

CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA - UNIALFA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

NEUTON GOMES DE ABREU JUNIOR

A PERSPECTIVA ECONÔMICA NA DECISÃO JUDICIAL DE SUSPENSÃO
DE SHOW MUSICAL CUSTEADO PELO ERÁRIO

GOIÂNIA - GO

2024

NEUTON GOMES DE ABREU JUNIOR

**A PERSPECTIVA ECONÔMICA NA DECISÃO JUDICIAL DE SUSPENSÃO
DE SHOW MUSICAL CUSTEADO PELO ERÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Farias – UNIALFA como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, sob orientação do Prof. Dr. Diógenes Faria Carvalho.

GOIÂNIA - GO

2024

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

A162p

Abreu Junior, Neuton Gomes de.

Perspectiva econômica na decisão judicial de suspensão de show musical custeado pelo erário. / Neuton Gomes de Abreu Junior. – 2024.

74 f.: 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Diógenes Faria Carvalho.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico, Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Goiânia, 2024.

1. Decisão judicial. 2. Suspensão de show musical. 3. Perspectiva econômica. 4. Constituição econômica. I. Carvalho, Diógenes Faria. II. UNIALFA. III. Título.

CDU: 347.95:347.78.033

NEUTON GOMES DE ABREU JUNIOR

**A PERSPECTIVA ECONÔMICA NA DECISÃO JUDICIAL DE SUSPENSÃO
DE SHOW MUSICAL CUSTEADO PELO ERÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito
Constitucional Econômico do Centro
Universitário Alves Farias – UNIALFA
como requisito parcial para a obtenção do
título de Mestre, sob orientação do Prof.
Dr. Diógenes Faria Carvalho.

Goiânia, 30 de setembro de 2024.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Diógenes Faria Carvalho – UNIALFA (Orientador)

Prof. Dr. – UNIALFA (Examinador Interno)

Prof. Dr. (Examinador Externo)

À Adriana Luiza

À minha filha Amanda Luiza.

Aos meus pais (Divina e Neuton).

Às minhas irmãs (Elienai, Fabíola e Alessandra).

AGRADECIMENTOS

À minha família por tudo o que vocês representam para mim.

À Polícia Civil e ao Governo do Estado do Amapá por terem permitido que a partir do segundo semestre letivo do curso eu estivesse em Goiânia e pudesse me dedicar integralmente as aulas e demais atividades do mestrado.

Ao Professor Doutor Diógenes Faria Carvalho pela atenção dispensada na orientação da presente dissertação.

À UNIALFA, corpo docente do mestrado, funcionários do quadro administrativo e aos colegas e amigos que fiz durante o curso.

*“O Direito não pode depender das visões particulares dos juízes,
ou dos desembargadores, ou dos ministros”*
“Se o Direito é a primeira vítima, a segunda é a democracia. É nessa ordem”.

Lenio Streck (Conjur, 2019)

RESUMO

Tem sido comum, presenciarmos no noticiário nacional, situações em que o Poder Judiciário é acionado, notadamente pelo Ministério Público, para suspender a realização de um determinado show musical custeado pelo Poder Público, principalmente de pequenos municípios do interior do Brasil. A intervenção do Judiciário, na maioria desses casos justificável, leva, por outro lado, a uma reflexão mais complexa que diz respeito ao papel desse poder no contexto jurídico atual e os limites que uma decisão judicial deve se ater para ser considerada legítima, isto é, como evitar que a discricionariedade do gestor público eleito seja substituída pela vontade de um julgador que não foi eleito para fazer escolhas de serviços públicos ou políticas públicas, sem, por sua vez, fechar os olhos para notórios casos de abusos e infringência a princípios básicos consagrados no texto constitucional, inclusive mandamentos de otimização de direitos. A presente pesquisa se propõe, utilizando-se de uma análise crítica de diversos autores, tanto da área jurídica como de outras áreas das ciências sociais, apresentar uma contribuição sobre quais parâmetros uma decisão judicial que suspende um show musical deveria observar para que seja considerada constitucionalmente correta, o que inclui abster-se de ser ativista. Nessa exploração, será verificada ainda quais direitos sociais um show musical pode contemplar e se aspectos econômicos devem ser levados em consideração pelo juiz ao proferir sua decisão, inclusive como isso deve ser feito para que não haja uma quebra da autonomia do Direito ao utilizar-se, por exemplo, uma análise de custos e benefícios que não é própria da ciência jurídica.

Palavras-Chaves: Decisão Judicial; Suspensão de Show Musical; Perspectiva Econômica; Constituição Econômica.

ABSTRACT

It has been common to see situations in the national news in which the Judiciary is called upon, notably by the Public Prosecutor's Office, to suspend the holding of a certain musical show funded by the Government, mainly in small municipalities in the interior of Brazil. The intervention of the Judiciary, in most of these cases justifiable, leads, on the other hand, to a more complex reflection regarding the role of this power in the current legal context and the limits that a judicial decision must adhere to in order to be considered legitimate, that is, how to prevent the discretion of the elected public manager from being replaced by the will of a judge who was not elected to make choices about public services or public policies, without, in turn, turning a blind eye to notorious cases of abuse and infringement of basic principles enshrined in the constitutional text, including mandates for the optimization of rights. This research aims to use a critical analysis of several authors, both from the legal field and from other areas of social sciences, to present a contribution on which parameters a court decision suspending a musical show should observe in order to be considered constitutionally correct, which includes refraining from being an activist. In this exploration, we will also verify which social rights a musical show can contemplate and whether economic aspects should be taken into consideration by the judge when issuing his decision, including how this should be done so that there is no breach of the autonomy of the Law by using, for example, a cost-benefit analysis that is not proper to legal science.

Keywords: Court Decision; Suspension of Musical Show; Economic Perspective; Economic Constitution.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACES

ADC	A Declaratria de Constitucionalidade
ADI	A Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	A Descumprimento de Preceito Fundamental
CF/88	Constitui Federal de 1988
DF	Distrito Federal
LINDB	Lei de Introdu  Normas do Direito Brasileiro
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
PNCP	Portal Nacional de Contratações Públicas
STF	Supremo Tribunal Federal
TJGO	Tribunal de Justiça de Goiás
TCU	Tribunal de Contas da Uni

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 CONSTITUCIONALISMO E PODER JUDICIÁRIO.....	8
1.1 Poder Judiciário no constitucionalismo moderno.....	9
1.2 Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo	11
2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS	14
2.1 A realização de shows musicais como uma política pública de promoção dos direitos sociais ao lazer e a cultura e de estímulo a geração de empregos e renda	18
2.2 Aspectos constitucionais e legais nas contratações diretas de shows musicais custeados pelo erário	25
3 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL	32
3.1 A judicialização como fenômeno contingencial.....	32
3.2 Ativismo e autocontenção judicial.....	34
4 JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL.....	40
4.1 Jurisdição constitucional.....	44
4.2 Hermenêutica jurídica constitucional.....	48
5. DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA	53
5.1 Decisão judicial constitucionalmente adequada no caso de suspensão de shows musicais.....	56
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

No dia 02 de fevereiro de 2024, o portal UOL veiculou notícia de que um show com o cantor sertanejo Gustavo Lima, que aconteceria no município de Campo Alegre de Lourdes, na Bahia, havia sido cancelado por determinação da justiça depois que o Ministério Público ajuizou uma ação contestando o alto valor do cachê que seria pago ao artista mencionado, a saber, R\$ 1,3 milhões que superava, por exemplo, todo orçamento anual da secretária de cultura do referido município¹.

Casos como esses, tem sido veiculado com certa frequência pela imprensa e, diante da patente irrazoabilidade de certos gastos que determinados entes públicos destinam a eventos musicais, parece plenamente compreensível que o Poder Judiciário, quando acionado, aja para afastar lesão aos cofres públicos ou prejuízo a coletividade que a despeito de receber um grande evento musical deixará de usufruir de outros bens ou direitos uma vez que os recursos públicos, como regra, são escassos e as demandas infinitas.

Por outro lado, afastada essas situações de notória falta de razoabilidade do gestor público, levando-se ainda em conta que a realização de shows musicais possa ser uma forma de proporcionar alguns direitos sociais e econômicos básicos garantidos na Constituição de 1988, tais como a cultura, o lazer, o turismo e a livre iniciativa ao fomentar a economia do local do evento, indaga-se até que ponto o Poder Judiciário pode interferir nas execuções dos serviços públicos ou políticas públicas desenvolvidos por outro poder, especialmente, o Poder Executivo que como regra é quem acaba promovendo esses eventos.

Mais precisamente, quais os parâmetros que devem balizar uma decisão judicial que realiza a suspensão de um show musical para que essa seja considerada constitucionalmente adequada. Isto é, que ao mesmo tempo não seja omissa ao não invalidar uma ilegalidade que coloque em risco a lisura dos gastos públicos e que, por outro lado, não seja uma decisão ativista que invada indevidamente a esfera de atuação de outro poder, muitas das vezes ancorada em argumentos à primeira vista louváveis, os quais, contudo, não se sustentam diante de uma crítica mais apurada.

¹ Show de Gustavo Lima é cancelado por determinação judicial. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/splash/noticias/2024/02/02/justica-determina-cancelamento-de-show-de-gustavo-lima-na-bahia.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2024.

Acreditamos que para responder essas indagações é de suma importância compreender o fenômeno da judicialização e seu efeito colateral, a saber, o ativismo judicial. Temas que estão bastantes em voga na atualidade nos círculos acadêmicos, notadamente, no meio jurídico.

Sobre eles, há quem não veja diferença, confunda os termos ou não saiba distingui-los corretamente. Contudo, para alguns, como Lenio Streck (2016), não há dúvidas: Judicialização é um fenômeno contingencial. Consequência de vários fatores que vão desde as transformações ocorridas na sociedade no século XX, ocasionadas tanto pelo avanço tecnológico bem como pelos movimentos culturais que afetaram e transformaram o comportamento das pessoas, trazendo inquietações, inconformismo e busca por satisfação pessoal, somado ao advento das constituições sociais, característica do constitucionalismo pós-guerra, que abandonando o estado legislativo de direito, típico do estado liberal, deu lugar ao estado judicial de direito, alargou o leque de direitos dos cidadãos e, por outro lado, as obrigações estatais de prestação ou implementação desses direitos.

Por outro lado, o ativismo judicial seria uma postura constitucionalmente inadequada e inaceitável de juízes e tribunais, pois traz embutida a vontade do julgador em prejuízo do debate político deteriorando a legitimidade do sistema jurídico e colocando em risco o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Na tentativa de chamar atenção para o problema do ativismo e apresentar uma solução a ele, Streck (2011) desenvolve, dentro do campo da jurisdição constitucional e da crítica hermenêutica do direito, uma teoria da decisão que serve de baliza para que juízes e tribunais construam decisões consideradas constitucionalmente adequadas, deixando de lado interpretações subjetivistas e contrárias ao direito, hodiernamente sustentadas pelo famigerado e arraigado livre convencimento e pelo pamprinciologismo².

Construída a partir de uma crítica a teoria da ponderação de valores de Robert Alexy e ao positivismo jurídico, enriquecida com as contribuições da filosofia hermenêutica de Heidegger, da hermenêutica filosófica de Gadamer e da teoria do direito

² Termo muito utilizado por Streck, em suas mais diversas publicações, inclusive de artigos em sítios na internet, no qual ele critica a profusão indiscriminada de supostos princípios jurídicos que são utilizados, posteriormente, para dar uma feição de racionalidade a decisões judiciais arbitrárias e ilegítimas. Cita-se, por exemplo, o princípio da proibição do atalhamento constitucional, da rotatividade, da felicidade e tanto outros. A consequência disso seria a fragilização do direito ao exigir que esse esteja a disposição para qualquer coisa. O pamprinciologismo seria um subproduto do neoconstitucionalismo.

de Ronald Dworkin que ressalta a responsabilidade política dos juízes, enxerga os princípios constitucionais como limites à discricionariedade do aplicador do direito e aspecto fundamental para evitar-se o ativismo judicial (STRECK, 2011).

Resta evidenciado que é necessário ao julgador se pautar por critérios de hermenêutica jurídica que ao mesmo tempo façam valer as aspirações constitucionais, mas que por outro lado, não transforme a democracia numa “juristocracia”, como salienta Streck³.

Nesse sentido, a pesquisa, analisando os autores explorados, buscará entender como deveria ser uma decisão judicial que, utilizando a hermenêutica jurídica, balizada na jurisdição constitucional, suspenda a realização de um show musical, sem ferir a separação dos poderes, notadamente a autonomia do agente político e ao mesmo tempo não impeça ou garanta a satisfação dos direitos sociais ao lazer, a cultura, a promoção do turismo, a criação de postos de trabalhos direta ou indiretamente relacionados com a realização dos shows e o incremento da economia local, que pode advir da execução desse tipo de evento.

Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida, notadamente, por intermédio de uma revisão da bibliografia especializada, em sua grande maioria, da área jurídica, buscando extrair as principais ideias relacionadas as temáticas analisadas, tais como: o constitucionalismo e sua evolução, a divisão de poderes e o papel do Poder Judiciário dentro do contexto histórico do constitucionalismo moderno e contemporâneo, a Constituição Brasileira de 1988 e os direitos fundamentais sociais, surgimento e evolução da jurisdição constitucional no mundo ocidental e no Brasil, função da hermenêutica jurídica e conduta do intérprete. Tudo com o objetivo de apresentar um ponto de vista com o auxílio dos autores pesquisados sobre o que entendemos ser uma decisão constitucionalmente adequada para os casos de suspensão de shows musicais.

Destaque-se que também foram feitas algumas incursões pelo texto constitucional e pela legislação infraconstitucional relacionados as temáticas abordadas e que requeriam ou importavam referida análise, como se dá no caso de saber quais os parâmetros legais e constitucionais que o gestor público deve se orientar na contratação de forma direta de

³ Termo utilizado por Streck em várias de suas publicações, inclusive em artigos de sítios da internet, no qual critica a noção arraigada de que a prestação jurisdicional seria ilimitada, isto é, esta poderia entregar qualquer coisa, mesmo que desrespeitando as regras democráticas que ocorreria, por exemplo, quando o julgador para justificar sua decisão utiliza pseudoprincípios para afastar a aplicação de leis votadas e aprovadas pelo Legislativo, numa clara afronta a regra majoritária.

um cantor ou uma banda musical, isto é, quais os requisitos para abdicar-se do processo licitatório regular.

O desenvolvimento do texto da dissertação dar-se-á da seguinte maneira.

No primeiro capítulo, será analisado o papel do judiciário frente a teoria da divisão dos poderes inicialmente proposta por Montesquieu. Como a atuação judicial ganha protagonismo com a evolução do constitucionalismo e as novas concepções na ciência do direito e na teoria política. Será visto que de uma postura neutra e acanhada, no Estado Liberal, chega-se a um crescente protagonismo judicial com as constituições do pós-guerra e a construção do Estado Democrático de Direito que no caso brasileiro tem como marco a Constituição de 1988.

Por sua vez, no segundo capítulo, analisara-se a questão dos direitos fundamentais sociais no contexto da Constituição de 1988, especialmente para verificar se a realização de shows musicais é uma forma de concretização dos direitos sociais ao lazer e a cultura ou, ainda, se essa política ajuda fomentar o turismo, a geração de empregos e a economia do local da realização do evento.

Posteriormente, no terceiro capítulo, será enfrentado a temática da judicialização, do ativismo judicial e seu antagonismo, a saber, a autocontenção judicial. Será apresentado o entendimento de vários autores sobre esses fenômenos e buscará analisar aspectos que demonstram que determinada decisão judicial foi ativista ou omissa e, portanto, constitucionalmente equivocada.

No capítulo quarto, será abordada a evolução da jurisdição constitucional, notadamente, a importância que ganha o controle de constitucionalidade com as constituições do pós segunda-guerra e a função da hermenêutica na busca pelo equilíbrio e integridade do sistema jurídico, dando especial atenção as especificidades do controle de constitucionalidade brasileiro.

Já no quinto capítulo, será também apresentada e analisada a teoria da decisão judicial desenvolvida por Lenio Streck. Bem como se refletirá como ela pode contribuir e de que forma, para os casos de decisões judiciais que realizam a suspensão de shows musicais custeados pelo erário.

Por fim, na conclusão, serão apresentados parâmetros, considerando o referencial teórico percorrido, de como deveria ser, uma decisão judicial tida como constitucionalmente adequada. Isto é, quais critérios o juiz deve se pautar para proferir uma decisão que suspenda (ou não) a realização de um show musical que ao mesmo tempo não deixe de respeitar e ou aplicar os preceitos constitucionais e legais atinentes a

questão em debate e peque pela omissão, porém, por outro lado, não incorra num ativismo, tornando-a antidemocrática, incrementadora de crise de legitimidade do Poder Judiciário, contribuindo, numa última análise, para a corrosão do próprio estado democrático de direito.

1 CONSTITUCIONALISMO E PODER JUDICIÁRIO

É notório o protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário na sociedade atual. Ele é acionado para intervir nas mais diversas situações das relações humanas, desde as mais simples as mais complexas. Seja para preservar a honra de um particular anônimo ou para evitar o ataque a ordem democrática ou a preservação da moralidade pública que ocorre, por exemplo, quando recursos públicos são aplicados indevidamente em shows musicais.

Contudo, nem sempre foi tida como “normal” essa proeminência do Judiciário e, para entendê-la, é preciso percorrer, ainda que minimamente, o desenvolvimento do constitucionalismo no mundo ocidental desde seu ressurgimento na idade moderna até nossos dias e como o papel dos juízes e tribunais vai ganhando feições distintas com essa evolução.

O constitucionalismo, que traz ínsita a ideia de limitação ao poder e supremacia da lei (BERCOVICI, 2004)⁴, surge na antiguidade clássica, mais precisamente em Atenas, na Grécia, nos séculos V e VI a.c. Perpassa pela Roma antiga e, com a queda da República e o início do Império Romano, no começo da era cristã, eclipsa por mais de mil anos, até ressurgir, já na idade moderna, no Reino Unido, ao longo do século XVII, durante um período de grande inquietação institucional, por lá, por conta das disputas pelo poder entre a monarquia absolutista e a aristocracia parlamentar (BARROSO, 2020).

Posteriormente, as revoluções liberais do século XVII e XVIII sedimentaram a ascensão do Estado Liberal e, conseqüentemente, a solidificação do constitucionalismo moderno que tiveram seus exemplos mais marcantes na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França (BARROSO, 2020).

Nesse sentido, verifica-se que o constitucionalismo na sua concepção moderna, no mundo ocidental, é um fenômeno relativamente recente. Particularmente, o termo constitucionalismo, intrinsecamente ligado aos movimentos revolucionários francês e norte americano, possui pouco mais de duzentos anos.

⁴ Gilberto Bercovici, sobre a abrangência do texto constitucional durante o desenvolvimento do constitucionalismo, salienta que no liberalismo desempenha a função de restringir tanto o poder do monarca quanto os abusos da soberania popular, constituindo-se num documento para o Estado. Em meados do século XIX, está mais voltada a definir os órgãos estatais e suas atribuições e estabelecer as liberdades civis básicas. Sob a influência da Constituição de Weimar (1919), forja-se como “regime político-social do país”. Por fim, no período pós Segunda Guerra Mundial assume um “caráter dinâmico” cuidando tanto da organização do Estado, da garantia dos direitos e liberdades individuais quanto estimulando a busca por transformações sociais (BERCOVICI, 2004).

No século XX, principalmente após a segunda metade, o constitucionalismo atinge a robustez e os contornos jusfilósofos atinentes as concepções atuais em que as discussões, entre outras preocupações, tentam encontrar um ponto de equilíbrio entre as noções de soberania popular e direitos fundamentais, isto é, como conciliar “governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade” (BARROSO, 2020, p. 66).

Isto é, em que pese o constitucionalismo tenha mantido seu eixo principal, seu objeto foi alvo de outras leituras. Uma dessas releituras ocorridas se deu em relação a atribuição do Poder Judiciário dentro do estado de direito.

A seguir, faz-se uma abordagem das circunstâncias que levaram uma ressignificação da função judicial durante esses poucos mais de duzentos anos do ressurgimento do constitucionalismo.

1.1 Poder Judiciário no constitucionalismo moderno

Em que pese não tenha sido o primeiro a discorrer sobre o princípio da separação dos poderes ou das funções do Estado⁵, foi Montesquieu (2011), com o seu *Espírito das Leis* de 1748, quem primeiramente desenvolveu uma teoria que propunha de forma sistemática a divisão de poder atrelada a garantia da liberdade individual.

“Existem em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2011, p. 255).

Vivendo no período do Iluminismo, Montesquieu discorrendo sobre as formas de governo, divisão de poderes e autoridade política, chegou à conclusão que era imprescindível, embora o poder fosse uno e indivisível, que o poder controlasse a si mesmo.

“[...] todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar do mesmo; e assim irá seguindo até que encontre algum limite. E, quem o diria, até a própria virtude precisa de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder

⁵ José Afonso da Silva, por exemplo, aponta Aristóteles e John Locke como os primeiros pensadores que conceberam uma forma de limitação do poder (SILVA, 2013)

refreie o poder.” (MONTESQUIEU, 2011, p. 254).

Na verdade, Montesquieu tinha com sua teoria muito mais a intenção de evitar o arbítrio do rei ou despotismo do monarca do que construir “um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências” (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 14).

Embora haja uma relação entre a distinção das funções do poder com a divisão ou separação de poderes, elas não se confundem. Pois, o poder é uno e indivisível, mas dividido em três funções, a saber, a legislativa, a executiva e a judiciária, representadas, respectivamente pelo parlamento, governo e juízes, num sistema de freios e contrapesos onde se busca equilibrar o poder político de cada esfera de poder evitando-se que um invada a área de atuação do outro (SILVA, 2013).

Se por um lado, essa divisão de funções, mesmo com Montesquieu, não foi pensada de forma absoluta ou de maneira estanque, por outro, analisando o retrospecto histórico do desenvolvimento do princípio da separação dos poderes, percebe-se que o Poder Judiciário, na visão clássica, tinha um papel apenas de coadjuvante em relação aos demais poderes, isto é, era um poder sem capacidade para impor limites aos demais.

Montesquieu, por exemplo, entendia que os juízes deveriam simplesmente reproduzir as palavras da lei, afastando-se de desenvolver juízos de valor, aptidão essa que caberia somente ao legislador. “Dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é de algum modo nulo. Restam portanto dois;” (MONTESQUIEU, 2011, p. 260).

Essa concepção do judiciário como um poder neutro vinha a calhar com a característica do “estado de direito burguês”, desenvolvido no século XIX, fundamentado no positivismo jurídico e tinha como intenção destacar a “importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções”, pois somente a lei aprovada pelo parlamento poderia impor obrigações (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 15).

O juiz, nesse modelo de estado, é um mero aplicador da lei (subsunção do fato à norma) e devia manter um distanciamento das partes e não se preocupar com as consequências de sua decisão desde que fizesse a lei ser cumprida e consequentemente a segurança jurídica fosse mantida (FERRAZ JUNIOR, 1994).

A lei, nessa concepção idealizada do direito, é vista como resultado de uma razão superior e o sistema jurídico é concebido como algo “completo e autossuficiente”. As lacunas que porventura surgissem deveriam ser solucionadas por mecanismos do próprio

sistema, a saber, os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito. Por isso, a postura ideal do juiz tida como mera boca da lei (BARROSO, 2020, p. 235).

Barroso (2020, p. 235) sintetiza, assim, as principais peculiaridades da ciência jurídica “na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete.” O direito era concebido como algo formal e que deveria seguir um rígido rito de estrita obediência ao desejo do legislador e, conseqüentemente de íntimo acato a literalidade do texto legal. O judiciário tinha que se mover com discrição, pois era visto com desconfiança.

1.2 Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo

Contudo, o acentuamento das desigualdades intensificadas com a revolução dos meios de produção, os avanços tecnológicos ocorridos no pós-guerra, dentre outros fatores que levaram ao surgimento do Estado Social, acabou por alterar alguns dos dogmas do estado de direito, entre eles a concepção de separação do Estado e sociedade, bem como a ideia de igualdade que passa a significar ter igualdade de acesso a direitos e não apenas igualdade perante a lei (FERRAZ JUNIOR, 1994).

Dessa forma, o estado legislativo de direito, fruto das revoluções liberais, ganha contornos e converte-se em estado judicial de direito com uma proeminência cada vez maior dos juízes e tribunais. Agora não cabe aos juízes apenas realizar a subsunção do fato à norma jurídica, mas também verificar se o legislador ao elaborar a lei levou em consideração a concretização dos objetivos aspirados pelo poder constituinte originário, isto é, o juiz abandona sua postura de neutralidade e passa a exercer funções que antes estavam resguardadas ao Legislativo e ao Executivo, conforme a clássica divisão dos poderes.

Essa mudança de postura será verificada mais intensamente ainda em constituições dirigentes como a nossa de 1988 que, aliás, como Streck sustenta vai além do Estado Social⁶, pois objetiva construir um Estado Democrático de Direito que tem como característica primordial a realização dos direitos fundamentais e sociais (STRECK, 2003, p. 260).

⁶ Segundo ele: “é um plus normativo em relação ao paradigma promovedor do Welfare State” (STRECK, 2003).

Essas constituições, fruto do constitucionalismo pós-guerra, foram profundamente influenciadas pelas mudanças de paradigmas ocorridas na teoria do Estado e da Constituição cujo cerne é a defesa irrestrita da democracia conjugada com a concretização dos direitos fundamentais-sociais, assumindo a constituição uma função de transformação da realidade existente (STRECK, 2003).

Nessa nova feição constitucional, ganha destaque o protagonismo do Poder Judiciário. Streck resume como o centro da decisão política foi se alterando diante da mudança do Estado Liberal para o Estado Social e, por fim, desse para o chamado Estado Democrático de Direito:

“no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário” (STRECK, 2004, p. 55).

Para Sarlet (2001, p. 3) que define o estado resultante do constitucionalismo contemporâneo como “Estado Social de Direito”, pouco importa como esse é nomeado pelos mais distintos autores. Seja, Estado Social ou Estado Providência, Estado de Bem-Estar Social, Estado Social e Democrático de Direito, o importante é saber que ele além de garantir limites ao arbítrio estatal ele também apresenta um determinado grau de intervenção estatal na ordem econômica e objetiva assegurar as pessoas um mínimo de igualdade material mediante a execução de medidas que visam a justiça social.

Por outro lado, de certa forma, a exacerbação das funções do judiciário denota o fracasso do Estado Social de Direito ao não conseguir promover as promessas de melhoria e justiça social constante no texto constitucional. Obrigando que as pessoas tenham que demandar judicialmente suas legítimas pretensões.

Ademais, a reintrodução de ideologias econômicas de austeridade fiscal, notadamente as de cunho neoliberal que cobram menor intervenção estatal na economia e mais liberdade para a livre iniciativa, diga-se, menos amarras para o capital financeiro brilhar, só pioram o quadro socioeconômico.

A falta de eficácia dos direitos fundamentais acaba por produzir uma crescente descrença da sociedade em relação a esses que passa a não enxergar efetividade concreta das aspirações constitucionais (SARLET, 2001).

Bercovici (2009), nesse sentido, analisando o cenário jurídico inaugurado com a constituição de 1988, no contexto da ordem econômica, apontou que se verifica uma forte normatização do direito econômico social, contudo, permeada de crescentes interpretações da doutrina e da jurisprudência no sentido de minar a eficácia das normas em debate dando a elas caráter ou natureza de normas programáticas ou de eficácia limitada dependente de regulação. Assiste-se ainda à formulação de uma legislação infraconstitucional que quando não se desvia dos objetivos do modelo consagrado no texto constitucional para a ordem econômica social, limitam o alcance desses, perfazendo dessa forma um diálogo entre atores ausentes, ou seja, ora não se encontra presente o Estado ora se faz ausente no diálogo a constituição.

Pelo exposto, percebe-se que apenas a inclusão dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional e nas leis infraconstitucionais, não é suficiente para que a realidade concreta seja alterada. É necessário, num país de graves distorções sociais, criar mecanismo que busquem a igualdade material entre as pessoas para que essas possam melhorar de vida e terem o mínimo de existência digna. Nesse sentido, as políticas públicas são ferramentas indispensáveis para isso e, portanto, devem ser instrumentalizadas (RAMOS, 2020).

O fracasso das políticas sociais do Estado Social de Direito é, também, “uma crise da sociedade” e, mais ainda, da própria democracia que se vê questionada, com ataques e descrédito progressivo das suas instituições pelo crescente descontentamento dos cidadãos (SARLET, 2001, p. 4).

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS

A constituição brasileira de 1988 consolida a restauração da democracia no Brasil e inaugura um novo paradigma de estado. Pautado no respeito as diferenças, sejam elas de cunho políticas, de pensamento ou religiosa, entre outras, elege a busca pela justiça social e a implementação dos direitos sociais fundamentais como objetivos a serem perseguidos, dando nova formatação aos principais atores políticos e jurídicos, principalmente àqueles diretamente envolvidos na organização, execução e fiscalização das políticas públicas, para que atuem no sentido de fazer valer a almejada democracia social.

Exemplo disso, é a nova configuração que foi imprimida ao Ministério Público e o papel de destaque dado as Defensorias Públicas na promoção de acesso à justiça das pessoas de baixa renda e ou hipossuficientes.

Nesse ponto, importante destacar os direitos fundamentais, notadamente, os direitos fundamentais sociais em cujo bojo situam-se o direito ao lazer e o direito a cultura, os quais entendemos serem contemplados com a realização de shows musicais.

Os direitos fundamentais sociais, resultado da internalização dos direitos humanos no ordenamento jurídico, são tidos como aqueles direitos que por conta de seu “conteúdo e importância” foram alocados no texto constitucional ou, mesmo que não estejam no texto constitucional, mas pelo seu “objeto e significado”, foram equiparados a esses, em consequência da previsão expressa no art. 5º, § 2º, da CF⁷, isto é, são decorrentes do regime e dos princípios da própria constituição ou dos tratados internacionais aderidos pelo Brasil (SARLET, 2001, p. 11).

Lembrando que, conforme o § 3º, do art. 5º, da CF⁸, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos e, por três quintos dos votos, adquirirão status de norma constitucional.

Decorrentes de uma longa maturação histórica, que passa pela influência do cristianismo com sua ideia de homem criado à imagem e semelhança de Deus e, portanto, merecedor de tratamento digno, ganha forma com as teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII, materialização inicial com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776

⁷ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

(Bill of Rights) e a Declaração francesa de 1789 (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) e, posteriormente, novos contornos com a ascensão do Estado Social e as constituições da segunda metade século XX, os direitos fundamentais são divididos classicamente em duas espécies principais, a saber, os direitos de defesa ou direitos de liberdade e os direitos de prestações ou direitos cívicos (MENDES; BRANCO, 2022).

Enquanto os primeiros remontam as constituições liberais americana e francesa, no século XVIII, os segundos têm nas constituições mexicana de 1917, e na alemã de Weimar de 1919, seu berço mais simbólico (BARROSO, 2020).

Assim, ao passo que parte desses direitos correspondem a um direito de liberdade em relação ao Estado, isto é, exigem uma abstenção de violação, um dever de não intromissão ou interferência, fazendo com que a doutrina os intitule como direitos de defesa, parte deles, por sua vez, exigem uma ação estatal e, por isso, chamados de direitos de prestação ou cívicos (SARLET, 2001).

Apesar dessa distinção, vale destacar que ainda que subsidiariamente, direitos de defesa manifestam características de direitos de prestação, ou sejam, eles se complementam no momento da materialização. Por exemplo, “O direito à vida traz como consectário o direito a que o Estado proteja a vida contra ofensas de terceiros” (MENDES; BRANCO, 2022, p. 289).

Considerando a sua natureza, as normas que consagram direitos de defesa são autoexecutáveis, mesmo que apresentem expressões vagas e/ou abertas, especialmente por conta do previsto no §1º, do art. 5º, da CF/88⁹. Segundo Branco (2022, p. 268), a intenção desse dispositivo constitucional é destacar que “as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático [...] é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário”.

Além do mais, todas as normas constitucionais que conferem direitos fundamentais e sociais são dotadas de eficácia e gozam de superioridade hierárquica dentro do sistema jurídico nacional, possuindo ainda posição de centralidade dentro do sistema constitucional pátrio (BARCELOS, 2006). Assim, a restrição eventual de um direito fundamental pode até ocorrer, contudo, somente mediante reserva legal e observada a devida razoabilidade e proporcionalidade (SILVA, 2014).

Por conseguinte, pela teoria dos limites dos limites, originária do direito alemão, concebe-se que a eventual restrição a um direito fundamental jamais poderá violar ou

⁹ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

esvaziar seu núcleo essencial, sendo esse subentendido como decorrente “do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”. A vedação contida no art. 60, §4º, IV, da CF/88¹⁰ seria um exemplo da existência, no direito constitucional brasileiro, da “ideia de um limite do limite” dirigida ao legislador ordinário (MENDES; BRANCO, 2022, p. 366).

Neste sentido, a discricionariedade do legislador está subordinada a ideia de liberdade com responsabilidade que, se por um lado, proíbe o excesso, por outro, também, veda a proteção insuficiente (MENDES; BRANCO, 2022).

Os direitos fundamentais ainda, devido a sua capilaridade, comportam duas dimensões, a saber, uma dimensão subjetiva e outra objetiva. A primeira, diz respeito ao aspecto subjetivo do direito em si que pode ser reclamado por seu titular de quem deve disponibilizá-lo, inclusive judicialmente. Já a dimensão objetiva é a constatação de sua eficácia irradiante para todo o ordenamento jurídico, ou seja, os direitos fundamentais transcendem a perspectiva do aspecto individual do titular do direito espalhando para todo o ordenamento jurídico, influenciando a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais em todos os ramos do direito (MENDES; BRANCO, 2022).

Eles também guardam uma relação de eficácia vertical em face do poder público, e outra de eficácia horizontal que é a incidência deles nas relações entre particulares, independentemente de qualquer mediação legislativa (BARROSO, 2021).

Contudo, em que pese o contido no §1º, do art. 5º, da CF/88, quanto aos direitos fundamentais que exigem uma prestação para sua implementação, em regra, por serem consideradas normas de eficácia condicionada, na classificação de José Afonso da Silva (1982), eles dependem para definitiva efetivação da atuação complementar do legislador. Isso acontece porque existem normas que pela sua natureza não são autoaplicáveis como, por exemplo, as normas que conferem direito a saúde, a educação, ao trabalho e ao lazer (MENDES; BRANCO, 2022).

Dessa forma, os serviços e as políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de boa parte dos direitos sociais. Seja por intermédio do legislador dando definição ao conteúdo que vai dar concretude a esses direitos, escolhendo as prioridades ou validando escolhas do executivo.

¹⁰ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Sarlet (2001) analisando a questão da eficácia jurídica e efetividade (eficácia social) das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais salienta que, considerando o preconizado no §1º, do art. 5º, não há como negar aplicabilidade imediata a todas as normas constantes dos arts. 5º a 17 da CF/88, bem como a todas as outras normas da constituição que porventura versam sobre direitos fundamentais independentemente do local onde estejam no texto constitucional ou mesmo ainda em tratados internacionais.

Contudo, admite que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, “ainda que aplicável a todos os direitos fundamentais, não o poderá ser da mesma forma” para todos eles, notadamente em relação àquelas normas que estabelecem direitos sociais em sentido estrito ou de cunho prestacional (positivo). Nesse sentido, a melhor forma de entender referida norma constitucional é tendo-a como de “natureza principiológica”, a saber, “uma espécie de mandado de otimização (maximização)”, exigindo de todos os atores a obrigação de darem, diante do caso concreto, a qualquer das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais, seja de que natureza ela for, “a maior eficácia possível” (SARLET, 2001, p. 28-29).

Alguns autores ainda apontam um terceiro grupo de direitos fundamentais, a saber, os direitos de participação que seriam aqueles relacionados aos direitos políticos, constante do capítulo IV, do título II, da CF/88 (art. 14 e seguintes). Porém, isso não é acolhido, por exemplo, por Canotilho (2004), Alexy (2008) e Sarlet (2001). Entretanto, mesmo os que não sustentam a existência autônoma desse terceiro grupo de direitos fundamentais, não refutam que os direitos desse grupo contenham aspectos relativos tanto aos direitos de defesa quanto aos direitos de prestação (MENDES; BRANCO, 2022).

Por sua vez, autores como Ingo Sarlet (2001, p. 18), salientam que os direitos fundamentais a prestações, em seu sentido amplo, não se resumem apenas aos direitos que necessitam de uma prestação material do Estado, ou seja, aqueles que exigem uma atuação positiva do Estado. Isto porque, “nem todos os direitos a prestações são direitos sociais”, sendo que exemplo disso são os direitos dos trabalhadores, constantes nos artigos 7º a 11 da constituição.

Dessa forma, os direitos sociais seriam espécie (direitos a prestações em sentido estrito) de um grupo mais abrangente que seriam os direitos prestacionais em sentido amplo que além dos direitos sociais também contempla os direitos sociais de cunho negativo (SARLET, 2001).

Nessa categoria (direitos sociais de cunho negativo), Sarlet menciona, por exemplo, o direito de greve (art. 9º, CF), o direito à liberdade de associação sindical (art. 8º, CF) e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas (art. 7º, XXXI e XXXII, CF). Todos apontados por Sarlet como autênticos direitos de defesa ou na concepção dos quatro status de Jellinek, tidos como direitos ligados ao “status negativus socialis” ou “status socialis libertatis” (SARLET, 2001, p. 18-19).

2.1 A realização de shows musicais como uma política pública de promoção dos direitos sociais ao lazer e a cultura e de estímulo a geração de empregos e renda

Como visto no tópico anterior, os direitos sociais, onde se encontram o direito ao lazer e o direito a cultura, em regra, inserem-se naquele contexto dos direitos fundamentais que exigem do poder público uma obrigação de fazer ou de dar algo.

Viu-se ainda, que eles são indispensáveis para concretamente atenuar as desigualdades existentes na sociedade, percebidas pelo constituinte originário quando da elaboração da carta magna e que devem ser atacadas pelo poder público, sob pena de esvaziamento do texto constitucional e consequentemente descrédito nas instituições e poderes constituídos o que invariavelmente resvalaria na estabilidade político institucional gerando crise de confiança no regime democrático.

Também, destacou-se que muitos desses direitos não apresentam condições, da forma como foram previstos no texto constitucional ou por conta da sua natureza, de serem efetivados sem que haja uma intermediação do legislador e dos demais atores públicos.

Contudo, isso não quer dizer que as normas constitucionais que proclamam direitos sociais sejam desprovidas de qualquer eficácia. Primeiro, porque elas servem de baliza para o controle de constitucionalidade quando em confronto com medidas que as venham restringir. Segundo, porque elas revogam normas que as antecederam e que sejam conflitantes com elas. Terceiro, porque elas servem de paradigma hermenêutico para outras normas do ordenamento jurídico que tenham com elas relação temática (MENDES; BRANCO, 2022).

Sobre a possibilidade de controle judicial das escolhas feitas pelo legislador e pelo administrador público, em relação aos direitos sociais, entende-se que esse pode acontecer, contudo, deve ser de maneira comedida e, geralmente, quando se trata de

inconstitucionalidade pela falta de disponibilização do direito pelo poder público (MENDES; BRANCO, 2022).

Há vários exemplos da intervenção do Poder Judiciário obrigando o poder público adotar medidas para garantir o direito à educação infantil (creches e pré-escolas), à saúde, entre outros direitos sociais.

Os direitos sociais vêm sendo expressamente previsto em nossas cartas constitucionais desde a Constituição de 1934 e, desde então, até a Constituição de 1988, vinha consignado em capítulo específico juntamente com a ordem econômica (Ordem Econômica e Social). Contudo, a Constituição de 1988 não somente ampliou o rol desses direitos como também os incluíram em capítulo autônomo, dentro do título dos direitos e garantias fundamentais.

Isto é, verifica-se que diferentemente das outras constituições anteriores que traziam os direitos sociais no título da ordem econômica, a constituição vigente conferem a esses a categoria de direitos fundamentais, isso porque ela não faz diferenciação entre os direitos previstos no capítulo I do título II (dos direitos e deveres individuais e coletivos, art. 5º) e os consignados no capítulo II do título II (dos direitos sociais, art. 6º), ambos sendo espécies dos direitos e garantias fundamentais (MENDES; BRANCO, 2022). Isso é um dos “méritos” da Constituição de 1988 (SARLET, 2001, p. 17).

O art. 6º da Constituição¹¹ aponta os direitos sociais, contudo, eles não se esgotam aí e são vistos em outros pontos do texto constitucional. Por exemplo, o direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário (art. 17, §º, CF) e o direito de acesso à justiça e a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, XXXV e LXXIV, CF) (SARLET, 2001).

A cultura, ainda que não constante do rol do art. 6º, também é compreendida como um direito social. Aliás, em que pese já ter previsão no texto constitucional em seção própria (arts. 215 a 216-A), a inclusão do direito a cultura no rol dos direitos sociais do art. 6º é alvo de proposta de emenda constitucional¹².

Conceituar cultura não é uma tarefa fácil. Notadamente porque, sua definição dificilmente conseguirá contemplar as mais diversas representações, situações e

¹¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹² Trata-se da PEC 2/23 que foi proposta por um grupo de deputados encabeçados pela Deputada Federal Laura Carneiro (PSD/RJ). A proposta já recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara (CCJC) e está no momento com a Mesa Diretora da Casa. Conforme se verifica em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2350490>>.

manifestações da identidade humana existentes em vários contextos e lugares, isto é, cultura diz respeito a algo fundamentalmente amplo e plural (TILIO, 2009).

Os autores costumam utilizar o termo culturas ao invés de cultura ao abordar o assunto. Nesse sentido, teríamos culturas nacionais, regionais, familiares, educacionais, religiosas, profissionais, institucionais, entre outras. As quais são manifestadas por intermédio de múltiplas maneiras especialmente por meio de produções artísticas e intelectuais (TILIO, 2009).

De qualquer forma, a música é vista como uma das formas mais interessantes e antigas de manifestação da cultura, notadamente, da cultura popular, sendo que uma de suas maneiras de demonstração se dá, especialmente nos tempos atuais, através dos shows musicais (ANDRADE, 2007).

É bem verdade, que a música foi apropriada pela indústria cultural capitalista que a tornou, em boa medida, refém tanto da exploração econômica como objeto do interesse dos grupos dominantes, como se verifica em instigante vídeo artigo sobre a história do Rock and Roll. Gênero musical que surgiu, no final da década de 1940, nos EUA, oriundo de uma mescla de vários estilos musicais, notadamente da cultura negra e que foi progressivamente sendo apossado pelos brancos¹³.

Por sua vez, alguns dos possíveis significados para a palavra lazer, segundo o dicionário Michaelis são distração, entretenimento ou recreação¹⁴.

Como visto, um dos sinônimos de lazer é entretenimento que está, por sua vez, notadamente quando se observa a evolução do referido termo na língua inglesa, relacionado a espetáculo, mostra ou apresentação pública (TRIGO, 2003).

Isso denota que uma das acepções do lazer, notadamente, na sociedade moderna, está ligada a ideia de exibir ou apresentar algo para um público. Algo que tem muito a ver com a realização de shows musicais.

A Revolução Industrial foi o marco paradigmático no entendimento do lazer como um domínio autônomo da vida social do ser humano. Foi a partir dela que se estabeleceu uma diferenciação acentuada na vida das pessoas entre o que era momento em família, em comunidade e aqueles relacionado a atividade profissional (GUTIERREZ, 2001).

¹³ Canal do Normose no Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=flo0_pi_z80>.

¹⁴ “1 Descanso ou pausa no trabalho ou em uma atividade; folga, ócio, repouso [...] 2 Diversão ou ocupação que se escolhe para os momentos de tempo livre; distração, entretenimento, recreação: Dedicar seus fins de semana ao lazer cultural.” (DICIONÁRIO MICHAELIS. Comunicação On-line, 2024).

É bem verdade que com o avanço do capitalismo e a criação da chamada indústria do entretenimento a ideia de lazer ganha novos contornos. Fato que levou muitos autores da sociologia a tecerem críticas sobre a instrumentalização do lazer em benefício do próprio sistema capitalista ou ainda da concepção ideológica de um grupo dominante.

Adorno e Horkheimer filiados a denominada Escola de Frankfurt de nítida orientação marxista, entendem que a indústria do entretenimento utiliza dos momentos de lazer para realizar uma dominação do pensamento das massas, mesmo que isso ocorra de forma inconsciente (HORKHEIMER; ADORNO, 1985).

Também, pensadores de orientação liberal como Guy Debord tecem críticas ao que definem como sociedade do espetáculo e a espetacularização da informação e da própria cultura (TRIGO, 2003).

De qualquer forma, em que pese as diferenças de abordagem, as críticas realizadas por distintas óticas possuem um ponto em comum, caminham no sentido de refutar a instrumentalização ideológica do entretenimento como forma de dominação e manutenção da conjuntura político-social dominante em determinado tempo e determinada sociedade.

O direito ao lazer e o direito a cultura como visto, não se confundem, ou seja, são coisas distintas, contudo, as diversas formas de manifestações culturais podem ser boas fontes de lazer, a exemplo, da realização de shows musicais.

O lazer e a cultura são amplamente resguardados pelas mais diversas legislações desde a própria Constituição de 1988 até as leis infraconstitucionais, como também no plano internacional, seja direta ou indiretamente.

Vale mencionar, no plano internacional, quanto ao direito a cultura, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (Paris, 1972) a Convenção Para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (Paris, 2003). Na legislação interna, a Lei nº 12.343/2010 (Institui o Plano Nacional de Cultura e cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais), as Leis Aldir Blanc (leis nº 14.017/2020 e nº 14.339/2022), a Lei Rouanet (lei nº 8.313/1991) e a Lei Paulo Gustavo (Lei Complementar nº 195/2022).

O direito ao lazer, por sua vez, também é consagrado por vários dispositivos constitucionais e legais. Na Constituição há menções a ele, além do previsto no art. 6º, no art. 217, § 3º e no art. 227. Na legislação infraconstitucional podemos citar menções ao

direito no Estatuto do Idoso (art. 3º e art. 20), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º e art. 59) e no Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 8º e art. 42).

Aspecto importante, diante de tudo que foi visto, é saber se a realização de shows musicais pelo poder público pode ser considerado um serviço público que visa contemplar os direitos sociais ao lazer e a cultura.

Segundo Aragão (2017), serviço público é mais fácil ser explicado por meio de noções que são historicamente mais homogêneas e dinâmicas do que por meio de conceitos que são pouco maleáveis e mais rígidos. Contudo, depois de analisar as várias concepções doutrinárias de serviços públicos¹⁵ e tecer comentários sobre os méritos e deméritos de cada uma delas, com base no direito positivo brasileiro, notadamente na Constituição de 1988, e filiando-se a aceção restrita, conceitua serviço público como:

“[...] serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.”
(ARAGÃO, 2017, p. 4725)

Como se infere do conceito supra, serviços públicos estão relacionados a prestações que o Estado está incumbido, pela Constituição e pelas leis, de conferir aos titulares desses direitos, sendo esses tanto pessoas individualizadas como também uma coletividade.

Considerando tudo que foi exposto, verifica-se que a realização de shows musicais pode ser perfeitamente enquadrada como um serviço público, pois contempla os direitos sociais ao lazer e a cultura amplamente conferidos pelos mais diversos dispositivos e princípios legais e constitucionais.

Por outro lado, verifica-se que é perfeitamente defensável a ideia de que a realização de shows musicais seja, também, tomada como uma política pública de promoção dos citados direitos sociais. Nesse caso, estaríamos diante de uma ação governamental mais complexa e que visa contemplar a satisfação do lazer e da cultura, não apenas de forma eventual, mas como algo mais perene.

¹⁵ Concepção amplíssima, concepção ampla, concepção restrita e concepção restritíssima.

Isso porque, políticas públicas abarca uma ideia que vai muito além de um simples plano ou programa de governo e que implica um processo de escolha e formas para sua efetivação. Na definição de Dallari são:

“programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, Maria Paula Dallari, 2002, p. 241).

Souza salienta que a liberdade do gestor quando da adoção das políticas públicas, num Estado Democrático de Direito, deve estar orientada naquilo que foi proposto na constituição e nas leis que lhe darão as balizas necessárias para buscar a efetivação prática dos direitos sociais e, conseqüentemente, a soberania dos cidadãos que lhe são destinatários (SOUZA, 2015).

Além disso, políticas públicas trata-se de um instituto com definição bastante abrangente, pois não se resume apenas na prestação de serviços ou execução de tarefas diretamente pelo poder público, mas ainda contempla a atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas (BARCELOS, 2006).

Nessa perspectiva, muito se propala, principalmente, como argumento para justificar os gastos com a realização de um show musical com um grande artista de renome nacional, os benefícios que isso resultaria para o incremento do turismo local e para a economia da cidade, principalmente para a rede hoteleira e comércios de gênero alimentício (restaurantes, lanchonetes, pequenos comerciantes ambulantes)¹⁶.

Mas se a realização de shows musicais com artistas consagrados e de renome nacional que possuem, como regra, cachês muito altos e dispendiosos para os cofres, por exemplo, de uma pequena cidade do interior do Brasil, não é uma alternativa que pareça ser razoavelmente defensável, o desenvolvimento de políticas públicas de incentivo à cultura, por outro lado, mediante a realização de eventos musicais com artistas que reproduzem Brasil afora a cultura popular musical em seus mais diferentes estilos, inclusive os de abrangência apenas regional, sempre encontrou vozes de defesa por conta dos impactos também econômico que tais políticas podem trazer a economia de sua implementação.

¹⁶ Reportagem do site UOL, do dia 11/02/2024, relata a frustração de comerciantes do município de Campo Alegre de Lourdes (BA) com o cancelamento de show com o cantor Gustavo Lima e as possibilidades de ganho que poderiam alcançar com o público de fora que frequentaria a cidade durante o evento. Disponível em: <www.uol.com.br/splash/noticias/2024/02/11/gustavo-lima-show-bahia.htm>. Acesso em: 20 mar. 2024.

Nesse sentido, bastante interessante os resultados apresentados por um estudo realizado pela Divisão de Pesquisa Econômica Aplicada do Departamento de Economia e Estatística da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão do Estado do Rio Grande do Sul em parceria com a Secretária de Estado da Cultura do mesmo estado sobre os possíveis impactos econômicos advindos da realização de eventos culturais, notadamente atividades musicais, incentivadas e fomentadas pela Lei de Incentivo à Cultura (LIC) do Rio Grande do Sul, Lei nº 13.490/2010, na geração de postos de trabalho e no incremento de outros setores da economia.

A referida pesquisa que foi consubstanciada na nota técnica nº 21 de maio de 2020¹⁷ utilizou dados das prestações de contas de projetos que foram beneficiados pela referida lei que tem como principal mecanismo a concessão de incentivo fiscal as empresas que alocaram recursos financeiros em projetos culturais, entre os anos de 2014 e 2019.

A natureza dos gastos analisados foram classificados em duas áreas, a saber, uma relacionada a remuneração paga aos profissionais diretamente envolvidos nos projetos (artistas, equipes técnicas, atividades de fiscalização, contabilidade e captação) e outra relacionada aos gastos com serviços contratados de prestadores de serviços que vão desde serviços diretamente relacionados com a atividade cultural, isto é, os shows (produção, divulgação, estrutura dos eventos) até os serviços adicionais ou indiretamente relacionados aos eventos mas, necessários para que esses aconteçam (transporte, alojamento, alimentação, segurança).

Dos mais de vinte e três milhões de reais investidos pelo programa, 44,5% foram destinados ao pagamento de despesas com pessoal, tais como artistas e bandas, bem como equipes de produção, prêmios pagos aos participantes de festivais ou de oficinas e atividades educativas.

Por sua vez, 36,7% dos gastos foram direcionados aos serviços especializados e diretamente envolvidos na realização dos shows, tais como estrutura física dos eventos (palco, camarins, coberturas), som e luz dos espetáculos, mídia (divulgação do evento), artes gráficas, assessoria de comunicação, internet e outros serviços essenciais para a operacionalização do evento cultural em si.

¹⁷ Impactos econômicos de atividades culturais: o caso da música. Disponível em: <<https://planejamento.rs.gov.br/upload/arquivos/202005/26145708-nt-dee-21-revisada-final-1.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2024.

Outros 10,6% foram dispendidos com serviços adicionais, tais como transportes¹⁸, hospedagem, alimentação, registro e documentação dos eventos (vídeo, áudio e fotografia).

Por fim, um total de 8,2% foram computados como gastos administrativos que são aqueles que se relacionam, entre outras coisas, com a captação de recursos (captadores de recursos), a fiscalização dos eventos, as prestações de contas e ao recolhimento de taxas administrativas e impostos.

Quanto a abrangência territorial dos projetos analisados¹⁹, 71,2% foram executados em municípios do interior do estado e 28,8% na região metropolitana de Porto Alegre que inclui a capital e mais 33 municípios, onde estão concentrados 37,7% da população do Estado do Rio Grande do Sul. Contudo, quanto a distribuição dos recursos no território, 40,5% dos gastos foram direcionados a projetos executados na região metropolitana e os 59,5% restantes foram direcionados a projetos realizados em municípios do interior do estado.

Aspecto importante do estudo foi que além de demonstrar como os gastos foram alocados em suas variadas vertentes, conseguiu apontar que uma política pública de incentivo a cultural pode fomentar economicamente diversas áreas da economia seja com o pagamento de caches aos artistas, o incremento a rede hoteleira e gastronômica do local dos fatos, bem como na contratação de vários outros serviços que mesmo não estando diretamente relacionados com a operacionalização dos eventos musicais são necessários para a boa consecução desses.

2.2 Aspectos constitucionais e legais nas contratações diretas de shows musicais custeados pelo erário

Estabelecido que a realização de shows musicais pode ser uma forma de contemplar os direitos sociais ao lazer e a cultura, bem como uma maneira de incrementar

¹⁸ Que aqui se referem tanto a gastos com passagens aéreas e terrestres, bem como com a locação de veículos como vans e ônibus para o transporte de artistas, equipes e equipamentos ou, ainda, o aluguel de veículos e a compra de combustível.

¹⁹ Foram analisados 97 projetos, de um total de 288 realizados entre os anos de 2014 e 2019, no Estado do Rio Grande do Sul e que contaram com incentivos financeiros promovidos pela Lei de Incentivo à Cultura (Lei nº 13.490/2010). Desses 97 projetos analisados, 69 foram desenvolvidos em municípios do interior do estado e outros 28 foram desenvolvidos na região metropolitana de Porto Alegre que conta com 33 municípios.

a economia, resta, contudo, analisar quais aspectos constitucionais e legais que devem ser observados pelo agente público no momento da contratação de um show musical.

A constituição aponta, no caput, do art. 37, os princípios que qualquer administrador ou gestor público deve se orientar no momento do seu agir, seja ele da esfera municipal, estadual ou federal, a saber, o da “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência” e outros consagrados expressamente ou tacitamente pela sistemática constitucional vigente (BRASIL, 1988).

A constituição também determina expressamente, no inciso XXI, do art. 37, a obrigatoriedade de se realizar um processo licitatório, como regra geral, para que administração pública possa contratar, remetendo a disciplinação da temática a legislação ordinária, inclusive os casos de exceção ao dever de licitar.

Já, em seu art. 22, XXVII, a Constituição diz que “compete privativamente à União legislar sobre [...] XXX – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades” (BRASIL, 1988).

Aqui, o conceito de “normas gerais” é diferente, por exemplo, do constante nos arts. 23 e 24, § 1º, pois contempla uma maior amplitude de atuação da União, sendo que “a autorização dada pela nova lei para estados, municípios e Distrito Federal é para legislar supletivamente e não concorrentemente. O que foi posto na nova lei, como norma geral, não pode ser contrariado”, isto é, as unidades da federação ao instituírem suas legislações referente a licitação estão submetidas as condições impostas pela União (FERNANDES, 2021, p. 30)

Por sua vez, a Lei nº 14.133/2021, que trata das licitações e contratos administrativos, em seu art. 5º, impõe a obrigatoriedade de observância, quando da contratação pela administração pública, de um extenso rol de princípios e ainda os preceitos constantes da LINDB²⁰.

Dessa forma, disposições como a constante do art. 22, que preconiza que devem ser considerados, na interpretação e aplicação da lei, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas sob sua incumbência, sem prejuízo dos direitos dos administrados; e a prevista no art. 24, que orienta que no caso de revisão da

²⁰ “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (BRASIL, 2021).

validade de um contrato, cuja produção já tiver sido completada, o administrador deve levar em conta as orientações gerais da época da realização do contrato e, não da época da revisão desse, sendo que não se deve declarar inválidas situações plenamente constituídas sob a orientação anterior; devem ser observadas (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022).

Como dito, as contratações realizadas pela administração pública devem ser, como regra, precedidas da realização de um processo licitatório. Contudo, a própria constituição autorizou que em algumas situações a licitação poderia ser abdicada.

Tendo em vista que no Brasil dispense-se mais recursos com contratação direta do que com contratação realizada por intermédio de licitação (FERNANDES, 2021, p. 27), importante entender suas categorias e em qual delas se enquadraria a contratação de artistas para realização de shows musicais.

Considerando o que preconiza a Lei nº 14.133/2021, nos arts. 72 a 77, conclui-se haver três hipóteses de contratação direta, sendo elas a licitação dispensada, a dispensável e a inexigível (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022).

Há quem entenda, considerando o previsto no *caput*, do art. 72 da Lei nº 14.133/2021, que as modalidades de licitação direta são inexigibilidade e licitação dispensável, sendo que “a alienação de bens e serviços da Administração Pública não é contratação direta, mas alienação direta ou venda direta, conforme o caso” (FERNANDES, 2021, p.35)

A licitação dispensada ocorre nos casos de alienação de bens móveis e imóveis, expressamente fixados em lei. Suas hipóteses estão previstas no art. 76 da lei de licitações e a realização ou não da licitação fica a critério da autoridade competente.

As hipóteses de licitação dispensável estão previstas no art. 75 da Lei nº 14.133/2021, cujo rol é taxativo, e faculta ao administrador público, licitar ou dispensar o certame, mediante motivação legítima. A intenção aqui é buscar proporcionar uma maior agilidade à contratação.

Por fim, o art. 74, apresenta as hipóteses de licitação inexigível que tem a ver com a falta de viabilidade de competição, tendo em vista essa ser inviável. Diante dessa situação, a licitação fica impossibilitada de ser instaurada.

É, nessa categoria, que se encontra, em regra, os casos de contratação de shows musicais, conforme se verifica do inciso II, do art. 74²¹.

Mesmo nos casos de contratação direta, resta evidente que os princípios mencionados anteriormente devem ser observados, isto porque, a Lei nº 14.133/2021 expressamente preconiza que devem ser respeitados os princípios descritos nela, senão vejamos: “na aplicação desta Lei, serão observados os princípios” nela previsto (BRASIL, 2021). Portanto, mesmo nas contratações diretas o agente público estará obrigado a seguir os ditames principiológicos do direito administrativo (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022).

A propósito, por se tratar de exceção à regra do dever de licitar, ao realizar uma contratação direta, o gestor público deve adotar uma postura cautelosa, agindo de acordo com os princípios previstos na Constituição Federal e no art. 5º da Lei nº 14.133/2021 (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022).

Inclusive, por se tratar de exceções, as hipóteses de contratação direta devem ser vistas de forma restritiva, isto é, as situações de dispensa e de inexigibilidade de licitação não comportam interpretação que as ampliem além dos marcos legais que as admitiram. Até porque, permitir a ampliação inconsequente da exceção poderia produzir o equívoco de converter a excepcionalidade em regra. Dessa forma, na dúvida, a decisão deve ser pela abertura do processo licitatório (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022).

Por sua vez, considerando o que dispõe a Constituição Federal, no art. 22, XXVIII, cabe a união legislar privativamente, no que diz respeito a licitação e contratação, sobre normas gerais, deixando aos estados, DF e municípios a competência para legislar sobre normas específicas.

Nesse sentido, mesmo não sendo tarefa simples de definir o que seja exatamente normal geral e norma específica, Guimarães e Sampaio entendem que no que tange “as hipóteses de licitação dispensada, dispensável e inexigível [...] são normas gerais, cabendo exclusiva e privativamente à União fixar a respectiva disciplina jurídica” (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022, p. 36).

Isso implica que não caberá aos outros entes da federação, ao construírem suas legislações atinentes a temática, “criar outras hipóteses de contratação direta diferentes

²¹ “Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: [...] II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;” (BRASIL, 2021).

daquelas previstas na legislação federal. De igual sorte, também não poderão ampliar as hipóteses previstas na Lei nº 14.133/2021”. Já, o inverso é permitido, isto é, legislarem diminuindo as hipóteses de contratação direta prevista na legislação federal (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022, p. 37)²².

Como mencionado, os casos de contratação de músicos consagrados para realização de shows musicais, em regra, são realizados, por intermédio, da contratação direta. Trata-se de obrigação personalíssima, ou seja, somente pode ser realizada exclusivamente pelo artista contratado (FERNANDES, 2021).

Além do mais, como apontado em linhas anteriores, o dispositivo da lei de licitações que permite a contratação direta de profissional do setor artístico salienta que esse poderá ser contratado diretamente ou por meio de empresário exclusivo que o represente, sendo que o § 2º, do art. 74, complementa dizendo que “considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico” (BRASIL, 2021).

O que não se permite, pela dicção legal, é que o empresário possua exclusividade apenas em âmbito municipal ou restrita a um evento ou local específico (FERNANDES, 2021). Pois, havendo vários empresários intermediando a contratação de um determinado artista, em tese haveria a possibilidade de competição, obrigando a realização do processo licitatório.

Esse dispositivo (§2º, art. 74) é novidade trazida pela nova lei de licitações e foi incorporado pelo legislador levando-se em conta o entendimento sedimentado pela jurisprudência do TCU que exigia que a comprovação de exclusividade do empresário não estivesse restrita a uma localidade ou data específica, ou ainda, a um determinado evento. Isso porque, a ausência desses requisitos poderia afastar a impossibilidade de concorrência e o abandono da licitação (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022).

A contratação, nesse caso, deve ser antecedida da devida justificativa que demonstra a inviabilidade de competição e, portanto, a abdicação da licitação e a realização da contratação de forma direta (CARVALHO FILHO, 2023).

A inviabilidade de competição presente nesta situação, não é determinada pela falta de possibilidade de escolha entre artistas, mas sim “pela impossibilidade de se definirem critérios objetivos de julgamento” ao caso, isto é, o critério utilizado é

²² Fernandes também pensa da mesma forma: “não é possível criar novas hipóteses de contratação direta sem licitação” (FERNANDES, 2021, p. 34).

fundamentalmente subjetivo. Dessa forma, estaríamos diante de uma “inviabilidade relativa de competição” (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022, p. 128).

Por sua vez, o profissional contratado deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, entendendo a doutrina que se trata de condições alternativas e não cumulativas, isto é, basta ser consagrado pela crítica ou pela opinião do público para estar satisfeito requisito legal, não se exigindo que os dois requisitos estejam presentes ao mesmo tempo (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022).

Também, quanto a opinião pública, não é necessário que o artista seja reconhecido nacionalmente, podendo ser, por exemplo, consagrado regionalmente ou no local onde se realizará o evento. Tendo em vista, tratar-se de um aspecto muito relativo e que sofre variações no tempo e no espaço, deve-se levar mais em consideração a arte e o talento individual do artista do que propriamente sua consagração por determinado público ou críticos especializados (CARVALHO FILHO, 2023).

Além disso, a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública, para sua comprovação, não se exige grande rigor, admitindo-se que a administração se valha “de todos os meios idôneos de prova, tais como reportagens, recorte de jornal, entre outros” (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022, p. 131). Inclusive, vale “citar o número de discos gravados, de obras de arte importantes, referência a dois ou três famosos eventos” (FERNANDES, 2021, p. 129).

O que deve ficar comprovado é que o administrador público orientou seu agir, ao realizar a contratação direta do artista, que o profissional contratado vai atender os anseios do público que vai prestigiá-lo, comportando-se com cautela, responsabilidade e razoabilidade (GUIMARÃES; SAMPAIO, 2022).

Por conseguinte, conforme determinação contida no art. 94 da Lei nº 14.133/2021, é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos, a divulgação desses no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) que nos casos de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação, deverá ocorrer no prazo de dez dias úteis, contados da sua assinatura.

O §2º, do art. 94, manda ainda que a divulgação do contrato no PNCP seja acompanhada da informação sobre “os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas” (BRASIL, 2021).

Portanto, diante do exposto, verifica-se que a contratação de artista para realização de show musical, de forma direta, isto é, abdicando-se da licitação pública, deve ser

realizada atendendo diversos requisitos constitucionais e legais, devendo o ordenador de despesa pública agir com zelo, parcimônia e responsabilidade com o patrimônio público.

3 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da inércia de jurisdição (art. 2º, do CPC)²³, ou seja, não cabe em regra ao Judiciário tomar a iniciativa da ação e sim esperar ser provocado pelas partes interessadas. Contudo, também contempla, por outro lado, o princípio da inafastabilidade do controle de jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV)²⁴ pelo qual fica vedada a lei excluir da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ademais, pelo princípio do *non liquet*, conforme se infere do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB²⁵ e do art. 140 do Código de Processo Civil – CPC²⁶, resta vedado aos juízes e tribunais não darem resposta a uma provocação feita a eles.

Contudo, há que salientar que não cabe ao judiciário, com o escopo de evitar o *non liquet* entregar qualquer resposta (STRECK, 2023). E saber qual a resposta adequada inevitavelmente se esbarara no enfrentamento do que seja o ativismo judicial.

A discussão em face dos fenômenos da judicialização, do ativismo judicial e seu antagonismo, a saber, a autocontenção judicial, tem despertado, nos últimos anos, o interesse dos juristas brasileiros, notadamente, diante do acirramento do embate político com a ascensão da extrema direita ao poder e as ácidas críticas feitas pelos representantes, não somente dessa ala política, a atuação do judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, na conformação da discricionariedade política aos preceitos constitucionais e legais.

3.1 A judicialização como fenômeno contingencial

A judicialização que não é uma peculiaridade apenas brasileira (VALLE, 2009), tem sido definida como um crescente aumento do ajuizamento de demandas judiciais resultando numa hipertrofia das atribuições do Poder Judiciário.

²³ “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

²⁴ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

²⁵ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

²⁶ “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

Existem várias discussões acadêmicas desde filosóficas, psicológicas, sociológicas ou jurídicas que buscam explicar os motivos da judicialização. A busca por respostas vai desde a crescente complexidade das relações na sociedade moderna que acaba por resultar em conflitos de todas as espécies exigindo do Estado uma resposta aos anseios populares, passa pelas revoluções culturais que empreenderam mudanças comportamentais que dentre outras coisas trouxe a mulher para o mercado de trabalho e deu visibilidade a grupos minoritários como os homossexuais, as pessoas com deficiência, os negros, entre outros, bem como ainda a intensificação de outros valores que não os habituais como a cultura do hedonismo, do individualismo e culto à personalidade.

As constantes e dinâmicas transformações que afetam a sociedade impactam nos conflitos e na ampliação de desejos que nem sempre podem ser correspondidos pelo Estado, notadamente, pelo Legislativo que não consegue acompanhar o fluxo das mudanças e, com isso, criar leis que aplaquem as aspirações da sociedade ou de parcela dessa. E o Poder Judiciário, que por centralizar o sistema jurídico e ter poder de coação²⁷, acaba por ser o destinatário final da maioria das demandas reprimidas.

Discorrendo sobre a questão, Barroso (2020) aponta três marcos fundamentais que ajudam a entender o atual estágio do fenômeno da judicialização.

O primeiro, de natureza histórica, refere-se as mudanças no pós-guerra juntamente com a reconstitucionalização da Europa, a partir da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, que deu nova roupagem as constituições. No Brasil, isso ocorre com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajuda implantar e consolidar.

O segundo diz respeito a superação, no marco filosófico, do jusnaturalismo e do positivismo, pelo pós-positivismo que amplia a interpretação da norma para além da legalidade estrita, abrindo espaço para a introdução de princípios na interpretação do direito, promovendo uma reaproximação entre o direito e a ética.

Por último, no marco teórico, a expansão da jurisdição constitucional como consequência da concepção de força normativa da constituição destacada por Korand Hesse que trouxe incrustada em si a ideia de aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais e, além disso, o estabelecimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

²⁷ Considerando a teoria dos sistemas sociais de Luhmann (LUHMANN, 1990)

Aliado a isso, considerando que a constituição passou a ser o centro axiológico do ordenamento jurídico, viu-se também o estabelecimento do fenômeno da constitucionalização do direito (civil, penal, previdenciário, tributário, e os demais) aumentando as hipóteses de judicialização e consequentemente de atuação do Poder Judiciário.

Mendonça salienta que a judicialização²⁸ é fruto das “alterações profundas na filosofia política” que ocasionou a expansão da “dimensão substantiva da democracia”, bem como da crescente complexidade da sociedade que passou a exigir cada vez mais intervenções do poder público ocasionando como reflexo disso alterações na estrutura do Estado e do Direito (MENDONÇA, 2011, p. 10).

3.2 Ativismo e autocontenção judicial

A discussão sobre a postura ativista de um magistrado teria ocorrido pela primeira vez, nos Estados Unidos, em 1947, quando o jornalista Arthur Schlesinger, publicou na revista *Fortune*, o artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, no qual ele, como base no perfil das decisões dos magistrados, da Suprema Corte Americana, passou a classificar esses de progressista ou conservador (CONTINENTINO, 2012).

A análise desenvolvida por Schlesinger que nem jurista era, mas sim um historiador, não se tratou de uma discussão acadêmica acerca do ativismo judicial, isto é, não se baseou numa observação com os rigores de uma detida análise do ponto de vista técnico-científico, contudo, contribuiu para instalar o debate sobre a questão da postura do julgador em relação a sua atividade jurisdicional (CONTINENTINO, 2012).

Durante a análise dos autores que serviram de subsídio a esta pesquisa, percebe-se uma falta de definição clara em alguns do que seria judicialização, ativismo judicial e autocontenção. Ademais, o fato dos termos ativismo judicial e autocontenção serem utilizados com sentidos completamente distintos, pelos mais diferentes autores, acaba por dificultar a compreensão do que eles concluem ser esses fenômenos (FARACO, 2018).

Há, até mesmo, certa dificuldade, da doutrina, em definir um sentido semântico do que seria o ativismo judicial que ou, é visto como uma postura que denota resumidamente uma excessiva interferência do Poder Judiciário na sociedade, ou, então,

²⁸ Intitula o termo judicialização como “legitimação deliberativa” (MENDONÇA, 2011, p. 10).

é tido como uma postura de julgadores que proferem decisões utilizando critérios de conveniência (TASSINARI, 2013).

Continentino (2012, p. 142), tratando em artigo sobre a questão do ativismo judicial, também verifica que existe uma falta de definição na doutrina jurídica do que vem a significar o termo ativismo judicial, sendo que o que se percebe é a tendência de atribuir uma conotação negativa ao referido conceito ao que ele atribui isso ao seu surgimento relacionado “a uma disputa política quanto ao papel da Suprema Corte Americana”.

Nesse sentido, utilizando os estudos de Keenan Kmiec (2004) que vê cinco sentidos diferentes para o uso do termo ativismo judicial, a saber: o primeiro, ocorrendo quando o judiciário anularia um ato normativo, podendo ser tanto do executivo quanto do judiciário, “cuja constitucionalidade seria demonstrável ou defensável; o segundo, afloraria no momento em que os julgadores, desrespeitando os limites de suas atribuições, isto é, a separação dos poderes, criam um direito novo; o terceiro uso aconteceria quando o julgador ou tribunal “se desvia de uma metodologia de interpretação”; o quarto uso do termo ativismo estaria relacionado as situações em que o julgador decide tendo em vista atingir um determinado resultado; por fim, o quinto sentido do uso do termo está relacionado ao fato da decisão proferida respeitar ou não os precedentes judiciais, aponta está a concepção que apresenta a melhor possibilidade de aferição do ativismo, na situação concreta, por “oferecer um pouco mais de objetividade”, pois, no caso, a ideia de ativismo estaria relacionada com o fato da decisão judicial não levar em conta a jurisprudência consolidada (CONTINENTINO, 2012, p. 143-144).

No que diz respeito a legitimidade ou constitucionalidade do ativismo. Esse é considerado para Barroso (2008) e Tavares (2012) como uma postura constitucionalmente acertada e, portanto, deve ter acolhida no ordenamento jurídico, pois busca a implementação de direitos fundamentais e sociais almejados pelo texto constitucional.

Por outro lado, para Moreira (1993), Ramos (2010) e Streck (2016), o ativismo é uma atitude inconstitucional e excessiva do Poder Judiciário e, nesse sentido, tem que ser evitado e até mesmo combatido.

Faraco que tem uma visão peculiar do assunto, salienta que tanto o ativismo quanto a autocontenção “são conceitos juridicamente irrelevantes”, pois dizem respeito apenas à “postura do julgador”, fato que não influencia na “validade ou invalidade jurídica da decisão” eventualmente proferida por esse (FARACO, 2018, p. 148 e 153).

Nesse sentido, o julgador pode até levar em consideração as consequências de sua decisão ou até mesmo ter em conta uma preocupação com as demandas sociais que sirvam para legitimar sua decisão, contudo, desde que isso não signifique na desconsideração de uma regra legal, pois o que torna legítima a atuação judicial é o casamento da correta aplicação do direito atrelada a realização dos objetivos aspirados pela constituição (FARACO, 2015).

Barroso (2008, p. 20-21) chega a fazer distinção entre judicialização e ativismo judicial, contudo, não vê esse último, em regra, como uma conduta ilegítima do julgador. A judicialização seria uma decorrência da vontade do constituinte e não do judiciário e o ativismo uma maneira proativa e expansiva do julgador interpretar a constituição. Acentua que o “ativismo judicial tem sido parte da solução, e não do problema”, pois potencializa “o sentido e alcance” das normas constitucionais “para ir além do legislador ordinário”.

Nesse sentido, uma postura proativa responsável do julgador não gera uma crise de legitimidade democrática, especialmente quando esse se atém a constituição e as leis, sendo que uma eventual atuação contramajoritária, nessas condições, “se dará a favor, e não contra a democracia” (BARROSO, 2008, p. 21).

Assim, o fato do texto constitucional possuir cláusulas abertas, vagas e até fluídas leva o julgador a ter que usar métodos de interpretação e aplicação da norma e quando isso é feito com respeito aos precedentes e as escolhas “legítimas feitas pelo legislador”, não haverá crise de legitimidade, até porque, os juízes são representantes indiretos da vontade popular. Ademais, o problema não é o ativismo judicial (o saudável ativismo) e sim a crise de “representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder legislativo” (BARROSO, 2008, p. 21).

Mendonça (2011, p. 18-19) admite que certas decisões judiciais são realmente políticas, citando, como exemplo, a decisão do STF que definiu que a troca imotivada de partido pode acarretar a perda do mandato parlamentar. Isso ocorre por diversos motivos, mas principalmente porque a ordem jurídica atual apresenta “uma textura crescentemente aberta” que passa a exigir quando da implementação da política pública uma “dimensão criativa” do julgador, pois quando não é possível uma única resposta a situação é “até natural” que ocorra uma ação deliberada do Judiciário na “conformação da política”.

Entretanto, mesmo admitindo que haja espaço para ativismos pontuais sobre “questões específicas”, a regra deve ser a autocontenção, pois, em regra, deve se prestigiar a presunção de constitucionalidade das decisões tomadas pelas autoridades dos demais

poderes cabendo aos juízes apenas afastar as opções inadmissíveis (MENDONÇA, 2011, p. 29).

Explicando melhor sua percepção sobre o assunto, Mendonça aponta um exemplo do que seria um bom ativismo e outro do que teria sido um mal ativismo.

O positivo seria a decisão, em mandado de segurança, que determinou a perda de mandato parlamentar por troca injustificada de partido. Aqui, em que pese referida decisão tenha sido “um dos pontos altos do ativismo no Brasil”, por conta da inovação que introduziu no ordenamento jurídico pátrio, ela não se restringiu a optar por uma escolha dentre as possíveis, mas buscou materializar princípios constitucionais aplicados ao caso ao impedir que trocas de partido, no sistema proporcional, fraudasse a regra da representação violando um dos fundamentos da democracia representativa brasileira (MENDONÇA, 2011, p. 34).

Por sua vez, o caso negativo de ativismo judicial seria a decisão proferida na ADPF 46, no bojo da qual se declarou recepcionado pelo texto constitucional o monopólio postal dos Correios. Neste caso, a crítica não é necessariamente ao mérito da decisão e sim para os argumentos de cunho econômico utilizados, notadamente, de que “a viabilidade financeira dos Correios dependeria de uma espécie de subsídio cruzado”, no qual o lucro advindo das atividades de correspondências comerciais, nas áreas urbanas compensaria a atividade deficitária de correspondência pessoal nas regiões mais afastadas do país (MENDONÇA, 2011, p. 36-37).

No caso, esse argumento estaria equivocado, primeiro porque os ministros que o defenderam não demonstraram que a entrega de correspondência pessoal nas regiões afastadas do país seja deficitária e, segundo, é que não foi apresentado pelos ministros qual a base constitucional que impediria suposta redução de lucro de uma empresa pública e, caso isso ocorresse, no que isso violaria à livre iniciativa (MENDONÇA, 2011).

Por outro lado, Ramos (2010, p. 116) entende que o ativismo judicial ocorre quando o julgador ultrapassa as “linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo” leva a uma incursão indevida nas funções constitucionalmente conferidas aos demais poderes, incidindo numa politização nociva do Poder Judiciário, corrompendo com isso sua própria natureza.

Streck (2016, p. 724), crítico ávido do ativismo judicial, faz uma clara distinção entre ativismo e judicialização da política, sendo a judicialização um fenômeno eminentemente contingencial influenciado por vários fatores que estão ligados ao

funcionamento constitucionalmente adequado das instituições e alheios a vontade do julgador podendo ser bom ou ruim, diferentemente do ativismo que sempre será ruim para a democracia, “porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais” resultado de uma interpretação privada, sem critério e empregada de subjetivismo.

Segundo Streck (2016), o ativismo configura um tipo de intervenção judicial na qual o julgador impõe sua vontade em substituição ao debate político, seja realizando um avanço ou mantendo a decisão vigente, tornando ilegítima e inadequada, com isso, sua atuação.

Streck (2013) demonstra, numa análise crítica do livro de Thamy Pogrebinski, “Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil” (2011), no qual a referida autora aponta sete argumentos para contestar a suposta falsa impressão de que o STF seria ativista, como é primordial numa discussão sobre ativismo judicial definir o que é judicialização e ativismo.

Nesse sentido, para ele, a pesquisa de Pogrebinski (2011) chega a uma conclusão equivocada, pois leva em conta para classificar como sendo uma postura ativista ou não da suprema corte brasileira, o fato do STF declarar ou não declarar o ato sob sua análise inconstitucional (STRECK, 2013).

Isso porque, o fato do STF ou qualquer órgão do Poder Judiciário, como um todo, julgar uma lei ou ato inconstitucional, não necessariamente significará uma atitude ativista, isto é, o significativo e crescente número de ações ajuizadas por meio do controle concentrado de constitucionalidade não pode ser posto como parâmetro para aferir uma suposta judicialização da política no Brasil, como sugere Thamy (STRECK, 2013).

Até porque, se a lei ou o ato for realmente inconstitucional, deve ser declarada sua inconstitucionalidade em favor da democracia e isso não poderá ser considerado um comportamento ativista do STF (STRECK, 2013).

Ademais, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade são apenas a ponta do iceberg, no que diz respeito a excessiva judicialização. Por exemplo, as inúmeras ações relacionadas ao direito à saúde, manejadas nas justiças estaduais, de maneira corriqueira, quase não chegam ao STF. A autora também não abarcou na pesquisa os Mandados de Segurança envolvendo o próprio parlamento que também incrementam de maneira bastante usual a judicialização perante o STF. Isto é, não são apenas ADIs ou ADPFs que abarrotam comumente a corte suprema brasileira (STRECK, 2013).

Dessa forma, o problema da pesquisa de Pogrebinski (2011) estava relacionado com a errônea definição do conceito de ativismo ou judicialização que, aliás, não são

distinguidos pela autora, pois realizar a judicialização da política não é a mesma coisa que praticar ativismo. Sendo assim, apesar da sua relevância para o debate, o trabalho de Thamy, peca por não desmitificar “os discursos sobre o ativismo e a judicialização” (STRECK, 2013. P.7).

Verifica-se, portanto, que o ponto inicial no enfrentamento do tema em debate é a construção de uma definição sólida e coerente do que se entende por judicialização e ativismo.

4 JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL

Não obstante seja comum relacionar as origens do *judicial review* com a emblemática decisão no caso *Marbury vs. Madison*, na verdade seu nascimento se deu bem antes disso e está vinculado a ideia de limitação do poder oriunda das disputas religiosas no território inglês (STRECK, 2023). Streck aponta um dos aportes para isso a obra de David T. Ball, intitulada “The historical origins of judicial review: the duty to resist tyranny” na qual o autor defende a tese de que a revisão judicial é produto de um desenvolvimento histórico de mecanismos jurídicos de resistência a tirania pelos ingleses (STRECK, 2023).

Sem descuido da ressalva anteriormente feita, para os estudiosos do assunto, a primeira demonstração mais contundente do controle de constitucionalidade é, comumente, apontada como a decisão realizada pela Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury x Madison*, em julgamento ocorrido em 1803. Expressão inicial mais conhecida do chamado modelo difuso de constitucionalidade das leis no qual qualquer juiz possui a competência para, no caso concreto sob sua análise, verificar a constitucionalidade da lei ou do ato objeto da demanda apresentada.

A *judicial review* americana provoca uma ruptura, na tradição inglesa, em relação a concepção que até então existia de soberania do parlamento na conformação das leis e do sistema jurídico, promovendo uma verdadeira mudança de paradigma que foi reproduzida por diferentes países do mundo (MENDES; BRANCO, 2022).

Contudo, mesmo tendo como foco apenas os Estados Unidos, não significa dizer que a *judicial review* tenha se originado unicamente dessa decisão ou que o juiz John Marshall, então chefe da Suprema Corte Americana, tenha sido o primeiro jurista americano a trabalhar com jurisdição constitucional (CONTINENTINO, 2016). Antes do caso *Marbury x Madison*, já haviam sido proferidas várias decisões judiciais, pelas justiças dos estados americanos, que pavimentaram o caminho para o estabelecimento do controle de constitucionalidade norte americano.

Dessa forma, o apontamento a uma pessoa da prerrogativa de ser “um oráculo com o poder de ver o futuro e assim decidir, definindo parâmetros institucionais inequívocos para as gerações futuras” não deixa de ser uma construção mítica que não condiz com a realidade histórica, pois o uso do controle judicial da constitucionalidade das leis não nasceu de um único caso isolado, mas como resposta a uma conjuntura de problemas políticos e institucionais que exigiam respostas que não eram obtidas a

conteúdo com base na concepção, até então vigente, de supremacia parlamentar (CONTINENTINO, 2016, p. 116).

Inclusive, esse mesmo raciocínio pode ser empregado em relação ao surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil, assunto ainda pouco estudado pelos juristas e historiadores, cujas honrarias são dadas quase que exclusivamente a Rui Barbosa que teria apenas replicado integralmente o modelo americano (CONTINENTINO, 2016).

O controle de constitucionalidade surge então num contexto de mudança da ciência do direito, da ciência política que resultou alterações na estrutura política e governamental, bem como novas interpretações na própria ideia de separação dos poderes, notadamente da concepção então presente de primazia do parlamento que passa a ceder espaço a ideia de supremacia da constituição como elemento unificador e orientador do Estado.

Ademais, conforme salienta Continentino, o controle de constitucionalidade ganha forma quando ocorre uma

“compreensão de que a Constituição tinha adquirido um novo status, era norma jurídica; deixou de ser apenas a ‘intocável’ e inaplicável fundamental law (lei meramente política) para se tornar uma norma vinculante para o caso concreto” (CONTINENTINO, 2016, p. 127).

Gradativamente, diferentes modelos e formas de controle de leis e atos foram sendo desenvolvidos pelo mundo afora. Aqui, vale destacar, a forma concentrada ou abstrata de controle constitucionalidade, ou ainda modelo austríaco ou europeu continental que se aflora com a Constituição austríaca de 1920, ganhando forma e consistência com a emenda constitucional de 07/12/1929, fruto da contribuição determinante de Hans Kelsen (MENDES; BRANCO, 2022).

O modelo concentrado de constitucionalidade encontra na Alemanha sua maior visibilidade com as decisões do Tribunal Constitucional Federal, sendo que diante de um certo recuo do protagonismo da Suprema Corte americana no assunto, notadamente por conta da crescente ascensão de uma postura mais conservadora e de autocontenção das decisões jurídicas nos EUA, muitas técnicas de controle desenvolvidas na Alemanha vão influenciar outras jurisdições constitucionais pelo mundo, inclusive a jurisdição constitucional realizada pela corte constitucional brasileira (BARROSO, 2020).

Sob diferentes configurações, os sistemas de controle de constitucionalidade espalharam-se pelo mundo e hoje estão presentes até mesmo em países que antes resistiam enfaticamente sua adoção. Na França, por exemplo, cujo controle é feito por um

órgão administrativo, a saber, o Conselho Constitucional, criado pela constituição de 1958, “vem adotando gradualmente postura que, em muitos aspectos, aproxima-o de um órgão de jurisdição constitucional” (MENDES; BRANCO, 2022, p. 2023).

Até mesmo o Reino Unido, sempre avesso ao sistema de controle judicial de constitucionalidade, passou a adotar gradualmente mecanismos que retiram do parlamento seu protagonismo no contexto jurídico inglês.

Mendes menciona, alguns dos sucessivos acontecimentos que vem mudando a sistemática inglesa em relação a abordagem da constitucionalidade e legitimidade das leis. Entre eles: o “European Communities Act”, de 1972 que “atribuiu hierarquia superior ao direito comunitário em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento”, a aprovação do “Human Rights Act”, de 1998, que passa atribuir aos tribunais “a aferição da legitimidade das leis em face das disposições da Convenção de Direitos Humanos” e, por fim, diante da imprescindibilidade de se realizar uma separação entre as funções legislativas e judiciárias, até então centralizadas na Câmara dos Lordes, foi realizada uma reforma constitucional em 2005, que criou a Suprema Corte do Reino Unido, com jurisdição sobre os sistemas jurídicos da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia (MENDES; BRANCO, 2022, p. 2024).

A Suprema Corte do Reino Unido, instalada formalmente em outubro de 2008, e que teve suas atividades iniciadas em 1º de outubro de 2009, teve como primeiros membros os 12 (doze) *law lords* oriundos da Câmara dos Lordes onde já exerciam atribuições judiciais (BARROSO, 2020).

O Brasil, como se sabe, adota um modelo misto de controle de constitucionalidade. Inicialmente, com a primeira constituição da república, de 1891, filia-se a jurisdição constitucional difusa ou modelo incidental. Posteriormente, com a emenda n. 16/1965 que atribuía apenas ao Procurador Geral da República a legitimidade para ingressar com a ação direta de constitucionalidade, passa a admitir também o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade.

O início da jurisdição constitucional em solo brasileiro é marcado por desafios e contradições. O primeiro deles, diz respeito a indefinição quanto a possibilidade do Supremo Tribunal Federal realizar controle do direito substantivo estadual quando da análise dos recursos oriundos dos tribunais estaduais, com base na legislação do respectivo estado, fato que somente foi superado com uma emenda constitucional aprovada em 1926 que expressamente autorizou essa análise (STRECK, 2023).

O segundo, era a falta de efeito erga omnes e vinculante as decisões do STF, isto porque, como salientado, a jurisdição constitucional implementada com a república era inspirada no judicial review americano que, por sua vez, é alicerçada na doutrina do *stare decisis* ou da regra costumeira pertinente ao sistema jurídico *common law*, o que faz com que as decisões da Suprema Corte americana sejam dotadas de efeito vinculante, sistemática conflitante com a tradição do nosso direito que é de origem romano-germânico. Nesse sentido, as primeiras decisões proferidas pelo STF quanto a inconstitucionalidade de um ato normativo tinha seus efeitos restritos às partes do processo, situação que foi minimizada com uma reforma em 1934, porém, somente definitivamente corrigida em 1965 com a admissão do controle concentrado (STRECK, 2023).

Por fim, um outro problema dizia respeito a própria formação dos primeiros juízes da suprema corte, pois esses na maioria eram oriundos do Supremo Tribunal de Justiça do Império, em regra, idosos e de concepção bastante conservadora e que traziam consigo uma formação fortemente baseada no direito romano “afeiçoados alguns deles à cultura francesa e inglesa, distantes da norte-americana, tradicionalistas, leais às instituições monárquicas” (STRECK, 2023, p. 283).

De qualquer forma, é com a constituição de 1988 que a jurisdição constitucional brasileira ganha contornos mais abrangentes e complexos, notadamente, por conta da ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação, “[...] fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para os segmentos sociais representativos”, bem como pela instituição de novos meios de controle concentrado, além da ADI, a saber, a ação declaratória de constitucionalidade - ADC e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (BARROSO, 2020, p. 267).

O alargamento da jurisdição constitucional visto no Brasil atualmente, juntamente com a intensa profusão de decisões judiciais e a crescente e qualificada produção acadêmica na área, proporcionaram ao direito constitucional brasileiro “um momento de venturosa ascensão científica e política” (BARROSO, 2020, p. 71).

Por outro lado, essa expansão da jurisdição constitucional conjugada com outros fatores relacionados tanto a evolução da ciência do direito com o avanço do pós-positivismo como também atinentes aos desafios apresentados pela imensa complexidade atingida pelas relações humanas na contemporaneidade, acabaram por causar fortes

repercussões na hermenêutica jurídica em geral e, conseqüentemente trazendo desafios ao intérprete do direito entre eles o julgador (BARROSO, 2020).

Esses desafios são vistos claramente quando o Poder Judiciário é instado a analisar, segundo a constituição, a conduta do gestor que opta por dispendar vultosos recursos públicos na contratação de um show musical.

4.1 Jurisdição constitucional

O constitucionalismo moderno, como mencionado, surge “sob a forma de Estado Legislativo de Direito”. Nesse momento histórico, era o Legislativo quem tinha a primazia na condução da vida política da sociedade, isto é, a regra democrática no estado liberal, praticamente estava restrita aos ditames da maioria não sendo concebível que “uma instância” de poder “não eleita”, no caso o Judiciário, impusesse limites as decisões parlamentares (MENDONÇA, 2011, p. 5).

Mesmo com o surgimento do Estado Social, essa dinâmica entre democracia e regra majoritária se manteve. “O discurso oficial ainda era o de que a direção política era tarefa do Parlamento”. Essa concepção, somente se alterou significativamente com a ascensão da administração e a perda de homogeneidade dos parlamentos (MENDONÇA, 2011, p. 7).

Além do mais, as mudanças na sociedade do pós-guerra transformam a seara política institucional e provocam, como já citado, alterações na teoria política e no direito constitucional. A posição de destaque do parlamento no direcionamento da vida da sociedade cede espaço a ideia de soberania e supremacia da constituição. Até mesmo o Poder Legislativo passa agora a ser subordinado aos ditames da norma fundante e balizadora do Estado.

Isso porque, o legislador, mesmo tendo preponderância para agir, não possui condições para exercer um direcionamento completo e exauriente da vida política e social das complexas sociedades contemporâneas.

Além do que, novas perspectivas filosóficas e mudanças na sociedade que refletiram na estrutura do Estado e no próprio Direito passaram a exigir que outras instâncias de decisão, tais como o judiciário, agências reguladoras, tribunais de contas, entre outros, passassem a também se legitimarem, em concorrência com os parlamentos, para empreenderem ações que levassem a concretizar essas novas normas de textura vaga ou ambígua (MENDONÇA, 2011).

Por conseguinte, mesmo em países sem tradição, como visto no tópico anterior, ganha importância a chamada jurisdição constitucional ou controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público como mecanismo imprescindível para a construção do denominado Estado Democrático de Direito (MOREIRA, 1995).

É bem verdade, que a legitimação, no estado constitucional, ainda terá como primazia a representação eleitoral, porém, essa passará a coexistir simultaneamente com outras maneiras de deliberação democrática que a complementarão. Isso porque, cada vez mais impõe-se a exigência de que todas as instâncias de poder se submetam-se a “legitimação discursiva”²⁹ que, de seu lado, complementa a decisão majoritária (MENDONÇA, 2011, p. 3 e 25).

Nesse sentido, a democracia continua sendo o governo da maioria, contudo, a realização de certas condições tornou-se indispensável para a garantia da legitimidade democrática do Estado, notadamente a atuação contramajoritária do Poder Judiciário. Isto porque, por exemplo, “discriminar as minorias de hoje nega a premissa democrática e, em termos práticos, reduz sua chance de se tornarem majorias no futuro”. Isto é, as majorias não podem tudo (MENDONÇA, 2011, p. 12).

Os motivos do crescente protagonismo judicial no período posterior a segunda grande guerra devem-se ao surgimento de uma nova hermenêutica que aprimorou a jurisdição constitucional, possibilitada pelo estabelecimento de “uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência”, reforçada pela atribuição de força normativa aos textos constitucionais e pela incerteza que se instala com a omissão do poder público na implementação de políticas públicas, bem como pela falta ou deficiente regulamentação pelo Poder Legislativo dos direitos garantidos no texto constitucional (STRECK, 2011, p. 190).

Ademais, os dois principais dogmas que os críticos se fundavam para contestar a legitimidade da jurisdição constitucional, a saber, a soberania do parlamento e a separação dos poderes, ambos decorrentes do princípio da maioria, não possuem mais conformidade com as “realidades político-constitucionais contemporâneas” (MOREIRA, 1995, p. 2).

Isto porque, ganhou espaço a ideia de soberania e supremacia da constituição em desfavor da concepção de soberania do legislativo e da capacidade ilimitada da lei, até porque o parlamento, assim como o executivo, está agora vinculado e subordinado a constituição, ou como pontua Vital Moreira:

²⁹ Mendonça define judicialização como “legitimação deliberativa” (MENDONÇA, 2011, p. 10).

“A soberania do legislador cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei fundamental. [...] O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário” (MOREIRA, 1995, p. 2-3)

Nesse viés, considerando que a essência primordial de uma constituição é a limitação do poder da maioria, verifica-se que o princípio da maioria não possui contemporaneamente o mesmo sentido que adquiriu na época do surgimento do constitucionalismo e, isso, pode ser inferido analisando entre outras coisas, o fato de que as primeiras constituições, por exemplo, praticamente discorriam apenas sobre a organização do estado e elencavam os direitos e garantias fundamentais. A americana de 1787, por exemplo, era quase que apenas organizatória, sendo que apenas com a primeira revisão constitucional de 1798 é que a ela foram incorporados um rol de direitos e garantias fundamentais (MOREIRA, 1995).

Em contrapartida, com a Constituição de Weimar de 1919, houve uma expansão do âmbito de abrangência constitucional. As constituições, a partir de então, passaram a incorporar em seus textos outros componentes, tais como de ordem econômica, social e cultural. Simultaneamente, essa ampliação da atuação constitucional restringe a liberdade de legislar do Poder Legislativo, pois esse deve conformar as leis aos ditames constitucionais (MOREIRA, 1995).

Diante disso, a ideia de separação dos poderes foi significativamente relativizada, influenciada por inúmeros fatores, tais como a descentralização política e administrativa que trouxeram mais autonomia aos entes federados (estados e municípios) que anteriormente estavam sujeitos a uma centralização mais rígida e a ampliação do âmbito de interferência do direito internacional nas relações internas do Estado (MOREIRA, 1995).

Logo, a jurisdição constitucional surgiu, em regra, com o intuito de preservar a vontade do texto constitucional em face das investidas contrárias, contraditórias ou omissivas dos poderes. Atualmente, o que está em discussão não é mais a legitimidade da

jurisdição constitucional e sim “o sentido, alcance, extensão e limites” dessa (MOREIRA, 1995, p. 3).

Nesse sentido, além das clássicas defesas (preservação dos direitos individuais, separação dos poderes, limites da interferência do poder central nas unidades da federação), passa também a ser alvo de interesse da jurisdição constitucional garantir as prerrogativas da oposição, a preservação do âmbito de liberdade de entes autônomos como estados, municípios, autarquias e ou agências de regulação e fiscalização (agências reguladoras, Banco Central), universidades, entre outros órgãos, bem como garantir a salvaguarda da “pluralidade e heterogeneidade social e cultural” do país (MOREIRA, 1995, p. 8).

Segundo Barroso (2020, p. 573), no constitucionalismo atual, as cortes constitucionais realizam três funções principais, a saber, uma contramajoritária que ocorre quando invalidam atos dos poderes eleitos, uma representativa que se sucede quando elas implementam demandas sociais não realizadas pelas instâncias políticas e, por fim, uma função iluminista que se materializa quando elas “promovem avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais”.

Ainda, segundo Barroso (2020, p. 573), esta última atribuição (iluminista) deve ser utilizada somente em “momentos excepcionais”, e com extrema parcimônia pelo julgador, sob pena de reputar-se um ato autoritário e, portanto, contrário ao estado democrático de direito, pois mesmo nos lugares em que “a última palavra sobre a interpretação da Constituição e a constitucionalidade das leis” caiba a uma corte jurídica, isto não a transforma, na única e nem na principal, instância de construção da vontade da constituição.

Dessa forma, denota-se que a grande problemática atual, como salienta Vital Moreira (1995), não diz respeito a questão da legitimidade da jurisdição constitucional e sim, quais os parâmetros que devem ser respeitados para que não nos tornamos uma judiciariocracia³⁰.

No Brasil, a questão em comento é tema da hora. E envolve, de um lado, a discussão de como fazer valer as aspirações da Constituição de 1988, com sua característica social-democrata que exige a implementação de ações políticas destinadas a remover os abismos sociais existentes em todos os cantos do país e, de outro lado, a

³⁰ Termo muito utilizado por diversos autores para criticar aquilo que entendem como excessivo protagonismo do Judiciário tanto em relação as políticas públicas quanto em outras questões sociais.

responsabilidade de resguardar o equilíbrio entre os poderes e a preservação da democracia.

Nesse aspecto, a hermenêutica jurídica pode e deve desempenhar importante papel na busca por esse equilíbrio. Trazendo para o objeto da pesquisa, a hermenêutica jurídica constitucional é ferramenta fundamental para a construção de uma decisão jurídica equilibrada quando se tratar de casos de pedido de suspensão de shows musicais contratados com dinheiro do contribuinte.

4.2 Hermenêutica jurídica constitucional

Com a proeminência do judiciário ganha destaque o papel do intérprete e da hermenêutica jurídica, notadamente a constitucional, na interpretação e aplicação do texto constitucional e das demais normas jurídicas.

Nesse ponto, duas correntes se contrapõem, a saber, os procedimentalistas e substancialistas. A primeira defende uma postura mais contida do julgador ao inverso da segunda que defende uma atuação mais ativa, inclusive, se for o caso, fazendo prevalecer a constituição contra as maiorias dominantes do momento.

Enquanto para os procedimentalistas, o intérprete constitucional deve agir apenas como um fiscal da lisura e correção do processo de deliberação política, para os substancialistas, a função do intérprete vai além, sendo autorizado a esse implementar princípios e direitos que garantam justiça, liberdade e igualdade, entre outros, ou seja, valores inerentes a ideia de uma sociedade democrática. Enquanto os procedimentalistas emprestam mais importância ao princípio majoritário, os substancialista, por sua vez, dão destaque aos direitos fundamentais. Contudo, isso não significa que não existam zonas de confluência entre as duas concepções (BARROSO, 2020).

Barroso que se filia a concepção substancialista, explica sua opção:

“Em um país como o Brasil, com suas circunstâncias políticas e sociais, se a Constituição não cuidar de definições importantes em temas como educação, saúde e proteção ambiental, ela se tornará um mero repositório de regras para a disputa do poder pela classe dominante. Por igual, no plano da interpretação e da jurisdição constitucional, cabe ao intérprete e ao Supremo Tribunal Federal, à medida que o texto da Constituição e a realidade social permitam, promover os

avanços sociais que, por motivos diversos, ficaram represados no processo político majoritário. [...] Foi o que o Supremo Tribunal Federal fez, igualmente, ao acolher pedidos como a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, ao autorizar a interrupção da gestação de fetos inviáveis ou ao proibir o nepotismo nos três poderes” (BARROSO, 2020, p. 113-114).

Essa discussão ganha destaque, principalmente em face do debate acerca dos limites do juiz constitucional quando de sua atuação como intérprete do texto constitucional, a chamada hermenêutica constitucional.

E uma das primeiras regras a ser observada pelo julgador é que a ele não é permitido desconsiderar o princípio da maioria. Isso porque, em que pese o constitucionalismo contemporâneo se alicerce no princípio da constitucionalidade que por sua vez representa um limite ao clássico princípio da maioria ou da primazia do parlamento, não significa dizer que esse deixou de ser importante ou deva ser desprezado. Isso porque, ele segue sendo baliza “para definir os parâmetros e delimitar os poderes do juiz constitucional”, sendo que continua válida a máxima que o juiz constitucional não deve se apropriar da função do legislador ordinário, mas somente analisar se esse legislou desrespeitando ou não a constituição (MOREIRA, 1995, p. 15).

Nesse sentido, por exemplo, quando do emprego da denominada interpretação conforme a constituição, o julgador não pode conferir a norma uma interpretação que não seja compatível com a vontade do legislador, pois do contrário estará legislando. O mesmo raciocínio deve ser levado em conta nas situações em que o juiz quando ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma expedir outra no lugar da declarada inconstitucional. Ou seja, devem ser evitadas as atuações que impliquem numa conduta ativista ou criativa do julgador (MOREIRA, 1995).

Conforme Barroso (2020), a interpretação jurídica, notadamente, a constitucional, é um fenômeno complexo que pode ser analisado sob vários pontos de vista, contudo, para uma melhor compreensão do assunto destaca três deles que na jurisdição constitucional se interconectam, a saber, a perspectiva essencialmente jurídica ou dogmática; a perspectiva teórica ou metodológica e, por fim, a perspectiva de justificação política ou da legitimação democrática.

O aspecto jurídico ou dogmático relaciona-se com a utilização das ferramentas erigidas e disponibilizadas pelo próprio direito, a saber, as regras de hermenêutica desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência e as regras previstas na LINDB; os métodos

de interpretação ('gramatical, histórico, sistemático e o teológico') bem como os elementos clássicos da teoria da interpretação ('costumes, interpretação extensiva ou a estrita'); os princípios específicos de interpretação constitucional ('supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, unidade, razoabilidade e efetividade') (BARROSO, 2020, p. 277-278).

O plano teórico ou metodológico diz respeito ao percurso ou caminho lógico seguido desde a "apresentação do problema e a formulação da solução", isto é, o raciocínio que fomentou a decisão tendo em vista o sistema jurídico, os fatos e o próprio intérprete (BARROSO, 2020, p. 278).

Por sua vez, o plano da justificação política ou da legitimação democrática está relacionado com a discussão acerca da separação de poderes e a legitimidade das decisões do Poder Judiciário. Aqui, insere-se o debate sobre os limites da atuação judicial, principalmente na implementação das políticas públicas (BARROSO, 2020).

Um exemplo clássico de utilização da hermenêutica constitucional diz respeito a técnica que deverá ser utilizada no caso de conflito de normas constitucionais.

Como se sabe, prevalece na doutrina pátria a classificação das normas jurídicas em princípios ou regras. No caso de conflito envolvendo regras, o problema fica mais fácil de resolver, bastando atentar-se para a questão da validade ('lei posterior revoga anterior'). Contudo, quando diante de um conflito envolvendo princípios, a questão gera mais debates.

A solução do conflito entre princípios deverá advir da "conciliação entre eles" de forma que cada um deles seja empregado na extensão de sua pertinência para a solução do caso em análise, contudo, sem que esse ajuste resulte na exclusão de um desses princípios do ordenamento jurídico (MENDES; BRANCO, 2022, p. 314-315).

Um exemplo de como se daria essa "conciliação" entre princípios conflitantes, pode ser explicada no caso hipotético de conflito entre os princípios da liberdade de expressão e o da preservação da privacidade. Aqui, um ou outro deverá prevalecer, no caso concreto, a depender se o indivíduo envolvido na polêmica for uma pessoa pública ou não, na hipótese de divulgação de aspectos envolvendo a vida privada dessa pessoa. Isto é, se a pessoa envolvida na situação ostenta uma vida pública, é razoável que também tolere certa margem de invasão em sua intimidade (MENDES; BRANCO, 2022).

Nesse ponto, Streck ressalta que o problema do uso da ponderação alexyana no Brasil para a solução de casos de colisão de princípios, é que ela é realizada utilizando uma mescla entre ela e a chamada jurisprudência de valores, fazendo um sopesamento,

numa espécie de balança, dos princípios conflitantes, dando o intérprete uma solução que no final sempre estará contaminada pela sua vontade. Nesse sentido, por exemplo, a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando da resolução dos chamados casos difíceis, não será legítima se ele for utilizado como sinônimo de equidade como é extensamente utilizado pelos tribunais superiores pátrios. Isso porque, proporcionalidade deve ser compreendida como exigência de coerência e integridade das decisões, bem como respeito ao valor da tradição como diretriz da interpretação, pois, ademais, os princípios não possuem a função de abrir a interpretação e sim restringir essa (STECK, 2023).

Talvez aqui, seria interessante analisar o que seria o princípio da proporcionalidade e o que viria a ser o princípio da razoabilidade, inclusive se eles estão sendo identificados ou conceituados de forma adequada pela doutrina e jurisprudência pátria.

Sempre mencionado seja pela doutrina ou pela jurisprudência como um recurso para tentar resolver os conflitos entre direitos colidentes, por exemplo, quando da análise da omissão estatal na implementação de direitos sociais em relação ao princípio da separação dos poderes ou a chamada reserva do possível, o princípio da proporcionalidade não estaria sendo, na concepção de Virgílio Afonso da Silva (2002), utilizado de maneira tecnicamente correta.

Segundo ele, falta rigor técnico tanto da doutrina quanto da jurisprudência ao tratar do princípio da proporcionalidade que, para ele, na verdade trata-se da regra da proporcionalidade que tem como missão assegurar que as possíveis restrições impostas a direitos fundamentais não descambem para condutas desproporcionais.

Ocorre que segundo o autor mencionado, existe uma grande confusão entre os juristas do que venha a ser de fato a regra da proporcionalidade, alguns a tendo como a mesma coisa de razoabilidade, outros não reconhecendo as três sub regras que essa apresenta, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, as quais segundo Silva devem ser analisadas numa relação de subsidiariedade, isto é, “a análise da adequação precede a da necessidade, que por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito” (SILVA, 2002, p. 16).

Inicialmente, deve-se entender que juridicamente proporcionalidade não é a mesma coisa que razoabilidade. A regra da proporcionalidade “diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura” (SILVA, 2002, p. 8). Enquanto a razoabilidade tem origem no direito inglês onde é tida como

irrazoabilidade, a regra da proporcionalidade é oriunda da evolução da jurisprudência do tribunal constitucional alemão e comporta mais robustez dogmática que a simples razoabilidade que seria apenas uma adequação entre meios e fins visados pelo legislador. Até porque, “um ato considerado desproporcional não será, necessariamente, considerado irrazoável” (SILVA, 2002, p. 9).

Para Silva (2002, p. 30), a utilização da regra não é uma obrigação do julgador, nos casos de restrição de direitos fundamentais (“a constituição não prevê a aplicação da regra da proporcionalidade”, mas também não proíbe), contudo, o que não dá para aceitar é a falta de rigor técnico jurídico e coerência, que, por exemplo, muitas vezes é visto em decisões do próprio STF que diz utilizar a regra da proporcionalidade, contudo, quando da análise detida da situação verifica-se que o anúncio não passa de um recurso de retórica.

Parece assistir razão á Silva (2002) quando, por exemplo, verifica-se o que sustentam Mendes e Branco (2022), ao mencionarem o princípio da proporcionalidade quando do chamado juízo de ponderação. Senão, vejamos:

“O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. ...O juízo de ponderação diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito)” (MENDES; BRANCO, 2022, p. 316).

O manejo coerente do princípio da proporcionalidade nos casos que batem a porta do Judiciário, envolvendo pedidos de suspensão da realização de shows musicais custeados pelo poder público, é de fundamental importância para que seja proferida uma decisão judicial constitucionalmente adequada.

Mas, o que seria uma decisão judicial tida como razoável ou proporcional? Seria razoável uma decisão judicial que implementa direitos fundamentais estabelecidos na constituição, contudo ainda não concretizados? Seria proporcional uma decisão judicial que nega a realização de um show por considerar que o gasto a ser despendido no evento não é justificável e poderia ser aplicado em outra política pública?

5. DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

O ativismo judicial dos últimos tempos, mesmo que muito bem-intencionado, em muitas das ocasiões, acabou por jogar o Judiciário numa grave crise de legitimidade. Decisões judiciais progressistas bem-intencionadas, mas que pela forma como foram construídas, acabaram por inflamar a opinião pública ocasionando uma reação, por exemplo, contra os próprios grupos vulneráveis que elas tentaram proteger (STRECK, 2023).

Esse cenário fez intensificar a busca, pelo menos no plano teórico, por alternativas jurídico institucionais as existentes que vão desde a soluções mais radicais que defendem a abolição total do controle de constitucionalidade judicial a outras que não chegam a tal ponto, contudo, opinam por um enfraquecimento gradativo e crescente da jurisdição constitucional.

A verdade é que elas encontram dificuldade em ser implementadas, pois “há limites quanto ao que se pode transferir do direito para a política, porque as respostas jurídicas envolvem uma questão de certo ou errado que difere das escolhas políticas” (STRECK, 2023, p.1174).

Nesse sentido, uma das fortes discussões do debate filosófico/jurídico atual tem sido a necessidade de se pensar em soluções teóricas que ajudem construir decisões jurídicas tidas como acertadas, alicerçadas numa teoria da interpretação que tenha a constituição como o centro da vontade, diante de um constitucionalismo contemporâneo que busca superar, entre outras coisas, o positivismo jurídico.

Segundo Streck, é preciso, no contexto constitucional vigente, superar três desafios, a saber, o enfrentamento de incongruências cometidas resultante da incorporação equivocada ao nosso ordenamento de teorias alienígenas, inclusive suas combinações, a superação da discricionariedade judicial e a preservação da autonomia do Direito (STRECK, 2004).

Menciona como incorporações equivocadas as construções teóricas inspiradas no ativismo norte-americano, na jurisprudência de valores do direito Alemão e na ponderação alexyana (STRECK, 2011).

No caso da importação da postura ativista americana, abarcou-se a ideia de que o ativismo judicial seria bom quando ele tivesse a intenção de concretizar direitos, contudo,

não apresentou as críticas que esse mesmo ativismo recebe dentro do próprio Estados Unidos por conta de sua interferência direta na política e ao fato de que Brasil e Estados Unidos possuem uma herança jurídica diferente (TASSINARI, 2013).

Por sua vez, o dano, no que diz respeito a recepção da chamada jurisprudência dos valores, está no fato de que ao permitir que o juiz resolva o caso concreto que lhe é apresentado, utilizando critérios que fogem aos parâmetros legais, isto é, mediante o uso de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, corre-se o risco conferir ao Judiciário um superpoder que se vangloria de ser “guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie de sucessor do Poder Moderador” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 122).

Quanto ao problema da adoção da teoria da ponderação dos valores alexyana, o problema seria que essa foi recepcionada aqui como princípio para balizamento de confronto entre princípios, quando originalmente ela seria uma regra, fato que resulta em sua estruturação por nós de maneira equivocada, pois possibilita que o intérprete interfira na escolha de quais princípios estão em conflito e qual deve prevalecer (STRECK, 2011).

A discricionariedade judicial, herança direta do positivismo jurídico cujo mentor principal foi Hans Kelsen, consiste na ideia de que juízes podem se valer de ampla liberdade no momento de interpretação. Mesmo com Hart, considerado um positivista moderado, essa liberdade de escolha não foi abandonada. O problema dessa concepção é que ela acaba por promover um alargamento arbitrário do poder de escolha do julgador, resultando na conformação de um Judiciário ativista (STRECK, 2017).

Já a quebra da autonomia do Direito consiste numa postura do julgador que ao decidir utiliza argumentos não jurídicos, sejam eles, políticos, morais, econômicos, entre outros, colocando a ciência do direito aberta a interferência de outras ciências, numa atitude ativista.

Exemplo mais marcante desse ataque a autonomia do Direito é a chamada Análise Econômica do Direito, concepção surgida no direito norte-americano, tendo como um dos seus principais patronos Richard Posner (2011).

Pela Análise Econômica do Direito, o Direito passaria a se submeter a uma análise de custos e benefícios, típica das ciências econômicas, numa deturpação da ciência jurídica que na visão sistema da sociedade como defendido por Niklas Luhmann seria um sistema fechado (LUHMANN, 2016).³¹

³¹ O Direito vai criar e se autocriar com seus próprios mecanismos (autopoieses), pois são autorreferenciais, não se permitindo sua corrupção com outros sistemas. As outras ciências podem influenciar e trazer subsídios a ciência jurídica, contudo, isso não se trata de uma mistura de sistemas.

Diante desses desafios, Lenio Streck (2011) propõe uma teoria da interpretação que apresenta parâmetros para a construção pelo julgador do que pode ser considerada uma decisão judicial constitucionalmente acertada.

Contrapondo-se a teoria da ponderação de valores de Robert Alexy (2008) e ao positivismo jurídico, enxerga os princípios constitucionais como limites à discricionariedade do aplicador do direito e aspecto fundamental para evitar-se o ativismo judicial e com isso preservar o Estado Democrático de Direito (TASSINARI, 2013).

Isso porque, o ativismo judicial é compreendido como um ato intencional do julgador que desconsidera a teoria hermenêutica do direito e produz interpretações do direito que admitem múltiplas respostas ou, ainda, o que é mais grave que é a admissão de qualquer resposta (STRECK, 2011).

Nesse viés, a decisão tida como discricionária nada mais é do que a utilização de argumentos sofisticados na construção de uma sentença ou acórdão que, na verdade, não passa de uma embromação jurídica, pois elaborada sem utilizar o filtro constitucional da resposta apropriada.

Streck propõe uma teoria que traça alguns aspectos que devem ser observados pelo intérprete e julgador na construção de uma decisão judicial tida como correta.

Construída com a intenção de superar o problema da discricionariedade na interpretação do direito, estrutura-se em nos seguintes pontos fundamentais: Da contribuição da filosofia gadameriana e heideggeriana, gestou uma nova maneira de compreender o ato interpretativo atribuindo sentido ao texto dentro de um contexto de intersubjetividade e de rejeição a compreensões de cunho objetivistas; Da contribuição da teoria do direito de Ronald Dworkin trouxe a ideia de responsabilidade política dos juízes que se reveste num dever de fundamentação para evitar a discricionariedade arbitrária e, por fim, salienta que a exigência de fundamentação deve resultar na construção de decisões constitucionalmente corretas ou adequadas nas quais a postura subjetivista do julgador seja superada, mesmo que a decisão não seja necessariamente a única cabível para a situação ou a melhor, mas o importante é que seja substantivamente de acordo com a Constituição (TASSINARI, 2013).

Para referida teoria, o protagonista deve ser o Direito e não o julgador. Nesse sentido, a fonte principal onde o julgador deve se embasar é a Constituição e as leis válidas (e não apenas vigentes) sob o filtro da constituição que não é apenas uma ferramenta de legitimação do poder, mas acima de tudo, de concretização de direitos as pessoas (MOTTA, 2012).

Partindo da premissa de que Direito e Moral, no constitucionalismo contemporâneo, com a superação do positivismo jurídico, não podem ser concebidos um sem o outro e, sendo os princípios a forma como a moral é inserida no Direito, os princípios são vistos hierarquicamente no mesmo patamar das regras e, com isso, não podem ser utilizados somente para a solução de casos onde ocorra insuficiência dessas, conforme se infere da concepção alexyana que enxerga os princípios como meros mandados de otimização, isto é, as regras teriam preponderância sobre eles.

Desse modo, os princípios como normas jurídicas que compõem o texto constitucional passam a exercer a função de limitadores da discricionariedade dos agentes públicos e, conseqüentemente, das decisões judiciais (STRECK, 2011).

5.1 Decisão judicial constitucionalmente adequada no caso de suspensão de shows musicais

Ser crítico do ativismo judicial, não quer dizer, contudo, que se a decisão judicial concretizar direitos fundamentais será necessariamente uma decisão ativista. Isso porque há situações em que a jurisdição constitucional dever ser realmente proativa para garantir direitos fundamentais constantes do texto constitucional (STRECK, 2016).

O julgador para saber se a decisão que está tomando é ativista e, portanto, ilegítima, deve refletir se “nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? Se a resposta for não, haverá fortes indícios de que ela é ativista.” Ademais, deve ainda demonstrar que a fundamentação utilizada na decisão teve por base argumentos principiológicos, e não políticos, morais ou outro qualquer, inclusive a ponderação alexyana³² (STRECK, 2016, p. 725).

Streck menciona, para exemplificar uma atuação ativista, perfil da qual deve se abster todo julgador, uma decisão liminar de primeiro grau revertida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, em acórdão de lavra do desembargador Alexandre Freitas Câmara. Na situação, o MP ajuizou ação em desfavor do município de Campo de Goytacazes requerendo que o judiciário incluísse a família de uma criança, vítima de abusos sexuais, em programa de auxílio à moradia. Em primeiro grau, o juízo atendeu o MP e deferiu liminar obrigando o município a incluir a família da criança em programa de auxílio à moradia. Na reversão da decisão liminar de primeiro grau, pesou a indagação:

³² Sobre a ponderação e o subjetivismo muito arraigado em decisões judiciais, Streck crava: “temos que dar um salto da subjetividade para a intersubjetividade” (STRECK, 2016, p. 725.)

“Há um direito fundamental à moradia para vítimas de estupro? Existiria universalidade nesse caso?”. O desembargador Alexandre Freitas Câmara entendeu que não havia e negou o pedido do MP. Haveria sim, direito ao afastamento do agressor e ainda ressarcimento ao dano, contudo, não o que se pedia (STRECK, 2016, p. 725).

Nesse sentido, trazendo para o contexto da pesquisa, temos que uma decisão judicial que analisa um pedido de suspensão de realização de um show musical, deve ter como balizamento, no que diz respeito ao aspecto material³³, a Constituição de 1988, as Leis infraconstitucionais pertinentes ao tema, notadamente a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). Contudo, não apenas ela, mas todas as leis constitucionalmente válidas em nosso ordenamento jurídico que possa contribuir para a construção de uma decisão correta para o caso apresentado, desde que tenha pertinência com ele. Por exemplo, as recomendações constantes dos arts. 22 a 24 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Além das premissas constantes da teoria capitaneada por Lenio Streck (2011), anteriormente analisada, temos que a autocontenção proposta pela teoria do minimalismo judicial, desenvolvida pelo jurista americano Cass Sunstein (1999), deve ser levada em consideração para o caso em apreço. Uma postura mais contida do julgador nos casos envolvendo políticas públicas, onde não cabe ao Judiciário lograr tomar lugar do gestor público, apresenta-se mais adequada do que uma postura proativa.

Quanto a teoria do minimalismo judicial, essa defende a ideia de que decisões judiciais mais contidas, além de fomentar a legitimidade democrática do Poder Judiciário ao preservar a separação dos poderes, privilegia a manutenção do debate entre os poderes (SUNSTEIN, 1999).

Portanto, defende-se que o Judiciário tenha uma postura mais contida, evitando-se indesejados ativismos, sempre dando preferência a escolha do gestor público, quando essa escolha não coloque em risco a moralidade pública, não onere os cofres públicos de forma a comprometer a realização de outros direitos sociais tão importantes quanto a cultura e o lazer, os quais são contemplados com a realização de shows musicais, bem como a promoção do evento não configure desvio de finalidade³⁴ ou ainda desrespeite os ditames da legislação infraconstitucional que rege as licitações e contratos com a

³³ Os aspectos processuais, por óbvio, devem ser observados, a saber, o preconizado no art. 93, IX, da CF e as formalidades constantes da Lei Processual Civil (arts. 9º a 11, 371, 489, entre outros, do CPC) e demais normais processuais.

³⁴ Exemplo: utilizar shows musicais com a intenção de promover politicamente determinada pessoa.

administração pública, principalmente no que concerne a contratação direta abdicando da licitação.

Na dúvida, defende-se que deve se prestigiar a realização do evento, notadamente, se há uma aceitação da comunidade que receberá e, em tese, custeará o evento, bem como se outros fatores forem favoráveis a realização, especialmente a relevância dos impactos econômicos diretos e indiretos que a realização do evento poderá ocasionar a população do local do evento, seja gerando empregos diretos e indiretos e fomentando a economia do local, especialmente pela repercussão que pode gerar no comércio e na rede hoteleira local.

CONCLUSÃO

Ao final da pesquisa chega-se à conclusão que é possível sim, ao Poder Judiciário, quando acionado, interferir para colmatar políticas públicas ou serviços públicos, direcionados a realização ou promoção de shows musicais custeados pelo erário, determinando ou não a suspensão da realização do evento, ou exigindo que a conduta dos agentes públicos e privados se adequem a legislação e aos preceitos constitucionais que regem a situação.

Isto é, diante da situação que lhe é apresentada, pode o Judiciário, verificando que a contratação de determinado show musical, apresenta ofensa a valores consagrados no texto constitucional ou ainda que os trâmites adotados pelo gestor do gasto não estão de acordo com as balizas traçadas pela legislação infraconstitucional que rege a situação, notadamente, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, principalmente no tocante a contratação direta, sem licitação, expedir decisão que interfira diretamente na execução ou não do evento musical, sem que isso possa ser considerada uma atuação ilegítima ou arbitrária.

Partindo de uma concepção que há que se diferenciar o que é judicialização e o que é, por outro lado, ativismo judicial, sendo o primeiro apenas um fenômeno contingencial e, o segundo termo, a definição de um comportamento inadequado, antidemocrático e inconstitucional do julgador, não há que falar em usurpação de poder ou função quando o Judiciário impede ou mesmo permite, mas impõe a observância de certos critérios legais e constitucionais aplicados ao caso, para que um show musical custeado com dinheiro público seja realizado.

Pois, se o gasto é realmente desarrazoável³⁵, isto é, ele coloca em risco a realização de outros serviços ou políticas públicas, tão ou mais importantes, para a comunidade afetada, quanto a promoção da cultura, do lazer e de outros direitos sociais contemplados com a realização de shows musicais, não há que se falar em arbítrio ou ativismo do Judiciário quando esse poder determina a suspensão da realização.

O papel atual do Judiciário não pode ser visto como era concebido durante o período inicial do constitucionalismo moderno quando vigia a supremacia do legislativo e o juiz era apenas reproduzidor da vontade do legislador.

³⁵ E aqui, podemos citar os casos emblemáticos de suspensão, mais noticiados pela mídia, que são aqueles casos de contratação de shows musicais com artistas de renome nacional, por valores muito elevado, especialmente quando o ente se trata de um pequeno município do interior do Brasil.

No constitucionalismo contemporâneo, pós-guerra, a atuação do Judiciário ganha contornos nunca visto, resultado de grandes transformações ocorridas na sociedade, surgimento de novas demandas e inquietações que sequer poderiam ser imaginadas na concepção liberal de estado.

Some-se a isso o surgimento de constituições cada vez mais complexas, prolixas e garantidoras de direitos individuais e sociais como nossa Constituição atual que busca entre outras coisas, a redução das desigualdades sociais e regionais, a inclusão das pessoas mais desfavorecidas nas políticas ou serviços públicos. Tudo como o objetivo de construir um estado democrático de direito de fato e não apenas como um documento retórico de aspirações.

Nesse sentido, a realização de shows musicais pode ser, como se viu, uma importante política pública, se bem utilizada, de promoção da cultura, do lazer, da geração de emprego e renda, entre outros direitos sociais, não tão enfatizados pela pesquisa³⁶, cabendo ao julgador, diante do caso que lhe é apresentado, exercer, legitimado pela constituição e pelo ordenamento jurídico, uma espécie de função balizadora do interesse da sociedade sob o filtro da constituição.

Interesse esse que de um lado é ter oportunidade de usufruir de shows musicais custeados pelo Estado, más, de outra banda, não sofrer as consequências da ausência de outros serviços públicos, por conta da conduta irresponsável, por exemplo, do gestor de um pequeno município que aloca todos os recursos do orçamento anual, destinado a cultura e ao lazer, na realização de um único show musical cujo artista de renome nacional receberá uma vultosa quantia para se apresentar durante poucas horas.

O que não cabe ao Judiciário, é proibir, de antemão, a realização de um show somente porque ele é caro. Isso porque, ao decidir, o julgador deverá levar em consideração outras variáveis além do valor do evento. A saber, se o ente público contratante possui porte econômico para arcar com o pagamento do show musical que se deseja realizar sem que isso comprometa a realização de outros serviços ou políticas públicas essenciais.

Ou seja, há razoabilidade e proporcionalidade na escolha do gasto? Aqui, entendemos que seria importante ao juiz observar a correta aplicação da regra da proporcionalidade, percorrendo na análise da situação concreta apresentada, as três sub-regras da regra em tela, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em

³⁶ Cite-se como exemplo, o turismo, considerando que um show musical pode atrair pessoas de outras localidades para o evento.

sentido estrito. Temos que a correta utilização da regra da proporcionalidade, tem o condão de limitar a arbitrariedade do julgador e ao mesmo tempo permitir que valores (diga-se princípios) sejam sopesados na decisão sem que haja a imposição da vontade do julgador, más sim a preservação da vontade do prescrito pelo Direito.

Também, defende-se que o evento seja de interesse da população onde esse será realizado. É bem verdade que geralmente a população do local onde será realizado um show musical possui bastante aceitação com a realização de shows musicais, basta verificar a participação pública nesses. Contudo, como os eventos bancados com o dinheiro público buscam satisfazer o interesse de várias faixas e espectros sociais, importante verificar se o gestor procurou minimamente agradar e abarcar toda a sociedade envolvida.

Também se sustenta que a intervenção do judiciário leve em consideração, tanto para autorizar quanto para impedir ou suspender a realização de um show musical custeado com o dinheiro público, se o evento possui o condão de fomentar a economia local, gerando emprego e renda de modo a compensar ou justificar os gastos que estão sendo destinados para sua realização.

Óbvio que nem sempre será possível realizar uma quantificação segura e exata dos impactos que um show musical custeado pelo erário promoverá na economia do local ou refletirá na geração de empregos ou, até mesmo, de quanto de bem-estar social ele trará para a comunidade onde ele acontecerá. Aqui, defende-se que deve prevalecer uma razoável análise do julgador de dados e na impossibilidade de uma correta quantificação segura, nem que seja aproximada, dar preferência a vontade do gestor público que goza de primazia em relação a vontade do julgador, isto quando preenchidos os demais requisitos legais e constitucionais atinentes, ou seja, não existir ofensa a princípios constitucionais e legais relacionados a situação.

Nesse ponto, salienta que a defesa que se faz, no sentido de que o julgador pode levar em consideração o aspecto econômico em sua decisão, não significa dizer que esse deve partir para uma análise econômica do Direito para decidir, mas sim que diante do caso concreto, considerando que a realização do evento possa trazer retorno econômico para a comunidade contemplada, contemplando direitos sociais perseguidos pela ordem econômica gestada na Constituição, respeitadas as demais exigências legais, esse aspecto pode e deve ser utilizado como um dos argumentos para decidir pela realização do show.

Isso porque, levar isso em consideração, na verdade, está se dando cumprimento a chamada Constituição Econômica que rege a ordem econômica nacional. Por ela, a

ordem econômica deve estar voltada em primeiro lugar a garantia de diversos direitos sociais, entre eles, além dos já citados, direito a cultura e ao lazer, ao pleno emprego, à redução das desigualdades regionais e sociais e à promoção do bem-estar social.

Portanto, uma decisão judicial constitucionalmente adequada, que tanto não seja omissa quanto não peque pelo excesso de discricionariedade ou voluntariedade do julgador, deve também preservar a perspectiva econômica advinda da realização de um show musical custeado pelo poder público quando essa perspectiva visa assegurar direitos sociais aspirados pela Constituição Econômica.

Por fim, seria importante a criação de uma cultura jurídica de análise e estudo de boas políticas públicas relacionadas a promoção de eventos culturais que envolva a realização de shows musicais. Há escassez de estudos jurídicos que visam compreender e se debruçar sobre a questão dos shows musicais bancados pelo poder público que ocorrem todos os dias nos mais diferentes cantos do país.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Vicente de. **Lazer – princípios, tipos e formas na vida e no trabalho**. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. [E-book]

BARCELOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de direito do estado, Rio de Janeiro, ano 1, 3, 2006. Disponível em: <https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%A9ticas_p%C3%ABlicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais_O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico>. Acesso em 10 dez. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. [E-book]

_____. **Direito Constitucional Brasileiro** - Teoria da constituição e Direitos Fundamentais - volume 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. [E-book]

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: < www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017_4218181901.pdf>. Acesso em 10 dez. 2023.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e constituição social no Brasil: O silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: **Vinte anos da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Constituição e política**: uma relação difícil. Lua Nova: revista de cultura e política, São Paulo, v. 61, p. 5-24. 2004. Disponível em:<<https://www.scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/>>. Acesso em 10 jan. 2024.

BRASIL. PLANALTO. **Código de Processo Civil** – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/L13105compilada.htm>. Acesso em 05 dez. 2023.

_____. PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 dez. 2023.

_____. PLANALTO. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** – Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 05 dez. 2023.

_____. **PLANALTO. Lei de Licitações e Contratos Administrativos** - Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm>. Acesso em 03 fev. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Gomes. **Estudos sobre os direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed., rev., atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2023.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). **Direito & Literatura**: ensaios críticos. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21-37.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 452-472.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, n. 193, p. 141-149. Brasília, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496562/000940652.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em jan. 2024.

_____. **História do judicial review**: o mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*. n. 259, p. 115-132. Brasília, jan./mar. 2016. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520000/001063213.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 10 jan. 2024.

DICIONÁRIO MICHAELIS. **Comunicação On-line, 2024**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=lazer>>. Acesso em: 20 fev. 2024.

FARACO, Marina. Deixando de lado o “ativismo” e a “autocontenção” judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a constituição de 1988. **Revista do advogado**, São Paulo, v. 38, n. 140, p. 147, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/39203518/Deixando_de_lado_o_ativismo_e_a_autoconten%C3%A7%C3%A3o_judicial_a_irrelev%C3%A2ncia_jur%C3%ADdica_dos_termos_para_a_Constitui%C3%A7%C3%A3o_de_1988>. Acesso em 10 dez. 2023.

_____. Poder judiciário e crise hídrica no Brasil: o protagonismo judicial no controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 33, p. 647-667, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/88607481/Poder_Judici%C3%A1rio_e_crise_h%C3%ADdrica_no_Brasil_o_protagonismo_judicial_no_controle_de_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblicas>. Acesso em 10 dez. 2023.

FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes; FERNANDES, Murilo Jacoby Fernandes. **Contratação direta sem licitação na nova lei de licitações**: Lei nº 14.133/2021. 11. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>>. Acesso em 10 dez. 2023.

GUIMARÃES, Edgar; SAMPAIO, Ricardo. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**: aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022. [E-book]

GUTIERREZ, Gustavo Luís. **Lazer e prazer: questões metodológicas e alternativas políticas**. Campinas: Autores Associados, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. 2. ed. Madrid: Taurus, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do Esclarecimento: Fragmentos filosóficos**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro; Zahar, 1985. [E-book]

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meaning of “judicial activism”**. California Law Review, California, v. 92, p. 1441-1477, 2004. Disponível em: <<http://constitution.org>>. Acesso em: 15 jul. 2024.

JUSTIÇA determina cancelamento de show de Gustavo Lima na Bahia. **Uol**, São Paulo, 3 jan. 2014. Splash. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/splash/noticias/2024/02/02/justica-determina-cancelamento-de-show-de-gusttavo-lima-na-bahia.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2024.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990.

_____. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. [E-book]

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD**, [S. l.], n. 15, 16, 17, 18 (2007) (2008) (2009), 2011. DOI: 10.12957/rfd.2010.1362. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/1362>. Acesso em: 19 jan. 2024.

MONTESQUIEU, Charles Luís de. **Do espírito das leis – volume 1**. Tradução: Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Introdução: Otto Maria Carpeaux. São Paulo: Saraiva, 2011. [E-book]

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030212.html?impressao=1>>. Acesso em 05 dez. 2023.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2011.

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Ativismo judicial e representação política: a crise institucional brasileira. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, v. 1, e205200, 2020.

Disponível em: <<https://periodicos.puc-campinas.edu.br/direitoshumanos/article/view/5200>>. Acesso em: 02 jan. 2024.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013. Disponível em:

<<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/172721>>. Acesso em 05 dez. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão. **Nota Técnica nº 21**. Impactos econômicos de atividades culturais: o caso da música. Porto Alegre, 2020.

Disponível em: <<https://planejamento.rs.gov.br/upload/arquivos/202005/26145708-nt-dee-21-revisada-final-1.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 01, n. 01, abr. 2001.

Disponível em: <

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5307223/mod_resource/content/1/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%201988%20-%20INGO%20WOLFGANG%20SARLET.pdf>. Acesso em 17 jan. 2024.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 4ª tiragem. Malheiros, São Paulo, 2014.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em 11 dez. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política**: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Espaço Jurídico Journal of Law, 2016. Disponível em:

<https://www.academia.edu/64607059/Entre_o_ativismo_e_a_judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_pol%C3%ADtica_a_dif%C3%ADcil_concretiza%C3%A7%C3%A3o_do_direito_fundamental_a_uma_decis%C3%A3o_judicial_constitucionalmente_adequada>. Acesso em 10 dez. 2023.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. [E-book]

_____. Jurisdição constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Porto Alegre, v. 8, nº 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://www.academia.edu/6327845/Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Constitucional_e_Hermen%C3%AAutica_Perspectivas_e_Possibilidades_de_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_Fundamentais_Sociais_no_Brasil_1_Lenio_Luiz_Streck>. Acesso em 05 jan. 2024.

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. O que é isto, o ativismo judicial, em números? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em 10 dez. 2023.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. [E-book]

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16. jul./dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?format=pdf>>. Acesso em 10 jan. 2024.

SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. Controle Judicial das Políticas Públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional. In: **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v. 5, número especial, p. 223-237, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at time: judicial minimalismo on the Supreme Court**. Cambridge, Massachussets: Havard University Press, 1999.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TILIO, Rogério Casanovas. Reflexões acerca do conceito de cultura. **Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades**, Rio de Janeiro, V. VII, número XXVIII, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/Ingles/tilio.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2024

TRIGO, Luiz Gonzaga Godoi. **Entretenimento: uma crítica aberta**. 2 ed. São Paulo: Ed. Senac, 2003.

VALLE, Vanice Regina Lório (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008.