

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 9 | n. 3 | setembro/dezembro 2018 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash

*The (in)constitutionality of vaquejada: disagreements, integrity
and backlash*

Juraci Mourão Lopes Filho*

Centro Universitário Christus (Brasil)

juracimourao@gmail.com

Taís Vasconcelos Cidrão**

Centro Universitário Christus (Brasil)

taisvcidrao@hotmail.com

Recebido: 01/10/2017

Received: 10/01/2017

Aprovado: 15/02/2018

Approved: 02/15/2018

Como citar este artigo/*How to cite this article*: LOPES FILHO, Juraci Mourão; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.21997.

* Professor e Coordenador do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS (Fortaleza-CE, Brasil). Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: juracimourao@gmail.com.

** Mestra em Processo e Direito ao Desenvolvimento no Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS (Fortaleza-CE, Brasil). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: taisvcidrao@hotmail.com.

Resumo

O presente trabalho propõe uma reflexão acerca da decisão que declarou a inconstitucionalidade de lei estadual regulamentadora da vaquejada. Realiza-se análise dos votos apresentados na ADI 4.983 para denunciar, inicialmente, graves desacordos teóricos subjacentes às manifestações dos ministros no concernente ao que sejam os precedentes judiciais e como eles vinculam, assim como o que seja o Direito e a que ele se volta. Será demonstrado que a melhor maneira de apreender esse tipo de desacordo é com a proposta de Direito como integridade de Dworkin, enriquecido com alguns aportes de hermenêutica filosófica. Com esse referencial teórico será denunciada a quebra de coerência e integridade da decisão, mesmo considerado o que restou assentado nos precedentes citados (“farra do boi” e rinha de galos). Essa quebra substancial será apontada com a causa do backlash do poder constituinte derivado, que aprovou emenda constitucional para descaracterizar como cruéis práticas esportivas com animais declaradas manifestações culturais por lei. Essa reação evidencia que o Supremo Tribunal Federal não soube expressar adequadamente os princípios de moral política incidentes no caso.

Palavras-chave: Lei da vaquejada; constitucionalidade; Direito como integridade; coerência; backlash.

Abstract

This paper presents a reflection on the decision that declared the unconstitutionality of the state law that regulates vaquejada. An analysis of the rationales presented in ADI 4.983 is carried out to denounce, initially, serious theoretical disagreements that underlie the manifestations of the ministers regarding what is judicial precedent and how it binds, as well as what is the Law and what is it for. It will be shown that the best way to grasp this type of disagreement is with the Dworkin's proposal of Law as integrity, enriched with some contributions of philosophical hermeneutics. With this theoretical reference will be denounced the breach of coherence and integrity of the decision, even considering what was decided on the precedents mentioned (“farra do boi” and “rinha de galos”). This substantial break will be pointed out as the cause of the backlash of the constituent power, which approved a constitutional amendment to de-characterize as cruel sports practices involving animals declared cultural manifestations by statutes. This reaction evidences that the Federal Supreme Court did not know how to adequately express the principles of political morality incident to the case.

Keywords: Law of the vaquejada; constitutionality; Law as integrity; coherence; backlash..

Sumário

1. Introdução. 2. Os contornos fundamentais do julgamento. 3. Os desacordos fundamentais sobre concepções de direito e de precedentes identificados no julgamento. 4. O dever de integridade e coerência mediante apontes de hermenêutica filosófica. 5. O regresso aos contornos fundamentais do julgamento da ADIA 4.983 com um olhar interpretativo adequado. 6. O *backlash* do poder constituinte derivado pela quebra de integridade. 6.1. *Furman v. Georgia*. 6.2. *Kela v. City of New London*. 7. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O objeto do presente texto é a análise da decisão acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, também conhecida como Lei da Vaquejada do Estado do Ceará, tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 (ADI 4.983). Será investigada a coerência e a integridade do julgamento, sobretudo por ter sido determinante para suas conclusões e debates o uso de precedentes também do Supremo Tribunal Federal a respeito da invalidade da “farra do boi” (RE 153.531-9/SC) e das rinhas de galo (ADI 1.856).

Referida análise toma por referencial teórico o Direito como Integridade de Ronald Dworkin, por ser teoria que contém abrangência e profundidade suficientes para explorar esses dois aspectos, que são fundamentais não só para a averiguação da linha jurisprudencial, mas do Direito como um todo. Também se mostra o modelo teórico mais adequado para lidar com os desacordos teóricos encontrados na decisão analisada. Não se descurará de se agregarem elementos próprios da hermenêutica filosófica gadameriana, por se entender que é uma maneira de enriquecer o olhar dworkiniano sobre o assunto, dada a afinidade epistêmica entre as duas teorias.

O objetivo primordial não toca um juízo sobre a vaquejada em si, sobre questões ambientais, sobre a proteção animal ou mesmo a abrangência da proteção a ser dada a manifestações culturais. Será feita uma análise hermenêutica dos critérios utilizados para tomar a decisão, a fim de denunciar a quebra de coerência e integridade verificada.

Entende-se que a decisão não se alinhou adequadamente ao que fora decidido anteriormente pelo mesmo Tribunal, fazendo-se mal-uso dos precedentes, que versavam sobre situações apenas superficialmente semelhantes, gerando especialmente uma quebra de coerência e

integridade, resultando em um backlash do poder constituinte derivado, que trouxe emenda constitucional para admitir, por via legislativa, a prática da vaquejada no território nacional.

2. Os contornos fundamentais do julgamento

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 (ADI 4.983) foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República em atenção à provocação do Ministério Público Federal no Estado do Ceará, buscando a invalidação da Lei nº 15.299/2013 daquela unidade federada. O objeto dessa lei era o disciplinamento da vaquejada, caracterizada como atividade esportivo-cultural. Deve ser destacado: a lei não autorizava uma atividade até então proibida, regulava o exercício de algo largamente praticado, sobretudo na região nordeste do país, ao ponto de integrar o cenário cultural de diversos estados-membros. Trazia-se, pela lei, limitações em prol do bem-estar dos animais envolvidos. O enunciado normativo não era extenso. Eis sua íntegra:

Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§ 1º Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§ 2º A competição dever ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

§ 3º A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.

Art. 3º. A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.

Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§ 1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

§ 2º Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.

§ 3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

Segundo o Procurador-Geral da República, a lei ofendia o art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, que, entre outras disposições, proíbe tratamento cruel a animais. A própria descrição do que venha a ser uma vaquejada indicaria crueldade, o que seria corroborado por estudos da Universidade Federal de Campina Grande ao indicar vários danos físicos e mentais sofridos tanto pelos bovinos quanto pelos equinos envolvidos na prática.

A relatoria da ação coube ao Ministro Marco Aurélio. Ponto importante em seu voto, desde o relatório, e em todos os debates verificados depois, destaca a descrição da vaquejada. Faz referência à inicial:

Discorre sobre a vaquejada, apontando ser prática considerada esportiva e cultural no Nordeste do Brasil, em que uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar o touro, puxando-o pelo rabo dentro de área demarcada. Destaca o caráter histórico da atividade, ligada à antiga necessidade de os fazendeiros reunirem o gado, e a transformação, com o tempo, em espetáculo esportivo altamente lucrativo, movimentando “cerca de R\$ 14 milhões por ano”.

Justamente por se admitir ser uma antiga prática enraizada na cultura popular nordestina, é reconhecida, desde a inicial, uma tensão com o dever de o Estado proteger as manifestações das culturas populares, prescrito pelo art. 215 §1º, da Constituição Federal. É na solução dessa tensão constitucional que os precedentes da “farra do boi” e das rinhas de galo são invocados, a fim de demonstrar que ela deve ser solucionada em prol da proteção dos animais, por um juízo próprio de uma regra: dado o fato de a

prática cultural implicar crueldades dos bichos, deve ser sua proibição. O Ministro Marco Aurélio, então, considera que os precedentes citados têm por ratio decidendi essa perspectiva própria de uma regra.

O ministro relator votou, portanto, pela inconstitucionalidade da lei, porque tendia por autorizar, ainda que com restrições, prática que entendia ser, por definição, cruel aos animais envolvidos, não podendo invocar a proteção a práticas culturais, justamente porque o Supremo Tribunal Federal – que, segundo o ministro, seria quem teria a competência para solucionar esse conflito – havia decidido em duas ocasiões anteriores em prol da proteção dos animais, em restrição à proteção cultural. Escreve:

O Tribunal enfrentou a problemática, pela primeira vez, no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, Segunda Turma, relator ministro Francisco Rezek, apreciado em 3 de junho de 1997, acórdão por mim redigido, julgado que ficou conhecido como “caso farra do boi”. Pretendia-se a proibição, no Estado de Santa Catarina, da denominada “Festa da Farra do Boi”. Aqueles que defenderam a manutenção afirmaram ser uma manifestação popular, de caráter cultural, entranhada na sociedade daquela região. Os que a impugnaram anotaram a crueldade intrínseca exercida contra os animais bovinos, que eram tratados “sob vara” durante o “espetáculo”. O relator assentou a inconstitucionalidade da prática, destacando a maldade a que eram submetidos os animais. Também assim votei, asseverando não se cuidar “de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República”, mas de crueldade ímpar, onde pessoas buscam, a todo custo, “o próprio sacrifício do animal”, ensejando a aplicação do inciso VII do artigo 225.

Da mesma maneira, foram declaradas inconstitucionais leis estaduais porque favoreciam o costume popular denominado “briga de galos”. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, julgada em 29 de junho de 2005, foi declarada inconstitucional lei do Estado de Santa Catarina por autorizar “práticas que submetam os animais à crueldade”. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, da relatoria do ministro Celso de Mello, apreciada em 26 de maio de 2011, o Tribunal voltou a assentar a inconstitucionalidade de norma – Lei nº 2.895/98 – que permitiu a “competição galística”. Na ocasião, o relator destacou que o Supremo, “em tema de crueldade contra animais, tem advertido, em sucessivos julgamentos, que a realização de

referida prática mostra-se frontalmente incompatível com o disposto no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República”.

O relator, portanto, conclui que a vaquejada é, por definição, cruel, porque o ato “de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental”.

A divergência foi aberta pelo Ministro Edson Fachin, que realizou a distinção para o precedente da “farra do boi”, que traria contornos diferentes da vaquejada, porque a crueldade com os animais no primeiro seria patente. Ele, no entanto, não explora essas diferenças. Apenas acrescenta que “é preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para se alargar ou olhar e alcançar essa outra realidade”.

O Ministro Gilmar Mendes acostou-se à divergência propondo ao tribunal um self restraint, por julgar equivocado quebrar práticas culturais arraigadas com base em cogitações abstratas e referencial cultural inadequado. Com relação ao precedente da “farra do boi”, o ministro destaca: “diferentemente do que acontece com a farra do boi em que se sabe que, de início, o propósito é matar o animal, ou mesmo desse espetáculo da rinha de galo, aqui, o propósito parece ser de alcance desportivo em sentido amplo”.

O entendimento pela inconstitucionalidade recebeu reforço de voto-vista do Ministro Roberto Barroso, mediante texto extenso e analítico, em grau até mais elevado que o voto do relator. Elege duas questões fundamentais para enfrentar o caso:

(i) a vaquejada consiste em prática que submete animais a crueldade? (ii) ainda que submeta animais à crueldade, a vaquejada é protegida pela Constituição, haja vista ser uma manifestação cultural? Como ficará claro adiante, essas não são questões que podem ser respondidas a partir apenas de raciocínios jurídicos. Ao contrário, elas exigem também a consideração de questões relacionadas a aspectos fáticos da atividade, bem como à ética animal, um campo que tem ganhado progressiva importância na filosofia moral.

O Ministro Roberto Barroso fez na mesma medida a apresentação da evolução da relação entre homens e bichos, que teria deixado uma visão de simples instrumentalização dos animais aos propósitos humanos para a admissão dos animais como um centro autônomo de proteção jurídica. Fala, ainda, de uma evolução do processo civilizatório que, a seu ver, repudia gradativamente qualquer tratamento degradante aos animais ao ponto de chegar “a uma concepção moral dominante que conduza à abolição de todos os tipos de exploração dos animais”. Segundo expõe, a Constituição Federal avançou nesse sentido por reconhecer os animais como seres sencientes (capazes de sentir dor e sofrimento), tendo interesse juridicamente protegidos de não sofrerem. Propõe que “a proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios”. Cita como integralmente convergente a seu entendimento os dois precedentes já aludidos.

O Ministro Barroso entende, no entanto, que nos dois casos anteriores não se explorou detidamente o que seria o tratamento cruel a animais, porquanto os casos eram de crueldade que saltavam aos olhos, o que reconhece não ocorrer no caso da vaquejada, cujos maus tratos não seriam tão evidentes, além de inserido em uma prática mais difusa. Daí, descreve os argumentos de crueldade:

A alegação de crueldade feita na presente ação baseia-se nos seguintes argumentos: na vaquejada, (1) os animais são enclausurados antes do momento em que são lançados à pista e, enquanto aguardam, são acoitados e instigados para que possam sair em disparada após aberto o portão do “brete”; (2) os cavalos utilizados pelos vaqueiros podem sofrer um conjunto de lesões decorrentes do esforço físico dispensado na corrida atrás do boi; e, por fim, (3) os gestos bruscos de tracionar e torcer a cauda do boi, bem como seu tombamento, podem acarretar sérias lesões aos animais.

Ele dá ênfase ao argumento “3”, porque seria definidor do que seria vaquejada e também inarredavelmente cruel. Daí concluir não ser a vaquejada passível de regulamentação, pois, em se mantendo esse ato, necessário para definir uma prática como vaquejada, não teria como não deixar de ser cruel. Escreve:

A Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não impedem que manifestações culturais envolvam animais. O que elas vedam são manifestações culturais de entretenimento que submetam animais a crueldade. Em certos casos será possível, por meio de regulamentação, impedir a imposição desse tipo de sofrimento grave. O controle e o uso de animais por humanos podem ser compatíveis com a garantia de um tratamento minimamente decente a eles. Mas no caso da vaquejada, infelizmente, isso não é possível sem descaracterização dos elementos essenciais da prática.

Por essa razão, a lei, ainda que trazendo regulamentação na intenção de reduzir danos ou sofrimento aos animais não deixaria de permitir aquilo que, pela Constituição Federal, seria proibido, por ser ínsito à vaqueja gesto caracterizado como crueldade (torcer o rabo do bovino a fim de derrubá-lo).

Os debates foram intensos, com os julgadores aludindo a experiências pessoais desconfortáveis em touradas. O Ministro Luiz Fux descreve o árido processo de abate de animais na intenção de evidenciar que práticas lícitas seriam intrinsecamente perniciosas aos animais sem isso importar qualquer sorte de inconstitucionalidade, sob pena de se acreditar em uma obrigação de todos serem. A esta provocação, responde o Ministro Roberto Barroso: “Em algum lugar do futuro seremos todos”. O Ministro Luiz Fux ainda cogita “o que o boi preferiria: participar de uma vaquejada ou desse abate cruel que narrei aqui?”

O reforço à divergência veio por voto-vista do Ministro Dias Toffoli, que destaca expressamente a necessidade de uma diferenciação para os casos anteriores:

Há que se salientar haver na espécie, no entanto, elementos de distinguishing a impedir a aplicação ao caso dos precedentes a que me referi. Em primeiro lugar, saliento que, na “farra do boi”, não há técnica, não há doma e não se exige habilidade e treinamento específicos, diferentemente do caso dos vaqueiros, que são profissionais habilitados, inclusive, por determinação legal (Lei nº 12.870/13). Portanto, não há que se falar em atividade paralela ao Estado, ilegítima, clandestina, subversiva.

Quanto às “rinhas de galos”, esses animais são postos em uma arena de combate para “matar ou morrer” e, como restou bem debatido naqueles autos, os animais vinham sendo submetidos a uma longa preparação tortuosa e cruel, elementos fáticos e jurídicos de decidir que não se verificam nos presentes autos.

O Ministro Dias Toffoli destaca, em seguida, não haver comprovação inconteste nos autos de que os animais da vaquejada sejam submetidos sistematicamente a maus-tratos que revelem agravante especial a tipificar crueldade. De fato, uma ação direta de inconstitucionalidade originária não passa, como em um recurso extraordinário, pela “decantação” hermenêutica nas instâncias inferiores até alcançar o Supremo Tribunal Federal já com uma série prévia de análises das partes e instâncias jurisdicionais. Não há um exaurimento do debate fático mediante dilação probatória apreciada em instâncias diversas. Há apenas considerações sobre fatos genéricos e estudo isolado (o da Universidade Federal de Campina Grande, que sequer traz dado comparativo de se as lesões detectadas nos animais da vaquejada são mais graves ou mais recorrentes se comparados com animais empregados em outras atividades). Nisso, difere do caso da “farra do boi”, que chegou ao Supremo por recurso extraordinário.

O Ministro Gilmar Mendes, em texto complementar a seu voto, também destaca a distinção para os dois precedentes decididos pelo Supremo Tribunal Federal:

Data máxima venia, a vaquejada é demasiadamente diferente dos casos julgados por esta Corte envolvendo a “farra do boi” (RE 153.531, Rel. Min. Francisco Rezek, Red. p/ Ac. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 13-03-1998) ou a “rinha de galo” (ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 29.6.2007), nos quais a crueldade é ínsita à própria manifestação, as quais visam, sabida e conscientemente pelos atores, ao desforço de sofrimento e mutilação e/ou morte dos animais.

Na vaquejada não há intuito premeditado de machucar, mutilar ou matar quaisquer dos animais envolvidos (equinos ou bovinos), sendo prática que, em si, não afigura nenhum tipo de dano físico aos semoventes envolvidos.

E não se alegue que o simples fato de promover a derrubada do boi dentro de uma faixa delimitada configura maus-tratos em ambos os animais

(equinos e bovinos), sob pena de esse raciocínio também proibir a montaria de qualquer ser humano em cavalos, tendo em vista a submissão destes a incessante percurso com pessoa em sua garupa (cavalgadas) ou mesmo a treinos e competições (hipismo), que, não raras vezes, levam o animal e, conseqüentemente, sua musculatura a incomparável esforço físico.

A inconstitucionalidade da lei estadual – e de um modo geral da vaquejada, já que não se admitia sequer regulamentá-la para mitigar seus efeitos perniciosos –, foi declarada pela mais apertada maioria de um único voto, porquanto foram seis ministros pela invalidação da lei e cinco por sua validade.

É possível se observar que perpassaram todos os votos as duas questões bem postas pelo Ministro Roberto Barroso: a) ser a vaquejada algo inevitavelmente cruel, b) qual o peso de sua dimensão cultural para aquilatar sua higidez constitucional. Contudo, se identifica de maneira subjacente uma diferença entre os ministros em algumas concepções fundamentais do Direito, como devem ser tomados os precedentes e como se devem compreender normas constitucionais. Com efeito, além de divergências quanto à constitucionalidade da lei, há divergências subjacentes, mesmo em votos convergentes na conclusão, como o foram os dos Ministros Marco Aurélio e Roberto Barroso. Os ministros que julgaram pela constitucionalidade, por sua vez, convergiram tanto em premissas teóricas fundamentais (ainda que não expressamente declaradas) quanto nas conclusões.

O entendimento proposto neste artigo é que as duas questões propostas por Barroso – que de um modo geral orientou o julgamento – são hermenêuticas e se solucionam mediante uma investigação da integridade e coerência da decisão tomada, porquanto necessária à análise principiológica, e que para chegar à conclusão da inconstitucionalidade os ministros que compuseram a maioria divergiram em premissas fundamentais acerca do que seja precedente, coerência e integridade.

Passe-se, então, para a compreensão do Direito desses desacordos observados no julgamento.

3. Os desacordos fundamentais sobre concepções de Direito e de precedentes identificados no julgamento

Em função da análise do item anterior, é possível identificar algumas compreensões fundamentalmente divergentes entre os ministros, mesmo entre aqueles que compuseram a maioria vencedora pela inconstitucionalidade da lei.

Enquanto o Ministro Marco Aurélio soluciona as duas questões do julgamento invocando uma coerência com a linha jurisprudencial firmada nos dois precedentes, mediante a consideração de que suas *ratione decidendi* traduziriam uma única regra (com estrutura de descritor/prescritor), o Ministro Roberto Barroso, por sua vez, até entende que não seria possível uma coerência estrita com esses precedentes, dada a diferença entre “farra do boi”, rinha de galos e vaquejada. Por isso, toma todos os elementos verificados naquelas ocasiões para, em se reconsiderando tudo no novo julgamento, averigua a possibilidade de as mesmas conclusões passadas serem reproduzidas. Barroso busca, na verdade, justificar uma convergência entre os julgados mediante a demonstração de que, se cotejando aquilo que foi realizado nos julgamentos anteriores, ainda que não inteiramente similar, seria identificado um processo civilizatório geral que proibiria tanto nos precedentes quanto no novo caso as práticas aplicadas aos bichos, por serem cruéis e elidindo a proteção estatal a práticas culturais. Busca, então, um maior acerto ético de sua decisão, ainda que variando um pouco daquilo que estritamente fora decidindo anteriormente, embora haja uma convergência entre os julgados.

Destaque-se: embora tenham, ambos os ministros, chegado à mesma conclusão pela inconstitucionalidade da lei e pela crueldade da vaquejada, suas concepções sobre o que sejam e como se usam precedentes são substancialmente distintas. E isso merece atenção, pois revela um desacordo teórico profundo, que indica visões distintas do que seja o Direito de um modo geral, e o que sejam precedentes em particular.

O Ministro Marco Aurélio evidencia sua concepção sobre os precedentes em mais de uma passagem, equiparando, como dito, suas *ratione decidendi* com uma regra geral e abstrata extraída dos julgamentos, com pretensões de aplicações nos moldes próprios de uma regra (mediante subsunção), sem reabrir a discussão acerca das razões que levaram à regra jurisprudencial. Ele alude à precedente de sua lavra no Mandado de Segurança nº 25.284, em que se tratava sobre a “Reserva Extrativista Verde para Sempre”. Ele expõe seu raciocínio ofertado por ocasião daquele

juízo e a regra dele advinda, que seria: dado o conflito entre direitos individuais e direito ao meio ambiente equilibrado, deve ser a obrigação de prevalência da proteção ambiental. O consequente normativo dessa regra seria aplicável a todos os casos de conflitos subsumíveis a seu suposto lógico, ou seja, a todo e qualquer conflito entre direitos individuais e proteção ao meio ambiente, haveria a prevalência deste último.

Especificamente a respeito dos precedentes da “farra do boi” e da rinha de galos, o ministro também erige deles uma regra (se há trato cruel de animais, deve ser a proibição ainda que em manifestação cultural):

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

Posta a regra extraída dos precedentes “farra do boi” e rinhas de galo, o ministro passou apenas e tão somente a averiguar as questões fáticas próprias da vaquejada para verificar se se subsumiam ou não ao suposto fático da regra. Da forma que ele identificou os fatos (genéricos) da causa, entendeu haver a subsunção à referida norma proibitiva.

Esse raciocínio propõe a concepção de precedente que Larry A. Alexander e Emily L. Sherwin denominam de rule model, ou seja, precedente seriamente tomado como uma regra. Enquanto regra, o precedente seria, então, “uma prescrição, aplicável a uma plêiade de fatos, que exerce uma força de preempção sobre os julgadores” (ALEXANDER; SHERWIN, 2004). Nessa concepção, como se observa, o precedente é tomado como uma prescrição que, por definição, é geral e abstrata e, por via de consequência, se desprende das razões do caso de onde se extraiu a regra, tornando essas razões irrelevantes, abarcando todos os casos enquadráveis em sua hipótese de incidência, a qual, também necessariamente, será under and over inclusive, no sentido de que colherá situação que, em se tomando as razões originárias, não deveriam ser abarcadas, assim como não abarcará situações

que, se voltando a uma perscrutação das razões subjacentes originárias, deveriam ser abarcadas.

Por outro lado, se essa sobre e sub inclusão própria do uso de regras pode ocasionar injustiças pontuais (justamente por aplicar suas consequências a situações que, em se tomando as razões subjacentes, não deveriam ser aplicadas ou deixa-las de aplicar quando seriam exigíveis) essa característica permite um ganho de certeza e previsibilidade, por não se reabrir a todo novo caso a análise de todos os elementos pertinentes e incidentes. Prestigia-se uma justiça formal em detrimento de uma justiça substancial. A preemptive authority de que falam Larry A. Alexander e Emily L. Sherwin consiste justamente nesse desprendimento da regra jurisprudencial das razões subjacentes, que são tornadas irrelevantes.

Repita-se, é o que fez o Ministro Marco Aurélio. Ele erigiu a regra “se há trato cruéis de animais, deve ser a proibição ainda que em manifestação cultural” e verificou que, na vaquejada, havia tratamento cruel, ocasionando, por via de consequência, a proibição. Não reconstruiu toda análise argumentativa dos precedentes para cotejá-la com a que seria requerida no julgamento da vaquejada, levando em consideração todos os elementos novos e anteriores em prol de uma análise substancial. Certamente, esse modelo causa previsibilidade e certeza, pois, mesmo em casos futuros, será sabido que qualquer manifestação cultural não poderá autorizar crueldade com animais. A única alternativa seria realizar o overruling do precedente em prol de novo entendimento que, todas as coisas consideradas, enseja nova regra.

Raciocínio diverso teve o Ministro Barroso, mesmo porque ele declara expressamente a distinção fática entre os dois precedentes e o caso em análise, pois nos dois anteriores a crueldade era mais evidente, enquanto na vaquejada não. Uma distinção fática não seria cabível em um juízo estrito de regras, que, por definição, é, como se disse, sobre e sub inclusiva. Assim, em seu voto, ele recorre a uma “ética animal” mais ampla. Busca, pois, uma análise substancial da questão. Eis passagem relevadora:

Mas a vaquejada, comparada à “farra do boi” e às “brigas de galo”, impõe um desafio maior à Corte. Em nenhum daqueles casos, havia dúvida de que os animais envolvidos estavam sendo submetidos a crueldade. Ela era tão inequívoca que a Corte não precisou explorar seu significado. A crueldade saltava aos olhos! Já na prática da vaquejada, em que o

sofrimento de animais não é tão evidente, uma vez que os animais aparentam estar em bom estado antes, durante e logo após as provas, muitos são levados a crer que ela não envolve crueldade alguma. Entretanto, para ser prudente e levar a sério a tutela constitucional dos animais contra crueldade em casos como o presente, mostra-se particularmente necessário entender o que se compreende por crueldade e como é possível determinar se ela ocorre em determinada prática envolvendo animais.

A concepção de Roberto Barroso acerca do que seja precedente varia da de Marco Aurélio. Barroso revolve as razões passadas e submete as presentes a um escrutínio ético para tentar concluir que tanto nos precedentes quanto em seu voto se estava a preservar uma mesma “ética animal” em evolução. Nos termos de Larry A. Alexander e Emily L. Sherwin, essa concepção de precedente é identificada como the natural model of precedents, assim definida:

One view of precedent holds that courts should give prior decisions whatever moral weight they intrinsically have in an all-things-considered process of reasoning. In other words, courts should take into account the reasonable expectations of actors, including expectations the parties before them may have formed on the basis of prior decisions, and the expectations of non-parties who have planned their activities around past decisions and reasonably expect consistency in the future. Courts should also take into account the societal interest in encouraging activities that depend on expectations of judicial consistency and the capacity of consistent decisions to reduce error by providing coordination. (As we said, we do not believe that equal treatment provides a further reason for consistency with past decisions; but for those who disagree with us on this, equal treatment also weighs in the balance). This reasoning process, however, never results in a judgment that differs from the court’s own conclusion about what decision is best all-things-considered, taking the effects of the past into account. Past court decisions are not authoritative. They have no effect on current decisions apart from their morally relevant consequences (reliance and equality) and, perhaps, their epistemic value. (ALEXANDER; SHERWIN, 2004)

Assim, embora ambos os ministros tenham chegado à mesma conclusão, partem de concepções distintas acerca da matéria constitucional e a relação com os precedentes.

Ambos os modelos de se compreenderem os precedentes tem suas vantagens e desvantagens. Enquanto o modelo de regras assegura valores formais como previsibilidade e segurança, mediante instrumentos formais de um positivismo exclusivo; o modelo natural prestigia uma análise mais acurada e substancial dos valores e interesses concorrentes nos precedentes e no novo caso. No ponto em que um desses modelos é vigoroso, o outro é falho. Se o apelo a uma regra assegura previsibilidade e segurança, o faz por uma cegueira substancial e axiológica. Por outro lado, se são buscadas as razões substantivas passadas para se reconsiderá-las todas novamente no novo julgamento, até se ganha em acuidade material, mas se perde em previsibilidade e segurança.

Os votos divergentes, com exceção do Ministro Dias Toffoli, não adotam o modelo de regras, nos moldes do Ministro Marco Aurélio, se aproximam do modelo natural de Barroso; contudo são mais estritos na consideração do precedente e mais amplos na consideração de novos fatores que possam influenciar na análise do caso da vaquejada. A diferença identificada no voto do Ministro Dias Toffoli é que ele, inicialmente, propôs um simples *overruling* dos precedentes para firmar a proibição do Judiciário em realizar o equilíbrio entre os dois princípios constitucionais conflitantes no caso. Seria, então, uma proposta mais próxima do modelo de regras, no caso mediante a proposta de uma regra proibitiva da atividade jurisdicional.

O Ministro Edson Fachin busca erigir sua compreensão revisando todas as razões substanciais incidentes no caso, considerando as várias perspectivas de interessados. Enuncia que “numa sociedade aberta e plural, como a sociedade brasileira, a noção de cultura é uma noção construída, não é um a priori, como aliás está na obra de Tânia Maria dos Santos”. Com a reconstrução que faz, afirma que “a partir do que consta da petição inicial e desse dispositivo da Constituição, com a devida vênia, concluo, no caso, por reconhecer a constitucionalidade, portanto, julgando improcedente o pedido, tal como manifestado pelo Ministério Público Federal”.

O Ministro Gilmar Mendes também reconsidera todas as questões incidentes e os interesses dos vários envolvidos, inclusive vaqueiros, que exercem profissão regulamentada por lei. Dá atenção às consequências do julgamento na sociedade envolvida culturalmente com a vaquejada ao

firmar que “preocupa-me bastante que nós, a partir de referenciais um tanto quanto abstratos, comecemos a tentar quebrar práticas que remontam a tempos às vezes imemoriais”. Busca demonstrar diferenças para as outras situações julgadas ao destacar que “nós vemos que há uma prática que foi desenvolvida e que tem esse caráter de esporte, como tem acontecido também com esses esportes relacionados com a montaria de bois, cavalos etc”. Gilmar Mendes se preocupa, inclusive, com a repercussão econômica da decisão.

Nos votos divergentes, é possível identificar alguma convergência do que eles entendem ser um precedente com o entendimento do Ministro Barroso, pois, ao contrário do voto do Ministro Marco Aurélio, não buscam uma regra com estrutura formal para ser aplicada por subsunção no novo caso. Procuram reconstruir o raciocínio decisório do passado para averiguar sua pertinência substancial no novo caso da vaquejada. Contudo, chegam a uma conclusão distinta por um desacordo acerca de como o Direito deve proteger, e como se devem considerar as consequências daí advindas. Barroso propõe que o Direito deve assegurar uma “ética animal” a despeito das consequências sobre os seres humanos e suas práticas culturais arraigadas, ao ponto de enunciar sua crença de que, no futuro, seremos todos vegetarianos. Por outro lado, os votos divergentes consideram que o Direito não se volta a isso, não se volta a uma preservação animal às custas de manifestações culturais, admitindo que há atividades envolvendo bichos que, ainda que envolva sofrimentos deles ou mesmo sua inserção em práticas não naturais, devem se submeter à cultura humana.

Esses não são meros desacordos fáticos (saber se a vaquejada é uma prática cruel ou não), mas uma divergência teórica sobre o que o Direito de um modo geral e os precedentes de um modo mais específico são. Na linguagem de Dworkin, os ministros foram picados pelo agulhão semântico. Tal sorte de desacordo já foi muito bem identificado pelo jusfilósofo americano, que entende que só podem ser superados por uma visão interpretativa do Direito (como uma meta-teoria) e com consideração da integridade (como teoria).

Larry A. Alexander e Emily L. Sherwin (2004) detectam em seu trabalho os limites dos dois modelos de precedentes utilizados aqui no caso da vaquejada (modelo de regras e modelo natural), daí por que falam de modelos alternativos: o de resultados (mais apropriada a uma visão realista do Direito) e o modelo de princípios (ligado ao Direito como integridade de

Dworkin). Na visão dos autores, porém, ambos os modelos alternativos trazem graves problemas, até maiores do que os dois primeiros. Por isso, preferem reformular o modelo de regras, propondo-o como o mais adequado.

No entanto, se buscará demonstrar que o modelo hermenêutico (denominação que se julga mais apropriado àquele apoiado no Direito como Integridade) é o mais adequado, justamente por permitir, inclusive, a solução dos desacordos acerca dos precedentes acima identificados, sendo esse modelo o que melhor permite compreender o caso da ADI 4.983.

Para tanto, preciso que se realize ligeira digressão sobre o pensamento de Dworkin, a fim de demonstrar que seu enriquecimento com aportes da hermenêutica filosófica oferece o mais consistente modelo de precedentes para o Direito brasileiro, sobretudo em função do constitucionalismo contemporâneo, e, no caso da ADI 4.983, aponta para graves problemas da inconstitucionalidade declarada.

3. O dever de integridade e coerência mediante aportes da hermenêutica filosófica

Desacordos similares aos apontados acima no julgamento da ADI 4.983 são identificados por Ronald Dworkin em várias ocasiões da realidade americana e servem de ponto de partida para ele enfrentar a tormentosa questão do que seja o Direito.

Diferentemente de Hart – positivista brando, proponente de uma teoria descritiva do Direito –, Dworkin se preocupa em trazer a indispensabilidade da moral. Ele encara o Direito como fenômeno interpretativo, razão pela qual aponta que o verdadeiro problema da teoria do Direito é, essencialmente, um problema relativo a princípios morais que influenciam, necessariamente, o modo de compreender o Direito, e não de estratégias ou fatos, identificados como fontes autorizadas do Direito (DWORKIN, 2007, p. 12). Em outras palavras, é na coesão entre princípios que o intérprete deve buscar uma unidade que consiga corresponder àquilo que se denomina Direito.

Em “O império do Direito”, Dworkin indica as questões em torno das quais pode haver os desacordos entre juristas ou mesmo entre partes e juízes de um processo: “questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade” (DWORKIN, 1999, p. 6). Na primeira espécie (desacordo fático), os debates se dão em torno da

ocorrência ou não de fatos tidos por relevantes para o trato de determinado assunto. As questões de direito giram, por sua vez, em torno de como o Direito soluciona aquela disputa cujos fatos são definidos. Por último, as questões de moralidade política e fidelidade indagam sobre a justiça da decisão tomada, ainda que dentro do Direito, cogitando se haveria razões para se abandonar o âmbito jurídico para solucionar adequadamente a causa.

Normalmente, as questões de Direito podem parecer superficiais, como se dando em uma camada simplória de identificar o que estaria por trás das palavras contidas em um determinado diploma normativo. No entanto, as questões dessa espécie costumam ser mais graves, podendo trazer um desacordo empírico (acerca de uma norma fazer ou não parte do ordenamento jurídico) ou um desacordo teórico (quanto aos fundamentos mesmo do Direito e suas influências na solução de um determinado caso).

Sobre os desacordos teóricos, Dworkin destaca que os juízes podem concordar, empiricamente, quanto àquilo que os repositórios de legislação e os precedentes têm a dizer sobre determinado assunto, mas divergirem quanto ao que a norma ou o precedente deve expressar em se considerando o Direito como um todo. Nestas últimas questões, a divergência não é superficial, pois é uma decorrência direta da concepção que cada um tem sobre o Direito. Os juristas, as partes ou os juízes não entram em acordo porque partem de concepções distintas do que seja o Direito e ao que ele se presta.

Ocorre que, muitas vezes, essa divergência profunda é encoberta pelo aguilhão semântico, termo utilizado por Dworkin para denominar a ilusória crença dos indivíduos de compartilharem o mesmo conceito de Direito porque utilizam o mesmo vocábulo, e que, por isso, seus desacordos parecerem ser superficiais, justamente porque comungariam da mesma compreensão do que seja e para que serve o Direito. Isso impede que se enfrente adequadamente o problema. Daí a necessidade de uma meta-teoria interpretativa, pois somente ela incorpora e admite em suas propostas esse sincero desacordo teórico, que sofre influência da moral. As diferentes posições adotadas derivam de como cada concepção jurídica é determinada por princípios de teor moral.

Para Dworkin, o positivismo jurídico, ainda que a versão mais branda e sofisticada de Hart, não é capaz de enfrentar esses desacordos teóricos, porque crê na descrição objetiva do que venham a ser o Direito. Desse modo,

os desacordos teóricos seriam equivocadamente tratados como questões de moralidade e justiça, e não como questões propriamente jurídicas, uma disputa hermenêutica pelo que seja o Direito. O positivismo integraria as teorias semânticas, porque se baseia na ilusória crença de que, se as pessoas compartilham racionalmente o uso de um termo, no caso o termo “direito”, ao ponto de se entenderem em uma conversação é porque compartilham também uma compreensão de fundo do que seja aquilo que é referido pelo termo. É, pois, na visão de Dworkin, uma teoria vítima do agulhão semântico.

Postas essas lições de Dworkin, percebe-se facilmente que os desacordos encontrados na ADI 4.983 são de natureza teórica. São desacordos profundos a respeito do que seja o Direito de um modo geral, dada a influência da “ética animal” de Barroso, por exemplo, e o que sejam os precedentes de um modo mais específico. Os ministros não discutem sobre a ocorrência ou não de determinadas práticas que são importantes para o julgamento. Ao contrário, ficaram claros os fatos relevantes: para algo ser vaquejada é necessário que haja dois peões a cavalo correndo em velocidade para derrubar um boi, também em desbragada correria, puxando-o pelo rabo. Também não divergem de que não é finalidade da vaquejada maltratar o bicho, acometendo-lhe sofrimento exagerado, mas os danos seriam decorrentes diretos de seu dado característico, podendo ser de maior ou menor grau contingencialmente.

Os ministros também não indagam sobre a justiça ou a imoralidade de suas decisões ou dos precedentes, postos os limites jurídicos certos e incontroversos. Não há igualmente dúvidas de que a Constituição Federal proíbe prática cruéis contra animais e, ao mesmo passo, protege as práticas culturais. O desacordo é, como dito, sobre o que o Direito deve assegurar em nossa sociedade, de um modo geral, e, de um modo específico, o que é um precedente judicial e como ele influencia as decisões futuras. São desacordos teóricos, portanto, que somente serão adequadamente solucionados mediante uma teoria interpretativa do Direito, que demanda integridade (a identificação de uma convergência principiológica expressa por várias decisões políticas da comunidade).

O Direito como integridade é a proposta marcante da segunda fase do pensamento de Dworkin, cuja obra seminal é justamente “O império do Direito”. A integridade não deve ser compreendida como uma virtude especial de políticas em razão da comunidade ser entendida como uma

entidade distinta em si, mas sim que a comunidade deve ser vista como um agente moral distinto porque as práticas sociais e também as intelectuais que tratam a comunidade dessa forma devem ser protegidas (DWORKIN, 1999, p. 227-228). E, ainda, em um Estado utópico, a integridade não precisaria ser uma virtude política distinta, a coerência seria garantida porque as decisões seriam sempre perfeitamente justas e imparciais (DWORKIN, 1999, p. 214).

O conceito dworkiniano de integridade não deve, contudo, ter sua aplicação reduzida às decisões judiciais, pode-se falar em um aprimoramento do conceito de legalidade (ou num sentido mais amplo, em Estado de Direito), ou em um Direito a uma extensão coerente, fundada em princípios, das decisões passadas. (MOTTA; MAURÍCIO, 2016, p. 94).

É claro que, por vezes, a integridade irá conflitar-se com o que a justiça recomenda, gerando as questões interligadas de moralidade política e fidelidade. E os próprios conflitos entre ideais são comuns na política, até mesmo quando rejeitada a integridade (DWORKIN, 1999, p. 214). Dentro da concepção de integridade é possível destacar dois princípios, quais sejam: um princípio legislativo, no qual os parlamentares devem analisar o Direito como um todo (integridade) com o fim de produzirem leis e direitos moralmente coerentes com o resto do ordenamento; e, por outro lado, um princípio jurisdicional que instrui, por sua vez, o juiz a analisar a lei dentro de um sistema convergente da melhor e mais abrangente maneira possível (DWORKIN, 1999, p. 213).

As decisões em casos concretos devem ser tomadas em observância aos precedentes que pareçam relevantes ao caso com intuito de atinar a um princípio (ou um conjunto de princípios) que porventura esteja expresso explícita ou implicitamente por esses precedentes. Os juízes devem, então, procurar ajustar suas decisões a um conjunto de princípios que possa justificar as suas decisões em casos pretéritos, presentes e futuros. Esse conjunto de princípios fará parte de uma teoria geral maior da moralidade e é ela que justificará a concatenação das decisões emanadas (DWORKIN, 2007, p. 250-251).

Coerência e integridade não são a mesma coisa. Integridade não é uma maneira grandiloquente de mencionar coerência. A coerência “exige que as decisões tomadas em nome da justiça nunca extrapolem a capacidade de um funcionário explicá-las no contexto de uma teoria da justiça, mesmo quando tal teoria comprometa algumas de suas intuições” (DWORKIN, 2007,

p. 252). Os conceitos de coerência e doutrina da responsabilidade estão intimamente ligados no sentido de que esta última requer que, não só os julgadores, mas também os parlamentares integrem suas decisões políticas e as justifiquem dentro de uma teoria política maior que fundamente, por sua vez, todas as outras decisões. A integridade, por outro lado, expressa uma convergência principiológica.

Coerência, muito mais que “para casos idênticos devem ser aplicados preceitos e princípios idênticos”, também assegura a integridade do Direito e a força normativa da Constituição. A coerência é capaz de assegurar igualdade, e a certeza de que casos iguais terão igual consideração pelo Poder Judiciário (STRECK, 2016, p. 157).

As decisões, portanto, devem se submeter a essa responsabilidade própria da coerência, e a essa sequência lógica de pensamento organizado e coerente (o que Dworkin chama de “coerência articulada”) é o que ocasiona, sem surpresa, a segurança jurídica. Em outras palavras, o programa a ser seguido deve continuar a sê-lo enquanto não for modificado, mas se o for, deve ser feito por uma razão de princípio maior que, novamente, deve ser hábil para justificar todas as decisões correlacionadas (coerência em favor dos princípios).

Especificamente quanto aos precedentes, a vinculação a eles se deve justamente por assegurar a integridade do Direito e não somente por alguma imposição de ordem formal decorrente da hierarquia entre as cortes julgadoras. Se a coerência exige uma estrita observância à linha decisória prévia, a integridade submete esse dever de observância a um escrutínio principiológico, variando a força de vinculação caso haja maiores ou menores razões, ditadas também pelos princípios de moral política, para se repetir as decisões anteriores. Portanto, a vinculação a precedentes se dá por razões formais (como a hierarquia da corte ou a prescrição legal de observância de um julgamento prévio) e materiais (decorrentes do dever de coerência e integridade).

Razões formais de imposição hierárquica poderiam justificar de maneira parcial a vinculação de um tribunal ordinário ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, mas não explica uma vinculação horizontal de uma corte a seus próprios precedentes, pois não se pode falar seriamente de força vinculante de precedentes sem que um tribunal não observe seus próprios julgados anteriores, sob pena de se cancelar uma

arbitrariedade dos tribunais de cúpula, o que ofenderia justamente o dever de integridade.

Scott Hershovitz utiliza o Direito como integridade para bem explicar o *stare decisis* na realidade americana, incapaz de ser explicada em termos formais, de maneira perfeitamente aplicável ao Brasil. Com efeito, o autor afasta razões de hierarquia judiciária para justificar a vinculação de precedentes para propor:

The key to understanding the practice of *stare decisis*, I shall argue, lies elsewhere. Specifically, it lies in the virtue Ronald Dworkin calls integrity. Integrity is a value that is realized by patterns of behavior across time. The unique demand that integrity makes upon both individuals and courts is that they recognize that what they have done in the past affects what they ought to do now. *Stare decisis*, I aim to show, promotes integrity in judicial decision making (HERSHOVITZ, 2012, p. 104).

No caso da vaquejada, o Supremo Tribunal Federal não pôs em dúvida que deve considerar seus julgados anteriores sobre crueldade com animais e o choque dessa proibição com práticas culturais. Seus próprios precedentes foram, em verdade, ponto central das discussões. Não se verificaram, pois, desacordos nesse tocante. Reconhecem os ministros o dever de observar tais precedentes, o que revela a consciência de coerência e integridade nas decisões. Os desacordos se deram em relação ao que seja um precedente o como ele vincula, e mais estritamente quais princípios morais eles expressam e como eles influenciavam o julgamento da ADI 4.983.

Para enfrentar tais questões, neste texto, as lições de Dworkin podem ser enriquecidas com aportes da hermenêutica filosófica. Ele fala de uma força gravitacional do precedente, variável em função da relevância do princípio subjacente no julgamento do passado e no novo caso. É preferível, no entanto, identificar no precedente uma força hermenêutica, concepção mais abrangente que alia ao teor principiológico outros elementos, inclusive de ordem formal, incidentes no círculo hermenêutico anterior e presente.

Mas nesse entrelaçamento entre o interpretativismo dworkiniano e a hermenêutica filosófica gadameriana, é preciso ter cuidado. É certo que Dworkin alude à obra “Verdade e método” de Gadamer em “O império do Direito”, mas isso não significa, de forma alguma, uma filiação integral do

americano ao pensamento do alemão. Há convergência, é claro, porque a visão de ambos a respeito da interpretação no conhecimento de algo, no caso o Direito, é similar. Por isso, o alerta de André Coelho (2014, p.20) de que é preciso apontar que essa relação pode ser compreendida de três formas, sendo duas delas incorretas: influência direta, cofiliação teórica e afinidade epistêmica.

Na filiação direta, Dworkin teria “que recorrer à teoria de Gadamer como fonte de descoberta ou como fundamento de validade das ideias que propõe” (COELHO, 2014, p. 22), o que não procede. Conforme destaca André Coelho há três referências de Dworkin a Gadamer em “O império do Direito”, enquadrando a filosofia do alemão no modelo conversacional, próprio da tradição da hermenêutica continental, o que, se não está integralmente equivocada, demandaria uma revisão. Assim, falar de uma filiação direta de Dworkin a Gadamer é equivocado.

Na explicação de uma cofiliação teórica, André Coelho expõe que “seria preciso que Dworkin construísse sua teoria de modo a fazê-la pertencer à tradição hermenêutica, em vez de, por exemplo, à tradição analítica” (COELHO, 2014, p.27). Para tanto, seria preciso encontrar as principais ideias da hermenêutica filosófica na base do pensamento de Dworkin. Isso também não corresponde à realidade, pois não se identifica em Dworkin pontos fulcrais do pensamento de Gadamer, como a inescapabilidade da linguagem e da interpretação, a renúncia a uma atitude normativa nem uma rejeição ao método. Essa explicação, portanto, também é errada.

Por fim, a maneira correta de se abordar a relação entre Dworkin a Gadamer é falar de uma afinidade epistêmica, no sentido de que “Dworkin propõe ideias análogas ou afins com ideias propostas por Gadamer, tornando potencialmente fecunda a associação entre o que um e outro disseram sobre as mesmas coisas” (COELHO, 2014, p.34). Nesse tocante, André Coelho (2014, p.34) propõe que “o estudioso poderia ver na teoria de Dworkin não tanto uma representante da tradição hermenêutica, mas antes o entreposto dentro da tradição analítica em que a tradição hermenêutica poderia encontrar um interlocutor mais receptivo”. Essa afinidade renderia um enriquecimento da teoria dworkiniana partindo do ponto em comum que tem com Gadamer no primado da interpretação, no holismo do sentido e na reconexão do Direito com a ética e a política.

Especificamente sobre os precedentes, essa afinidade epistêmica entre as duas correntes de pensamento permite, como dito, incrementar a ideia de força gravitacional para uma força hermenêutica, compreensível não só pela coerência e integridade em torno de um princípio que perpassa toda uma tradição, mas a compreensão de todo o jogo de perguntas e respostas verificado no círculo hermenêutico dos precedentes e como se apresentam no novo caso. Essa consideração afasta um raciocínio com bases apenas em razões – própria do natural model of precedent descritos por Larry A. Alexander e Emily L. Sherwin –, o círculo hermenêutico é delimitado pela história e pela tradição institucional moldada pela integridade. Também elide a crítica de que esses dois autores fazem ao modelo puramente dworkiniano de precedente.

A aferição dessa força hermenêutica partiria, portanto, da seguinte compreensão de precedente:

Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma applicatio, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. Essa resposta é identificada em função não só dos elementos de fato (abstratos ou concretos) e de direito (em suas mútuas influências) considerados no julgamento e obtidos da análise da motivação apresentada, mas também dos elementos amplos que atuaram no jogo de-e-para do círculo hermenêutico e que integram as razões subjacentes do julgamento. Essa resposta comporá a tradição institucional do Judiciário merecendo consideração no futuro, inclusive por tribunais superiores, pois mesmo os escalões mais elevados não podem ignorar os outros elos do sistema em rede que formam. Sua utilidade na ordem jurídica é, adicionalmente, funcional, pois elide o desenvolvimento de outras decisões a partir de um grau zero, evitando subjetivismos, economizando tempo e garantindo uma igualdade de tratamento entre casos substancialmente iguais (LOPES FILHO, 2016, p. 275).

Com essas considerações é que se percebe que o uso do precedente, a influência que exercerá sobre um caso posterior, depende da aferição de sua força hermenêutica consistente na análise dos elementos formais e materiais que incidiram nos precedentes e como eles se apresentam no caso posterior. Deve-se, em outras palavras, observar os precedentes para se perquirir acerca de seus elementos materiais de integridade, coerência e justificação, assim como dos elementos formais, tais como o tipo de ação, o grau hierárquico da corte, o placar do julgamento, entre outros.

Firmado, então, o que se deve entender por precedente e como eles vinculam um caso posterior, dentro do paradigma do Direito como integridade enriquecido com elementos da hermenêutica filosófica, necessário se voltar novamente, mas com esse novo olhar, para o julgamento da ADI 4.983, sobretudo para aferir a força hermenêutica dos precedentes citados, a fim de suplantar os desacordos verificados nos diversos votos.

5. O regresso aos contornos fundamentais do julgamento da ADI 4.983 com um olhar interpretativo adequado

Posto o marco teórico que se entende adequado para explorar as questões pertinentes, necessário voltar os olhos novamente para o julgamento da ADI 4.983 para que se a averigüe sob essa perspectiva.

Inicialmente, interessante notar que o caso pode ser enquadrado como um *hard case* no sentido de que envolve um dilema moral, justamente o que molda as diferentes concepções de Direito e de precedentes. Nessa condição, não se pode deixar de apreciar a questão sem esse enfoque substancial e principiológico, o que, logo preliminarmente, expõe como imprecisos dois entendimentos, curiosamente um a favor e outro contra a constitucionalidade da lei estadual. São os votos do relator, Ministro Marco Aurélio, ao se valer de um modelo estrito de regra jurisprudencial, e do Ministro Dias Toffoli, em sua primeira manifestação ao entender que o Judiciário não pode se imiscuir nesse tipo de tarefa.

Ao enunciar uma regra a partir dos precedentes e deter sua análise a uma questão de fato, ou seja, de averiguar apenas se os fatos da vaquejada se inserem no âmbito de incidência de práticas cruéis, o relator deixa a largo de sua decisão considerações quanto à integridade, porquanto entende já desnecessária a análise das questões culturais no novo caso, porquanto afastado pela regra que enuncia. Em outras palavras: o relator não revolve à

questão dos princípios concorrentes no caso da vaquejada, porque pressupõe que a existência da regra jurisprudencial identificada nos precedentes é capaz para afastá-los representando um parâmetro jurídico suficiente.

É fácil perceber que, quando muito, o ministro busca uma coerência, entendida de uma maneira restrita, e uma estabilidade, não se ocupa de averiguar a integridade, justamente uma das exigências de averiguação da força hermenêutica de vinculação dos precedentes. Como se verá no próximo item, será justamente a ruptura da integridade, sequer considerada no voto, que ocasionará a reação do poder constituinte derivado.

As maiores preocupações do Ministro Marco Aurélio no caso da vaquejada foram duas: a) ratificar que a crueldade com os animais não merece o agasalho da Carta Constitucional por configurar uma afronta à proteção ao meio ambiente “demostrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura”; b) também procurou “unificar” a jurisprudência, compatibilizando o julgado com os entendimentos já proclamados pelo Tribunal.

Quanto à primeira manifestação do Ministro Dias Toffoli pela impossibilidade de o Judiciário solucionar o impasse submetido em juízo consiste, de um modo mais abrangente, na afirmação de que o Judiciário não pode solucionar hard cases, mesmo quando existentes precedentes sobre o tema. Essa constatação evidencia a clamorosa contrariedade à função da jurisdição constitucional no Brasil, de modo a dispensar maiores considerações quanto sua incomensurável inadequação.

Entretanto, as teses concorrentes no julgamento (pela constitucionalidade e pela inconstitucionalidade) possuem votos que deram um olhar substancial para a causa, buscando justamente uma análise principiológica, ocupando-se da integridade e coerência com os precedentes, os quais foram, como já dito, centrais para o julgamento. Têm-se como paradigmáticos os votos dos Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Ambos contrapuseram específica e claramente os princípios em prol da proteção animal e de proteção à cultura, utilizando os precedentes para identificar como foi solucionada essa concorrência.

Nesse ponto, merece destaque que o precedente da rinha de galos tem uma força hermenêutica menor porque esse conflito entre preceitos constitucionais não entrou na cogitação da ocasião, pois não se considerou

haver e manifestação cultural albergando a prática, ou pelo menos não existia em medida suficiente para merecer a invocação do art. 215, §1º, da Constituição Federal e a consideração dos ministros naquele julgamento. A única menção a esse dispositivo constitucional, naquele julgamento, se dá na citação que é feita ao precedente da “farra do boi”, mas não é invocado especificamente nos argumentos das partes. Na ocasião nenhum dos interessados nem qualquer ministro pretendeu justificar a rinha de galos enquadrando-a como uma manifestação cultural.

A questão girou em torno basicamente na qualificação do fato como cruel aos animais e da incidência do art. 225, §,1º, VII, da Constituição Federal, sem concorrência com qualquer outro artigo constitucional. A defesa da constitucionalidade da prática arguia que a proibição de tratamento cruel se inseriria na proteção da fauna, não alcançando animais domésticos. É o que consta no relatório:

Não é de se incluírem os animais domésticos e domesticados, nem os de cativeiro, criatórios e de zoológicos particulares, devidamente legalizados, remata o emérito constitucionalista. Sucede que, na hipótese ‘sub examen’, pretende-se estender o objeto da tutela ambiental ao galo de briga que, consoante pronunciamento formal do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, entidade vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal (DOC. II), é considerado como ave doméstica, escapando, pois, daquela de âmbito material de incidência do comando constitucional.

Por estar assim posta a questão, o julgamento se deteve apenas e tão somente em investigar a rinha de galo a fim de identificar-lhe traços cruéis por definição, pois, no voto condutor, da lavra do Ministro Celso de Melo, a questão prescindia de provas por todos saberem as características essenciais de uma briga de galos. Escreve:

O fundamento em que se apóia a pretensão de inconstitucionalidade do diploma legislativo em referência reside na prática de atos revestidos de inquestionável crueldade contra aves das Raças Combatentes (“gallus-gallus”) que são submetidas a maus- -tratos, em competições promovidas por infratores do ordenamento constitucional e da legislação ambiental, que transgridem, com seu comportamento delinquencial, a regra

constante do inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República [...].

O deslinde da questão girou em torno unicamente do princípio de proteção animal, conforme se percebe em ponto fulcral do voto condutor:

É importante assinalar, neste ponto, que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais.

Portanto, não consta qualquer consideração a alguma prescrição constitucional que, isoladamente considerada, pudesse autorizar a disputa entre os bichos. Ao contrário, se destaca uma longa linha de decisões políticas e jurídicas contrariamente a ela, tanto por decisões legislativas quanto judiciais. Celso de Melo consigna: “Impende destacar que, em período que antecedeu a promulgação da vigente Constituição, esta Suprema Corte, em decisões proferidas há quase 60 (sessenta) anos, já enfatizava que as ‘brigas de galos’, por configurarem atos de crueldade contra referidas aves, deveriam expor-se à repressão penal do Estado [...]”.

Para dois casos serem semelhantes no ponto de vista interpretativo devem envolver os mesmos princípios, justamente para que o jogo de perguntas e respostas que integram o círculo hermenêutico possa ser utilizado com mais vigor no futuro, justamente porque a resposta anteriormente dada integra a tradição institucional moldando a concepção moral sobre o assunto e exigindo integridade a essa resposta. Somente casos semelhantes, nessa dimensão, demandam coerência e integridade. Não há esse liame aqui.

No caso da vaquejada, foi ponto fulcral a constatação de ela ser uma manifestação arraigada na tradição nordestina, sendo o sopesamento da proteção a essa prática cultural com a proibição de crueldade com animais ponto central na discussão posta desde a inicial e na defesa dos interessados. E justamente nesse ponto central, o precedente da rinha de galos nada tem

a dizer. Poderia, ao contrário, servir a favor da constitucionalidade da lei estadual, porquanto, diferentemente da rinha de galos, com seus 60 anos de rejeição institucional, a vaquejada até então não havia sofrido qualquer aversão institucional ou mesmo social mais arraigada; conforme assentado no julgamento, compõe o panorama cultural de vários estados do nordeste brasileiro.

O caso da rinha de galo traria, quando muito, dados a determinar o que seria crueldade com animais. Contudo, tal prática possui distinções para a vaquejada, como, de uma forma geral, admitem os ministros, ao indicarem que os maus tratos são a própria finalidade da rinha. Diversamente, na vaquejada, os ministros concordam que puxar o animal pelo rabo em velocidade é uma prática que inflige sofrimento, mas em uma escala menor do que as sofridas pelos galos. A questão foi saber se isso seria suficiente para enquadrar a prática como cruel e, adicionalmente, afastar a proteção cultural. Essas questões hermenêuticas não se verificaram no precedente. Diante de todos esses fatores diversos, conclui-se que o precedente da rinha de galos foi incorretamente invocado na ADI 4.983.

O precedente da “farra do boi” foi o único que envolveu a concorrência entre os dois princípios constitucionais invocados na ADI 4.983. Daí a análise de seu respectivo jogo de perguntas e respostas dever ser mais acurado.

Esse caso chegou ao Supremo Tribunal Federal por recurso extraordinário (RE nº 153.531-8), sendo julgado em fevereiro de 1997. Originou-se em de ação civil pública ajuizada por entidade de proteção animal, cujo objetivo era obrigar o estado de Santa Catarina a proibir a “farra do boi”, prática comum nas comunidades litorâneas de origem açoriana daquela unidade federada, que consistia em soltar, em determinado período do ano, um touro livre pelas ruas da cidade, que seria espancado por populares até a morte.

Dado importante consistia na comprovação, juntamente com a inicial, de uma rejeição não só nacional (a sede da autora era no Rio de Janeiro) como internacional. Em seu relatório, o Ministro Francisco Rezek faz menção a relatórios internacionais repudiando a prática, e “justada de cópias de jornais, do relatório final da comissão de estudos da farra do boi (fls. 84/101), de um expediente da Associação Catarinense de Proteção aos animais (fls. 102) e de um documento emanado do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina, contendo breves considerações históricas, sociológicas e

etnográficas da matéria em exame”. Mesmo diante dessas evidências, na ação não se deixa de reconhecer se estar a se enfrentar uma prática cultural.

O Ministro Francisco Rezek confessa em seu voto que tardou em submeter a questão a julgamento na esperança de que a questão fosse resolvida sem a necessidade de intervenção judicial, o que não se verificou, pois “a cada ano do calendário a prática se caracterizou mais e mais como cronicamente violenta, e não apenas pontilhada de abusos tópicos”. Percebe-se, logo, a divergência para o entendimento de Dias Toffoli. Conquanto o relator tenha preferido uma solução não judicial, não a afastou de um modo geral quando necessária. Portanto, nesse tocante, o entendimento inicialmente exposto pelo Ministro Dias Toffoli, além de não atender a uma compreensão geral sobre a jurisdição constitucional, é incoerente com o entendimento mais próximo do próprio Supremo Tribunal Federal.

Por ser uma decisão em recurso extraordinário, nesse caso foi possível observar como as questões foram enfrentadas nas instâncias inferiores, que enquadraram a “farras do boi” como manifestação cultural o que, aliada a constatação de que os maus tratos seriam apenas pontuais, não haveria crueldade constitucionalmente reprovada. Aqui, a similaridade é perfeita com os argumentos em prol da vaquejada. Tocando justamente nos dois pontos destacados pelo Ministro Roberto Barroso neste julgado mais recente: a) saber se a vaquejada é cruel; b) se, como manifestação cultural, receberia proteção constitucionais, ainda que cruel. A distinção reside que os maus tratos são substancialmente diferentes e maiores, entre uma prática e outra e a amplitude cultural de ambas também é diversa.

Com esses dois pontos de grande relevância hermenêutica para a equiparação entre os casos, de modo a determinar a força vinculante do precedente. Merece destaque a passagem do relator sobre os fatos da causa:

Em que consiste essa prática [a farras do boi], o país todo sabe. Poupei o Tribunal, como é do meu feitio, de ler determinadas peças do processo em nome dessa notoriedade. Há coisas repulsivas aqui narradas por pessoas da sociedade catarinense, narras por sacerdotes de Santa Catarina e por instituições comprometidas com primado da constituição no que se refere à proibição de crueldade com animais.

Com isso em mente, e dando primazia a esse aspecto, Francisco Rezek julga procedente o recurso para reconhecer que a “farra do boi” era prática contrária à Constituição. Ele não faz um cotejo mais atento ao penso da manifestação cultural, parecendo que nem em tese poderia justificar as práticas que denomina como repulsivas.

Coube ao ministro Maurício Correia contextualizar culturalmente a “farra do boi”, que votou pela constitucionalidade da prática. Ele descreve ser costume originado na tourada de laço de origem ibérica, trazidas por imigrantes vindos da Ilha dos Açores, se consolidando entre seus descendentes ao longo do litoral catarinense. Destaquem-se os contornos:

O animal é amarrado pelos chifres ou pelo pescoço a uma corda de linho, a qual na outra extremidade é atada a uma vara flexível. Os toureiros improvisados têm assim uma área de risco (o círculo por onde o touro pode movimentar-se) e a área de proteção fora desses limites. O touro antes de ser marrado é solto por ruas estreitas, arremetendo-se contra audaciosos toureiros que exercitam manobras utilizando guarda-chuvas e peças de vestuário, sem portarem qualquer arma.

Enfoque diverso dá o Ministro Marco Aurélio que alude a uma “turba ensandecida [que] vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento”. Alude ainda notícia jornalística que “mostrou um animal ensanguentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimentos em que se encontrava no interior”.

Nas duas questões levantadas por Barroso na vaquejada, é possível identificar clara distinção para a “farra do boi”. Esta levava, necessariamente, à morte do animal por uma turba ensandecida de toureiros improvisados, advindos da população, em locais aleatórios das cidades, ao ponto de possibilitar a invasão da residência. A vaquejada é exercida em competições com regras, locais e preparo específico. Não leva, por definição, à morte do bicho ou o submete à sanha de uma turba de pessoas improvisadas na prática, mas a profissionais ou a aspirantes de profissionais. Não há cenas que “causam repulsa”, mas, como destacado pelo próprio ministro Roberto Barroso, os animais aparentam bem-estar, ainda que com lesões psicológicas e físicas internas.

No quesito da manifestação cultural, a “farra do boi” era manifestação sazonal, restrita a uma parte do litoral catarinense, que não moldava de um modo geral a cultura local. Por outro lado, a vaquejada é uma realidade disseminada em vários estados do Nordeste, e molda culturalmente a região não só com a prática em si, mas com músicas, festivais, preparativos, criação e preparação de equinos e bovinos para a competição, cujo valor se eleva, justamente pela melhor aptidão para o evento. Conforme foi destacado pelos votos vencidos, há todo um setor econômico em torno da vaquejada.

Assim, é possível identificar que o julgamento da ADI 4.983 não guardou uma coerência estrita com o precedente do RE nº 153.531-8, por versarem sobre questões que, conquanto com similaridades, responderam a questionamentos hermenêuticos diversos.

Não há que se falar de uma integridade mesmo em relação a princípios de moral política aptos a conformar a “ética animal” da maneira narrada por Barroso em seu voto, porquanto não observada em normas, decisões políticas ou manifestações sociais sobre outras situações em que se lidam com animais. Pode-se citar o hipismo, que é considerado o maior esporte com cavalos no mundo e que compreende diversas práticas desportivas, à exemplo do salto e do polo. É comprovado por vários estudos veterinários (SOUSA; et al, 2017, online) que equinos sofrem lesões durante a prática ordinária desses esportes, dentre elas: fraturas, inflamação crônica na coluna, lesões região do pescoço e a mais comum: lesões nos membros distais, presente em 46% dos cavalos que praticam diferentes atividades, mas, quando competidores de alta performance, essa porcentagem chega a dobrar.

Caso a “ética animal” utilizada por Barroso para delimitar a incidência dos princípios constitucionais fosse realmente integrada em nossa prática social e política, não haveria normas admitindo o hipismo nem toda uma prática social espalhada por vários setores a estimular esse esporte, que integra o panteão dos esportes olímpicos, que teve inclusive edição orgulhosamente sediada pelo Rio de Janeiro, com gastos públicos, privados e prestígio do público que foi assistir as respectivas competições.

Da mesma forma, não há a incorporação da mesma “ética animal” em normas para proibir o maltrato de animais para o abate e culinária. A situação dos abatedouros, nos moldes narrados pelo Ministro Luiz Fux, no país ou até mesmo a produção do foie gras (YOUATT, 2012, p. 347) deveriam ser diferentes, caso perpassasse por todos a “ética animal”, de modo a pelo

menos sinalizar o vaticínio de Barroso de que, enquanto comunidade e sociedade política organizada, o Brasil caminha para o vegetarianismo.

Tendo isso em mente, qual o princípio contido na decisão da ADI nº 4.983 (caso da vaquejada), ADI nº 2.514/SC (briga de galo) e a em Recurso Extraordinário nº 153.531/SC (“Farra do boi”) que justifique a proibição da prática cruel aos animais e que não justifica os casos apresentados acima? Como visto, segundo Dworkin, deve haver uma teoria principiológica maior que justifique todos os casos correlatos para que dela decorram decisões coerentes. Mas, perceba que a razão de decidir (*ratio decidendi*) se funda pura e simplesmente no maltrato dos animais. Caso em que também deveria englobar situações de maus-tratos na prática de esportes e não menos na culinária, o que não é verificado.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo por causa dos desacordos fundamentais já revelados, inclusive entre os ministros que julgaram pela inconstitucionalidade, não conseguiu evidenciar uma única “ética animal” que perpassasse esses vários âmbitos do disciplinamento do trato dos animais. Perceba-se que o ideal de direito como integridade está quebrado. Nem mesmo em se falando de coerência das decisões com a linha de precedentes emanadas do Supremo se tem uma decisão adequada. A Corte Constitucional deixou a desejar nesse ponto, não empreendeu a responsabilidade política que lhe era devida.

Essa quebra de coerência e integridade pelo Supremo Tribunal Federal deve ser entendida como a causa do *backlash* do poder constituinte derivada, que aprovou emenda constitucional para viabilizar a vaquejada.

6. O *backlash* do poder constituinte derivado pela quebra de integridade

A reação das instâncias políticas à decisão do Supremo Tribunal Federal veio por emenda constitucional que acrescentou o §7º ao art. 215, com o seguinte teor:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Como se lê, o poder constituinte derivado, em reação á decisão do Supremo, acometeu ao legislador a solução do choque entre a proteção de uma prática cultural e a proibição de tratamento cruel a bichos. Tal sorte de reação denomina-se de backlash.

Apesar de pouco conhecido no Brasil, o backlash foi identificado originalmente e é conhecido na doutrina constitucionalista norte-americana. Consiste, na definição de Marmelstein (2017, p.151), em um efeito adverso e não quisto em face da atividade jurisdicional. Em verdade, é a maneira pela qual a comunidade política reage a decisões judiciais consideradas vanguardistas em demasia, ao ponto de romper com a linha de princípios de moral política ainda resguardados em instâncias legislativas ou mesmo constituintes. Essa dissonância entre órgão constituinte/legislativo e judicial, como assevera Marmelstein (2017, p.151), pode ocorrer de várias maneiras:

A revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal” (“court-packing”) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade.

O papel da corte constitucional, a priori, seria dirimir questões constitucionais e não tratar sobre decisões políticas, que é atribuição do poder legislativo. “Por meio dessa análise comparativa das capacidades do Judiciário e da(s) instituição(ões) possivelmente afetada(s) por suas decisões, busca-se determinar os limites de atuação legítima das cortes em situações de efetiva ou potencial tensão institucional” (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 6). Contudo, em enfrentando casos envolvendo questões de moral política que moldem princípios jurídicos, as cortes devem manter a integridade e coerência com aquilo que é delineado pela comunidade política.

Tendo isso em vista, por ter uma visão macro e ao mesmo tempo sistêmica acerca dos aspectos políticos e suas consequências imediatas e

também mediatas, o Poder Legislativo e o constituinte derivado, em tese, teriam uma melhor atuação em casos sensíveis. Nesse aspecto, o órgão jurisdicional pendula entre decisões ora mais conservadoras, ora mais vanguardistas, e por isso, naturalmente, estará por vezes a favor ou contra a opinião pública.

É claro que, juntamente com a opinião pública, a doutrina também adota diferentes posicionamentos com relação à atuação do Judiciário, se mais intervencionistas ou não. Intervencionistas no sentido de que, ao deliberarem sobre questões políticas, estariam tomando o fator democrático-participativo da população na medida em que não foram eles, os juízes, eleitos através de sufrágio universal para tomar esse tipo de decisão.

Em que pese a disputa, é importante deixar claro que “o foco de ataque não é o fundamento jurídico em si da decisão judicial, mas a vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido” (MARMELSTEIN, 2017, p.151).

Há que se ressaltar, entretanto, que, para muitos, algumas asserções acerca do backlash podem ser extraídas a priori:

One lesson is that political and legal backlashes are a foreseeable consequence of controversial judicial victories that require majority groups to reassess in fundamental ways the manner in which they have in the past treated and understood certain minority groups. A second related lesson is that civil rights struggles in this country have traditionally consisted of moments of heartening progress followed by instances of discouraging setbacks. (BALL, 2006, p. 1494).

Entretanto, esse não é o posicionamento de George Marmelstein (2017), que afirma que o backlash estabelece uma zona de incerteza natural acerca dos desdobramentos políticos da questão. Esse fato, per si, é capaz de afetar a aceitação por parte da população a respeito de um posicionamento mais vanguardista/progressista para uma questão de fundo. Nesse cenário, “a political and cultural backlash may hurt, more than help, progressive values” (POST; SIEGEL, 2007, p. 1). Esse também é o posicionamento de Mark J. Roe, professor da Harvard Law School:

The hard part about accounting for backlash is that while it is real, it is amorphous: one cannot readily measure it, [...], and thereby calibrate for each law or institution the exact dose of needed political accommodation

or the exact amount of backlash that explains this or that rule or institution. It cannot be easily modeled with supply and demand curves that would tell us much. It is a matter for judgment calls. And, when backlash is in play, one might simultaneously see the law as a result of backlash (and hence analytically unwise) and as a means to avoid more serious backlash (and hence politically astute) (ROE, 1998, p. 240).

Percebe-se, portanto, que o backlash pode ser entendido não só como um desejo das instâncias políticas de influenciar sua própria constituição, mas também como uma ameaça à própria independência do Direito, no sentido de que sua legitimidade (e conseqüentemente do próprio rule of law) estaria comprometida ao se confrontar com a prudência que a democracia representa. “Backlash is where the integrity of the rule of law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy” (POST; SIEGEL, 2007, p. 4). Como pano de fundo disso, é possível apresentar a integridade, pois quando ofendida por uma decisão judicial sobre questão relevante serve como fator motriz para o backlash.

O ativismo por parte do Judiciário tem o condão de produzir efeitos negativos (ainda que de forma involuntária). O progresso da linha ideológica contrária, fruto de uma reação política, influencia a opinião pública a adotar certas medidas ideologicamente contrárias à decisão jurisprudencial. Poderá, ainda, transformar para pior a situação que antes se tinha.

Em outras palavras, certos posicionamentos do Supremo, quando tomados com quebra de coerência e integridade, tem concorrido para a ascensão de respostas legislativas e mesmo do poder constituinte derivado cada vez mais frequentes. Isso não representa nenhuma patologia, mas um comportamento fisiológico entre os poderes, conforme se pode observar na experiência americana.

6.1. Furman v. Georgia

No ano de 1972, a Suprema Corte norte-americana decidiu por abolir, em *Furman v. Georgia*¹, em uma votação apertada (5 votos a 4), a pena de morte no país, pois esta seria inconstitucional tendo em vista a oitava

¹ *Furman v. Georgia*, 408U.S.238 (1972).

emenda² da Constituição daquele país, que proíbe penas consideradas cruéis e incomuns. A proibição, entretanto, só durou até 1976 quando a decisão foi revista por ocasião de nova decisão provinda do caso *Gregg v. Georgia*³, e posteriormente reafirmada por casos posteriores como: *Proffitt v. Florida*⁴, *Jurek v. Texas*⁵, *Woodson v. North Carolina*⁶, *Roberts v. Louisiana*⁷.

Nesse ínterim, entre 1972 e 1976, todas as penas de morte do país foram substituídas por perpétuas, tendo os grupos conservadores conseguido que a legislação penal fosse agravada em diversos estados. Com o advento da decisão do caso *Gregg v. Georgia*, a Suprema Corte passou a entender a pena de morte compatível com a oitava emenda da Constituição americana, se observadas algumas condições procedimentais.

Após a nova decisão, os Estados membros continuaram a prever a pena de morte para os crimes mais graves, e o mais importante: a quantidade de Estados que aderiram à pena de morte aumentou quando comparado com o cenário anterior. Isso significa que estados que não adotavam a pena de morte antes começaram a adotá-la devido à reação da opinião pública, que se deu em resposta a decisão liberal da Suprema Corte norte-americana. Eis o backlash, por quebra de integridade, porquanto não havia base principiológica na comunidade que apoiasse a decisão da *Suprem Court*, que, em verdade, quebrou uma longa linha de decisões de moral política admitindo a pena de morte, desde que não se desse por meios cruéis.

6.2. *Kelo v. City of New London*

O caso *Kelo* (*Kelo v. City of New London*⁸) teve backlash que, provavelmente, resultou em mais legislações estaduais do que qualquer outra decisão da Suprema Corte norte-americana em toda a história do país, tendo sido o caso *Furman v. Georgia* o que mais chegou perto de empatar em números (SOMIN, 2009, p. 2102).

² “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted” (ESTADOS UNIDOS, 1791, online).

³ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

⁴ *Proffitt v. Florida* 428 US 242 (1976).

⁵ *Jurek v. Texas* 428 U.S. 262 (1976).

⁶ *Woodson v. North Carolina* 428 US 280 (1976).

⁷ *Roberts v. Louisiana* 428 U.S. 325 (1976).

⁸ *Kelo v. City of New London* 545 U.S. 469 (2005).

O caso Kelo surgiu da condenação de dez residências e cinco outras propriedades privadas da cidade de New London – Connecticut, em razão de um plano de desenvolvimento da cidade preparado pela New London Development Corporation (NLDC) no ano de 2000. Buscava-se transferir essas propriedades para investidores privados com o propósito de promover o crescimento econômico da área. Em razão dessa decisão, foram autorizados pela cidade de New London US\$ 5,35 milhões em títulos para incentivar o planejamento.

Por uma decisão de 5 votos a 4, a Suprema Corte reconheceu a viabilidade do plano de desenvolvimento econômico, rejeitando, assim, o argumento dos proprietários de que a transferência para um ente privado (ao invés de um órgão público) exigiria um maior grau de escrutínio judicial. Da mesma forma, não foi exigida comprovação de que as receitas atingiriam os benefícios econômicos que se valeram como justificativa em primeiro lugar. A decisão incentivou ampla deferência para as questões políticas que diziam respeito aos bens públicos (SOMIN, 2009, p. 2107-2108).

A decisão proferida no caso Kelo, muito embora estivesse de acordo com os precedentes *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*⁹ e *Berman v. Parker*¹⁰, foi recebida pela população com indignação generalizada independentemente de ideologias e partidos. Foi instado à Suprema Corte que ela se pronunciasse a favor dos proprietários.

Em 2009, trinta e seis Estados já tinham promulgado alguma reforma legislativa pós-Kelo, no entanto, vinte e duas delas fornecem pouca ou nenhuma proteção para os proprietários contra empreendimentos de desenvolvimento econômico. Quatorze¹¹ dessas reformas proíbem (ou pelo menos efetivamente restringem) conquistas desarrazoadas por parte dos gigantes econômicos. O grande destaque das reformas é o Estado da Flórida, que antes fazia uso extensivo de “private-to-private takings”, mas hoje, com a nova lei vigente, representa a maior vitória legislativa pós-Kelo pelo seu amplo escopo (SOMIN, 2009, p. 2138-2139).

Percebe-se que o backlash, nesse caso, se deu às avessas, ou seja, houve uma reação maciça contra uma decisão que reafirmou a jurisprudência já existente (uma posição conservadora do Judiciário, portanto) e que provocou pouca controvérsia no passado. A escassez de

⁹ *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 US 229 (1984).

¹⁰ *Berman v. Parker*, 348 US 26 (1954).

¹¹ Com exceção do Estado de Utah, que aboliu esse tipo de condenação antes mesmo do caso Kelo.

medidas de fato efetivas, apesar de demandadas pela população ainda é um problema a ser enfrentado pela política daquele país.

Esses dois exemplos americanos, retirados dentre muitos outros existentes, evidenciam ser natural – fisiológico como se disse – esse tipo de reação, a qual, muitas vezes tem como alvos decisões tomadas por apertada maioria e com quebra de coerência e integridade, tal qual se averiguou no caso da vaquejada no Brasil.

7. Conclusão

Diante o exposto, conclui-se que a decisão acerca da inconstitucionalidade da lei da vaquejada não se ateu à coerência com a linha de julgados da Corte, porquanto mal considerou a similaridade hermenêutica com os precedentes da “farra do boi” e da rinha de galo, bem como não conseguiu guardar uma integridade em seu prestígio a uma “ética animal” identificada em princípios contidos em leis, decisões sociais e institucionais no trato animal. Em outras situações acatadas pela ordem jurídica e pela comunidade não se identificam princípios a sufragar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como pode ser revelado em outros esportes com bichos e no tratamento em animais criados para o abate.

O silêncio quanto a outros casos semelhantes, ou mais precisamente aos princípios a eles subjacentes, até por uma questão de responsabilidade, não poderia ocorrer, por ser uma imposição do dever de coerência e também de integridade.

O backlash operado pelo constituinte derivado, mediante emenda constitucional autorizativa de práticas como a vaquejada por meio de lei, evidencia o desacerto principiológico da decisão, que não refletiu bem como a comunidade em geral e o trato institucional especificamente encarava a questão.

Referências

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, pp. 6-50, jan/jun, 2011.

ALXANDER, Larry A.; SHERWIN, Emily L. Judges as rulemakers. **Legal Studies Research Paper Series**, Research Paper No. 05-14, September 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=591666>>. Acesso em: 24 jul 2017.

BALL, Carlos A. The Backlash Thesis and Same-Sex Massage: Learning from Brown v. Board of Education and Its Aftermath. **William & Mary Bill of Rights Journal**, Vol. 14, Issue 4, 2006, p. 1493-1538. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmbrj/vol14/iss4/8>>. Acesso em: 05 set 2017.

BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício F.; ZETTEL, Bernardo. Parâmetros Deliberativos Para os Diálogos Constitucionais: Razão Pública, Ética do Discurso e Backlash. **Direitos Fundamentais & Justiça** - Ano 7, nº 25, pp. 170-190, out/dez, 2013.

COELHO, André Luiz Sousa. Dworkin e Gadamer: Qual Conexão? **P E R I**. v. 06, n. 1, 2014, p. 19-43

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **8ª emenda de 15 de Dezembro de 1791**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/eighth_amendment>. Acesso em: 05 set. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, 2ª ed, p. 141

HERSHOVITZ, Scott (org.). **Exploring Law's Empire**. Oxford. Oxford University Press. 2012.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. In MATIAS, João Lius Nogueira. **Direito, complexidade e globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017. P 149-162.

MOTTA, Francisco J. Borges; MAURÍCIO, Ramires. O Novo Código de Processo Civil e a Decisão Jurídica Democrática: Como e Por Que Aplicar Precedentes Com Coerência e Integridade?. In: STRECK, Lênio; ALVIM, Eduardo A.; LEITE, George S. (orgs). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: Coerência e Integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

POST, Robert; SIEGEL, Reva, Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 07 set 2017.

ROE, Mark J. Backlash. **Columbia Law Review**, Vol. 98:217, p. 217-241, 1998. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=69870>>. Acesso em: 05 set 2017.
SOMIN, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo. **Minnesota Law Review**, Vol. 93, nº. 6, pp. 2100-2178, Junho, 2009.

SOUSA, Nicole R. et al. Relation Between Type and Local of Orthopedic Injuries With Physical Activity in Horses. **Ciência Rural**, vol.47, no.2. Santa Maria, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84782017000200602>. Acesso em: 24 mar 2017.

STRECK, Lênio. O Que é Isto – A Exigência de Coerência e Integridade no Novo Código de Processo Civil?. In: STRECK, Lênio; ALVIM, Eduardo A.; LEITE, George S. (orgs). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: Coerência e Integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

YOUATT, Rafi. Power, Pain, and the Interspecies Politics of Foie Gras. **Political Research Quarterly**, Vol.65, n. 2, p.346-358, 2012.