pelo TCU que:

[t]anto Concurso quanto Fluxo Contínuo são exemplos do que se convencionou chamar de Suporte Seletivo, isto é, o gênero de operações em que a seleção do projeto é feita pelo aparato de Estado.

Todavia, a partir de 2014, o Fundo Setorial do Audiovisual passou a contar com nova modalidade de operação, o Suporte Automático (Suat), que confere maior poder de decisão alocativa aos agentes de mercado.¹⁶³

No caso da modalidade Suporte Automático (Suat), as produtoras ou distribuidoras, proporcionalmente a seu desempenho pretérito, têm acesso a um determinado volume de recursos. Diferentemente dos editais do Suporte Seletivo, quem escolhe quais projetos serão fomentados ou não é a própria produtora ou distribuidora. Parte-se aqui do pressuposto que esses proponentes, que alcançaram bons resultados de bilheteria e de prêmios em festivais, poderiam escolher, mais eficientemente, os projetos a serem financiados. Em outras palavras, os filmes contemplados com recursos públicos são escolhidos pelos próprios produtores e distribuidores – sem que haja intervenção estatal nesse processo.

Em que pese as modalidades de fluxo contínuo e de concurso componham o Suporte Seletivo, isso não implica em dizer que, nessas seleções, são ponderados apenas critérios “seletivos”. Tal nomenclatura é atribuída a essas modalidades, tão somente, porque a seleção dos projetos é realizada pelo Estado – e não porque são utilizados exclusivamente critérios “seletivos” na avaliação dos projetos, já que também podem ser aplicados critérios automáticos, objetivos, para seleção dos projetos pela Administração.

O que se deve ter em mente é que os procedimentos, realizados no âmbito do FSA, utilizam tanto critérios seletivos como automáticos. Os detalhes de cada uma dessas modalidades mudam constantemente. Frequentemente, combinam-se elementos de uma com elementos de outra – há quem defenda, inclusive, por essa razão, não fazer mais tanto sentido

¹⁶²BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL; AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Chamada Pública BRDE/FSA – Cinema Via Distribuidora 2022**. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <<https://www.brde.com.br/chamada-publica-brde-fsa-novos-realizadores-2022/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

¹⁶³TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021, p. 13.

aludir a três modalidades distintas. À medida que as chamadas públicas realizam-se, é possível fazer ajustes nos procedimentos existentes, em busca de uma política pública mais consentânea com o interesse público.

Ao término de cada uma dessas chamadas públicas, com os resultados homologados, os projetos contemplados passam também pela fase de contratação, na qual uma série de requisitos deve ser cumprida (apresentação de documentação, análise orçamentária, dos direitos autorais etc.).

Por fim, após a contratação e a realização dos projetos, há o controle dos resultados, que, internamente, é realizado, em conjunto, pela Ancine, pela Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo e pelo próprio Comitê. Esse tema do controle de resultados será abordado, com maior detalhamento, no tópico sobre o princípio da eficiência.

3.2. Discricionariedade administrativa e a atividade de fomento

A discricionariedade é um tema clássico do Direito Administrativo, trabalhado por diversos autores tanto no Brasil, como internacionalmente, desde o século XIX. Ainda no século XIX, Joseph-Marie Gérando e Vittorio Emanuele Orlando escreveram sobre o assunto. No Brasil, nesse mesmo século, é possível identificar excertos sobre a discricionariedade administrativa na obra de Visconde do Uruguay, por exemplo. Nos séculos que se seguiram, essa produção foi intensificada, em todo o mundo.¹⁶⁴

No Brasil, não é possível, contudo, afirmar que há uma “teoria firme” sobre o tema, em que pese haja um conjunto de obras a ele dedicadas. Essas obras, muitas vezes conflitantes entre si, incorporam conceitos de origem estrangeira. Entre os países dos quais derivam esses conceitos, há um destaque para a Alemanha.¹⁶⁵

Inicialmente, é necessário pontuar que não há, no Brasil, um conceito definitivo para discricionariedade. Ao mesmo tempo, pode-se dizer que há, ao menos, alguns elementos que compõem os conceitos cunhados por publicistas brasileiros que são comuns entre si. Desse modo, há, entre algumas dessas tentativas de conceituação, uma clara aproximação.

¹⁶⁴PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 29.

¹⁶⁵KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e controle da discricionariedade no Brasil. In: **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, 2004, p. 22.

Uma das autoras que elaborou um conceito próprio foi Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Ela assim conceitua a discricionariedade administrativa:

(...) faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.¹⁶⁶

De forma mais abrangente, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a discricionariedade administrativa está associada à “fluidez das expressões da lei” ou à “liberdade conferida no mandamento”, que não permitiriam a extração de apenas uma solução do texto legal. Em decorrência da adoção dessa técnica legislativa, o administrador, diante do caso concreto e sempre pautado pela razoabilidade, teria liberdade para escolher, entre as duas ou mais alternativas disponíveis, qual o comportamento mais adequado ao atingimento da finalidade legal.¹⁶⁷

Na literatura administrativista brasileira, não raramente, encontram-se autores que sustentam ser possível segmentar, rigidamente, todos os atos administrativos em duas categorias: os que são discricionários e aqueles que são vinculados. Parcela dos doutrinadores, inclusive, continua a defender, contemporaneamente, ser possível organizar os atos administrativos nessa categorização bipartida.

Para esses autores, os atos vinculados, diferentemente, dos discricionários, seriam praticados pela Administração, sem que houvesse abertura para atuação distinta. Diante da ocorrência, no mundo dos fatos, de determinada circunstância prevista na hipótese da norma, seria o administrador obrigado a adotar a única conduta legalmente prevista.

Isto é, no caso de normas vinculantes, a consequência da materialização da hipótese normativa no mundo dos fatos estaria predeterminada. Nessas hipóteses, o administrador teria sua atuação profundamente limitada pelo texto legal.

Thiago Marrara, por sua vez, afirma que são inimagináveis atos totalmente discricionários ou vinculados. Esse mesmo autor entende que não seriam discricionariedade e vinculação características excludentes, tendo em vista que todos os atos sempre carregaram consigo elementos discricionários e vinculantes.¹⁶⁸ Ao analisar os atos da Administração

¹⁶⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

¹⁶⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 48.

¹⁶⁸MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012, p. 219.

tradicionalmente apontados pela doutrina como discricionários, é possível verificar que mesmo esses possuiriam certo grau de vinculação.

Vários administrativistas brasileiros passaram a incorporar esse entendimento de que seriam raros ou inexistentes os atos totalmente vinculados ou discricionários. Isso ocorre porque, mesmo em hipóteses de maior precisão do texto normativo, em que as circunstâncias fáticas e/ ou jurídicas e as consequências que delas derivam são claras e taxativas, ainda assim, haveria certo grau de liberdade de escolha do administrador. O mesmo ocorre, como visto no parágrafo anterior, com os atos discricionários: apesar de assim serem classificados doutrinariamente, esses atos possuem elementos predeterminados legalmente – seja na hipótese ou na consequência da norma.

Para Krell, a diferença entre os atos classificados como “discricionários” e “vinculados” seria tão somente de ordem quantitativa e não qualitativa. Esses possuem, na opinião do autor, a mesma natureza. O que varia entre eles é o grau de liberdade conferido ao administrador. Por vezes, o legislador opta por utilizar termos mais precisos, em detrimento daqueles que confeririam uma maior liberdade de atuação à Administração.¹⁶⁹

Interessante trazer a posição de Marcos Augusto Perez, que se filia ao entendimento de Odete Medauar, para quem, apesar de ser possível admitir a existência de graus de vinculação distintos à norma, ainda assim seria possível identificar quais as características predominantes em cada ato. Desse modo, seria possível conciliar a concepção de que existem graus distintos de vinculação à norma e a classificação dicotômica.¹⁷⁰

Essa distinção dicotômica não encontra abrigo apenas entre doutrinadores. Evidencia-se que essa distinção rígida, no cotidiano forense, tem implicado em graves problemas. Isso ocorre porque, no Brasil, há um entendimento predominante, na doutrina e na jurisprudência, de que não seria possível realizar o controle judicial do mérito dos atos classificados como discricionários. Esses atos estariam a salvo do controle do Poder Judiciário quanto ao seu mérito. Eles seriam sindicáveis, segundo esse entendimento, apenas quanto aos seus elementos formais (a competência, a forma e a finalidade).

¹⁶⁹KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e controle da discricionariedade no Brasil. In: **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, 2004, p. 26.

¹⁷⁰PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade. Belo Horizonte: Fórum: 2019, p. 38.

A “teoria da imunidade do mérito¹⁷¹ do ato administrativo discricionário”, como assim se refere Marcos Augusto Perez, ainda é visivelmente dominante no país.¹⁷² Não são raros os julgadores que se valem dessa teoria para não apreciar ações que questionem o mérito dos atos “discricionários” do Poder Executivo. Ao mesmo tempo, é perceptível a mudança de postura dos órgãos de controle, que, valendo-se dos princípios administrativos, adentram a análise do mérito do ato.

No caso do fomento e mais especificamente do fomento ao cinema e ao audiovisual, a Administração teria mais ou menos liberdade na definição dos parâmetros e na atribuição das ajudas? Seria essa uma atuação com elevado grau de vinculação?

Para José Vicente Santos de Mendonça, “o fomento público, se não pode ser considerado discricionário ou vinculado de modo estanque, está mais próximo da discricionariedade do que da vinculação”¹⁷³. E complementa o autor:

[a]firmá-la [a atividade de fomento] como atividade vinculada na esperança de reduzir sua malversação é equívoco, porque apela a uma incompreensão teórica no afã de reduzir um abuso prático. O papel da doutrina, no que toca a construção de um fomento republicano, é essencialmente o de estabelecer e difundir critérios dogmáticos consistentes e operacionais.¹⁷⁴

O que é perceptível, no caso do fomento, é que existe um paradoxo. De um lado, em virtude da complexificação da realidade e da dificuldade em serem pactuados textos legislativos minudentes, ampliou-se o poder discricionário da Administração. Mas, por outro, exsurgiram outras formas de controle dos atos, que permitem aos julgadores analisarem o antes impenetrável mérito do ato administrativo “discricionário”, de modo a combater excessos ou desvios na condução da Coisa Pública, restringindo a liberdade de escolha da Administração.¹⁷⁵

Em outras palavras, admitir que há uma maior discricionariedade na atividade de fomento não importa em dizer que ela é imune a mecanismos de controle (em especial os

¹⁷¹Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o mérito administrativo consiste no “campo de liberdade” que remanesce ao administrador quando da análise do caso concreto. Por meio de um juízo de oportunidade e conveniência, poderia escolher uma entre as opções disponíveis para que se alcance determinada finalidade estabelecida em lei. Isso ocorre, segundo o autor, em decorrência da impossibilidade de que seja identificada a única opção, objetivamente, adequada (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 997).

¹⁷²PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade. Belo Horizonte: Fórum: 2019, p. 19.

¹⁷³MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 343.

¹⁷⁴MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 344.

¹⁷⁵BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50.

Fato é que é diversificado o instrumental de controle ao qual essa atividade, marcadamente discricionária, está submetida. Além dos direitos fundamentais já citados, dois desses instrumentos de controle são o procedimento administrativo e os princípios, espécies de normas que ganharam especial destaque no período pós-Constituição de 1988. No próximo capítulo, serão analisados o impacto da procedimentalização do Direito Administrativo da Cultura, bem como os princípios administrativos que regem as relações jurídicas de fomento ao cinema e ao audiovisual.

4. OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS NO FUNDO SETORIAL DO AUDIOVISUAL

4.1. A procedimentalização no Direito Administrativo da Cultura

Uma das tendências do Direito Administrativo contemporâneo – plenamente aplicável ao contexto do Fundo Setorial do Audiovisual – é a procedimentalização do agir administrativo.¹⁸¹ A bem da verdade, já no século passado, é possível identificar, principalmente na Europa continental, indícios dessa tendência, que é cada vez mais forte.

Deixa-se, aos poucos, para trás a concepção segundo a qual seria o ato administrativo, isoladamente, o principal instituto desse ramo do Direito. As atenções, antes concentradas unicamente no ato administrativo, passaram a ser partilhadas com o procedimento administrativo¹⁸² e com as normas procedimentais.¹⁸³

Na década de 1990, aqui no Brasil, o procedimento administrativo era entendido, principalmente, sob a sistemática dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Esses incisos conferem ao procedimento administrativo um alcance restrito às hipóteses em que há um litígio entre o Estado e os cidadãos. Nessas circunstâncias, a Constituição assegura as garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

¹⁸¹CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do Direito Administrativo no século XXI. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016, p. 55-58; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 37-44.

¹⁸²Segundo José Manuel Sérvulo Correia, o procedimento é “a forma do exercício da função administrativa” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do Direito Administrativo no século XXI. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016, p. 55.).

¹⁸³Em termos gerais, segundo Javier Barnes, enquanto as normas materiais “determinam o que há de resolver-se”, as normas procedimentais se destinam ao “como fazer” (tradução livre) (BARNES, Javier. *El Procedimiento Administrativo en el tiempo y en el espacio: una perspectiva histórica y comparada*. In: GOWLAND, Héctor Pozo et al. (Dir.). **Procedimiento Administrativo**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 145.).

Ocorre que, há muito, essa acepção de procedimento administrativo mostra-se insuficiente, tendo em vista as potencialidades desse instituto. Tendo por base a própria Constituição Federal, a partir de leitura sistemática, e a lei nº 9.784, de 1999, representativa da tardia procedimentalização do Direito Administrativo nacional¹⁸⁴, em certa medida, buscou-se corrigir algumas dessas limitações. No texto dessa lei, que deve ser lido em conjunto com a Constituição, é verificável que o sentido conferido ao instituto sofreu sensíveis modificações.

Até então, o procedimento administrativo servia, com raras exceções, às hipóteses em que, potencialmente, poderia ser editado ato desfavorável ao cidadão, restringindo-lhe seus direitos. Com a edição da lei nº 9.784, essa realidade sofreu alterações. A partir de fundamentos constitucionais distintos, o procedimento administrativo passou a ser compreendido para além das relações jurídicas adversariais, sendo aplicável a toda a atuação do Executivo em nível federal.

Enquanto esses procedimentos restritivos de direito colhiam fundamento normativo na ampla defesa, no contraditório e no devido processo legal, como anteriormente dito; os novos procedimentos retiravam sua validade diretamente do preceito constitucional da cidadania¹⁸⁵ – além de se relacionarem com outras normas constitucionais, a exemplo do princípio da eficiência e da transparência administrativa.

Sendo assim, essa lei está inserida em uma transição,¹⁸⁶ na qual coexistem elementos das concepções restritivas e ampliativas do procedimento administrativo. Entre as disposições que indicam a mudança de compreensão do legislador está a inserção no rol dos legitimados como interessados das organizações e associações representativas, quanto às matérias que envolvam direitos e interesses coletivos (art. 9º, III), além das pessoas e das associações legalmente constituídas, nos casos concernentes a direitos e interesses de titularidade difusa (art. 9º, IV).

Além da legitimação dessas organizações e entidades da sociedade civil na defesa de direitos e interesses coletivos e difusos, constitui indicativo dessa nova concepção de procedimento administrativo a faculdade de o administrador, diante de matérias que sejam de interesse geral, realizar consultas (art. 31) e audiências públicas (art. 32), além de haver a

¹⁸⁴VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 131.

¹⁸⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 522-523.

¹⁸⁶PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo**, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 220.

possibilidade de serem estabelecidos outros meios de participação dos administrados (art. 33).¹⁸⁷ Ou seja, caso tenha o entendimento de que é oportuna e conveniente a realização de tais eventos procedimentais, poderá o administrador, motivadamente, deles lançar mão.

O legislador, ao editar a lei nº 9.784, optou por cuidar, com discrição, dos institutos citados nos parágrafos anteriores e de outros tantos aspectos da relação entre Estado e cidadão, de modo a contemplar as variadas expressões da ação estatal. Coordenador da comissão de juristas que confeccionaram o anteprojeto de lei, Caio Tácito ressaltou, à época, que fora adotado “um modelo de uma lei sóbria”, que atendeu à “essencialidade na regulação dos pontos fundamentais do procedimento administrativo” e, ao mesmo tempo, conservou “a flexibilidade necessária à área criativa do poder discricionário, em medida compatível com direitos e garantias fundamentais”.¹⁸⁸

Leis de procedimento administrativo, como a que foi editada em âmbito federal, possuem vários objetivos. Para Maria Paula Dallari Bucci, resumidamente, são esses os objetivos:

(...) a) disciplinar o funcionamento da Administração Pública, visando à racionalidade e reduzindo ou eliminando a burocratização; b) atuar na formação da vontade da Administração, para decisões justas, legais, úteis e oportunas; c) informação dos interessados e participação nas decisões; d) transparência das decisões e respeito aos direitos.¹⁸⁹

A grande tarefa de uma lei de procedimento é, entretanto, conseguir equacionar, no seu bojo, as inevitáveis diferenças que existem entre as atividades desenvolvidas pelo Estado, cada vez mais diversas, encontrando entre elas pontos em comum. No Brasil, optou-se, ao se elaborar a lei geral, por uma estrutura procedimental fortemente influenciada pelo processo judicial – segundo Eurico Bitencourt Neto, dessa influência desdobra-se a preferência legislativa e doutrinária pelo termo “processo administrativo” em detrimento de “procedimento administrativo”.¹⁹⁰

¹⁸⁷Para Romeu Felipe Bacellar Filho e Saulo Lindorfer Pivetta, essas disposições estão relacionadas com a ideia de democracia participativa (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, núm. 58, outubro-dezembro de 2014, p. 120).

¹⁸⁸PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Projeto de lei nº 2.464 de 1996. Mensagem nº 1.002 de 1996. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Câmara dos Deputados**, Brasília, 1996, p. 21.

¹⁸⁹BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 166.

¹⁹⁰BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (Coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 53-54.

Em certos casos, essa opção por um procedimento administrativo assemelhado ao processo judicial é plenamente justificada. Isso ocorre, por exemplo, com os procedimentos de natureza sancionatória, cujo desenrolar pode culminar na edição de um ato restritivo de direito.¹⁹¹ Mas é impossível não notar que, cada vez mais, essa estrutura procedimental rígida e linear demonstra incontornáveis e insanáveis incompatibilidades com a dinâmica administrativa contemporânea – que já não se ocupa tão somente da aplicação daquilo que está predeterminado no texto legal.¹⁹²

Entre outras diferenciações, o processo judicial e o procedimento administrativo se distinguem por uma questão teleológica. Para David Duarte, diferentemente do processo judicial, o procedimento administrativo seria uma “estrutura (formal) de acção destinada a permitir a prossecução de objectivos ou fins pré-determinados, que não se reconduzem ao objectivo da recomposição do direito”. Em outras palavras, o propósito do procedimento administrativo não se esgota na “aplicação do direito ao caso concreto”, bem como na “resolução jurídica de conflitos surgidos entre sujeitos de direito diferenciados”.¹⁹³

São incontáveis as funções do procedimento administrativo, no seu sentido profundo¹⁹⁴. O procedimento, nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia, possui uma “tripla razão de ser”: “garantística, efficientista e efetivadora da responsabilidade democrática”.¹⁹⁵ Em outras palavras, o procedimento não serve apenas à defesa de direitos individuais, mas também à efetivação dos princípios da eficiência administrativa e do controle social. Além disso, Irene Nohara ressalta “a dimensão de participação dos administrados no *iter* de formação da vontade estatal, que torne mais transparente o processo”¹⁹⁶ – nas relações jurídicas regidas pelo Direito da Cultura, essa dimensão é realçada.

¹⁹¹CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do Direito Administrativo no século XXI. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016, p. 57.

¹⁹²Ademais, na contemporaneidade, ganham especial relevo procedimentos voltados à geração de informação e de conhecimento – que, inclusive, não serão concluídos necessariamente com uma decisão (BARNES, Javier. Tres generaciones del procedimiento administrativo. In: **Revista Derecho PUCP**, Lima, n. 67, jun. 2011, p. 83.).

¹⁹³DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 26 e 22.

¹⁹⁴SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo Administrativo**: temas polêmicos da lei nº 9.784/99. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

¹⁹⁵CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do Direito Administrativo no século XXI. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016, p. 58.

¹⁹⁶NOHARA, Irene. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo administrativo**: temas polêmicos da lei nº 9.784/99. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 81-82.

Dessa forma, o procedimento, a depender dos valores jurídicos que estejam em jogo, assumirá diferentes conformações. Nesse sentido, várias das situações jurídicas nas quais está inserida a Administração Pública contemporânea requerem um procedimento administrativo que tenha uma maior flexibilidade, em detrimento da rigidez processual.

No Direito Administrativo Cultural, esses dilemas estão igualmente presentes. Há, entre as relações jurídicas estabelecidas e que são reguladas por esse direito, aquelas em que o procedimento poderá desembocar na edição de um ato restritivo de direito. A essas relações, a estrutura rígida e linear do procedimento demonstra-se plenamente adequada. Esse é o caso, por exemplo, dos litígios tributários em torno dos benefícios fiscais previstos na lei nº 8.313, de 1991 – popularmente conhecida como Lei Rouanet ou Lei de Incentivo à Cultura. Os tombamentos promovidos pela União de imóveis por razões histórico-culturais são outro exemplo. Em ambos os casos citados, os preceitos da lei nº 9.784 se aplicam subsidiariamente.

Ocorre que há, no campo do Direito Administrativo da Cultura, o mais das vezes, a necessidade de procedimentos mais complexos, que acompanhem todo o ciclo de políticas públicas¹⁹⁷ – incluídas todas as etapas, desde a identificação do problema até a sua avaliação¹⁹⁸ e, eventual, extinção¹⁹⁹. Procedimentos que contem com ampla participação²⁰⁰, cujas soluções não estão contidas *ex ante* no texto legal. Esse é, precisamente, o caso dos procedimentos administrativos relacionados ao Fundo Setorial do Audiovisual.

Nos casos em que o procedimento tem por fundamento a cidadania, essa ampla participação não é apenas necessária, ela é determinante para que sejam alcançados os melhores resultados. Em uma realidade marcada por crises do Estado Social, sempre que possível, o administrador deve estimulá-la e garantir os meios adequados para sua efetivação. No caso da cultura, é importante que se diga, o poder-dever do Estado de integrar os cidadãos ao *iter* decisório é reforçado.

¹⁹⁷BARNES, Javier. Tres generaciones del procedimiento administrativo. In: **Revista Derecho PUCP**, Lima, n. 67, jun. 2011, p. 107.

¹⁹⁸ Nesse sentido, a própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 16, impõe aos órgãos e entidades da Administração Pública o dever de realizar procedimentos administrativos voltados à avaliação das políticas públicas. Tais avaliações, que devem ter o seu objeto e os seus resultados amplamente divulgados, podem resultar na manutenção, na revisão ou até na extinção das políticas públicas em questão.

¹⁹⁹SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33-54.

²⁰⁰BARNES, Javier. Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo. In: **Revista digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, n. 21, jan./jun. 2019, p. 83.

Isso ocorre porque, além das disposições constitucionais genéricas, a exemplo do parágrafo único do art. 193²⁰¹, pode-se extrair diretamente da Ordenação Constitucional da Cultura²⁰² um princípio da participação social. Esse princípio aplica-se, especificamente, às relações jurídicas do campo da cultura, destacadamente no procedimento administrativo, e será mais bem trabalhado nos próximos tópicos. O já citado art. 216-A estabelece, de modo expreso, como princípio reitor do Sistema Nacional de Cultura a “democratização dos processos decisórios com participação e controle social”.

Com efeito, a lei nº 9.784 é a mais assinalada das leis que regem o procedimento administrativo em nível federal, embora existam outros atos normativos, legais e infralegais, com esse móvel. No campo da cultura, é fácil identificar normas procedimentais, seja a nível legal ou não. A Lei do Plano Nacional de Cultura é, sob vários aspectos, uma lei eminentemente procedimental. Ela estabelece “como” as ações no campo da Cultura devem ser pensadas e colocadas em prática.

Mais adiante, será esmiuçada a aplicação do princípio da participação social no procedimento administrativo do Fundo Setorial do Audiovisual, tomando-se como referência uma série de atos normativos.

Em que pese a participação social seja seu aspecto mais visível – e, provavelmente, o mais importante –, o fenômeno da procedimentalização do Direito da Cultura a si não se resume. São contempladas outras normas procedimentais, tais como os princípios da transparência, da impessoalidade e da objetividade; bem como outras normas que desses princípios derivam.

Nesse contexto, mais uma menção ao art. 216-A da Constituição se faz necessária. Isso porque esse artigo não apenas prevê a participação social nos procedimentos administrativos, mas aborda o fenômeno da procedimentalização numa grande angular, ao: a) estimular o diálogo entre entes federativos e entre Poder Público e sociedade civil; b) demandar objetividade e transparência nas ações; c) assegurar o acesso a informações; d) induzir a integração das ações desenvolvidas pelos envolvidos (sejam eles do setor privado ou do Poder Público).

²⁰¹Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas.

²⁰²SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Na atividade de fomento, em particular, essa importância do procedimento administrativo é ainda maior – no comparativo com as outras atividades. Gaspar Ariño Ortiz sublinha bem isso: “(...) as ajudas públicas devem ser outorgadas segundo um procedimento administrativo que garantam as regras de transparência, publicidade, objetividade e livre concorrência, utilizando no possível mecanismos competitivos”.²⁰³

Em síntese, essa maior relevância do procedimento para o fomento ao cinema e ao audiovisual, atividade extremamente complexa desenvolvida pela Administração, é facilmente explicável. Isso porque, conforme Andreas Krell,

[d]iante de sua crescente incapacidade funcional para programar materialmente decisões "ótimas" em setores complexos da atividade administrativa, o legislador se vê obrigado a substituir a programação material do conteúdo das decisões por uma programação procedimental do processo em que estas devem ser tomadas, envolvendo órgãos com representação da sociedade, audiências etc., para criar decisões aceitáveis para os cidadãos, na medida em que asseguram a efetiva consideração e ponderação de todos os interesses envolvidos.²⁰⁴

4.2. O princípio como espécie normativa e sua plurifuncionalidade

De há muito, foram dirimidas as contendas doutrinárias existentes acerca da natureza normativa dos princípios, que servem de parâmetro para o controle judicial. Subsistem e se avolumam, por outro lado, críticas bem elaboradas de que haveria, na atuação de alguns operadores do Direito, distorções que, em última análise, levariam à desnaturação do princípio enquanto norma. Nesse contexto, Carlos Ari Sunfeld chega a abrir um dos capítulos de seu livro “Direito Administrativo para céticos” com a seguinte indagação: “[p]rincípio é preguiça?”²⁰⁵

Em outras palavras, não se nega a importância dos princípios para a dinâmica jurídica. O que é alvo de críticas é a tendência, verificada no cotidiano forense, de apelar a princípios extraídos de enunciados com alto grau de indeterminabilidade como recurso retórico sempre

²⁰³Do original: “(...) las ayudas públicas deben ser otorgadas según un procedimiento administrativo que garantice las reglas de transparencia, publicidad, objetividad y libre competencia, utilizando en lo posible, mecanismos competitivos” (ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública e regulación económica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Fundación de Estudios de Regulación, 2003, p. 344-345.).

²⁰⁴KRELL, Andreas J. Discricionarietà amministrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. In: **Revista Esmafe**, Tribunal Regional Federal da 5. Região, Recife, n. 8, p. 177-124, dez. 2004. p. 208.

²⁰⁵Sobre o tema ver SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60.

que determinadas teses jurídicas não encontram sustentação em regras, sem que haja um maior esforço argumentativo e exposição das eventuais consequências do *decisum*.²⁰⁶

Registrada essa ressalva. É importante que se diga, mais uma vez, que os princípios, se adequadamente utilizados, constituem uma importante ferramenta à disposição do intérprete e aplicador do Direito, principalmente no contexto atual. Eles funcionam como um importante parâmetro de controle.

Se, por um lado, identificam-se distorções na utilização dessa tecnologia (os princípios); por outro, dela não se pode prescindir.²⁰⁷ Ao invés de fulminá-la do sistema jurídico, deve-se lançar um atento olhar aos seus problemas e buscar solucioná-los. Em boa hora, foram feitas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, em certa medida, atenuaram algumas dessas distorções.

A realidade atual, caracterizada por um elevado grau de discricionariedade, realça o papel dos princípios como vetores de interpretação, integração normativa, direção e controle.²⁰⁸ No caso do fomento ao cinema e ao audiovisual pelo Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), esse fenômeno ocorre com ainda mais intensidade.

Além de a atividade de fomento, por alguns, ser caracterizada como “um terreno de amplo exercício da discricionariedade”²⁰⁹; diferentemente de outros países como a Espanha, o legislador brasileiro optou pela brevidade quanto à regulamentação do procedimento administrativo de destinação dos recursos públicos, deixando a cargo do administrador – neste caso, o Comitê Gestor do FSA e, por delegação, a Diretoria Colegiada da Ancine – a tarefa de densificá-lo.

²⁰⁶Por essa razão, operou-se uma série de mudanças na Lei de Introdução às Normas Brasileiras (Lindb). Sobre o tema, remete-se a JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

²⁰⁷MARRARA, Thiago. Princípios do processo administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (Coord.). **Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 79.

²⁰⁸Segundo Thiago Marrara, são funções dos princípios: a) orientar teleologicamente a atuação do legislador e do administrador; b) alinhar a interpretação das normas que, dispersas, compõem o sistema, visando a obter um patamar mínimo de coesão e harmonia; c) preencher lacunas que, eventualmente, existam no ordenamento (MARRARA, Thiago. Princípios do processo administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (Coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 80.).

²⁰⁹IVANEGA, Miriam M. La legitimidad de las técnicas de fomento y reasignación de partidas presupuestarias: situaciones paradójicas. In: **Cuestiones de intervención estatal: servicios públicos, poder de policía y fomento**. Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011, p. 718-719.

Aos princípios, é importante que se diga, são atribuídas diferentes funções, classificações, conceitos e, acima de tudo, critérios que os diferenciam das regras. Não há, nesse campo, uma única teoria. No Brasil, há duas correntes prevalentes, de acordo com Daniel Wunder Hachem: uma delas fundada nos ensinamentos de Dworkin e Alexy, para quem a diferença entre regras e princípios seria de ordem lógico-normativa e a segunda, fortemente influenciada por Karl Larenz, que compreende os princípios como normas nucleares do sistema jurídico.²¹⁰

Ao redor do globo, grassam inúmeras teorias, de modo que não existem apenas as duas supramencionadas. Segundo Zagrebelsky, por exemplo, reserva-se aos princípios a função de “[proporcionar] critérios para tomar posição ante situações concretas, mas que a priori aparecem indeterminadas”. Em outras palavras, distintamente das regras, os princípios não poderiam, segundo o autor italiano, ser delineados abstratamente – seu “significado operativo” exsurgiria apenas quando de sua aplicação em um caso concreto.²¹¹

Canotilho, por exemplo, enumera vários critérios, frequentemente utilizados na doutrina para distinguir princípios e regras: a) o grau de abstração; b) “grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto”; c) “caráter de fundamentalidade no sistema”; d) “[proximidade] da ideia de direito”; e) “natureza normogénica”.²¹²

São diversos também os conceitos conferidos pela doutrina aos princípios. A depender do critério utilizado para separar as regras dos princípios, seus conceitos sofrerão variações. Para a compreensão deste trabalho, sem prejuízo do reconhecimento das inúmeras contendas doutrinárias, utiliza-se a clássica conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello, de enorme valia à compreensão da dinâmica do Direito Administrativo:

[p]rincípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo -lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência deles, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.²¹³

Os efeitos dos princípios enumerados a seguir não se encerram a uma etapa do ciclo administrativo. Pelo contrário, norteiam a atividade do administrador desde o planejamento

²¹⁰HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Dissertação de Mestrado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 136 e ss.

²¹¹ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Tradução: Marina Gascón. 10. ed. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 110.

²¹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Editora Almedina. p. 166-167.

²¹³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidades do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. In: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 3, n. 11, p. 433-439, set. 2019.

(etapa preparatória), passando pela etapa de densificação normativa e alcançando a própria operacionalização do mecanismo de fomento.²¹⁴

Essas etapas, que compõem o procedimento administrativo no FSA, não são estanques; elas se comunicam e, por essa razão, o respeito ou não a um dado princípio em uma etapa do *iter* administrativo repercute nas demais.

Numa analogia com a arquitetura, as paredes que separam essas etapas seriam constituídas por cobogós. Em outras palavras, ainda que seja possível identificar com clareza os limites lógicos dessas etapas, há entre elas um intenso fluxo de ventilação e iluminação, proporcionado pela utilização dos elementos vazados.

Ademais desses esclarecimentos acerca das etapas do ciclo administrativo, para a correta compreensão da extensão dos efeitos da incidência de cada um dos princípios envolvidos, é imprescindível atentar ao conjunto deles – ao invés de buscar estudá-los isoladamente. Do contrário, a leitura do fenômeno ficaria profundamente comprometida.

Afinal de contas, como expõe Daniel Wunder Hachem – referindo-se a uma característica dessas normas, a concordância prática – “os princípios se complementam e se condicionam reciprocamente, de modo que o conteúdo normativo de um é influenciado pela essência jurídica dos demais”.²¹⁵

Os princípios a seguir elencados foram extraídos de uma leitura sistemática dos textos da Constituição e das normas infraconstitucionais de regência. Esse rol, cumpre ressaltar, não é exaustivo: tratando-se de uma matéria multifacetada, como é o fomento, seria impossível esgotar os princípios que sobre ela incidem.

Foram vários os autores que buscaram esboçar esse elenco de princípio. A nível internacional, é incontornável citar o magistério de Gaspar Ariño Ortiz. Tratando genericamente da atividade de fomento, a partir do ordenamento espanhol, Ariño Ortiz enumerou os seguintes princípios: a) princípio da legalidade; b) princípio da igualdade; c) princípio da livre concorrência e d) princípio da eficiência e economia do gasto público.²¹⁶

²¹⁴CAGGIANO, Heloisa Conrado. **Do planejamento à governança no fomento público financeiro**: estudo de caso do setor automotivo. Dissertação de Mestrado – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017, p. 125 e ss.

²¹⁵HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Dissertação de Mestrado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 120-127.

²¹⁶ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**: modelo de Estado, gestión pública e regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Fundación de Estudios de Regulación, 2003, p. 341-348.

A partir de sua obra – utilizando denominações diversas –, outros autores, inclusive brasileiros, também buscaram jogar luz sobre os princípios reitores do fomento público.

José Vicente Santos de Mendonça, por seu turno, prefere a utilização da nomenclatura “critérios” em detrimento de “princípios”. Os critérios elencados pelo autor são organizados em duas categorias, os de formulação e os de concessão.²¹⁷

Os de concessão subdividem-se em outras duas categorias: formais e matérias. Entre os formais, estão a transparência e a procedimentalização; competitividade e objetividade. Já, entre os materiais, o autor cita a não lucratividade, a eficiência do gasto público e a razão pública.²¹⁸

Os critérios a serem obedecidos, no processo de formulação, são, na lição de José Vicente Santos de Mendonça, “a submissão ao debate público” e “a compatibilidade entre os requisitos de acesso ao fomento e o direito fundamental que se pretende fomentar”.²¹⁹

Além desses dois autores, seria possível, seja na literatura estrangeira, seja na literatura brasileira, citar outras tentativas de catalogar os princípios ou critérios.

Mas, além da literatura, é possível, no caso específico do fomento ao cinema e ao audiovisual, citar normativas específicas – ainda que infralegais – que fixam expressamente alguns princípios. Esse é o caso da portaria nº 29, de 2009, do então Ministério da Cultura.²²⁰

São citados, nessa portaria, os princípios norteadores da edição e da gestão de editais de fomento à cultura. Em suma, incidiriam, nesses procedimentos administrativos, os princípios: da transparência; da isonomia; da legalidade; da moralidade; da impessoalidade; da publicidade; da eficiência; do equilíbrio na distribuição regional dos recursos; e do acesso à inscrição.

Obviamente que essa portaria e suas repercussões jurídicas têm alcance limitado. Trata-se de uma normativa do então Ministério da Cultura. Mas, como há de se rememorar, o Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual é um órgão administrativo, componente da estrutura do Ministério do Turismo – sob o qual, atualmente, está abrigada a Secretaria de Cultura. Logo,

²¹⁷MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 347.

²¹⁸MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 347.

²¹⁹MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 347.

²²⁰MINISTÉRIO DA CULTURA. **Portaria nº 29**, de 21 de maio de 2009. In: Ministério do Turismo, Brasília, 2022.

de modo incontornável deve o Comitê, no processo de tomada de decisões e de elaboração dos termos dos editais, amparar-se nesse instrumento normativo.

Mesmo porque parcela relevante desses princípios está encartada expressamente na Constituição Federal ou dela pode ser extraída a partir de uma leitura sistemática.

Em editais recentes, referentes a processos seletivos conduzidos pela própria Secretaria do Audiovisual, há menção expressa a essa portaria. Já nos processos conduzidos pela Ancine, em regra, os editais não aludem ao instrumento normativo. Isso porque, em tese, no exercício de sua competência legalmente fixada, a Agência não estaria vinculada a esses comandos normativos.

A seguir, serão abordados os seguintes princípios aplicáveis aos procedimentos do Fundo: motivação; igualdade; eficiência; e participação social.

4.3. Os novos contornos do princípio da motivação

Embora não integre expressamente o rol do *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, foi justamente a partir da promulgação desta carta que o princípio da motivação ganhou maior proeminência. Essa ausência, diga-se de passagem, abre brechas para que alguns doutrinadores sustentem que esse princípio não possui arrimo constitucional.

Entre os que o consideram um princípio constitucional, há quem defenda que o seu fundamento seria o art. 93, X, da Constituição, que estabelece que as decisões administrativas tomadas pelos tribunais devem ser motivadas. Numa interpretação ampliativa, esse princípio seria aplicável a outras situações estranhas ao Poder Judiciário. Afinal de contas, como seria possível argumentar logicamente que apenas este poder estaria obrigado a motivar suas decisões administrativas?²²¹

Outros, no entanto, fazem uma leitura sistemática das disposições constitucionais, não apontando apenas um artigo do qual extrair-se-ia o princípio da motivação. A leitura dos princípios da Administração Pública constantes do art. 37, combinada com as demais normas (princípios e regras) a ela aplicáveis, permitiria ao intérprete, sem maiores esforços, concluir que o princípio da motivação está abrigado na Constituição.

²²¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 228.

Eugênia Cavalcanti se alinha aos que não utilizam o art. 93, X, da Constituição Federal como único fundamento de validade do princípio da motivação. Tratar-se-ia, segundo Cavalcanti, de um princípio implícito, que decorreria do Estado Democrático de Direito. Esse princípio seria, no entendimento da autora, “uma das garantias dos administrados no Estado Democrático de Direito, evitando a arbitrariedade dos poderes públicos”.²²²

O fato é que essa importância, posteriormente, foi reforçada e exteriorizada com a entrada em vigor da lei nº 9.784, de 1999 (Lei de Procedimento Administrativo Federal). No texto desta lei, em seu art. 50, está prevista a necessidade de motivação dos atos administrativos – “com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos” – em diversas hipóteses. A introdução desse artigo no ordenamento pode ser considerada, ao menos no plano normativo, um ponto de inflexão: deixa-se, completamente, para trás a ideia de que é possível administrar sem motivar adequadamente suas decisões.²²³

Como destacado por Marcos Augusto Perez, cuja reflexão foi construída a partir do art. 50 da lei nº 9.784, de 1999, a regra é de que os atos administrativos sejam motivados. Isso porque o rol de atos administrativos encartado nesse artigo é vastíssimo.²²⁴

No caso de outras espécies que não estão referidas nesse artigo, não se pode dizer que há de imediato a dispensa do dever de o administrador motivá-los. Afinal, como afirma Floriano de Azevedo Marques Neto, “[o] princípio da motivação é princípio geral de direito administrativo e, como tal, é aplicável como regra geral ao agir da Administração”.²²⁵

Dessa forma, os atos que prescindiriam de motivação constituiriam, por decorrência lógica, a exceção – um exemplo é justamente o ato de mero expediente, despido de conteúdo decisório. Isso, infelizmente, não é o que se observa no cotidiano da Administração Pública.

O que, em tese, deveria ser a exceção continua a ser a regra. São facilmente identificados eloquentes ecos de períodos nos quais um exacerbado informalismo na rotina burocrática era tolerado – e até mesmo incentivado. Para Fábio Medina Osório, “o peso da tradição de uma

²²²CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 133-159, jan./mar. 2007, p. 141.

²²³No Direito Administrativo, na órbita doutrinária, durante muito tempo, discutiu-se a respeito daquilo que deveria constar da motivação do ato administrativo, se ela deveria ser minudente ou sucinta. Sobre o tema cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 227.

²²⁴PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 255.

²²⁵MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do processo administrativo. In: **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, a. 4, n. 37, mar. 2004, p. 4.

Administração Pública infensa a maiores controles prejudica a perspectiva de mudanças institucionais na área administrativa”.²²⁶

Deve-se insistir para que essas mudanças efetivamente ocorram. Afinal, como bem coloca o publicista Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, a motivação é um dos termômetros democráticos.²²⁷ Trocando em miúdos, quanto mais intensa e constante é a motivação dos atos administrativos, mais democrática é a Administração Pública. Democracias consolidadas tendem a apresentar uma maior preocupação com esse tópico.

No Brasil, reiteradamente, as autoridades decisórias insistem em desconsiderar a necessidade de se construir uma motivação “explícita, clara e congruente”. Ou simplesmente não motivam suas decisões ou o fazem de maneira superficial, incompleta e insuficiente. Ainda é possível identificar casos em que as autoridades buscam suprir a lacuna referente à motivação extemporaneamente – o que, geralmente, ocorre por recomendação ou por determinação de órgãos de controle. Isso ocorre por diversos motivos: compreensão superficial dos comandos legais que tratam do princípio da motivação, ausência de motivos que justifiquem a prática dos atos²²⁸, tentativa de imprimir maior celeridade à atividade estatal etc.

A conveniência desse hábito – de não motivar, fazê-lo de maneira superficial, incompleta ou extemporânea –, mesmo em relação às autoridades, é apenas aparente. Qual o raciocínio imediatista? Ao afastarem a necessidade de motivação, os atos são editados com maior velocidade e aos interessados é obstaculizada a oportunidade de contestação. Qual deveria ser o raciocínio adequado? A motivação é instrumento que protege os bons gestores. Trata-se, assim, de uma faca de dois gumes: ao optarem por não motivar seus atos – em nome da celeridade procedimental –, esses gestores se expõem ao risco de serem, inclusive, responsabilizados pessoalmente.

Ao motivarem suas decisões adequadamente, estão os administradores protegidos de eventuais questionamentos na via judicial; afinal, as razões de fato e de direito justificadoras estariam publicizadas. Sendo assim, as decisões administrativas que indicassem com clareza

²²⁶OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do ministério público e magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 218, p. 11-70, out./dez. 1999, p. 64.

²²⁷MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. In: **Derecho PUCP**, Lima, n. 67, 2011, p. 217.

²²⁸Como bem destaca Marcos Augusto Perez, “[a] falta de motivação é um indício muito forte da inexistência de motivos” (PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 256).

tais razões protegeriam as autoridades de boa-fé no que concerne, principalmente, à responsabilização pessoal.

A motivação do ato administrativo, num contexto de legalidade fluida, é um instituto de suma importância e que assume diferentes funções. Uma dessas funções é assegurar a possibilidade de os interessados, ao tomarem conhecimento das razões que ensejaram o ato, se insurgirem contra a decisão. Ao fim e ao cabo, como alguém que está concorrendo a recursos do Fundo Setorial do Audiovisual irá recorrer, administrativamente ou pela via judicial, de um eventual indeferimento de seu pleito se não tiver acesso às razões da Administração? Ou mesmo como irá o Poder Judiciário eventualmente atestar o efetivo cumprimento do princípio da supremacia do interesse público? Ou identificar algum desvio de finalidade?²²⁹

Fatalmente, caso a Administração não estivesse obrigada a apresentar as razões que justificaram a sua decisão, estaria praticamente inviabilizado o exercício do direito dos administrados a uma tutela judicial efetiva.²³⁰ Os administradores, no desempenho da atividade de fomento ou de qualquer outra, não estão imunes ao cometimento de erros e de abusos. Sendo assim, essa, que é uma função eminentemente garantística, é indispensável ao hígido funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Mas não se limita a isso. A motivação hoje também se vincula à previsibilidade. Cresce, no seio do Direito Administrativo, a preocupação com os precedentes administrativos – surgidos a partir de decisões administrativas iterativas. Ou seja, o precedente não é, exclusivamente, um instituto do Direito Processual Civil. A necessidade de o decisor atentar às manifestações prévias é comum a esses dois ramos do Direito.

Até mesmo no exercício de funções com maior grau de discricionariedade, a Administração tem o dever de agir coerentemente. E como ocorreria, na prática, essa atuação coerente? Por meio da identificação de casos progressos assemelhados e das razões que os justificaram. Isso significaria então que, necessariamente, o órgão decisor deveria seguir um precedente administrativo? O precedente pode até vir a ser afastado, mas, para isso, o ônus

²²⁹Ainda que não incida diretamente nos procedimentos de fomento, as disposições da Nova Lei de Licitações fornecem indicativos da definição dos momentos em que a motivação será indispensável. Um exemplo é o art. 18, IX, que estabelece o dever de a Administração promover, na fase preparatória, “a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio”.

²³⁰MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. In: **Derecho PUCP**, Lima, n. 67, 2011, p. 217.

argumentativo que se impõe é reforçado. Em outras palavras, a motivação deve expor com clareza as razões que levaram à não aplicação do precedente.

No fomento ao cinema e ao audiovisual, não poderia a Administração mudar abruptamente de rumo. Se em dado momento, por exemplo, ela deixar de estimular determinados tipos de projeto, como antes fazia, deve expor essas razões. Isso decorre, justamente, do dever de o Poder Público atuar coerentemente.

4.3.1. O princípio da motivação na Lindb

Muitas das tendências do Direito Administrativo contemporâneo, antes limitadas ao universo doutrinário, foram incorporadas ao ordenamento por meio de alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb). A esse diploma foram acrescentados onze artigos que tratam sobre temas diversos. Como fio condutor dessas alterações, pode-se apontar a necessidade de atribuir às relações reguladas pelo Direito Público maior segurança jurídica²³¹.

Nesse sentido, o princípio da motivação foi, claramente, compreendido como um dos instrumentos aptos a conferir essa tão importante segurança jurídica. De que modo? No recém-acrescido art. 20 da Lindb, o legislador reconheceu aquilo que já era constatado no cotidiano da Administração Pública: diante de determinados casos concretos, as autoridades, usualmente, endereçavam soluções cujos fundamentos de validade eram valores abstratos, sem sequer considerar – de modo expresse – as alternativas e seus potenciais impactos.

Isso, obviamente, ocasionava uma série de problemas, cuja solução, em parte, passaria por uma ressignificação do princípio da motivação, que deveria abranger também as alternativas de atuação e suas consequências.

Textualmente, o art. 20 da Lindb passou a prever que “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Sendo assim, os agentes administrativos, segundo Marçal Justen Filho, estariam obrigados a avaliar a proporcionalidade das alternativas

²³¹Sobre como a Lindb favoreceu as inovações no âmbito administrativo, ao garantir maior patamar de segurança jurídica cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020.

existentes, diante das peculiaridades do caso concreto. Para esse autor, a finalidade desse artigo específico é, justamente, aumentar a segurança jurídica quando da atuação estatal.²³²

É importante que se diga que a submissão das decisões administrativas a um juízo de proporcionalidade é uma das mudanças de paradigma recentemente operadas no Direito Administrativo. Principalmente quando o fundamento das decisões administrativas são normas com elevado grau de abstração.

O princípio da motivação, fundamental no processo de interpretação e de aplicação de normas aprioristicamente indeterminadas ou com elevado grau de discricionariedade, é dividido por Canotilho em três subprincípios: a) necessidade; b) adequação e c) proporcionalidade em sentido estrito.²³³

O primeiro desses subprincípios, a necessidade, determina que o decisor deve analisar se o meio escolhido para que se alcance um determinado fim (o interesse público específico) é aquele em que menos limitações são feitas à esfera de direitos do administrado.²³⁴

A segunda análise a ser feita pela autoridade pública relaciona-se com a adequação do meio empregado. Aquele meio escolhido é efetivamente adequado para o atingimento do fim pretendido? Por fim, mas não menos importante, cabe à autoridade competente, segundo a proporcionalidade em sentido estrito, questionar-se e, após, responder quais são as vantagens e as desvantagens da alternativa escolhida.²³⁵ Seguindo essa linha, Floriano Azevedo Marques Neto, referindo-se especificamente sobre a atividade de fomento, diz que:

(...) o princípio da proporcionalidade acaba por oferecer duas ordens de condicionamentos ao exercício da atividade interventiva estatal. De um lado, prediz que a intervenção estatal na seara de direitos dos particulares só deverá se dar quando necessário para concretização de interesses públicos. De outro, que tal intervenção deverá ser mensurada no limite mínimo necessário.²³⁶

É preciso analisar, em cada caso, se houve da parte da autoridade pública respeito a esse princípio e a seus subprincípios. Mas como fazer essa análise? Segundo Maria Sylvia Zanella

²³²JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018, p. 15.

²³³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1997, p. 269-270.

²³⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1997, p. 269-270.

²³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1997, p. 269-270.

²³⁶MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fomento: noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 473.

di Pietro, “[é] pela motivação que se verifica se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins”.²³⁷

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, notadamente em seu art. 20, sistematiza e organiza esses subprincípios. Parte-se da ideia, já explorada anteriormente, de que são múltiplos os caminhos a serem seguidos pelo administrador no caso concreto. Em diversas ocasiões, não há apenas um caminho harmônico com os ditames legais, há vários. E, entre eles, deve-se escolher aquele que melhor responda ao princípio da proporcionalidade e aos outros princípios e regras administrativos.

Quando, posteriormente, sobreveio o decreto que regulamentou o disposto no art. 20 da Lindb (decreto nº 9.830, de 2019), ficou ainda mais claro como o administrador deve se portar na análise do caso concreto. Esse decreto tratou, em pormenores, de como deve ser feita a motivação. No Direito Administrativo, tinha-se como referência, a nível federal, apenas aquilo que dispunha a Lei de Procedimento Administrativo – que estabelece a necessidade de uma motivação explícita, clara e congruente. Esse decreto deu contornos mais claros e mais amplos àquilo que deve compor a motivação.

É fato que o decreto regulamenta, especificamente, os artigos recém-introduzidos na Lindb, mas o seu conteúdo – em especial no que se refere à motivação – pode e deve servir como referência para a atuação geral da Administração Pública. Logo em seus primeiros artigos, o decreto expõe a importância de os administradores, em suas decisões, contextualizarem os fatos e apontarem os fundamentos jurídicos – com indicação de jurisprudência, legislação e doutrina utilizadas –, de forma argumentativa.

No caso das decisões fundadas em normas com maior grau de indeterminação e abstração, como dito, os administradores devem ainda considerar as consequências das decisões. Mas resta a pergunta: quais seriam essas consequências? Segundo o decreto, em seu art. 3º, § 2º, “o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos”. Para Edilson Vitorelli:

[a]o se deparar com um valor abstrato — o que acontece sempre que um ato discricionário deve ser praticado, dado o juízo de conveniência e oportunidade —, o administrador deve projetar para o futuro as possíveis consequências práticas desse ato e, expressando as consequências que visualiza por intermédio da motivação,

²³⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 227.

demonstrar que o ato produzido é o que melhor se enquadra na produção de resultados sociais desejáveis, à luz das consequências previstas.²³⁸

No fomento ao cinema e ao audiovisual, concretamente, os decisores devem considerar os reais impactos sobre a economia, direitos fundamentais etc.

É perceptível que, com a Constituição de 1988 e a Lei de Procedimento Administrativo Federal, o princípio da motivação já havia sido reforçado, embora tenha sido conservada a perspectiva de completude do ordenamento jurídico. As alterações recentes na Lindb, além de reforçar ainda mais esse princípio, reconhecem a necessidade de se avançar no processo de racionalização da atividade administrativa – incorporando e publicizando a análise de consequências.

Inobstante tenha sido jogada luz sobre a necessidade de serem consideradas as consequências (sociais, econômicas, ambientais etc.) na atividade administrativa, esse é um debate em aberto, que carece de um maior aprofundamento – principalmente no que concerne à forma como o art. 20 da Lindb será interpretado por aqueles que operam o Direito Administrativo. As bases para que esse debate ocorra serão construídas nos próximos anos, após análises de como tais inovações foram interpretadas e aplicadas.

4.3.2. Princípio da motivação no seio do Fundo Setorial do Audiovisual

Em tese, ainda que sucintamente, todas as decisões acerca da alocação de recursos públicos deveriam ser motivadas. Sejam as decisões que têm por objeto a definição de critérios a serem aplicados nos processos seletivos; sejam as decisões que definem os contemplados em cada edital.

Nem sempre isso acontece na prática. O que se verifica, no caso do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), é a completa ausência de motivação na definição de critérios ou a utilização de argumentos de pouca profundidade e clareza.

Alguns avanços ao longo da existência do FSA podem ser percebidos, entre os quais o cuidado prévio em definir quais aspectos dos projetos propostos serão ponderados quando da decisão do órgão competente para fazer a seleção final. Todavia, isso ainda é insuficiente.

²³⁸VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago. 2020, p. 86.

O trabalho, para chegar a essas conclusões, partiu basicamente de quatro tipos de documentos: resoluções do Comitê Gestor do FSA, atas de reuniões desse Comitê, os editais de abertura dos processos de seleção e atas de reunião na qual foram definidos os selecionados.²³⁹

Sob a sistemática atual, há basicamente dois gêneros de operação de escolha dos beneficiários do fomento, como já explicado anteriormente neste trabalho: o Suporte Automático e o Suporte Seletivo. O Suporte Seletivo, por seu turno, subdivide-se em editais de fluxo contínuo e de concurso.

Como explica Marcelo Ikeda, nos editais de fluxo contínuo – diferentemente dos editais de concurso público que possuem “um calendário específico previamente estabelecido, que estipula o período de inscrição dos projetos a serem analisados” –, “as linhas são abertas sem período de encerramento das inscrições predeterminado”. E acrescenta ainda o autor: “(...) os projetos são analisados à medida e na ordem em que se inscrevem, até que se encerrem os recursos disponíveis na chamada”.²⁴⁰

Essa modalidade de operação orienta-se pela lógica de “fortalecer as empresas de produção independente, na medida em que elas poderiam desenvolver seus projetos continuamente (montar uma ‘carteira de projetos’), sem a necessidade de esperar a abertura de novo concurso para cada obra que idealizassem”.²⁴¹

As chamadas públicas²⁴² desses editais de fluxo contínuo, a partir de 2018, passaram a adotar critérios mais objetivos, ligados ao desempenho dos proponentes (distribuidora ou produtora) e dos componentes do projeto (o diretor, por exemplo). A cada um desses elementos do projeto – quem propõe, quem dirige etc. – passou a ser atribuída uma nota. A soma dessas notas indica a qual valor cada um poderá ter acesso naquele edital específico.

²³⁹Conforme a inteligência do art. 50, § 3º, da lei nº 9.784, de 1997, no caso dos órgãos colegiados, a motivação de suas decisões deve constar da ata das reuniões. Por essa razão, guarda peculiar interesse a análise desses documentos administrativos.

²⁴⁰IKEDA, Marcelo. **Utopia da autossustentabilidade**: impasses, desafios e conquistas da Ancine. Porto Alegre: Sulina, 2021, p. 124-125.

²⁴¹TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021, p. 13.

²⁴²“Entende-se por chamada pública a convocação oficial de projetos para financiamento pelo FSA, com o anúncio resumido das normas e critérios de seleção e contratação” (AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Regulamento Geral do Prodav**. Brasília, 2018, p. 49.).

Em síntese, a Administração define previamente quanto poderia ser destinado a cada projeto – a depender da pontuação alcançada.²⁴³ Um projeto que congregue pessoas ou empresas com alto desempenho comercial ou artístico terá acesso a valores mais expressivos.

Tendo em vista a objetividade desses critérios, nessa modalidade, o princípio da motivação se destaca especialmente na etapa em que estes – os critérios – são definidos. Já que, uma vez adimplidos os critérios – relacionados ao desempenho dos participantes –, a Administração vincular-se-ia e teria que, necessariamente, destinar recursos àquele projeto.

Com a formatação adotada a partir de 2018, as chamadas de Suporte Seletivo na modalidade fluxo contínuo aproximaram-se, em termos metodológicos de destinação de recursos, aos editais da modalidade Suporte Automático (Suat), nos quais parte-se “da premissa de que os agentes cujas obras pretéritas demonstraram bom desempenho (seja artístico, seja comercial) têm maior *expertise* e, portanto, maior probabilidade de alcançar bons resultados em seus projetos futuros”.²⁴⁴

Alguns editais, doutra banda, sob regime de concurso público, passaram a adotar critérios híbridos. Numa primeira etapa da seleção, nominada de avaliação de projetos, utilizam-se parâmetros objetivos baseados no banco de dados da Ancine. Numa etapa seguinte, chamada de decisão de investimento, ponderam-se aspectos mais subjetivos relativos ao projeto.

Nessa etapa de decisão de investimento no processo seletivo, em regime de concurso público, o papel da motivação é mais espinhoso.

Num recente edital voltado a novos realizadores, realizado por concurso, cujo procedimento é composto apenas pela fase de decisão de investimento, optou-se pela atribuição de notas de um a cinco, referentes a cinco quesitos: a) projeto artístico; b) abrangência do tema; c) estruturação físico-financeira; d) estratégia comercial e potencial de retorno financeiro; e) perspectiva de participação em festivais de cinema.²⁴⁵

²⁴³Caso o projeto pretendesse acessar uma quantia superior àquela que sua pontuação permita, ele era submetido a uma análise por parte da Diretoria Colegiada da Ancine. Antes do decreto nº 9.759, que extinguiu os Comitês de Investimento, essa análise de suplementação era realizada por um colegiado formado por servidores da própria Agência e um representante do agente financeiro responsável pela chamada pública (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021, p. 13.).

²⁴⁴TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021, p. 14.

²⁴⁵BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL; AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Chamada Pública BRDE/FSA – Novos Realizadores 2022**. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em:

Tal formatação de avaliação tem, obviamente, vantagens e desvantagens: de um lado, assegura-se a celeridade e economicidade no processo avaliatório; mas, por outro, dificulta-se a oposição de recursos administrativos – que serão avaliados pela própria comissão que estabeleceu a nota.

Sem a clareza dos motivos que levaram a comissão a atribuir uma nota inferior em dado quesito, obsta-se que o proponente se insurja contra aquela avaliação.

Em editais anteriores, no *iter* procedimental, utilizavam-se pareceres elaborados por técnicos estranhos à estrutura administrativa. Esses profissionais, de notório saber, avaliavam os aspectos artísticos dos projetos com maior minúcia. Com isso, todo o processo tornava-se mais lento, mas, ao mesmo tempo, os proponentes tinham acesso às razões que ampararam a atribuição de determinada nota.

Não há solução bem-acabada: administrativistas como José Vicente Santos de Mendonça, sustentam a objetividade das avaliações como um dos critérios de atribuição das ajudas públicas.²⁴⁶ Mas a objetividade em excesso – mormente quando o objeto a ser fomentado é cultural – não seria um entrave à efetivação dos objetivos fundamentais da política?

E mais: seria possível dizer que, no caso dos mecanismos automáticos de “escolha” dos beneficiários do programa de fomento, haveria uma isenção completa do Estado? Como bem lembra Luana Rufino:

[a] ideia de se estabelecer previamente todas as condições para elegibilidade de um projeto tem por objetivo reduzir a possibilidade de clientelismo que distorce o processo de seleção. Por isso, ex ante, busca-se expressar quantitativamente critérios claros que sejam estáveis ao longo do tempo. Assim, um mecanismo de fomento automático que esteja desenhado corretamente irá estabelecer a mesma quantia para cada projeto se todos atenderem da mesma forma as condições estipuladas previamente.²⁴⁷

A própria autora, após elencar os benefícios evidentes desse mecanismo automático, faz a ressalva de que, quanto mais parâmetros de avaliação são utilizados (*e.g.*, “máximo de projetos que podem ser selecionados” e “criação de pontuação, dada pelo somatório de características [dos projetos]”), mais a suposta neutralidade do Estado na definição dos beneficiários do fomento mostra-se aparente. Afinal, “quanto mais parâmetros adicionais

<<https://www.brde.com.br/chamada-publica-brde-fsa-novos-realizadores-2022/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

²⁴⁶MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 350.

²⁴⁷ZUBELLI, Luana Maíra Rufino Alves. **Uma visão sistêmica das políticas públicas para o setor audiovisual**: entendendo sua trajetória desde os anos 1990 no Brasil. Tese de Doutorado – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 72.

existirem na apuração do prêmio maior é a possibilidade de se exigir determinado perfil já definido *ex ante* pela política pública”.²⁴⁸

Por essa e por outras razões que não é só no momento do deslinde da seleção – da atribuição das ajudas – que a motivação mostra-se relevante. Ao definir as prioridades, a Administração deve expor as razões pelas quais um determinado seguimento do setor foi privilegiado em detrimento do outro, por exemplo. Em tese, quando o Plano Anual de Investimentos é elaborado, tais razões deveriam ser bem explicitadas. Essa dialeticidade entre as razões de fundo e as decisões alocativas ainda é assaz deficiente no Brasil. Como controlar o alcance dos resultados sem a clareza de quais resultados são almejados? Como verificar eventual desvio de finalidade sem que se conheçam os motivos pelos quais tomou-se determinada decisão?

Da análise das atas de reuniões do Comitê Gestor do FSA, é possível perceber que a vinculação, com maior clareza, das ações definidas a objetivos específicos a serem alcançados somente passou a ser feita após recomendações serem feitas pelo Tribunal de Contas da União.

No fomento – mais até do que em outras atividades desenvolvidas pela Administração, como às relacionadas ao poder de polícia –, os resultados importam tanto como o procedimento. Ao examinar o exercício do poder de polícia, por exemplo, é possível enxergar com maior clareza o velho dilema ente autoridade e liberdade.

Por outro lado, no que concerne ao fomento, os resultados por si só alcançados têm tanta relevância como o procedimento. Saber se aquele setor para o qual foram destinados recursos desenvolveu-se ou não é algo de suma importância. Assim, é possível fazer críticas e eventuais correções de rota.

Portanto, é preciso ter essa clareza quanto ao móvel da Administração já no momento da definição de prioridades e de densificação normativa.

4.4. O princípio da participação social

Com a edição da lei que instituiu o Plano Nacional de Cultura, alguns princípios constitucionais culturais ganharam um disciplinamento pormenorizado, entre os quais está,

²⁴⁸ZUBELLI, Luana Maíra Rufino Alves. **Uma visão sistêmica das políticas públicas para o setor audiovisual:** entendendo sua trajetória desde os anos 1990 no Brasil. Tese de Doutorado – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 72-73.

justamente, o da participação social²⁴⁹. Os efeitos desse princípio, que influencia todo o Direito Administrativo da Cultura, repercutem de maneira especial sobre a organização e o procedimento administrativos.

Primeiramente, é necessário deixar claro que a participação social junto à Administração Pública pode ocorrer de diversas maneiras²⁵⁰ – por meio de ações constitucionais, plebiscitos, referendos, conferências, consultas e audiências públicas, composição de órgãos colegiados²⁵¹ etc.

Essa participação, portanto, pode ocorrer tanto em fases mais preliminares do ciclo das políticas públicas, como em estágios mais avançados; diretamente, junto ao Poder Executivo, ou por intermédio dos Poderes Legislativo e Judiciário; de modo permanente ou transitório. *In concreto*, a depender da forma e do tempo em que ocorra a participação da sociedade, esse instrumento terá uma menor ou uma maior influência sobre os rumos da Administração Pública.

Na organização administrativa, a figura jurídica dos órgãos colegiados tem proeminência. Esses órgãos, que possuem diversas nomenclaturas (conselhos, comitês, câmaras técnicas, comissões, fóruns, conferências²⁵² etc.), permitem que membros da sociedade civil e de outros poderes integrem a estrutura administrativa, tornando-a mais heterogênea e representativa. Esses órgãos colegiados podem ser opinativos ou deliberativos – em ambas as hipóteses, seu papel é fundamental e determinante no procedimento administrativo. Outro aspecto relevante, no que toca à composição desses órgãos, é a possibilidade de haver paridade ou não de representação entre membros do governo e da sociedade.²⁵³

²⁴⁹Para Francisco Humberto Cunha Filho, esse princípio encontra suporte no art. 216, § 1º, cuja redação é: “[o] Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (CUNHA FILHO, Francisco Humberto, **Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018, p. 68.). Além do artigo mencionado por Cunha Filho, posteriormente, com a emenda à Constituição que criou o Sistema Nacional de Cultura, esse mesmo princípio passou a ser previsto, expressamente, no art. 216-A, § 1º, X.

²⁵⁰Sobre as diversas formas de participação cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

²⁵¹Sobre os órgãos colegiados e seu disciplinamento jurídico cf. BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁵²O art. 14 da lei que instituiu o Plano Nacional de Cultura, por exemplo, trata da realização da Conferência Nacional de Cultura e das conferências setoriais. O objetivo da realização dessas conferências é o “debate de estratégias e o estabelecimento da cooperação entre os agentes públicos e a sociedade civil para a implementação [desse plano]”. Essa conferência nacional, que faz parte da estrutura do Conselho Nacional de Política Cultural, deveria acontecer, segundo a lei, a cada quatro anos, com a participação de representantes da sociedade e do Estado.

²⁵³PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 98; 141 e ss.

No âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual, destacam-se, além do próprio Comitê Gestor desse fundo, já estudado, as câmaras técnicas. Recentemente, inclusive, a composição da Câmara Técnica de Produção teve sua composição alterada, de modo a abrigar outros membros do setor cinematográfico. Essas câmaras técnicas, inseridas na estrutura da Ancine, são regulamentadas pela resolução da diretoria colegiada nº 65, de 2015.²⁵⁴

Esse modelo de câmaras técnicas foi adotado na Ancine, após a realização de uma análise de impacto regulatório (AIR). Nessa análise, outros modelos foram cogitados – e, ademais disso, recomendados. Ao fim, o relatório da AIR recomendou que “a norma geral de instituição de câmaras permita a criação de Câmaras Setoriais e Câmaras Técnicas, cada uma delas privilegiando um determinado tipo de formação, de acordo com seu escopo material”.²⁵⁵

O modelo das câmaras técnicas prestigiaria o conhecimento eminentemente científico, enquanto as câmaras setoriais seriam instâncias eminentemente políticas. Nos últimos anos, verificou-se a larga utilização do expediente das câmaras técnicas, objetivando a aproximação entre a Ancine e representantes do setor cinematográfico e audiovisual.

No caso específico do FSA, a Câmara Técnica de Produção – cuja instalação ocorreu por meio da portaria nº 605-E, de 2022, da Ancine – tem objetivos bastante diversificados:

- I- a avaliação do mercado de produção audiovisual brasileiro;
- II- a coleta de dados, elementos, informações e contribuições técnicas sobre o setor audiovisual;
- III- a discussão e o debate sobre as políticas de financiamento da produção audiovisual;
- IV- o planejamento de ações e iniciativas para o desenvolvimento da atividade de produção, especialmente diante do cenário de inovação, transformações tecnológicas e mudanças nos hábitos de consumo; e
- V- o acompanhamento das normas, regras e critérios para financiamento público de projetos de produção, para efeito da análise de eficiência e efetividade.²⁵⁶

²⁵⁴Resolução da Diretoria Colegiada nº 65, de 14 de abril de 2015. (...) Art. 2º. As câmaras técnicas terão os seguintes objetivos gerais: I – reunir contribuições dos setores interessados para subsidiar os processos normativos e decisórios da Agência; II – estreitar o relacionamento entre a Agência, demais órgãos, entidades e instituições públicas, e sociedade civil no que se referir às matérias de atribuição da ANCINE; III – estimular o debate transparente e propício ao aperfeiçoamento técnico e humano dos agentes públicos e dos agentes privados participantes das câmaras.

²⁵⁵AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Relatório da análise de impacto nº 01**, de 11 de setembro de 2013. Brasília, 2013, p. 14.

²⁵⁶AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Portaria nº 605-E, de 5 de maio de 2022. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 2022.

Além dessa participação institucional²⁵⁷, há também aquela que poderia ser classificada como procedimental. A participação procedimental é aquela que ocorre durante o exercício da função administrativa. Há, dessa maneira, uma maior flexibilidade – financeira e administrativa – na utilização dessa espécie de participação.

Ambas as classificações de participação social, institucional e procedimental, encontram agasalho na lei que instituiu o Plano Nacional de Cultura²⁵⁸. Independentemente dessa previsão legal, o que se pode perceber é que é praticamente impossível estudar o tema da participação social na Administração Pública sem tratar tanto de organização como de procedimento administrativo. Esses assuntos – participação, organização e procedimento – estão, intimamente, ligados e há, entre eles, uma influência mútua.²⁵⁹

Na lei que instituiu o Plano Nacional de Cultura, o legislador estabeleceu, em meio às suas estratégias e ações, a necessidade de que a participação social seja estimulada em todas as etapas do ciclo de políticas públicas. Ou seja, essa participação não deve se restringir à elaboração e à execução das políticas. A transparência e o controle social, sempre que possível, devem se estender também ao seu planejamento, ao monitoramento de seus resultados, à sua eventual revisão etc.

Para tanto, além dos já mencionados instrumentos previstos na lei nº 9.784, como a audiência e a consulta públicas²⁶⁰, o Direito Administrativo da Cultura dispõe de outros instrumentos para garantir a participação social procedimental.

O decreto nº 9.891, de 2019, que trata do Conselho Nacional de Política Cultural, em seu art. 11, alude genericamente à possibilidade de promoção de “ambientes de debate com a sociedade”, para subsidiar suas decisões. Em linha com o desenvolvimento de novas tecnologias, esse decreto permite, inclusive, que essa interlocução ocorra por meio virtual.

Outros instrumentos de participação procedimental, igualmente importantes, não estão previstos expressamente em lei, embora sejam amplamente conhecidos e utilizados pelos

²⁵⁷PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública**: estudo do processo administrativo normativo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 298-299.

²⁵⁸Não apenas elas, é verdade. Essa lei foi além, ao trazer ainda a importância da participação da sociedade não apenas junto ao Poder Executivo. Há disposições que estimulam, por exemplo, a integração da sociedade aos debates realizados desde o processo legislativo regular, que ocorre no seio do Poder Legislativo.

²⁵⁹BARNES, Javier. *El Procedimiento Administrativo en el tiempo y en el espacio: una perspectiva histórica y comparada*. In: GOWLAND, Héctor Pozo et al. (Dir.). **Procedimiento Administrativo**, 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 161.

²⁶⁰As audiências e consultas públicas realizadas pela Ancine são regulamentadas pela resolução da diretoria colegiada da agência nº 40, de 2011.

administradores. Esse é o caso da participação de membros da sociedade, com experiência profissional no setor cultural, como pareceristas em procedimentos de seleção de projetos a serem fomentados. Essa participação específica permite que outros pontos de vista, marcadamente técnicos e alheios à Administração Pública, sejam considerados.

O administrador pode ainda, valendo-se da permissão contida no art. 33 da lei nº 9.784, de acordo com a sua necessidade, criar e estabelecer outros meios de participação social no curso do procedimento (como enquetes, reuniões e consultas setoriais, painéis que permitam a interlocução entre população e especialistas²⁶¹ etc.).

Há ainda outras ferramentas, que apesar de terem maior aplicabilidade nos procedimentos administrativos relacionados à atividade de regulação *strictu sensu*, como a análise de impacto regulatório (AIR), podem ser úteis ao recolhimento de informações e à abertura à sociedade.²⁶²

Recentemente, esse instrumento foi utilizado para avaliar o impacto de alterações legislativas nos limites de captação de projetos no âmbito da Lei do Audiovisual. Isto é, tal ferramenta – que busca fazer análises comparativas entre modelos regulatórios – revela-se útil à modelagem dos incentivos fiscais e financeiros ao cinema e ao audiovisual.

Na análise de impacto regulatório, geralmente, consulta-se, numa primeira etapa – ainda durante a confecção do relatório –, segmentos específicos (setores diretamente afetados pelas propostas em análise, técnicos, outras agências etc.) e, num segundo momento, coloca-se o relatório com as conclusões do estudo ao escrutínio público – por meio de consulta. Ou seja, a AIR é também um importante mecanismo de democratização do *iter* procedimental.²⁶³

Ora, como se pode ver, todos esses mecanismos têm como finalidade precípua propiciar o diálogo e construir consensos no exercício da função administrativa. Sendo assim, o

²⁶¹ NOHARA, Irene. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org). **Processo administrativo**: temas polêmicos da lei nº 9.784/99. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 98.

²⁶² Para Patrícia Pessoa Valente, a análise de impacto regulatório consistiria em um “(...) instrumento de controle da atividade regulatória do Estado por meio de aplicação de procedimento administrativo voltado à análise das decisões regulatórias a serem tomadas ou já tomadas pelos agentes reguladores com base em evidências empíricas, resultando na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador” (VALENTE, Patrícia Pessoa. **Análise de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 87.).

²⁶³ A análise de impacto regulatório possui previsão expressa na Lei das Agências e na Lei de Liberdade Econômica. Internamente, a Ancine editou a resolução da diretoria colegiada nº 119, de 2022, que trata da edição de atos normativos. Essa resolução condiciona a edição ou alteração de atos normativos à realização de análises de impacto regulatório. Tal mandamento visa à melhoria das práticas regulatórias, que, necessariamente, devem estar arrimadas em evidências

administrador tem, à sua disposição, um vastíssimo ferramental para que se opere a realização do princípio constitucional da participação social. Por outro lado, a existência desse amplo leque de opções que podem ser adotadas pela Administração não significa que a tarefa seja simples.

Todos esses mecanismos de participação social possuem pontos negativos e positivos – estes últimos já fartamente tratados ao longo deste trabalho –, que devem ser ponderados à luz do caso concreto. Esse juízo de ponderação e de proporcionalidade reveste-se, sob todos os aspectos, da mais alta complexidade. O administrador, ao optar pela utilização de mecanismos de participação procedimental, deve sempre buscar aquele instrumento que melhor se adeque à situação específica, ou seja, aquele que seja capaz de extrair as melhores e mais eficazes contribuições. O que se pode concluir é que, embora todos esses instrumentos sirvam à dar concretude ao princípio da participação social, nem sempre eles serão intercambiáveis.

Entre os pontos a serem considerados, nessa ponderação, estão o custo financeiro e orçamentário dessas medidas, o tempo de operacionalização e de realização que cada um desses mecanismos demanda, a possibilidade de captura etc. Equalizar esses pontos e chegar a um resultado satisfatório requer sensibilidade e experiência.

Diante da complexidade da tarefa (escolher o instituto de participação procedimental mais adequado e depois o operacionalizar), muitos administradores continuam a não adotar, sistematicamente, esses mecanismos e a tomar suas decisões em ambiente opaco. Os institutos de participação, em larga medida, continuam a ser considerados meros entraves ao desenvolvimento das atividades administrativas. Essa é uma distorção a ser corrigida. Para além da dimensão cidadã, esses institutos devem ser compreendidos como garantidores de eficiência, e não o contrário.²⁶⁴

Como diz Guilherme Varela, não basta que as políticas públicas culturais sejam “democráticas e plurais” no seu objeto, o processo de concepção e elaboração, que antecede logicamente à sua execução, também deve ser permeável à participação dos diversos setores da sociedade.²⁶⁵ Isso garante ainda mais eficiência, adesão e legitimidade às decisões administrativas, à medida em que elas deixam de ser tomadas dentro de uma estrutura hierarquizada.

²⁶⁴MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial** (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 123.

²⁶⁵VARELLA, Guilherme. **Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 65-66.

Para além disso, não restam dúvidas de que a “participação dos cidadãos e dos grupos de cidadãos na definição das políticas públicas setoriais e na gestão e no controlo dos serviços que diretamente os afetam” é elemento indispensável no processo de revitalização do próprio Estado Social, como lembra Jorge Miranda.²⁶⁶

Sendo assim, deve-se adotar como meta permanente aumentar – quantitativamente e qualitativamente – a aproximação entre a sociedade civil e a Administração Pública, inclusive, com o compartilhamento de responsabilidades sobre a gestão das políticas culturais e com a utilização dos meios tecnológicos inovadores.

Ainda sobre o tema da participação da sociedade, é importante observar como esses instrumentos, que almejam arejar os espaços de tomada de decisão, estão sendo utilizados na prática. Em tese, no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual, há vários mecanismos procedimentais de participação popular – alguns dos quais têm a sua deflagração sujeita ao juízo de oportunidade e conveniência do administrador público.

Outros, no entanto, independem desse juízo de oportunidade e conveniência. Esse é o caso, por exemplo, do próprio Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual. Em sua composição, como já referido em tópico atinente ao seu funcionamento, há representantes do setor cinematográfico e audiovisual. Nesse órgão de composição mista – embora não paritária –, responsável pela tomada de uma série de decisões, deveria ocorrer uma permanente interlocução entre governo e sociedade. Não é isso, infelizmente, que se verifica na prática.

O Tribunal de Contas da União (TCU), em relatório de auditoria recentemente concluída, pontuou que a atuação do Comitê Gestor do Fundo tem sido ineficiente. Isso porque esse *locus*, que deveria propiciar as condições para um amplo debate acerca do funcionamento adequado dessa política pública, acaba por não atingir os objetivos para os quais fora criado.²⁶⁷

Desse relatório, extrai-se “que as reuniões têm sido esporádicas e convocadas apenas com o intuito de cancelar decisões ‘já tomadas’ pela secretaria executiva [Ancine], sem que o Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual exerça sua função deliberativa (...)”. Por essa razão, e visando à correção do problema, foram expedidas recomendações específicas da parte do TCU.²⁶⁸

²⁶⁶MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. In: **Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, n. 37, Belo Horizonte, set. 2011, p. 10.

²⁶⁷TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021.

²⁶⁸TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021.

Ademais, em tese, no processo de planejamento da Lei Orçamentária Anual, o Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual deveria participar ativamente – atualizando as propostas, fixando metas etc. Ocorre que, ao contrário das disposições legais, tal processo concentra-se na diretoria da Ancine – sem que haja, ao menos formalmente, a participação dos membros do setor.²⁶⁹

Essa informação é relevantíssima: mormente porque todas as ações desenvolvidas no âmbito do FSA devem guardar compatibilidade com o conjunto de leis orçamentárias. Logo, sem a participação do Comitê e demais membros do setor também nessa etapa do *iter* administrativo, seu raio de atuação resta severamente comprometido.

Sob o prisma do controle judicial, em decisão do Supremo Tribunal Federal, ficou estabelecida a inconstitucionalidade de decretos presidenciais que restringiam a participação da sociedade civil em órgãos colegiados de controle ambiental.²⁷⁰ Medidas que tais, de redução da participação social, encontrariam óbice na regra que veda o retrocesso em matéria de direitos ambientais fundamentais.

Por analogia, essa decisão aponta para uma importante direção: no caso específico do Fundo Setorial do Audiovisual, no qual estão em jogo vários direitos fundamentais, deve-se assegurar a participação da sociedade na tomada de decisões, sendo defeso o retrocesso. Ou seja, uma vez que o mecanismo de participação foi criado, dando efetividade ao princípio constitucional democrático, ele não pode ser suprimido – ou mesmo escanteado no processo de tomada de decisões, como tem acontecido com o Comitê Gestor do FSA –, salvo se estabelecida uma medida compensatória.

4.4.1. Outros entraves à efetivação do princípio da participação social

Vasta é a literatura a tratar de possíveis problemas decorrentes dos mecanismos de participação social. No que concerne especificamente ao fomento ao cinema, é inevitável pensar que a mesma participação que, teoricamente, pode qualificar o processo de tomada de decisão, também pode comprometê-lo.

Susana de la Sierra, sobre esse tema, afirma que os espaços de debate podem ser capturados por agentes do setor, diretamente interessados nos assuntos ali debatidos:

²⁶⁹AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Processo nº 01416.005830/2020-66. Proposta Orçamentária do Fundo Setorial do Audiovisual 2021 - PLOA 2021. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2020.

²⁷⁰BRASIL. STF. **ADPF nº 651/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU 26/08/2022.

[e]ntre os benefícios que possuem [os mecanismos de participação de membros do setor], encontra-se seu conhecimento do meio em que operam, como é lógico, circunstância que pode redundar em uma normativa mais adequada às necessidades reais. Mas, neste mesmo benefício, encontra-se o perigo mencionado [a possibilidade de domínio da coisa pública por privados], na medida em que a presença destes representantes termine por inclinar a balança a seu favor, a favor de seus interesses, e em prejuízo dos interesses públicos ou coletivos.²⁷¹

Isto é, se determinadas cautelas não forem adotadas, distorções podem ocorrer. Exemplo muito eloquente: é indispensável a presença, nas câmaras técnicas, de representantes de todas as regiões do país, sob pena justamente de a “balança” não restar equilibrada e algumas regiões serem beneficiadas em detrimento de outras, sem que exista uma razão técnica para isso.

Obviamente que o risco de captura, *de per se*, não pode ser utilizado como justificativa para a não realização de consultas ou audiências públicas, por exemplo.

Marcos Augusto Perez, de maneira oportuna, ressalta que a confusão entre os interesses privados e públicos – o que pode implicar desvio de finalidade – tem origem na ausência de espaços transparentes de debate.²⁷²

Ao abrir os espaços de decisão à sociedade, no entanto, pode-se ainda criar um outro problema, que Marçal Justen Filho cunhou de regulação demagógica.²⁷³

Ao menos formalmente, uma das razões que levaram o Estado Brasileiro a adotar o modelo das agências reguladoras foi a ideia de que, por seu caráter técnico, determinados temas deveriam, necessariamente, ser blindados da dimensão política.

Ou seja, determinados problemas seriam solucionados unicamente com base na técnica e na ciência. Com as portas da Administração abertas à sociedade corre-se justamente o risco de incorrer na chamada demagogia regulatória. Ignoram-se os dados técnicos recolhidos e as decisões são tomadas de modo a agradar a plateia. Segundo Marçal Justen Filho, “[a] regulação demagógica adota a opinião pública como critério decisório”.²⁷⁴

²⁷¹Traduzido livremente do original: “[e]ntre los beneficios que comportan se encuentra su conocimiento del medio em el que operan, como es lógico, circunstancia que puede redundar en una normativa más adecuada a las necesidades reales. Pero en este mismo beneficio se encuentra el peligro mencionado, en la medida en que la presencia de estos representantes termine por inclinar la balanza a su favor, a favor de sus intereses y en perjuicio de los intereses públicos o colectivos” (SIERRA, Susana de la. **Derecho del cine: administración cultural y mercado**. Madri: Iustel, 2010, p. 162).

²⁷²PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 267.

²⁷³JUSTEN FILHO, Marçal. Demagogia regulatória e regulação demagógica: Os riscos da eliminação da neutralidade das agências reguladoras. In: **Jota**, 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/demagogia-regulatoria-e-regulacao-demagogica-10052022>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

²⁷⁴JUSTEN FILHO, Marçal. Demagogia regulatória e regulação demagógica: Os riscos da eliminação da neutralidade das agências reguladoras. In: **Jota**, 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/demagogia-regulatoria-e-regulacao-demagogica-10052022>>.

Caso as agências reguladoras passem a decidir, exclusivamente, com base na participação social, estar-se-ia a verificar uma verdadeira desnaturação desse modelo regulatório, que baseia-se na independência de seus diretores, os quais são detentores de mandatos.

4.5. Princípio da igualdade: entre a impessoalidade e o compromisso com os objetivos da República

No estudo desse princípio, clássica é a obra, de Celso Antônio Bandeira de Mello, “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”²⁷⁵. Esse livro trata sobre aspectos relevantíssimos ao estudo da atividade de fomento ao cinema e ao audiovisual no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual.

No comparativo com outros princípios da Administração Pública, nota-se que o seu desenvolvimento doutrinário ainda é tímido. Essa realidade, no entanto, tem sido alterada. Isso porque a estrutura normativa desse princípio está diretamente vinculada a ideias-forças como a diversidade cultural, tratada no primeiro capítulo da dissertação.

Pode-se atribuir ao próprio fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo a adoção desse princípio no procedimento de fomento, já que sua base legal é o, às vezes convenientemente esquecido, art. 3º da Constituição de 1988.²⁷⁶ Esclareça-se que o princípio sobre o qual está a se falar está relacionado à “igualdade material”.

É bem verdade que os procedimentos, como decorrência direta do art. 37 da Constituição, devem estar submetidos ao princípio da igualdade sob o prisma formal – isonomia. Os editais devem ser publicados nos sítios oficiais do ministério competente, da agência e dos agentes financeiros; a todos deve ser oportunizado o mesmo prazo de inscrição; os mesmos critérios de avaliação devem ser utilizados para aqueles que estejam em iguais

analise/colunas/publicistas/demagogia-regulatoria-e-regulacao-demagogica-10052022>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

²⁷⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

²⁷⁶O que não significa dizer que outras normas fundamentais também não consagrem esse princípio. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao citar o art. 5º da Carta, destaca que tal princípio proscreve “(...) qualquer tratamento diferenciado entre os administrados, que não se fundamente em lei prévia que, por sua vez, haja garantido generalidade de tratamento a todos os que se encontrem na idêntica situação de fato tomada como base de igualação, desprezados os elementos acidentais diferenciadores” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.).

condições; não devem ser opostas barreiras desproporcionais e imotivadas à entrada de novos *players* etc. Mas não é disso que está a se tratar diretamente.

Entre os objetivos fundamentais da República listados nesse artigo está o de “reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Ademais disso, consta ainda o objetivo de promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Ou seja, o que se busca, neste tópico, é entender os impactos do art. 3º da Constituição e de outras normas que visam à redução de desigualdades sociais, regionais etc.

O conteúdo desses dispositivos foi reafirmado com a ratificação de tratados internacionais visando à promoção da diversidade cultural e o combate a todas as formas de discriminação.

O princípio da igualdade, como mandamento inicial, materializa-se, por exemplo, na regra insculpida no art. 4º, § 3º, I, da lei nº 11.437. O enunciado dessa lei estabelece que parcela relevante dos valores arrecadados a título de Condecine deve, necessariamente, ser destinada ao fomento do audiovisual nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

Como visto lá atrás, um dos motivos para que a lógica do fomento mudasse, passando-se a utilizar incentivos financeiros, era justamente assegurar que os recursos seriam mais bem distribuídos por todo o território nacional.

Além dos mecanismos já previstos na legislação, é importante que se destaque que, das vezes em que fora chamado a se pronunciar, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a importância dessas ações afirmativas, que promovem a igualdade no acesso às prestações públicas.²⁷⁷

Carmén Lúcia Rocha Antunes, hoje ministra do Supremo Tribunal Federal, já escreveu a respeito, defendendo de modo ardoroso o princípio da igualdade jurídica enquanto vigamestra do edifício constitucional. Para a autora, “[s]omente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos”.²⁷⁸

²⁷⁷MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 37-39.

²⁷⁸ANTUNES, Carmén Lúcia Rocha. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, 1996, p. 289.

O Direito Administrativo – e seus institutos – não tem a função única de fixar as balizas de controle da Administração Pública. Para Silvio Almeida, esse ramo do Direito, ao revés do que é vulgarmente defendido, “não se resume a estabelecer limites ao poder do Estado, mas também na determinação das formas com que o poder estatal irá penetrar (e moldar) as diferentes instâncias da vida social”.²⁷⁹

Para comprovar a necessidade de adoção das políticas afirmativas, basta recorrer aos números do Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual. As informações colhidas dos relatórios elaborados por esse observatório não deixam dúvidas sobre os avanços já alcançados por esses mecanismos. Ao mesmo tempo, tais números demonstram o quanto ainda há para se avançar.²⁸⁰

Um modelo de fomento efetivamente republicano passa pela manutenção dos mecanismos de ação afirmativa já existentes, assim como pelo seu aprimoramento e criação de novos instrumentos de efetivação desse importante instrumento constitucional. Os indutores regionais, por exemplo, precisam ser aprimorados.

Periodicamente, as normas que visam a corrigir distorções sociais e regionais devem ter seus resultados submetidos a uma rigorosa análise. No limite, inclusive, condutas voluntaristas, que desconsideram completamente as evidências, podem ser consideradas antijurídicas. Então, não basta estabelecer os mecanismos legais – deve-se submetê-los a análises periódicas, sob pena de afronta ao princípio da eficiência.

Dos dados do Observatório, extrai-se que os importantes mecanismos de Suporte Automático – baseados no desempenho comercial e artístico dos proponentes – desconsideram os indutores regionais. Isso tem implicações práticas bastante palpáveis. Tal forma de destinação de recursos torna-se extremamente concentradora.

Justamente por isso, os técnicos da Ancine, ao analisarem esse quadro, recomendam a aplicação desses indutores também no Suporte Automático: “[c]aso o objetivo da política

²⁷⁹ALMEIDA, Silvio. Assédio e destruição: O governo Bolsonaro destrói o Estado brasileiro usando o direito administrativo como arma. In: **Folha de São Paulo**. Versão Digital. 12 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/silvio-almeida/2022/05/assedio-e-destruicao.shtml>>. Acesso em: 14 de maio de 2022.

²⁸⁰“A análise regional permitiu verificar o impacto positivo da adoção do sistema de quotas regionais nas chamadas públicas lançadas a partir de 2015 na modalidade de concurso e fluxo contínuo, com aumento na participação de todas as regiões (de 20% para 44%) em detrimento da redução no percentual do eixo RJ-SP (de 80% para 56%) nos projetos selecionados” (AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Análise dos investimentos do FSA em produção de obras audiovisuais destinadas ao mercado inicial de salas de exibição: resultados dos recursos aplicados pelo FSA em programas e projetos de produção de obras audiovisuais destinadas ao mercado inicial de salas de exibição entre 2009 e 2018. In: **Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual**, 2019, p. 45.).

pública seja aumentar ainda mais a diversificação, é possível avaliar a adoção de quotas nas chamadas de suporte automático, que atualmente não incluem percentuais mínimos por região”.²⁸¹

Tomar em conta o número de ingressos vendidos ou o número de salas ocupadas por uma determinada película – ou pelo conjunto dos filmes que compõem o catálogo de uma distribuidora ou produtora – é assaz importante na definição de uma política pública.

O que não se pode esquecer é simples: se é fato que tais instrumentos de fomento existem para induzir o desenvolvimento da indústria nacional, também é fato que o desenvolvimento a ser estimulado encontra suas balizas diretamente no texto constitucional.

O Direito Administrativo constitucionalizado²⁸² e social²⁸³, como aqui se defende, impõe à Administração Pública – conceito amplo no qual estão inseridos Ancine e os órgãos de Estado já citados – o dever de atuar em estrita observância do texto constitucional, visando à sua efetivação. A atuação da Administração deve orientar-se, portanto, no sentido de promover os direitos fundamentais e de reduzir desigualdades.

Deve-se considerar, a todo o instante, a dupla dimensão dos bens culturais, enunciada na Convenção da Unesco de 2005: se os bens culturais, em sua dimensão simbólica, reportam os modos de viver, criar e existir de um povo, deve-se estimular que a totalidade das regiões ou da sua população se expresse artisticamente – e não apenas parcela delas.

É evidente que – no caso específico do cinema e das demais manifestações audiovisuais – são indispensáveis conhecimento especializado e estrutura técnica adequada para levar a efeito um projeto.

As mazelas socioeconômicas do país refletem-se também na produção cinematográfica e audiovisual. A concentração de renda em determinadas regiões, por exemplo, é parte da explicação da concentração de produções cinematográficas e audiovisuais em poucos estados.

²⁸¹AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Análise dos investimentos do FSA em produção de obras audiovisuais destinadas ao mercado inicial de salas de exibição: resultados dos recursos aplicados pelo FSA em programas e projetos de produção de obras audiovisuais destinadas ao mercado inicial de salas de exibição entre 2009 e 2018. In: **Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual**, 2019, p. 45.

²⁸²BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

²⁸³BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

Ademais das regiões brasileiras, parcelas da população, minoritárias em termos de acesso a políticas públicas e no exercício de direitos da cidadania, também precisam ser representadas no universo cinematográfico.

Recentemente, em termos de narrativas, é perceptível a mudança nos roteiros desenvolvidos. Houve avanços. Mas essa mudança de perspectiva – em prol de uma maior diversidade – deve alcançar não apenas o que é transmitido nas telas, como também os ambientes por trás das câmeras.

Dessa forma, a corporificação do mandamento constitucional da igualdade passa ainda pela intensificação de políticas que prestigiem minorias em postos de comando (produtores, diretores, roteiristas).

A diversificação de narrativas e de fichas de produção – atrás e à frente das câmeras – é, pois, mais do que uma simples imposição fática: é também um imperativo constitucional.

E mais: além de representatividade nos projetos a serem fomentados, deve-se trabalhar com a diversidade também nos órgãos decisórios, como o Comitê Gestor do FSA e a Diretoria Colegiada da Ancine. Esse é o *telos* do enunciado normativo da portaria nº 29, de 2009, do Ministério da Cultura, ao prever que nas comissões de seleção dos editais abertos no âmbito desse ministério “buscar-se-á promover equilíbrio de gênero e étnico-racial”.²⁸⁴

Ademais disso, em seu art. 22, § 6º, a portaria estabelece que “[a]s seleções de âmbito nacional terão, de preferência, comissão de seleção constituída por representantes de todas as regiões do país (...)”.²⁸⁵

Nas seleções recentemente abertas no âmbito do FSA, em linhas administradas pela própria Secretaria Executiva do Fundo, a Ancine, as comissões de decisão de investimento, segundo os termos dos editais, são formadas por 8 (oito) integrantes – metade de funcionários da própria Agência e metade de representantes do setor com notório saber.

Não há, contudo, quaisquer pormenorizações acerca da composição, se há, por exemplo, paridade de gênero.

Esse é um debate – sobre a composição das comissões decisórias – que tem sido travado não apenas no Brasil. Em outros países, a exemplo do México, tais debates já se encontram em

²⁸⁴MINISTÉRIO DA CULTURA. **Portaria nº 29**, de 21 de maio de 2009. In: Ministério do Turismo, Brasília, 2022.

²⁸⁵MINISTÉRIO DA CULTURA. **Portaria nº 29**, de 21 de maio de 2009. In: Ministério do Turismo, Brasília, 2022.

estágio bem mais avançado. A essas experiências internacionais, é preciso reservar especial atenção: assim colhem-se as ações que funcionaram, ao passo que erros podem ser evitados.

4.6. Princípio da eficiência como um novo paradigma: a busca por resultados

Um dos paradigmas do Direito Administrativo, na contemporaneidade, é justamente a eficiência, como aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Sob a roupagem de princípio, esse paradigma, desde o final da década de 1990, passou a constar expressamente no caput do art. 37 da Constituição Federal.²⁸⁶

As medidas de fomento, em particular, segundo Gaspar Ariño Ortiz, por se traduzirem em gasto público, estão “submetidas não apenas ao princípio da igualdade, como também ao princípio de economia e eficiência do gasto”. O autor acrescenta ainda que estariam proibidas, em observância à “austeridade no gasto público”, “ajudas públicas com fins supérfluos”. Além disso, estariam os decisores obrigados a realizar, com rigor, análises sobre a eficiência das medidas – “aplicadas a uma finalidade de reconhecida utilidade pública” –, sob o prisma econômico e social.²⁸⁷

Esse é o caso específico da política de fomento engendrada no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), em que o princípio deve nortear a atuação dos gestores, em todas as etapas do caminho administrativo, desde o planejamento das ações a serem encetadas até o controle de resultados, passando pela seleção dos beneficiários.

Se à Administração Pública, em geral, é imposto o dever de agir, eficientemente, com base em dados confiáveis e com a submissão de suas políticas públicas a avaliações periódicas, no que concerne ao fomento do cinema e do audiovisual esse dever é reforçado: os valores destinados ao FSA, que são de grande monta, respeitados os limites previamente definidos pelas leis orçamentárias, podem ser utilizados, de diversas maneiras, “em programas e projetos voltados para o desenvolvimento das atividades audiovisuais”²⁸⁸.

Além disso, tem-se que, por ter repercussão direta sobre direitos fundamentais – notadamente os direitos culturais –, deve-se levar em consideração os impactos das ações no

²⁸⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 95 e ss.

²⁸⁷ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública e regulación económica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Fundación de Estudios de Regulación, 2003, p. 348.

²⁸⁸BRASIL. Decreto nº 6.299, de 12 de dezembro de 2007. Regulamenta os arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º da lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006. In: **Presidência da República**, Brasília, 2006.

médio e no longo prazo, para além da atual geração. Para Filipe Lôbo, “a eficiência na sua dinâmica temporal deve apreciar sempre na atuação do Estado os efeitos e cenários futuros de uma medida adotada hoje”²⁸⁹ – essa é a faceta intergeracional do princípio da eficiência.

Na definição de prioridades – em meio às inúmeras possibilidades de ações que podem ser desenhadas e executadas –, é necessário que se adote uma postura racional: com o estabelecimento de objetivos e de metas, acompanhado do desenho adequado de medidas aptas a alcançá-los. Ademais, ao fixar tais objetivos e metas, cabe ao gestor – como já adiantado por esse trabalho no tópico referente à motivação – indicar o fundamento normativo de sua atuação, seja legal ou constitucional.

Por essas razões, constam do decreto nº 6.299, desde a sua redação inicial, a obrigação de o Comitê Gestor do FSA realizar, todos os anos, a avaliação dos resultados, além de acompanhar a execução das ações inseridas nos programas referenciados no art. 4º da lei nº 11.437: Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Brasileiro (Prodecine); Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Audiovisual Brasileiro (Prodav) e Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Infraestrutura do Cinema e do Audiovisual (Pró-infra).

Para tanto, o Comitê Gestor dispõe do auxílio não apenas da Agência Nacional do Cinema (Ancine), como também da Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo e dos agentes financeiros. A esses três atores compete elaborar detalhado relatório a partir da análise “periódica da efetividade das estratégias promovidas por meio do Fundo Setorial do Audiovisual”.

Esse relatório deve conter inúmeras informações, que municiarão a avaliação de rumos da política pública e a tomada de decisões na esfera do Comitê Gestor do FSA. Sem prejuízo de outros dados serem incorporados ao corpo do relatório, o decreto nº 6.299 alude expressamente à discriminação: das ações que foram desenvolvidas; dos resultados e dos objetivos, os que estavam previstos e os que foram alcançados; de indicadores que expressem a eficácia e a eficiência das políticas de fomento do FSA.

Em um contexto socioeconômico dinâmico e desafiador, municiar os decisores de dados, que sejam colhidos seguindo uma rigorosa metodologia, é fundamental para o sucesso de qualquer política pública. A coleta desses dados é determinante para que os riscos de

²⁸⁹GOMES, Filipe Lôbo. **Regulação Estatal e o Pré-Sal**: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015, p. 39.

decisões equivocadas sejam atenuados, já que, segundo Marçal Justen Filho, “o desenvolvimento das etapas preliminares traz a lume as razões favoráveis e contrárias a cada escolha possível”.²⁹⁰ Logo, é factível eduzir que a coleta de informações e a busca por eficiência andam de mãos dadas.

Não poderia ser diferente no que toca ao fomento do cinema e do audiovisual brasileiros. Mas, na prática, isso ocorre? Recentemente, em auditoria já mencionada por esta dissertação, o Tribunal de Contas da União buscou averiguar, em meio a tantos outros objetivos, se o FSA “conta com metas de efetividade, de eficácia e de eficiência operacional”²⁹¹ e, após identificar inúmeros problemas, recomendou aos atores administrativos competentes:

(...) o estabelecimento de metas de desempenho para o Prodav e o Prodecine, alinhadas aos objetivos estratégicos do FSA e dos referidos Programas, que compreendam as várias dimensões do desempenho, como eficiência, eficácia, efetividade, economicidade e equidade, que tenham prazo para implementação e que sejam precisas e claras, mensuráveis – por meio da definição de indicadores –, relevantes, realistas mas desafiadoras, tendo como possível referência as metas do Plano de Diretrizes e Metas para o Audiovisual 2011-2020 e os Índices de Desempenho Institucional, e contando com a participação efetiva dos agentes de mercado e da sociedade civil para a sua elaboração.²⁹²

Dito isso, em que pese a preocupação com os resultados seja necessária – e até mesmo um imperativo legal –, o procedimento em si, ou seja, a forma como o Estado age, não pode ficar em segundo plano. Aqui, neste ponto específico, o entendimento desenvolvido neste trabalho distancia-se, levemente, da compreensão do eminente professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto.²⁹³

Arrisca-se a dizer que, em certos momentos, resultados mais eficientes economicamente serão sacrificados em prol de ações mais consensuais e que visem à realização de outros desideratos constitucionais.

Irene Nohara, ao tratar desse tema, analisa criticamente a metodologia do controle de resultados, pontuando que não se pode perder de vista a preocupação com a legitimação das decisões.²⁹⁴

²⁹⁰JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 221.

²⁹¹TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021.

²⁹²TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021.

²⁹³MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

²⁹⁴NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. In: MARRA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 357 e ss.

Dar concretude aos desígnios constitucionais pode ser, no limite, colocar em segundo plano os resultados estritamente econômicos.

Por fim, cabe trazer as palavras de Claudinéli Moreira Ramos:

[h]á tempos o setor cultural tem se esquivado das espinhosas questões de avaliação: indicadores, resultados, impactos e afins. Mais do que seguir tentando evitá-las – com péssimas repercussões em termos de verbas – e bem longe de submeter-se a toda e qualquer metodologia de avaliação, indiscriminadamente, é tempo de o setor cultural dedicar-se ao assunto com atenção e criatividade. É bem possível que, em lugar de enquadrar-se nos moldes pré-formatados das avaliações de prateleira dos institutos de pesquisa econômica – cuja utilidade real caberia questionar para todas as demais áreas, é válido ressaltar – ele possa contribuir com uma perspectiva original, contextualizada e útil para qualificar a pertinente busca de prestar contas à sociedade do investimento público recebido de uma maneira que efetivamente faça sentido e contribua para melhores decisões, mais participação social e o incentivo a mais e melhores resultados culturais.²⁹⁵

4.6.1. Princípio da eficiência: a experiência internacional e o uso da tecnologia

Em outros países, a exemplo da Espanha, esse princípio também é utilizado no desenvolvimento das ações de fomento ao cinema. De lá, é possível colher experiências que favorecem a eficiência no gasto público, algumas das quais já são adotadas no Brasil, ainda que com diferentes contornos. Afinal, na formulação das políticas de fomento, não basta apenas olhar o ambiente interno.

Entre essas experiências, Susana de la Sierra cita o exemplo da exigência de contrapartidas – também exigidas no Brasil, diga-se de passagem. Ou seja, exige-se, na Espanha, a conjunção de recursos públicos e privados com vistas a dar um bom encaminhamento aos projetos que se pretende pôr em prática.²⁹⁶

Além disso, Susana de la Sierra acrescenta duas outras ações voltadas à efetivação do princípio da eficiência: “o estabelecimento de pagamentos por etapas” e a utilização de instrumentos digitais.²⁹⁷

Em relação a essa última, não restam dúvidas de que ainda há, no Brasil, um longo e tortuoso caminho a ser percorrido. Apesar de avanços legislativos recentes, como a lei nº

²⁹⁵RAMOS, Claudinéli Moreira. Questões sobre avaliação de políticas públicas: construindo caminhos ou obstáculos para a sustentabilidade das políticas culturais? In: ROCHA, Cleomar; MOURA, Magali Guedes de Magela (Org.). **Cultura digital e economia da cultura**. Goiânia: Gráfica da UFG, 2018, p. 52.

²⁹⁶SIERRA, Susana de la Sierra. La adjudicación de prestaciones culturales. In: ARROYO, Luis; UTRILLA, Dolores (Dir.). **La adjudicación administrativa de recursos escasos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 375.

²⁹⁷SIERRA, Susana de la Sierra. La adjudicación de prestaciones culturales. In: ARROYO, Luis; UTRILLA, Dolores (Dir.). **La adjudicación administrativa de recursos escasos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 375.

14.129, de 2021, as ferramentas digitais ainda precisam ser mais bem exploradas e compreendidas pela população.

Em linha com o que coloca a autora espanhola, essa lei, que fixa as bases do Governo Digital, tem como um de seus objetivos o incremento da eficiência pública.

Mesmo que ainda haja muito a avançar, fato é que a preocupação com a eficiência do agir estatal e a utilização de mecanismos virtuais não constituem uma novidade no Brasil. Já no relatório de conclusão da análise de impacto regulatório sobre as câmaras técnicas, sugeria-se que as reuniões fossem realizadas por meio virtual.

Ademais disso, vale ressaltar que, desde 2020, as reuniões da diretoria da Ancine passaram a ser transmitidas ao vivo pela internet, por força da resolução nº 102, de 24 de setembro de 2020²⁹⁸. Com isso, possibilita-se aos interessados acompanhar, em tempo real, as deliberações da diretoria, à exceção dos processos administrativos que tramitam em sigilo.

É preciso, pois, em relação ao princípio da eficiência – e em relação a todos os demais –, buscar, incessantemente, os meios para sua adequada realização, preservando o que já foi feito e dar passos adiante, evitando-se retrocessos.

5. CONCLUSÃO

Com efeito, em um campo como o do fomento público, identificar as balizas do Direito que lhe são aplicáveis é atividade dotada da mais alta complexidade, da qual o intérprete da norma e os doutrinadores que a escolhem como objeto de estudo não podem se esquivar.

Combinar o estudo da atividade de fomento à cultura traz à pesquisa algumas complicações adicionais. Isso porque, ao fomentar esse setor, lida-se com uma miríade de direitos fundamentais, notadamente os culturais.

Como destacado desde o primeiro capítulo, se, por um lado, os bens culturais, entre os quais as produções cinematográficas, possuem uma natureza econômica, também é verdade que eles possuem uma dimensão relacionada à identidade do país. Essa natureza dúplice dos bens culturais não pode ser esquecida em nenhum momento da atuação fomentadora do Estado.

Buscou-se partir, nesse estudo, de algumas premissas inafastáveis, as quais poderiam ser sintetizadas da seguinte maneira: o Direito Administrativo já não é o mesmo do período

²⁹⁸AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Resolução da diretoria colegiada nº 102, de 24 de setembro de 2020. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2020.

anterior a 1988. Antigos dogmas, relacionados à autoridade e às prerrogativas que dela decorrem, cedem lugar a um ramo do Direito constitucionalizado e procedimentalizado.

Analisar o Direito Administrativo contemporâneo apenas faz sentido se assentado nessas premissas – o que aqui, modestamente, tentou-se fazer.

No primeiro capítulo, estudou-se, minuciosamente, a evolução constitucional do tratamento conferido à cultura. A partir desse esboço histórico, demonstrou-se que a Constituição de 1988 representou um verdadeiro ponto de inflexão, já que suas antecessoras não associavam diretamente o fomento à cultura aos direitos fundamentais, tampouco trabalhavam a noção de diversidade cultural.

Entre os direitos culturais, com abrigo na Constituição, incluem-se aqueles tocados diretamente pelas ações do Fundo Setorial do Audiovisual. Eles perpassam todas as dimensões dos direitos fundamentais, expressando-se por meio das liberdades e dos direitos ao acesso, à criação e à identidade culturais. Em sua dimensão objetiva, devem nortear as ações do Estado.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos culturais, não pode ser ignorada; mas, na análise dos mecanismos de fomento ao cinema e ao audiovisual, sobressai-se sua dimensão objetiva.

Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais atuam como verdadeiros faróis a guiar a atuação estatal. Disso decorre o dever objetivo do Estado de fomentar às manifestações culturais.

Após, no segundo capítulo, enveredou-se pelo estudo da atividade administrativa do fomento e de suas principais características para, a partir daí, entender o funcionamento do Fundo Setorial do Audiovisual.

Como se viu, esse Fundo, que hoje representa o principal mecanismo de fomento ao cinema e ao audiovisual no Brasil, mudou a lógica vigente até então. Até 2006, eram utilizados, principalmente, incentivos fiscais – ou seja, mecanismos submetidos aos regramentos do Direito Tributário.

Com o Fundo Setorial do Audiovisual, o Estado recuperou protagonismo na definição das ações de fomento. Na dinâmica do Fundo, como visto no segundo capítulo, diferentemente dos incentivos fiscais, compete a um Comitê de composição mista, com o auxílio da Ancine, definir os critérios de destinação dos recursos.

Sendo assim, com esse maior protagonismo do Estado na tomada de decisões, o estudo, no fim do segundo capítulo, foi logicamente conduzido a analisar a “discricionariedade administrativa”.

Com o alargamento da discricionariedade administrativa, derivado da dificuldade de construírem-se consensos legislativos e da impossibilidade de serem estabelecidas aprioristicamente soluções ótimas para todo e qualquer problema, os mecanismos de controle ganham ainda mais importância. Cabe, pois, aos órgãos de controle assegurar que a liberdade de atuação legalmente conferida à Administração não seja desvirtuada.

Se, por um lado, com uma linguagem mais aberta e menos assertiva das leis, a discricionariedade torna-se mais ancha; de outro, exsurtem novas formas de controle da Administração Pública, que, por consequência, impõem limites a essa discricionariedade.

Em outras palavras, em que pese tenha-se concluído que a atividade administrativa de fomento possui forte caráter discricionário, também concluiu-se, a partir de uma leitura da Constituição, que ela não é imune a controles, principiológicos, finalísticos e procedimentais.

Com o desenvolvimento da pesquisa, confirmou-se, pois, a hipótese de que há uma série de princípios, direitos fundamentais e procedimentos que deve necessariamente ser observada em todo o *iter* procedimental.

Quanto aos princípios aplicáveis à atividade de fomento, conquanto o rol elaborado no terceiro capítulo não seja exaustivo, certamente ele abarca aqueles que são indispensáveis sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo. O respeito à motivação, participação social, eficiência e igualdade é fundamental para que o Fundo Setorial do Audiovisual esteja alinhado às disposições da Constituição de 1988.

Se, aprioristicamente, podia-se ter a impressão de que a atuação do Estado no fomento é completamente despida de amarras legais – o mau uso, ao longo da história, desses instrumentos sugere essa conclusão –, aos poucos se acrescentaram camadas de complexidade. Mostrou-se que a Administração deve estar atenta às prescrições constitucionais.

A discricionariedade da atividade de fomento ao cinema e ao audiovisual não é, pois, uma discricionariedade qualquer. Não é uma discricionariedade que, outrora, fora confundida com arbitrariedade. Mas uma discricionariedade constitucionalmente e procedimentalmente guiada, voltada à concretização dos direitos fundamentais e dos objetivos da República e que não é, portanto, um cheque em branco.

Sendo assim, as ações desenvolvidas no âmbito do Fundo Setorial do Audiovisual devem guardar correspondência com o programa estabelecido na Constituição de 1988, seja nos artigos que disciplinam especificamente a cultura, seja no art. 3º que elenca os objetivos da República ou mesmo naqueles que disciplinam a atuação da Administração Pública.

Desse modo, buscou-se, a partir da própria Constituição e das normas de regência, no decorrer do trabalho, elencar quais seriam esses parâmetros a serem seguidos. E ainda: buscou-se deixar claro que, em quaisquer hipóteses, o fomento ao cinema e ao audiovisual não pode se apartar do objetivo de proteger e de potencializar a diversidade cultural.

Por fim, é evidente que o administrador pode estimular setores distintos do mercado, de formas completamente diferentes – daí decorre a ideia de que a atividade de fomento ao cinema e ao audiovisual é marcadamente discricionária. Todavia, os limites estabelecidos pela lei e pela Constituição existem e devem ser respeitados.

Assim, caso as ações do Fundo Setorial do Audiovisual não observem o programa constitucionalmente estabelecido para o setor cultural, é dever dos órgãos de controle assegurar o cumprimento das prescrições constitucionais. De igual modo, também submete-se ao controle, judicial e administrativo, eventual descumprimento dos princípios e procedimentos que guiam a atuação do Poder Público. Com isso, assegura-se que essa importante política pública esteja alinhada ao espírito da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA ESTADO. **Governo quer criar indústria brasileira do cinema**. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/noticias/cinema,governo-quer-criar-industria-brasileira-do-cinema,20000916p1603>>. Acesso em: 16 de abril de 2022.
- AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Resultados Consolidados do Fundo Setorial do Audiovisual: Resultados consolidados dos recursos aplicados pelo FSA em programas e projetos do setor audiovisual entre 2009 e 2018. In: **Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual**, 2019.
- AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Análise dos investimentos do FSA em produção de obras audiovisuais destinadas ao mercado inicial de salas de exibição: resultados dos recursos aplicados pelo FSA em programas e projetos de produção de obras audiovisuais destinadas ao mercado inicial de salas de exibição entre 2009 e 2018. In: **Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual**, 2019.
- AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Manual de avaliação de projetos do FSA para pareceristas externos. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2018.
- AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Portaria nº 605-E, de 5 de maio de 2022. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 2022.
- AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Processo nº 01416.005830/2020-66. Proposta Orçamentária do Fundo Setorial do Audiovisual 2021 - PLOA 2021. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2020
- AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Relatório Anual de Gestão do Fundo Setorial do Audiovisual – FSA Exercício de 2021. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2022.
- AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. Resolução da diretoria colegiada nº 102, de 24 de setembro de 2020. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2020.
- AGÊNCIA SENADO. Comissão Afonso Arinos elaborou anteprojeto de Constituição. In: **Senado da República**, 2008. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/01/comissao-afonso-arinos-elaborou-anteprojeto-de-constituicao>>. Acesso: 26 de dezembro de 2021.
- ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. In: **Revista de administración pública**, n. 54, p. 43-86, 1967.
- ALEM, Nichollas de Miranda. O direito econômico como instrumento de efetivação dos direitos culturais. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; BOTELHO, Isaura; SEVERINO, José Roberto (Org.). **Direitos culturais**. v. 1. Salvador: Edufba, 2018.
- ALMEIDA, Silvio. Assédio e destruição: O governo Bolsonaro destrói o Estado brasileiro usando o direito administrativo como arma. In: **Folha de São Paulo**. Versão Digital. 12 de maio de 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/silvio-almeida/2022/05/assedio-e-destruicao.shtml>>. Acesso em: 14 de maio de 2022.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ANTUNES, Carmén Lúcia Rocha. Ação afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, 1996.

- AZULAY, Jom Tob. Por uma política cinematográfica brasileira para o século XXI. In: **Cinema no Mundo: indústria, política e mercado: América Latina**. v. 2. São Paulo: Escrituras Editora, 2007.
- BAER, Jean-Michel. L'exception culturelle: une règle en quête de contenus. In: **En Temps Reel**, Paris, c. 11, out. 2003.
- BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.
- BARNES, Javier. Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo. In: **Revista digital de Derecho Administrativo**, Bogotá, n. 21, jan./jun. 2019.
- BARNES, Javier. El Procedimiento Administrativo en el tiempo y en el espacio: una perspectiva histórica y comparada. In: GOWLAND, Héctor Pozo et al. (Dir.). **Procedimiento Administrativo**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- BARNES, Javier. Tres generaciones del procedimiento administrativo. In: **Revista Derecho PUCP**, Lima, n. 67, jun. 2011.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na lei nº 9.784/99. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, núm. 58, outubro-dezembro de 2014.
- BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL; AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Chamada Pública BRDE/FSA – Novos Realizadores 2022**. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <<https://www.brde.com.br/chamada-publica-brde-fsa-novos-realizadores-2022/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.
- BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL; AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA. **Chamada Pública BRDE/FSA – Concurso Produção para Cinema 2018**. Rio de Janeiro, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (Coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. In: **Presidência da República**, 2022.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. In: **Presidência da República**, 2022.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. In: **Presidência da República**, 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. In: **Presidência da República**, 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. In: **Presidência da República**, 2022.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. In: **Presidência da República**, 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 862, de 12 de setembro de 1969. Autoriza a criação da Empresa Brasileira de Filmes Sociedade Anônima (EMBRAFILME), e dá outras providências. In: **Presidência da República**, 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. In: **Presidência da República**, 2007.

BRASIL. Decreto nº 6.299, de 12 de dezembro de 2007. Regulamenta os arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º da lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006. In: **Presidência da República**, Brasília, 2006.

BRASIL. Lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006. Altera a destinação de receitas decorrentes da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. In: **Presidência da República**. Brasília, 2006.

BRASIL. Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010. Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. In: **Presidência da República**. Brasília, 2010.

BROSSARD, Paulo. **Entrevista ao Programa Roda Viva**. TV Cultura. 29 de setembro de 1986.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. In: **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CAGGIANO, Heloisa Conrado. **Do planejamento à governança no fomento público financeiro**: estudo de caso do setor automotivo. Dissertação de Mestrado – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

CAPELATO, Maria Helena. Propaganda política e controle dos meios de comunicação. In: PANDOLFI, Dulce (Org.). **Repensando o Estado Novo**. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados. In: **Revista de Direito da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 54, 2001.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões I. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 133-159, jan./mar. 2007.

COLUNA PAINEL. Secretários de Cultura pedem a pré-candidatos retorno de ministério: Gestores estaduais elaboraram documento com cinco pontos para garantir fluxo de repasses e mecanismos de controle. In: **Folha de São Paulo**. Versão Digital. 21 de maio de 2022. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2022/05/secretarios-de->

cultura-pedem-a-pre-candidatos-retorno-de-ministerio.shtml>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

COMITÊ GESTOR DO FUNDO SETORIAL DO AUDIOVISUAL. Documento de Diretrizes do Fundo Setorial do Audiovisual. In: **Agência Nacional do Cinema**, 2008.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Políticas Públicas como Instrumental de Efetivação de Direitos Culturais. In: **Seqüência**, Florianópolis, n. 77, p. 177-196, nov. 2017.

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

DANTAS, Fabiana Santos. O Instituto do Patrimônio Histórico e artístico nacional (Iphan): um estudo de caso em direito administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 223-243, set./dez. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996.

DUPIN, Giselle. Para entender a convenção. In: **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 8, p. 15-30, abr./jul. 2009.

ESCOREL, Eduardo. Cinema e Estado. In: ESCOREL, Eduardo. **Adivinhadores de água: pensando no cinema brasileiro**. São Paulo: Cosac Naify: 2005.

FERREIRA, Sergio de Andréa. O tombamento e o devido processo legal. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 208, p. 1-34, abr./jun. 1997.

FURTADO, Celso. **Entrevista ao Programa Roda Viva**. TV Cultura. 09 de fevereiro de 1987.

FURTADO, Celso. Depoimento à Assembleia Nacional Constituinte. In: **Cadernos do Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 12, p.315-321, jan.-jun. 2013.

GOMES, Filipe Lôbo. **Regulação Estatal e o Pré-Sal: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general**. Buenos Aires: FDA, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUIMARÃES, Ulysses. Estatuto do homem, da liberdade e da democracia. In: GUTEMBERG, Luiz (Org.). **Ulysses Guimarães**. Ed. comemorativa ao centenário de nascimento. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Dissertação de Mestrado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.

IKEDA, Marcelo. **Utopia da autossustentabilidade: impasses, desafios e conquistas da Ancine**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2021.

IVANEGA, Miriam M. La legitimidad de las técnicas de fomento y reasignación de partidas presupuestarias: situaciones paradójicas. In: **Cuestiones de intervención estatal: servicios públicos, poder de policía y fomento**. Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Demagogia regulatória e regulação demagógica: Os riscos da eliminação da neutralidade das agências reguladoras. In: **Jota**, 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/demagogia-regulatoria-e-regulacao-demagogica-10052022>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e controle da discricionariedade no Brasil. In: **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, 2004.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. In: **Revista Esmafe**, Tribunal Regional Federal da 5. Região, Recife, n. 8, p. 177-124, dez. 2004.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LAAKSONEN, Annamari. O direito de ter acesso à cultura e dela participar como características fundamentais dos direitos culturais. In: **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 11, p. 49-60, jan./abr. 2011.

LIMA, Fernando E. Juan. **Ayudas administrativas a la cinematografía**. Tesis de Doctorado – Departamento de Derecho Público, Universidad San Pablo, Madrid, 2016.

LUCA, Luiz Gonzaga de. Anotações para o desenvolvimento de uma indústria cinematográfica brasileira. In: ALMEIDA, Paulo Sérgio; BUTCHER, Pedro. **Cinema, desenvolvimento e mercado**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do processo administrativo. In: **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, a. 4, n. 37, mar. 2004.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

- MARRARA, Thiago. Princípios do processo administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (Coord.). **Processo Administrativo Brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARSON, Melina Izar. **Cinema e Políticas de Estado**: da Embrafilme à Ancine. São Paulo: Escrituras Editora, 2009.
- MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidades do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. In: **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 3, n. 11, p. 433-439, set. 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade: fundamentos, natureza e limites. In: **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, v. 122, p. 1-20, out./dez. 1975.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- MEYER-BISCH, Patrice. A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos. In: **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 11, p. 27-42, jan./abr. 2011.
- MEYER-BISCH, Patrice; BIDAULT, Mylène. **Afirmar os direitos culturais**: comentário à declaração de Friburgo. 1. ed. São Paulo: Iluminuras, 2014.
- MEYER-BISCH, Patrice. Os direitos culturais finalmente na linha de frente? In: **Revista Observatório Itaú Cultural**, São Paulo, n. 8, p. 162-168, abr./jul. 2009.
- MIGUEZ, Paulo. Algumas notas sobre comércio internacional de bens e serviços culturais. In: **Diversidade cultural e desigualdade de trocas**: participação, comércio e comunicação. BARROS, José Márcio; KAUARK, Giuliana (Org.). São Paulo: Itaú Cultural; Observatório da Diversidade Cultural, Editora PUC Minas, 2011.
- MINISTÉRIO DA CULTURA. **Portaria nº 29**, de 21 de maio de 2009. In: Ministério do Turismo, Brasília, 2022.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a emenda n.1 de 1969, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constitución y derechos culturales. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, a. 7, n. 13, jan.-jun. 2010.
- MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. In: **Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, n. 37, Belo Horizonte, set. 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial** (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MUKAI, Toshio. A Degradação do Patrimônio Histórico e Cultural. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 234, p. 33-41, out./dez. 2003.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. In: **Derecho PUCP**, Lima, n. 67, 2011.

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito do património cultural**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

NETO, Almir Megali; BERNARDES, Flávio Couto; GONTIJO, Pedro Augusto Costa. Jurisdição constitucional e patrimônio cultural: um estudo de caso da ADPF 206. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 3, p. 574-600, 2020.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. In: MARRA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

NOHARA, Irene. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/99**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública e regulación económica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Fundación de Estudios de Regulación, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do ministério público e magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 218, p. 11-70, out./dez. 1999.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo**, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PEREIRA, Fábio Franco. **A federação no constitucionalismo brasileiro**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Fórum: Belo Horizonte, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Administração Pública inclusiva e os instrumentos jurídico-administrativos. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 469.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. In: **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, v. 95, jul./set. 1969.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública**: estudo do processo administrativo normativo, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoria del fomento en el Derecho Administrativo. In: **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 48, p. 41-54, 1949.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Projeto de lei nº 2.464 de 1996. Mensagem nº 1.002 de 1996. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Câmara dos Deputados**, Brasília, 1996.

RAMOS, Claudinéli Moreira. Questões sobre avaliação de políticas públicas: construindo caminhos ou obstáculos para a sustentabilidade das políticas culturais? In: ROCHA, Cleomar; MOURA, Magali Guedes de Magela (Org.). **Cultura digital e economia da cultura**. Goiânia: Gráfica da UFG, 2018.

RAMOS, Fernão Pessoa. A retomada: nação inviável, narcisismo às avessas e má consciência. In: RAMOS, Fernão Pessoa; SCHVARZMAN, Sheila. **Nova história do cinema brasileiro**. São Paulo: Edições Sesc, 2018.

REYNA, Justo José. El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 131-169, out./dez. 2012.

RIVA, Ignacio M. de la. La frontera de la policía administrativa. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Estudios de Derecho Administrativo em Homenaje a Julio Rodolfo Comadira**. Buenos Aires: La Ley: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2009.

SACRISTÁN, Estela B. El problema de la fuente em las relaciones de fomento. In: **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, a. 5. p. 99-122, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, George. O direito de participar da vida cultural e a promoção da identidade nacional. In: **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, Maceió, v. 7, n. 1, 2016.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista do Mestrado da Faculdade de Direito de Alagoas**, Maceió, v. 01, p. 15-90, 2005.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho. Incentivos fiscais na federação brasileira. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein; BARBOZA, Julio César Moreira. Aspectos orgânicos e institucionais da regulação dos serviços públicos. In: **Temas atuais de Direito Público**: diálogos entre Brasil e França. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SECRETARIA DE CULTURA DE PERNAMBUCO. 16º Edital do Programa de Fomento à Produção Audiovisual de Pernambuco – Funcultura 2021/2022. In: **Cultura.PE**, 2021.

SIERRA, Susana de la. **Derecho del cine: administración cultural y mercado**. Madri: Iustel, 2010.

SIERRA, Susana de la Sierra. La adjudicación de prestaciones culturales. In: ARROYO, Luis; UTRILLA, Dolores (Dir.). **La adjudicación administrativa de recursos escasos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. In: **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 2, n. 2, p. 7-22, ago. 1993.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIMIS, Anita. **Cinema e política cultural durante a ditadura e a democracia**. Disponível em:

<https://www.academia.edu/254918/Cinema_e_Pol%C3%ADtica_Cultural_durante_a_Ditadura_e_a_Democracia>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.

SIMIS, Anita. **Estado e cinema no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

SIMIS, Anita. O GATT e o cinema brasileiro. In: **Estado e cinema no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito Ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA, Ana Paula. **Dos conflitos ao pacto: as lutas no campo cinematográfico brasileiro no século XXI**. Tese de Doutorado – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo Administrativo: temas polêmicos da lei nº 9.784/99**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 319 QO**, Rel. Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, data de julgamento: 03/03/1993, DJ: 30-04-1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6985**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, data de julgamento: 02/03/2022, DJ: 17-03-2022.

TABARES, Susett Romero. La actividad administrativa de fomento: elementos para su definición jurídica. In: CORREA, Andry Matilla; NÚÑEZ, Diego Paúl Vitieri (Coord.). **Reflexiones sobre Derecho Público**. Havana: Editoria Unijuris, 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de auditoria. TC-031.532/2020-9 (Apenso: TC-039.487/2019-9). In: **Tribunal de Contas da União**, 2021.

TROIANO, Mariele. Entre o passado e o futuro: o processo constituinte de 1987-1988. In: **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 197-217, 2015.

VALENTE, Patricia Pessoa. **Análise de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

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

YANES, Luis Miguel Arroyo. Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación. In: **Nuevas Políticas Públicas**: anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, Andalucía, n. 2, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. 10. ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.

ZUBELLI, Luana Maíra Rufino Alves. **Uma visão sistêmica das políticas públicas para o setor audiovisual**: entendendo sua trajetória desde os anos 1990 no Brasil. Tese de Doutorado – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.