

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator):

1. Do conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental

De início, verifico que a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental foi ajuizada por consórcio de partidos políticos com representação no congresso nacional: aptos, portanto, a incoar a fiscalização abstrata de constitucionalidade nos termos do art. 103, VIII, da Constituição da República e do art. 2º, I, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro do 1999.

Quanto à cognoscibilidade da ação no plano objetal, e observada a extensão do juízo de delibação, reputo não procederem as preliminares arguidas nos autos. O objeto controvertido, a saber, o Decreto nº 10.755, de 26 de julho de 2021, inova consideravelmente na ordem jurídica, adquirindo suficiente densidade normativa.

Não se desconhece que é da jurisprudência da Corte que:

“Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado ultra legem, quer porque tenha permanecido citra legem, quer, ainda, porque tenha investido contra legem, a questão caracterizara, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata”(ADI 996 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1994, DJ 06-05-1994 PP-10468 EMENT VOL-01743-02 PP-00221).

É também da jurisprudência, no entanto, que os atos exarados pelo poder público, ao se revestirem de conteúdo regulatório dotado de abstração, generalidade e impessoalidade, ou de alta densidade normativa estão sujeitos ao controle de constitucionalidade abstrato.

A título exemplificativo, quando do julgamento da ADI nº 5.543, cujo objeto envolvia a restrição de doação de sangue aos chamados “grupos de

risco” (consubstanciando-se na Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e na Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014 da Anvisa), fiz observar que as normas regulamentares poderiam constituir-se como objeto das ações de controle, não apenas por sua natureza jurídica, mas, sobretudo, porque a discussão da questão constitucional que fora ali posta adquiriria relevo em face do núcleo mais íntimo do princípio constitucional da dignidade humana. Ao se criar, naquele conjunto específico de regras, classificações de caráter discriminatório, o agir administrativo ofereceu direta violação ao texto constitucional, exigindo do Tribunal uma postura menos deferente com as chamadas delegações ao Poder Executivo.

In casu, não me parece que a solução da controvérsia possa se dar, simplesmente, pelo contraste entre a norma impugnada e a legislação ordinária que, em princípio, demandaria densificação. Como demonstrarei abaixo, as opções assumidas pelo Poder Executivo levantam questões que só adquirem relevância jurídica quando contrastadas com princípios constitucionais, como o federalismo, o combate a todas as formas de discriminação e o princípio democrático.

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental parece também respeitar a regra da subsidiariedade inscrita no art. 4, §1º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Nos termos da jurisprudência da Corte (cf. os seguintes julgados: ADPF 127, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, e ADPF 33, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes), dada a amplitude da controvérsia, não vislumbro horizonte de resolução da incompatibilidade entre as normas vergastadas e o sistema constitucional que se realize com a extensão cabível em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Passo ao exame da medida cautelar.

2. Dos requisitos para a concessão da medida cautelar

Com esteio na bem consolidada jurisprudência da Corte, oriento o exame da medida cautelar pleiteada à existência da probabilidade de sucesso da tese jurídica alegada (*fumus boni iuris*) e do risco da demora do provimento judicial (*periculum in mora*) (Cf. ADPF 47 MC, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 07/12/2005, Publicação: 27/10/2006; ADPF 402 MC-Ref, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Redator(a) do acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 07/12/2016, Publicação: 29/08/2018).

A leitura das razões trazidas na petição inicial permite notar que se combinam, ora a ponto da mais perfeita indistinguibilidade, argumentos que se prestam a fornecer um libelo contra a gestão das políticas públicas de cultura, e argumentos que oferecem uma visão jurídico-constitucional, em sentido estrito, quanto à incompatibilidade do decreto vergastado com a ordem jurídica.

Os requisitos de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental não traduzem mera formalidade jurídica que possa ser dispensada quando o direito material, por relevante, assim o exigir. As formalidades exigidas pela lei servem de amparo para o funcionamento das instituições constitucionais e, por isso, são parâmetros estruturantes do Estado Democrático de Direito que visam a preservar a competência própria de cada um de seus órgãos.

A luta pela efetividade da Constituição é obrigação de todos os poderes constituídos – e não apenas do Supremo Tribunal Federal. Todos devem colaborar para que cada órgão público possa cumprir sua missão institucional. Noutras palavras, efetividade da Constituição não significa inflação de direitos fundamentais, sob pena de perder-se por completo um sentido mínimo do conteúdo desses direitos. Como aponta Raz, “a doutrina ética dos direitos deve articular *standards* pelos quais a prática de direitos humanos possa ser julgada, *standards* que irão indicar quais direitos humanos nós temos” (RAZ, Joseph. *Human Rights without Foundations*. In: BESSON, Samantha; Tasioulas, John. *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010).

Os requisitos de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental buscam, precisamente, preservar a esfera de atuação de cada uma das instituições públicas. Ao Supremo, cabe o exame da violação, ou de sua ameaça, de um preceito fundamental. Ao arguente, cabe a demonstração dessa violação ou do justo receio de que ela venha a ocorrer. A adequada definição do ato violador é indispensável para que o Supremo Tribunal Federal não avance nas esferas de atribuições de outros poderes.

O conceito constitucional de políticas públicas é uma inovação do constituinte reformador. O exemplo mais eloquente desta construção analítica é, justamente, trazido pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010, e pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012:

“Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

(...)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 8º A lei estabelecerá:

(...)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.”

Na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a expressão “políticas públicas” tem sido utilizada para designar um espaço de atuação dos demais poderes que é distante da atribuição originária do Poder Judiciário, como ocorre, *v.g.*, no RE 1.131.552-AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 22.11.2019 e no ARE 1.197.779-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 18.11.2019.

Do que se depreende desses julgados, a atuação do Poder Judiciário na definição de políticas públicas é excepcional, seja porque ele não pode elaborar as leis, seja porque não pode alocar recursos do orçamento para obrigar os demais poderes a fazê-lo. Os precedentes reconhecem, porém, que, em quadro de grave inércia dos órgãos estatais competentes, é cabível a intervenção do Poder Judiciário para garantir a eficácia de um mínimo sentido de direito fundamental.

Noutras palavras, a concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas depende de um conjunto de atos a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo e, excepcionalmente, do próprio Poder Judiciário.

A questão jurídica posta sob o exame desta Corte, portanto, deve se limitar à análise dos contornos dos direitos fundamentais que incidem, a

priori, na formação de específica política pública de cultura, sem que isso possa importar em substituição do Poder Judiciário ao Poder Executivo. Neste sentido, há uma limitação estrutural ao que, em sede de arguição de descumprimento fundamental, é possível realizar em termos de implementação de políticas públicas.

Para fins argumentativos, analisarei de forma individuada cada um dos grandes blocos de impugnação feitos, na peça exordial, ao Decreto nº 10.755 /2021, referindo pontualmente a existência dos requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada.

2.1 Da alegação de existência de um estado de coisas inconstitucional

Os Requerentes consideram existir, na realidade fática das políticas públicas de cultura, um “estado de coisas inconstitucional”. Haveria, na opinião esboçada na peça exordial, um desmonte na área da cultura, especialmente quanto à restrição à liberdade de manifestação e à tentativa de controle de obras artísticas. Um dos veículos deste desmonte seria precisamente a alocação de verbas de maneira “cada vez mais pessoal ou ideológica” (eDOC 1, p. 35).

A petição inicial prossegue listando um total de doze conjuntos de fatos que indicariam o que os requerentes consideram ser “omissões, descasos e atos deliberados de afronta ao setor” (eDOC 1, p. 35). Os dados trazidos aos autos só adquirem, contudo, relevância para o desate da matéria se, em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, for possível deles deduzir um conteúdo normativo que extrapole um simples juízo de preferência sobre políticas públicas adotadas.

Considera-se que a doutrina do “estado de coisas inconstitucional” tem seu surgimento na *Sentencia de unificación 559/1997* da Corte Constitucional da Colômbia. Naquela oportunidade, julgava-se a situação de inação da entidade local de pensões, e a Corte colombiana afirmou não encontrar razões para que ela própria se omitisse a notificar “que um determinado estado de coisas resultaria em violação da Constituição política” (*CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU 559 de 1997*).

Em outro julgado, a Corte Constitucional da Colômbia especificou ainda mais este conceito, delineando seus requisitos:

- “(i) a violação maciça e generalizada de uma série de direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas;
- (ii) o descumprimento prolongado das autoridades no cumprimento das suas obrigações de garantia de direitos;
- (iii) a adoção de práticas inconstitucionais;
- (iv) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentais necessárias para evitar a violação de direitos(...);
- (v) a existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um orçamento adicional significativo
- (vi) [um iminente] congestionamento judicial” (*CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-025 de 2004*).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, inaugura também linha jurisprudencial que corrobora este delineamento conceitual:

“CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”. (ADPF 347 MC,

Dados os requisitos acima esboçados, nomeadamente a exigência de uma situação de violação estrutural de direitos fundamentais, isto é, violação qualitativamente generalizada e temporalmente extensa, cuja solução depende de esforços coordenados de múltiplas entidades, os Requerentes não parecem ter logrado demonstrar a existência de um estado de coisas inconstitucional.

Em juízo de delibação, os argumentos apresentados atestaram muito mais problemas de ordem conjuntural, os quais podem ter origem em múltiplas concausas políticas e econômicas. Isto não significa que a constitucionalidade dos dispositivos vergastados não possa ser apreciada, senão apenas que inexistem elementos, neste momento, para rechaçá-los em bloco como mecanismos de um estado de coisas inconstitucional.

2.2 Das finalidades do Programa Nacional de Apoio à Cultura

O segundo grande bloco de argumentos voltados a impugnar a constitucionalidade do Decreto nº 10.755/2021 diz respeito às finalidades do Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), e à enumeração das classes de programas, projetos e ações culturais a serem aprovados. Isto se encontra no art. 2º daquele decreto:

“Art. 2º Na execução do PRONAC, serão apoiados programas, projetos e ações culturais destinados às seguintes finalidades:

I - valorizar a cultura nacional, consideradas suas várias matrizes e formas de expressão;

II - estimular a expressão cultural dos diferentes grupos e comunidades que compõem a sociedade brasileira;

III - viabilizar a expressão cultural de todas as regiões do País e sua difusão em escala nacional;

IV - promover a preservação e o uso sustentável do patrimônio cultural brasileiro em sua dimensão material e imaterial;

V - incentivar a ampliação do acesso da população à fruição e à produção dos bens culturais;

VI - fomentar atividades culturais com vistas à promoção da cidadania cultural, da acessibilidade artística e da diversidade;

VII - desenvolver atividades que fortaleçam e articulem as cadeias produtivas e os arranjos produtivos locais que formam a economia da cultura;

VIII - impulsionar a preparação e o aperfeiçoamento de recursos humanos para a produção e a difusão cultural;

IX - promover a difusão e a valorização das expressões culturais brasileiras no exterior, assim como o intercâmbio cultural com outros países;

X - apoiar a inovação em atividades artísticas e culturais, inclusive em arte digital e em novas tecnologias;

XI - estimular ações com vistas a valorizar artistas, mestres de culturas tradicionais, técnicos e estudiosos da cultura brasileira;

XII - apoiar as atividades culturais de caráter sacro, clássico e de preservação e restauro de patrimônio histórico material, tombados ou não;

XIII - apoiar e impulsionar festejos, eventos e expressões artístico-culturais tradicionais, além daquelas já tombadas como patrimônio cultural imaterial;

XIV - apoiar as atividades culturais de Belas Artes;

XV - contribuir para a implementação do Plano Nacional de Cultura e das políticas de cultura do Governo federal; e

XVI - apoiar atividades com outras finalidades compatíveis com os princípios constitucionais e os objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.313, de 1991, assim consideradas em ato do Secretário Especial de Cultura do Ministério do Turismo.”

Os Requerentes alegam que, no tópico, teria ocorrido ilegítimo regresso em relação às normas regulamentares anteriores. Três são os quesitos apresentados: i) exclusão da menção expressa ao combate à discriminações e aos preconceitos; ii) exclusão das atividades experimentais; iii) inclusão de finalidades ligadas a atividades de caráter sacro, a festejos, expressões artístico-culturais tradicionais, e outras.

Tomo como ponto de partida estes dois últimos tópicos.

Não julgo terem sido oferecidas razões suficientes para corroborar a tese de que a inclusão, no Decreto nº 10.755/2021, das finalidades expressas no inciso XIII implicariam diminuição na democratização da cultura (“XIII - apoiar e impulsionar festejos, eventos e expressões artístico-culturais tradicionais, além daquelas já tombadas como patrimônio cultural imaterial”). Não há qualquer elemento no texto constitucional que vedaria a promoção destas manifestações culturais ou as tornaria incompatíveis com uma política pública para a cultura.

Em relação à exclusão das “atividades experimentais”, os Requerentes fazem referência ao art. 2º, VIII do Decreto nº 5.761, de 27 de abril de 2006 — todo este diploma foi revogado pelo Decreto nº 10.755/2021. Reproduzo o teor daquela norma:

“ Art. 2º Na execução do PRONAC, serão apoiados programas, projetos e ações culturais destinados às seguintes finalidades:
(...)
VIII - apoiar as atividades culturais de caráter inovador ou experimental”.

Entendo aqui também não assistir razão aos Requerentes. A um, não se deduz do texto constitucional nenhuma regra ou princípio que comande o fomento a atividades de caráter experimental. Em seguida — e, a meu ver, com ainda mais peso —, o conteúdo semântico da norma expressa no art. 2º, VIII, do Decreto nº 5.761/2006 é plenamente abrangido pelo decreto revogador, porquanto este prevê, em seu art. 2º, X: “apoiar a inovação em atividades artísticas e culturais, inclusive em arte digital e em novas tecnologias”. Há nada mais que uma distinção no plano do texto-de-norma, que não deve excluir do processo de concretização as atividades inovadoras ou experimentais.

Retorno, assim, à impugnação “i)”. Neste ponto, o Decreto nº 10.755 /2021 avançou para além da margem de apreciação deixada ao poder regulador da Presidência da República. Afinal, suprimiu-se um dos aspectos centrais da política cultural que, do ponto de vista da norma constitucional planificadora, deve constar de forma expressa na legislação de regência. Se não bastassem os objetivos fundamentais da República inscritos no art. 3º, III (“erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”), os arts. 215 e 216-A da CRFB/88 reforçam o comando à ação positiva do Estado para eliminar a persistente desigualdade na produção e no acesso cultural referentes a grupos minoritários. Cito:

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

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um

processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

(...)

I - diversidade das expressões culturais”.

Nestes termos, a comparação entre os Decretos de nº 5.761/2006 e nº 10.755/ 2021, revela um recuo indevido na expressividade da norma. Lá onde o decreto original se referia a “fomentar atividades culturais afirmativas que busquem erradicar todas as formas de discriminação e preconceito”, o decreto de 2021 reteve apenas uma parcela de sua extensão objetiva: “fomentar atividades culturais com vistas à promoção da cidadania cultural, da acessibilidade artística e da diversidade”.

Dada a extrema sensibilidade destes direitos com reflexo à pura fundamentalidade, entendo existir risco de que o caráter afirmativo, isto é, de desigualdade em sentido positivo para a correção das mazelas históricas enumeradas no próprio texto constitucional, seja minorado. Faz-se sentir a necessidade de, preservando o conteúdo da norma, dar-lhe interpretação conforme a fim de convalidar sua extensão constitucionalmente adequada.

2.3 Alterações nos planos anuais de atividades culturais

Os Requerentes impugnam, igualmente, as alterações promovidas pelo Decreto nº 10.755/2021 nos critérios para custeio de instituições culturais por meio dos planos anuais de atividades. A alegação trazida aos autos é a de que, até a entrada em vigor deste decreto, o custeio de instituições culturais se dirigia à manutenção de quaisquer instituições culturais sem fins lucrativos. Agora, contudo, eventuais benefícios só poderão visar a instituições “exclusivamente culturais”, cujas atividades estejam relacionadas a “museus públicos”, ao “patrimônio material e imaterial” ou a “ações formativas” ou, ainda, às demais instituições culturais sem fins lucrativos que sejam consideradas “relevantes para a cultura nacional pela Secretaria Especial de Cultura”.

O dispositivo vergastado consta do art. 24 do Decreto nº 10.755/2021. Topicamente, este art. 24 se situa no Capítulo IV do Decreto, intitulado “Dos incentivos fiscais”, em uma Seção I denominada “Das formas de aplicação”. Cito o texto da norma:

“Art. 24. Equiparam-se a programas, projetos e ações culturais os planos anuais de atividades de instituições exclusivamente culturais voltadas a atividade de museus públicos, patrimônio material e imaterial e ações formativas de cultura, podendo ainda serem autorizadas aquelas consideradas relevantes para a cultura nacional pela Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo:

I - de associações civis de natureza cultural, sem fins lucrativos, cuja finalidade estatutária principal seja dar apoio a instituições da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, no atendimento dos objetivos previstos no art. 3º da Lei nº 8.313, de 1991; e

II - de outras pessoas jurídicas de natureza cultural, sem fins lucrativos voltadas a atividade de museus públicos, patrimônio material e imaterial e ações formativas de cultura ou aquelas consideradas relevantes pela Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo.

§ 1º O valor a ser incentivado nos planos anuais será equivalente à estimativa de recursos a serem captados a título de doações e patrocínios, conforme constar da previsão anual de receita e despesa apresentada pelo proponente.

§ 2º Os planos anuais serão submetidos às mesmas regras de aprovação, execução, avaliação e prestação de contas aplicáveis aos programas, projetos e ações culturais incentivados”.

É possível divisar analiticamente a impugnação em duas vertentes.

2.3.1 Da redução dos benefícios às instituições exclusivamente culturais voltadas a atividade de museus públicos, patrimônio material e imaterial e ações formativas de cultura

Em primeiro lugar, os Requerentes aduzem que a nova norma se mostrou mais restritiva, abarcando uma classe menor de sujeitos aptos a se beneficiar dos incentivos fiscais descritos no art. 22 do Decreto nº 10.755 /2021. Esta seria uma medida, em seu entender, discriminatória e que imporia um retrocesso indevidos às políticas públicas de cultura.

A ver, aqui, uma norma afetada pela proibição de retrocesso em termos de direitos sociais significaria, entretanto, elastecer este conceito além do limite da calculabilidade das políticas públicas. Significaria, em outros

termos, a impossibilidade de decidir sobre a alocação de recursos para a própria promoção dos direitos fundamentais. Em estudo já clássico sobre o tema, o prof. Ingo Wolfgang Sarlet ponderou:

“Posta a questão em outros termos, a aplicação de uma proibição de retrocesso por si só **não veda uma diminuição dos níveis de proteção e promoção de direitos sociais**, especialmente na perspectiva subjetiva, para assegurar outros interesses públicos urgentes e relevantes, pois do contrário poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos. Em síntese, se uma posição preferencial das liberdades há de ser afastada, pelo menos no sentido de um caráter secundário dos direitos sociais, no Estado Democrático de Direito também não se poderia justificar uma posição preferencial dos direitos sociais, tema que, à evidência, merece maior reflexão do que aqui se pode oferecer.

Aliás, bastaria esta linha argumentativa para reconhecer que **não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra de cunho absoluto**, seja pelo fato, já apontado, de que a atividade legislativa não pode ser reduzida à função de execução pura e simples da Constituição, seja pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, **acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em Direito Constitucional**, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.” (SARLET, In. W. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Rev. TST**, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 136).

Neste sentido, em juízo de delibação, não encontro no ordenamento constitucional regra ou princípio apto a proibir o Poder Executivo de centralizar suas opções de incentivo em entidades que desempenhem atividade exclusivamente culturais voltadas a museus públicos, ao patrimônio material e imaterial e às ações formativas de cultura. Relembre-se que a discussão, quanto a este ponto, resume-se apenas a uma das modalidades de incentivo fiscal, a saber, aquela que equipara os planos anuais a programas, projetos e ações culturais (art. 24 do Decreto nº 10.755 /2021).

2.3.2 Autorizações suplementares dependentes de juízo sobre relevância por parte da Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo

Os Requerentes afirmam que os demais museus e instituições culturais sem fins lucrativos de caráter privado que desejem apresentar projeto na

forma de Plano Anual terão que ser considerados “relevantes para a cultura nacional” pela Secretaria Especial de Cultura. Isto acarretaria intensa concentração de poder, com consequentes reflexos na isonomia e na impessoalidade da administração pública.

Neste quesito, entendendo ser necessário o decurso processual e a plena instrução da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental para que se possa divisar, com mais clareza, o nível de violação representado pela regra do art. 24 do Decreto nº 10.755/2021 ao princípio da democratização dos processos decisórios com participação e controle social no Sistema Nacional de Cultura (art. 216-A da CRFB/88).

Pesa ainda dúvida relevante se, ao modificar a sistemática de incentivos a Planos Anuais, o novo art. 24 se mostra mais ou menos limitador da subjetividade do Poder Executivo. Afinal, com o Decreto nº 10.755/2021, somente as hipóteses exceptivas são transferidas para um juízo de relevância: o que contrasta com o art. 24 do Decreto nº 5.761/2006 que previa: “Art. 24. Equiparam-se a programas, projetos e ações culturais os planos anuais de atividades consideradas relevantes para a cultura nacional pela Comissão Nacional de Incentivo à Cultura”.

Ademais, a transferência de competência da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura não se dá, em princípio, ao Secretário Especial de Cultura, mas sim à Secretaria Especial de Cultura. Com efeito, parece-me que os procedimentos de decisão a serem adotados estarão sujeitos ao controle judicial de natureza concreta sempre que envolverem desrespeito ao art. 216-A da Constituição da República; ou à regra de proibição de apreciação subjetiva do valor artístico e cultural, constante do art. 22 da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991.

Não vislumbro, assim, preenchido o requisito do *fumus boni iuris*.

2.4 Das alterações promovidas no funcionamento da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura – CNIC

Os Requerentes alegam que Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (CNIC) teria deixado de ser um órgão deliberativo na definição dos projetos culturais financiados ou apoiados na forma da Lei 8.313/1991 para tornar-se uma instância recursal. Isto teria ocasionado uma concentração de poderes indevida na figura do Secretário Especial de Cultura.

Os dispositivos impugnados seriam os seguintes:

“Art. 6º Os procedimentos administrativos relativos a apresentação, recepção, seleção, análise, aprovação, acompanhamento, monitoramento, avaliação de resultados e emissão de laudo de avaliação final dos programas, projetos e ações culturais, no âmbito do PRONAC, serão definidos em ato do Secretário Especial de Cultura do Ministério do Turismo e publicados no Diário Oficial da União, observadas as disposições deste Decreto.

(...)

§ 5º A Comissão Nacional de Incentivo à Cultura é instância recursal consultiva de projetos de incentivo fiscal indeferidos pelos pareceristas habilitados, que recomendará ao Secretário Especial de Cultura do Ministério do Turismo a aprovação total ou parcial ou a não aprovação do programa, projeto ou ação em questão.

Art. 38. À Comissão Nacional de Incentivo à Cultura, instituída pelo art. 32 da Lei nº 8.313, de 1991, instância recursal consultiva dos projetos indeferidos pelos pareceristas habilitados nas vinculadas, compete:

I - emitir parecer técnico fundamentado sobre os recursos apresentados contra decisões desfavoráveis à aprovação de programas e projetos culturais apresentados nas decisões da Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo, quanto aos incentivos fiscais.”

A análise desta alegação, uma vez mais, passa pela mensuração da interferência ocasionada pelas normas regulamentares no princípio da democratização dos processos decisórios com participação e controle social no Sistema Nacional de Cultura – princípio este inscrito no art. 216-A, X da CRFB/88.

Em que pese a competência da Presidência da República para exercer a direção superior da administração federal, prepondera no caso concreto o dever de instituir procedimentos decisórios de cariz democrático e diáfano, suscetível a um crescente controle pela esfera pública de cidadãos.

Das manifestações da Presidência da República e da Advocacia-Geral da União, bem como da Nota SAJ nº 250 / 2021 / CGIP/SAJ/SG/PR, depreende-se o argumento de que a Constituição da República não teria exigido definição específica da competência da CNIC, restando a formatação de suas funções à cargo do poder regulamentar da Presidência da República.

Esta conclusão, contudo, parece-me eivada de erro. De fato, a Constituição da República não determina nenhum desenho institucional específico, sequer citando uma “Comissão Nacional de Incentivo à Cultura” em seu texto. Entretanto, delineia-se ali, de forma clara, um princípio de democratização da tomada de decisões, o que inclui a obrigação de promover a participação e o controle populares. Ademais, no art. 216-A, XI, o Legislador Constituinte prescreve: “XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)”.

No universo de processos decisórios que foram referidos nas manifestações dos autos, não identifiquei, no interior da Secretaria Especial de Cultura, nenhum equivalente funcional da CNIC do ponto de vista qualitativo e quantitativo. Com efeito, para que as normas impugnadas se mantivessem híginas, seria necessário restar demonstrado que a Secretaria Especial de Cultura disporia de mecanismos de tomada de decisão democráticos e abertos à população, em substituição à Comissão Nacional de Incentivo à Cultura.

É inconteste que, a partir do Decreto nº 10.755/2021, a CNIC foi expressamente transformada em instância recursal naquilo que concerne à aprovação de programas e projetos culturais. Que ela mantenha outras competências, eis algo que não impede, em princípio, que se reconheça a indevida supressão de sua função colegiada, expressa no art. 38 do Decreto nº 5.761, de 27 de abril de 2006:

“Art. 38. Compete à Comissão Nacional de Incentivo à Cultura, instituída pelo art. 32 da Lei no 8.313, de 1991:

I - subsidiar, mediante parecer técnico fundamentado do relator designado, **nas decisões do Ministério da Cultura quanto aos incentivos fiscais e ao enquadramento dos programas, projetos e ações culturais nas finalidades e objetivos previstos na Lei no 8.313**, de 1991, observado o plano anual do PRONAC”.

Verifica-se que houve uma perda de capilarização do sistema decisório. Não se trata apenas de identificar determinada medida de centralização — a qual, em princípio, não estaria necessariamente em contradição com a ordem constitucional —, senão também de constatar uma perda dos mecanismos de participação popular nos processos primários de tomada de decisão.

A despeito do argumento erigido pela douta Advocacia-Geral da União de que a medida impugnada visa a otimizar a gestão, não encontro nos autos razões para derivar da diminuição das competências da CNIC esta conclusão.

É preciso lembrar que a CNIC, instituída pelo art. 32 da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991, representa espaço institucional de tomada de decisões com efetiva participação popular. Confira-se:

“Art. 32. Fica instituída a Comissão Nacional de incentivo à Cultura - CNIC, com a seguinte composição:

- I - o Secretário da Cultura da Presidência da República;
- II - os Presidentes das entidades supervisionadas pela SEC/PR;
- III - o Presidente da entidade nacional que congregar os Secretários de Cultura das Unidades Federadas;
- IV - um representante do empresariado brasileiro;
- V - seis representantes de entidades associativas dos setores culturais e artísticos de âmbito nacional.”

Quando do julgamento da Rcl 36688 AgR, expressei meu posicionamento sobre a matéria de fundo, elaborando o conteúdo das obrigações decorrentes do princípio democrático na Constituição da República:

“Colhe-se, portanto, da Constituição e das leis acima transcritas a vocação do Conselho de servir à efetivação dos direitos da pessoa idosa, entre os quais a promoção da sua autonomia, integração e participação na sociedade. A ideia de autonomia compreende justamente a capacidade de autogestão, de forma que a composição paritária do Conselho lhe é inerente. Os Conselhos, afinal, como se extrai dos trechos grifados da decisão na ADI n. 6121-MC, são meios pelos quais o Parlamento opta por “promover, sob o influxo dos ares democráticos da Carta de 1988, a atuação dos diversos grupos representativos da sociedade civil organizada na tomada de decisões importantes da vida nacional”, consagrando a força normativa do princípio democrático da participação direta na gestão pública e possibilitando o “controle, pela sociedade, dos atos da Administração, considerada a influência da atuação popular na formulação das decisões políticas e na gestão da coisa pública, fornecendo-lhes a necessária legitimidade democrática.”

Se o Parlamento optou por criar um Conselho com essa especial vocação democrática e paritária, não pode o Poder Executivo

desvirtuá-la, no caso, ao determinar que o presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa terá o voto de qualidade nas deliberações (art. 6º, §4º, do Decreto n.º 9.893/2019), ao mesmo tempo em que prevê que o presidente será sempre o Secretário Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa (art. 3º, I), quando antes eram eleitos entre todos os seus membros” (Rcl 36688 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 06-11-2019 PUBLIC 07-11-2019).

Argumento análogo me parece estar inscrito na corrente jurisprudencial inaugurada com o julgamento da ADPF 622, de relatoria do e. Ministro Luís Roberto Barroso:

“Ementa: Direito da criança e do adolescente. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decreto nº 10.003/2019. Composição e funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda. Procedência parcial do pedido. 1. **Importância de evitar os riscos do constitucionalismo abusivo: prática que promove a interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação. Instrumento associado, na ordem internacional, ao retrocesso democrático e à violação a direitos fundamentais.** 2. **A estruturação da administração pública federal insere-se na competência discricionária do Chefe do Executivo federal. Entretanto, o exercício dessa competência encontra limites na Constituição e nas leis, e deve respeitá-las.** 3. As novas regras que disciplinam o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente - Conanda, a pretexto de regular, **frustram a participação das entidades da sociedade civil na formulação de políticas públicas** em favor de crianças e adolescentes e no controle da sua execução, como exigido pela Constituição. Tais regras contrariam norma constitucional expressa, que exige tal participação, e colocam em risco a proteção integral e prioritária da infância e da juventude (art. 227, caput e § 7º, e art. 204, II, CF). 4. Ação julgada parcialmente procedente. Tese: “É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos” (ADPF 622, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 20-05-2021 PUBLIC 21-05-2021).

Dado o risco de configuração disto que o e. Ministro Luís Roberto Barroso chamou de “constitucionalismo abusivo”, e da potencialidade de

violação do princípio de democratização dos processos decisórios com participação e controle social, considero que a norma deva ter ressalvada sua validade, suspendendo-se contudo a validade dos trechos em que a CNIC se torna instância meramente recursal.

2.5 Alteração na forma de indicação dos membros da CNIC

A impugnação referente à forma de composição dos membros da CNIC diz respeito, em verdade, à indicação dos membros da CNIC (art. 43 do Decreto nº 10.755/2021). Objeta-se a capitulação das áreas de onde deverão provir os membros da sociedade civil que comporão a Comissão. Consta igualmente da petição inicial impugnação à possibilidade de que pessoas externas à CNIC possam ser convidadas a assistir às reuniões, sem direito de voto, na condição de especialistas e representantes de outros órgãos:

“Art. 39. São membros da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura:

(...)

§ 8º O Presidente da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura poderá convidar especialistas e representantes de outros órgãos e entidades, públicos e privados, para participar de suas reuniões, sem direito a voto.

(...)

Art. 43. A indicação dos membros da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura a que se refere o inciso V do caput do art. 39 deverá contemplar as seguintes áreas:

I - Arte Sacra - conjunto formado por arquitetura, pintura, escultura, música, dança, teatro e literatura;

II - Belas Artes - conjunto formado por arquitetura, pintura, escultura, música, dança, teatro e literatura;

III - Arte Contemporânea - conjunto formado por arquitetura, pintura, escultura, música, dança, teatro e literatura;

IV - Audiovisual - refere-se ao conjunto de filmes, documentários e jogos eletrônicos;

V - Patrimônio Cultural Material e Imaterial; e

VI - Museus e Memória.”

Sem razão os Requerentes.

Como pode apontar no tópico 2.1 deste voto, o desenho institucional e a capitulação das diversas áreas da sociedade civil não são determinados pela

Constituição da República, que opera por simples designação principiológica. Neste caso, protege-se contra abusos que se tornem evidentemente contrários à teleologia das políticas públicas em questão, mas não se determina um contorno específico das instituições.

Logo, o art. 43 deveria demonstrar com alta certeza epistêmica o intuito de desviar-se das políticas públicas de cultura, o que é impossível deduzir, por ora, da simples leitura das categorias que emprega.

Ademais, a possibilidade de que pessoas externas à CNIC possam participar de suas reuniões, na condição de especialistas e representantes de outros órgãos da administração pública, não viola, *em juízo de deliberação*, a higidez das deliberações da Comissão. Isto se dá porque a norma não estende a estas pessoas direito de voto. Neste ponto, como afirmado anteriormente, eventuais ilicitudes devem ser apuradas a partir de casos concretos, não se podendo pressupor a má-fé do agente público.

Não identifico, portanto, o *fumus boni iuris*.

2.6 Regulamentação da Comissão do Fundo Nacional da Cultura

Os requerentes aduzem que o decreto sob invectiva também violaria o art. 216-A da CRFB ao adotar medidas centralizadoras na composição da Comissão do Fundo Nacional da Cultura. Cito o art. 15 do Decreto nº 10.755 /2021:

“Art. 15. A Comissão do Fundo Nacional da Cultura será composta:

I - pelo Secretário Especial de Cultura do Ministério do Turismo, que a presidirá;

II - pelos titulares das secretarias nacionais da Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo; e

IV - por um representante do Gabinete da Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo.

III - pelos presidentes das entidades vinculadas ao Ministério do Turismo, por meio da Secretaria Especial de Cultura; e

§ 1º Os membros da Comissão do Fundo Nacional da Cultura e os respectivos suplentes serão designados em ato do Secretário Especial de Cultura do Ministério do Turismo.

§ 2º A Secretaria-Executiva da Comissão do Fundo Nacional da Cultura será exercida pela Secretaria Nacional de Fomento e Incentivo à Cultura.

§ 3º A Comissão do Fundo Nacional da Cultura se reunirá, em caráter ordinário, mensalmente e, em caráter extraordinário, mediante convocação do seu Presidente.

§ 4º O quórum de reunião da Comissão do Fundo Nacional da Cultura é de maioria absoluta e o quórum de aprovação é de maioria simples.

§ 5º Na hipótese de empate, além do voto ordinário, o Presidente da Comissão do Fundo Nacional da Cultura terá o voto de qualidade.

§ 6º O Presidente da Comissão do Fundo Nacional da Cultura poderá convidar especialistas e representantes de outros órgãos e entidades, públicos e privados, para participar de suas reuniões, sem direito a voto.

§ 7º A Comissão do Fundo Nacional da Cultura, autorizada pelo seu presidente, poderá instituir grupos técnicos, com a finalidade de assessorá-la no exercício de suas competências, que:

I - serão instituídos e compostos na forma de ato do Presidente da Comissão do Fundo Nacional da Cultura;

II - serão compostos por, no máximo, cinco membros;

III - terão caráter temporário e duração não superior a um ano; e

IV - estarão limitados a, no máximo, três em operação simultânea.

§ 8º Os membros da Comissão do Fundo Nacional da Cultura e dos grupos técnicos que se encontrarem no Distrito Federal se reunirão presencialmente ou por videoconferência, nos termos do disposto no Decreto nº 10.416, de 7 de julho de 2020, e os membros que se encontrarem em outros entes federativos participarão da reunião por meio de videoconferência.

§ 9º A participação na Comissão do Fundo Nacional da Cultura e nos grupos técnicos será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.”

Em juízo de delibação, não é possível divisar violação ao arcabouço constitucional no fato de a Secretaria-Executiva da Comissão do Fundo Nacional da Cultura ser exercida pela Secretaria Nacional de Fomento e Incentivo à Cultura, uma vez que é mantida a estrutura pluralista quanto a sua composição.

Dos esguios argumentos colacionados à peça exordial, não há elementos, por ora, capazes de infirmar a constitucionalidade da composição e da atuação da Comissão do Fundo Nacional da Cultura.

2.7 Da violação ao pacto federativo

Alega-se que o Decreto nº 10.755/2021 teria inovado ilegitimamente na ordem jurídica ao criar obrigações não previstas em lei aos Estados e Municípios. Esta violação ocorreria nas disposições do art. 50, §3º do referido diploma:

“Art. 50. É obrigatória a inserção da logomarca do Governo federal, do Ministério do Turismo e da Secretaria Especial de Cultura, de acordo com o manual de uso de marca do Governo federal elaborado pela Secretaria Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações:

(...)

§ 3º A inauguração, o lançamento, a divulgação, a promoção e a distribuição dos itens descritos nos incisos I e II do caput, por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios, poderão ocorrer somente com a aprovação prévia da Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo.

A meu sentir, dois vetores principiológicos plenamente cristalizados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aplicam-se ao caso.

2.7.1 Da violação ao federalismo

Em primeiro lugar, o art. 50, §3º rompe com uma lógica de federalismo cooperativo baseada na autonomia dos entes menores, em especial quanto à presunção de legalidade dos atos por eles praticados. O plenário já acolheu, em diversas oportunidades, a tese de que a competência de Estados e Municípios deve ser afastada por regra de natureza legal, e que disponha de forma clara quanto à impossibilidade de atuação. A título meramente exemplificativo:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 8.169 DO RIO DE JANEIRO. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ARTIGO 24, V E VIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria. 2. **O federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária,**

adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (clear statement rule), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior. 3. A norma que gera obrigação de fornecer informações ao usuário sobre os prestadores de serviço insere-se no âmbito do direito do consumidor, nos termos do art. 24, V e VIII, da Constituição da República 4. A Lei 12.007, de 29 de julho de 2009, ao estabelecer as normas gerais sobre a emissão de declaração de quitação anual de débitos, introduziu regramento geral, entretanto, não afastou de forma clara (clear statement rule), a possibilidade de que os Estados, no exercício de sua atribuição concorrente estipulem outras obrigações. 5. A ANATEL, editou diversas resoluções regulamentadoras da matéria, cada uma para um determinado tipo de serviço, entre eles: Serviço Móvel Pessoal (SMP), Serviço Móvel Especializado (SME), Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e do Serviço de TV por Assinatura. Essas resoluções, por sua vez, também não afastam, de forma clara, a possibilidade de complementação por lei estadual. 7. A defesa do consumidor é princípio orientador da ordem econômica (art. 170, V, da CRFB). Aquele que anseia explorar atividade econômica e, portanto, figurar como agente econômico no mercado de consumo, deve zelar pela proteção do consumidor, que possui como parcela essencial o direito à informação. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI 6094, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 19-03-2020 PUBLIC 20-03-2020).

A toda evidência, esta posição não deve ser interpretada como a simples identificação de democracia e de federalismo com as espécies existentes de provincianismo ou paroquialismo político. Afinal, a Constituição é também um contraponto à captura do governo local por oligarquias lugareiras. Reside aqui precisamente a fonte material de competência dos demais entes federativos: podem a União, os Estados ou os Municípios atuarem em suas esferas autônomas, sem poder de supervisão, desde que favoreçam a realização de direitos constitucionalmente garantidos e que suas competências estejam previamente delimitadas. O federalismo torna-se, portanto, um instrumento de descentralização política não para simplesmente distribuir poder político, mas para realizar direitos fundamentais.

Assim, apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem a atuação autônoma dos entes menores, poder-se-á afastar a

presunção de validade jurídica de seus atos em prol de uma supervisão prévia da União.

A meu sentir, inexistente uma regra desta natureza a incidir sobre a hipótese fática aqui discutida. Nestes termos, o Decreto nº 10.755/2021 opera uma inversão indevida, na qual se presume a necessidade de tutela da União para que Estados e Municípios ajam de acordo com os parâmetros regulamentadores da política pública.

Ora, este tipo de tutela, no qual se veda todo tipo de inauguração sem aprovação prévia de lançamento, divulgação, promoção e distribuição, por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de programas e projetos culturais que receberam recursos do PRONAC, ignora que as vias negociais e judiciais poderão oferecer remédio *a posteriori* a violações pontuais.

2.7.2 Do risco de violação à proibição de censura

O segundo bloco principiológico a incidir sobre o caso diz respeito à proteção à liberdade de expressão e à manifestação de pensamento.

É conhecida a posição adotada por este Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 130, brilhantemente relatada pelo e. Ministro Ayres Britto. Retira-se daquele julgamento uma premissa que desborda a discussão sobre liberdade de imprensa, e aponta para um princípio ainda mais geral. Trata-se da chamada proibição da censura prévia.

Eis como a questão foi formulada naquele julgamento:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA.

(...)

2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E

COMUNICACIONAL. (...) O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. (...)

A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV)." (ADPF 130, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020)

Ainda que se argumente, como de fato o fizeram o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que a supervisão prévia do art. 50, §3º do Decreto vergastado é medida proporcional, visando à simples verificação da adequação dos produtos à diagramação e à identidade visual prescritas para a divulgação do PRONAC, é inegável existir, aqui, um risco excessivamente alto de ver tolhidos os projetos aprovados e já executados. Isto porque, sob a roupagem do controle técnico, institui-se, de fato, um

regime prévio de avaliação. A norma instaura, com efeito, uma perigosa hierarquização no plano da veiculação de ideias e de formas de expressão artísticas no espaço público.

Também por essa razão, o dispositivo me parece contrariar a ordem constitucional e existe risco inerente à demora na prestação jurisdicional.

3. Do dispositivo

Ante o exposto, voto pelo deferimento parcial da medida cautelar pleiteada para: i) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, VI do Decreto nº 10.755, de 26 de julho de 2021, a fim de assegurar o entendimento de que devem ser fomentadas as atividades culturais afirmativas visando à erradicação de todas as formas de discriminação e preconceito; ii) suspender a eficácia da expressão “recursal”, nos arts. 6º, §5º, 38, *caput*, e da expressão “os recursos apresentados contra decisões desfavoráveis à”, do art. 38, I, todos do Decreto nº 10.755/2021; iii) suspender a eficácia do art. 50, §3º do Decreto nº 10.755/2021.

Plenário Virtual - minuta de voto de 08/10/2021 00:00