



Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito

Programa de Pós Graduação em Direito Público

**NÚCLEO INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA E EXTENSÃO EM DIREITO
ANIMAL E DIREITO AMBIENTAL - NIPEDA**

ANA CONCEIÇÃO BARBUDA SANCHES GUIMARÃES FERREIRA

**A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO A PARTIR DO
DIREITO ANIMAL**

VOLUME 1

SALVADOR - BAHIA

2017

ANA CONCEIÇÃO BARBUDA SANCHES GUIMARÃES FERREIRA

**A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO A PARTIR DO
DIREITO ANIMAL**

Tese apresentada à Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof^o Doutor Heron José de Santana Gordilho

Salvador - Bahia

2017

F383

Ferreira, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães,
A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes e o
Supremo Tribunal Federal: Um estudo a partir do Direito Animal /
por Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães Ferreira. – 2017.
336 f.

Orientador: Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade
de Direito, Salvador, 2017.

1. Direitos dos animais. 2. Transcendência (Filosofia). 3. Controle
da constitucionalidade - Brasil - Supremo Tribunal Federal. 4.
Precedentes Judiciais. I. Gordilho, Heron José de Santana. II.
Universidade Federal da Bahia. III. Título.

CDD – 344.046954

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA CONCEIÇÃO BARBUDA SANCHES GUIMARÃES FERREIRA

A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO A PARTIR DO DIREITO ANIMAL

Tese apresentada como requisito final para a obtenção do título de Doutora em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Heron José de Santana Gordilho

Pós-Doutor pela Pace University Law School, New York. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.
Presidente

Tagore Trajano de Almeida Silva

Pós-doutor em Direito pela Pace Law School, New York/USA. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) .
Membro Titular

Dirley Cunha Júnior

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa_Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP.
Membro Titular

Lucas Gonçalves da Silva

Pós-Doutorando pela UFBA e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Membro Titular

Thaís Novaes Cavalcanti

Pós-Doutoranda pela Universidade Nova de Lisboa. Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP.
Membro Titular

Salvador-BA, 04 de outubro de 2017.

A todos que passaram por minha vida e num respiro suscitaram em mim a capacidade de amar e perdoar.

A todos que criaram obstáculos no meu caminhar, como foram bons para mim, oportunizando-me o despojamento, o abandono ao orgulho e as vaidades.

Ao lado de todos vivifico os ideais de fraternidade, compaixão e entrega.

Prossigo na estrada do meu tempo ressignificando valores, descobrindo ternamente a humildade e resiliente prossigo desvelando os propósitos de Deus nesta minha passagem, sentido maior da minha existência.

Muito Obrigada!

AGRADECIMENTOS

As palavras do estadista Néelson Mandela "tudo parece impossível até que seja feito" me levam a olhar para traz e perceber que todo o esforço vale a pena para concretização dos sonhos.

Tive muito medo, receio e olhei novamente para a vida de Mandela e o considerei um exemplo de persistência e destemor. E mais uma vez a história deste forte homem me despertou, e, como um eco, seus pensamentos deixavam o papel para se apoderar integralmente do meu ser, me pedindo para aquela (toda) dificuldade transpor.

Eu lia e relia, eu falava e eu mesma ouvia: *"Eu aprendi que a coragem não é a ausência de medo, mas o triunfo sobre ele. O homem corajoso não é aquele que não sente medo, mas aquele que conquista por cima do medo."*

Mandela estava certo. O medo me impulsionava na medida em que eu acreditada ser possível e uma coragem infinda me invadia o pensar, o agir, o refletir. Sim, aqui estou! Venci por cima no medo.

Mas não pode existir medo quando sentimos que não estamos sozinhos. Tenham a certeza: nunca estamos sozinhos. Na solidão das salas de estudos, meu corpo poderia estar só e muitas vezes estive; porém, ali também estavam, nas minhas entranhas, a doce e a amorosa memória de muitos que caminharam comigo.

Olho para traz e vejo muitas mãos, braços a me empurrarem para frente. Meu Deus: são os meus amigos! Meu Deus! Sinto-os ao meu lado. Vejo-os espiritualmente e todos acreditam no meu impossível e, quando somos a razão de muitos, não podemos esmorecer e deixar o fracasso nos tomar. É... só me restou dizer: Tenho de fazer, afinal, não fazemos nada somente por nós. Como é bom fazer porque erradicamos nossa existência na vida de muitos outros.

Quantos Anjos de luz depositam e depositaram suas expectativas de vitória, de luta e de coragem na minha estrada da vida. Eles serviram como combustível para o meu caminhar. E, mais uma vez constatei a singeleza do artesão que com suas mãos hábeis molda a obra. Os que nos amam sempre realizam em nos a melhor arte.

Eis o amor que faz coisas inexplicáveis, que me impeliu a caminhar e promoveu este encontro final. Gratidão. A última palavra depois do amor. Gratidão,

palavra única que não sai do meu pensamento e se irradia neste fim, que nada mais é que o começo de outros tantos rumos a seguir.

Este momento coroa a minha estrada de vida, pois fui impulsionada pela sede de conhecer que cheguei até aqui. Não pela intelectualidade. Não! Não nasci para intelectualidades, nasci singelamente para as coisas da prática. Foi com o desejo de apreender, de absorver tudo a volta que caminhei na academia com uma ânsia insofismável de agregar o que os mestres me ensinavam, as coisas mais simples e usuais do dia a dia.

O ser aprendiz. Eis o que sempre fui e sou: uma aprendiz na vida, em todos os aspectos. Sempre incompleta, querendo encontrar a peça para o quebra-cabeça, acabar, para uma forma encontrar. Saúdo as minhas memórias e como me vem nitidamente a lembrança, às vezes quando era menina o ano letivo começava, quanta emoção e uma alegria gigantesca de mim se apoderava.

Meu primeiro colégio, a Escola Jesus Maria José, do Professor Mário no Politeama de Cima, na Cidade do Salvador. A menina tímida, que não sabia ler e que passava mal na hora da sabatina, é resgatada nesta hora. É preciso salvá-la. Ah! marcas e registros de um melancólico tempo, as quais perduram em seu silêncio para o meu sentido de luta se fortalecer.

Muitas e muitas vezes tive de ir me resgatar entre as lágrimas que me levavam a pensar porque eu queria tanto terminar este projeto de doutorado. Um dia minha filha me disse, lembrando-se da frase de um filme de Rock Balboa: "quem ganha na vida não é quem bate mais e sim quem aguenta apanhar".

Estou aqui, muitas vezes entre lágrimas, não porque agrediria qualquer coisa ou ser. O sentido agressivo da frase contido na palavra *bater* dele se afasto com convicção, pois nem uma só formiga eu esmagaria com a mão. Mas, a emoção me invade. Sim. Não há dúvida. Aprendi a suportar a dor de lutar pelos sonhos.

É verdade. Sigo em frente alimentada pelos ideais mais profundos que podem ser constituídos a partir do amor que não começa nem se encerra em mim mesma, mas que também sem a marca pessoal do meu eu, sem a minha identidade não faria sentido.

Ah! Estáticos, nada crescemos; e o movimento tem arte. Ele regenera as coisas. O conhecimento às vezes nos engana. Ele nos invade e se apossa do ser. Ah! Doce presunção do saber. Logo, logo, veremos que a estabilidade gera um conformismo que conduz a um nada saber.

Pobre daquele que imaginar possuir experiência para a tudo responder. Nada possuímos, porque nada temos. Quanto mais andamos mais agregamos. Precisamos deixar as águas intranquilas para poder crescer.

Passei por águas tão tranquilas que de tão serenas, paradas restaram. Sobre elas havia mortandade e o fétido logo emanou e de todos me afastou. Ali, o conhecimento morria e com ele morria o amor.

Renasci por intermédio de uma ação civil pública, que me obrigou a me movimentar. Quanta instabilidade e expectativa isso provocou, e aquilo que não imaginava logo de mim se apossou e se revelou. A aflição de alguns animais me transportou para um novo espaço de consideração moral e me oportunizou vivificar meu próprio caminho. Não há como nos permitir gerar a dor e o sofrimento.

Fui lançada em um novo horizonte. Novos Direitos que desconstituiriam toda minha formação. Passei para um processo desconstrução e autorreflexão. Processo que me levou a enxergar outras realidades essenciais à sobrevivência, que me permitiu olhar para a vida em plenitude no respeito inarredável a toda forma de vida. Impressionada adentrei por um novo caminho para o mundo conhecer. Tudo era temeroso. Era inusitado. Como compreender um direito de mil e umas vertentes, um direito animal.

A vitória tem de ser construída no dia a dia, passo a passo, pouco a pouco. Insista que ela virará fruto da luta incansável do esforço diário. Sim, às vezes é preciso esperar o melhor, que somente advém no amanhã, mas que foi plantado, regado no ontem para se fazer hoje. E quem nos dera perdurar.

Vejo que existe o bem e que muitas e muitas pessoas são boas, mesmo quando tudo parece perdido e rodeado do mal, da incapacidade, do conflito. A esperança é a energia propulsora de muitos projetos. Crer é essencial.

Nesse estudo repousa delicadamente o meu cansaço mas também a certeza de não ter deixado um pouco, um milímetro sequer de atenção para com o desempenho de minhas atividades. Honro o juramento daquele dia 05 de dezembro de 1990, quando assumi as funções de Magistrada, a pureza que em mim habita, inegavelmente, me leva a dizer que existe o bem e ele vence. Eu o vejo, eu o sinto.

Quem faz do direito animal, dos interesses dos animais não-humanos um referencial de estudo modifica sua estrutura de raciocínio. Ser ético é primordial. O filósofo Edgar Moran afirma que a finalidade ética tem duas faces complementares. A primeira é a resistência à crueldade e à barbárie.

A ética da vida, da compaixão, é quem bane toda espécie de mal, de preconceito, para nos fazer crer que como sujeitos-de-uma-vida somos todos iguais porque somos capazes de nos comprometer com a vida do outro seja lá quem for.

Ao meu orientador Professor Heron Gordilho. A ele, ainda mais uma vez credito essa vitória. Um ser de rara beleza. Quanta percepção em tudo que faz. É um futurista, o presente para ele é um passado distante. Tamanha é a sua capacidade de enxergar para além, e a maior certeza disto é Suíça.

Um ilusionário promotor soube ver por trás da aparência daquele gorila muito mais que qualquer um pode ver até então. Criou uma celeuma no mundo acadêmico. Foi considerado um louco mas mesmo assim, não desistiu. Altivo e com hombridade caminhou. Minha primeira lição com o meu orientador: *quando pensar em desistir, troque o "d" pelo R e, humilde, siga em frente*. Ele tinha convicção. Ele estava certo.

Aos professores da UFBA, em especial à Professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, uma mestra, uma amiga. Uma mulher virtuosa na extensão máxima do significado virtude. A todos os colegas da disciplina Fundamentos de Direito Civil, que marcaram os meus melhores momentos na UFBA: Ainah Hohenfeld Angelini Neta, André Ribeiro Porciuncula, Thácio Fortunado Moreira e Ricardo Duarte Guimarães.

Aos servidores, não podendo esquecer de registrar Luíza Luz de Castro, Maria Angélica Santana, duas irmãs e guardiães que me protegeram e me resguardaram em todo percurso desta minha luta acadêmica. Aos queridos Pedro e Angela, igualmente gentis, delicados.

Não poderia esquecer de agradecer e, portanto, registro a minha eterna saudade do amigo que o tempo não deixará apagar da lembrança meu Ju, o terno Jovino Ferreira Costa, um amigo leal. Como ele compreendia os meus esforços e a minha luta. Foi um Pai, amparo verdadeiro, uma força presente. Seu Espírito ronda por aqui, para frente a todos conduzir.

Ao Professor Lucas Gonçalves de Souza, pelo grande ensinamento da disponibilidade e despojamento. Poucas pessoas saíam de seus afazeres para pegar um voo em horários tão impróprios no ensejo de auxiliar e participar desta banca. Aprendo, neste instante, que estar na missão é ir aonde o outro, necessita.

Aos meus colegas e professores, em especial a Professora Maria Auxiliadora Minhahin, um pilar na UFBA, humildade e competência são suas marcas. O domínio da ciência do direito nunca a tornou uma arrogante ou prepotente. Para mim Minhahin foi sempre um bom anjo a me conduzir, um sinal da generosidade.

Ao professor Dirley da Cunha Júnior, que, generosamente, me permitiu ser ouvinte em sua disciplina e todos os seus ensinamentos muito me auxiliaram na construção desta pesquisa. Um *gentelman*, um grande mestre, um constitucionalista primoroso.

Ao professor Tagore Trajano a quem sempre procurei para me socorrer nos momentos delicados e em sua gentileza me entusiasmou a ir adiante, a prosseguir. É um porto seguro para o Direito dos animais.

Meu enorme agradecimento à Escola Baiana de Direito que me acolheu durante meses, disponibilizando todo o seu acervo, toda a sua biblioteca e me cedendo espaço privilegiado onde habitei escondida entre os jovens estudantes de direito. Lembro, neste momento, da Professora Laísa Jeane Matos Oliveira Lopes e dos funcionários Ivanildes Sousa, Aécio Souza, Alessandra Bartolomeu, Edilene Oliveira, Hugo Araújo, Joelma Ramos, Manoel Faustino, Pamela Assis, Itála Santos, Tatiele Santos. Deus os recompense pelo afeto e cuidado.

Aos meus companheiros do TJBA, meus apoios e confiança, especialmente Alan Araújo, Raphael de Almeida Miranda, Taís Mota Santos e Joana Massad de Oliveira.

Aos amigos Danilo Santana e Anaídes Sampaio. Como foi difícil terminar essa pesquisa diante da responsabilidade que assumi, nesses últimos anos de vida profissional, as assessorias nas gestões de 2013/2015, a formação de formadores, formação a distancia na Escola Nacional de Magistrados. Vocês foram estímulo e força neste momento final.

Muitas vezes amanheci os dias estudando, lendo e meditando, pois a minha responsabilidade profissional não poderia ser prejudicada em prol desta pesquisa. Minha convicção em servir fruto da responsabilidade de exercer o *munus judicante* sempre foi fundamental pois quando muitos dependem de nós, não podemos e não temos o direito de afastá-los por causa de nossos interesses particulares, por mais importante que isso represente para nós próprios.

Sim, é verdade. Pensava em fazer essa defesa muito mais rápido possível, contudo, naquele momento, Deus me reservou outros destinos e me levou a aprender e refletir sobre novas realidades jamais imaginadas.

Atividade penosas necessitavam do meu agir mas que serviram para me ensinar. A verdade é que, em permanente ação, aprendo a cada dia a cuidar e a saber que, para cada coisa, há o seu dia; que é preciso planejar e vencer o essencial hoje, e que o resto fica para amanhã, dependendo da coragem de assumir humildemente a missão e com a alegria de desvelar o novo.

Alguns exemplos, neste caminho, segui, e escolho o nome de cinco mulheres, um número emblemático porque tive cinco mães na minha vida e, neste caminho materno, quero lembrar também de cinco profissionais da mais alta qualificação, as amigas Maria Purificação da Silva (flor da esperança), Ivete Caldas (flor da persistência), Cinthia Rezende (flor do cuidado), Márcia Borges (flor do equilíbrio), Ivone Bessa (flor da delicadeza), Silvia Zarif (flor da mudança), Pilar Claro (flor da paz).

Louvo a Deus por me permitir viver o amor em sua maior expressão: a compaixão. Só sabemos o que somos e o que verdadeiramente queremos ser quando passamos por estradas sem espelhos, por mundos sem ecos e por caminhos sem conhecidos. Nestes instantes, aprendemos a olhar para além de nós, a ouvir outras vozes, a correr para abraçar a todos.

Foi apenas uma ação civil pública que me mobilizou e me modificou integralmente, despertando o meu coração, a minha alma e integralizando em mim o sentimento de justiça. Há vida além da pele, da fala, da beleza, do raciocínio. É preciso acolher. É a vida para cuidar. Que cuidemos incessantemente uns dos outros, mesmo que o outro ignore a nossa arte de cuidar.

Cuidar o melhor verbo que há e para exercitar eu passo a alinhar: Risoleta, Dinorah, Eunice, minhas mães queridas. Meu tio-pai, Cecílio. Meu doce irmão, Mariano e aos filhos que o amor do amor dos meus filhos me concebeu: minhas noras Iane, Madalena e meu genro Ivan Mota.

Uma coisa que a Paidéia grega descobriu desde muito foi que, seja na ação ou na criação, a excelência humana (Areté) se expressa na maior parte pelo tamanho da adversidade vivenciada pelo herói trágico. Se assim estou, a esperança me diz: Avante!

Paradoxalmente, por fim, agradeço a Deus porque sem Ele, razão e sentido da minha existência, não teria havido o começo de tudo, do mundo, da vida e de mim. Sem Ele, nada, absolutamente nada, haveria para agradecer.

Obrigada, Senhor por me permitir estar aqui!

Paz e Bem!

Poema da pérola

Depois de já crescido, o pai ao filho explicou:

“A ostra, quando ofendida, não foge da sua luta.
Permanece forte, destemida, com coragem absoluta,
Sabendo que possui uma casca muito dura!
Quando, entretanto, o molusco tem sua casca aberta,
A sua fragilidade de imediato se revela.
Desnuda-se pobremente: não tem garras como fera.
Por isso, a ostra não se abre para quase ninguém.
Sua beleza fica escondida, sendo, do próprio medo, refém.
Fecha-se com medo de expor seu interior molenga...
Mas por obra do destino, pois Deus quis assim fazer,
A ostra quando agredida não revida, sabendo que vai vencer!
A ostra quando agredida, apenas ama, ama sem saber porquê!
Ela cobre o invasor com finíssimos lençóis,
Transforma o agressor no mais belo dos heróis!
Ama sem distinções. Apenas ama.
Ele, o invasor, pode ser um simples grão de areia...
Pode ser um ser maléfico, que facilmente a tapeia...
Ela não se importa, apenas ama, cobrindo-o com sua teia! ...
Assim, quando a sua madrepérola tem o véu lascado,
Seu amor, quase materno, mostra-se requintado:
Transforma o grão de areia em raro artefato.
A ostra transforma dor e areia em pérolas!
Tua mãe é como ostra!

Daniel Barbuda Ferreira

*À Dona Delza, minha mãe, a grande Ostra,
que me ensinou os caminhos do amor.*

*Aos meus filhos, Ana Bárbara, Daniel e David,
que me possibilitam percorrê-los.*

*Ao meu marido, Almir,
que tudo nos explicou, para formamos uma família no amor.*

RESUMO

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes e o Supremo Tribunal Federal: Um estudo a partir do Direito Animal. 2017. 336 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

Com esta pesquisa, pretendeu-se demonstrar para o sistema de justiça brasileiro a importância de se adotar a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de Constitucionalidade. Isso se faz a partir da articulação com o Direito dos Animais e da análise de julgados da Magna Corte de Justiça sobre o tema da tutela de proteção aos animais não-humanos. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade, produzem efeitos *erga omnes* e vinculante, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição (art. 102, §2º da CF). Contudo, tais efeitos abrangem somente o dispositivo da sentença. O STF declarou a inconstitucionalidade da estadual Lei nº 15.299/2013 que regulamentava a atividade da “vaquejada” como prática desportiva e cultura, mas os limites objetivos desta declaração somente vincularam tão somente ao Estado do Ceará, uma vez que não são reconhecidos os efeitos transcendentais desta decisão. No caso em tela, o Direito Fundamental de Proteção ao Meio Ambiente (artigo 225 da Constituição Federal) sobrepõe-se aos valores culturais da atividade desportiva, diante da crueldade intrínseca aplicada aos animais na vaquejada. Este fundamento foi o motivo determinante para o deslinde de mérito da causa. Contudo, o STF não vem reconhecendo a extensão do efeito vinculante de que são dotadas suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade. Argumenta-se sobre a fragilidade da configuração do STF como corte constitucional em razão especialmente das matérias variadas de sua competência e forma de constituição. Ao lado destes impasses, outro se insurge, relativamente a Emenda Constitucional 96/2017, que acresceu novo inciso ao art. 225, §1º, da Constituição Federal, no ensejo de não serem considerados cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. Demonstra-se que a superação legislativa ofende direito fundamental, apresentando-se como inconstitucional, em razão da prescrição contida no artigo 60, § 4º, da CF. Examina-se, ainda, a importância da consolidação do microsistema de precedentes judiciais gestado pelo novo Código de Processo Civil, que oportuniza um diálogo entre as fontes contidas no *Civil Law, Common Law, Stare Decisis*, sinalizando que a aplicação pelo STF da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes pode contribuir e promover a consolidação dos princípios da segurança e coerência jurídica, primados dos Direitos Fundamentais, no qual se insere o Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da transcendência dos motivos determinante, Supremo Tribunal Federal, Controle Concentrado Abstrato de Constitucionalidade, Precedentes Judiciais, Limites objetivos do efeito vinculante, Eficácia *erga omnes*, direito animal, crueldade, coerência e segurança jurídica.

ABSTRACT

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **The Theory of Transcendence of Determining Motives of Federal Supreme Court: a study from the Animal Law.** 2017. 336 f. Thesis (PhD in Public Law) – Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2017.

The present research demonstrates the importance for the Brazilian justice system in adopting the Theory of Transcendence of Determining Motives in the decisions handed down by the Federal Supreme Court, in the concentrated control of Constitutionality and it happens from the articulation with the Law of the Animals and the analysis of Judged by the Magna Court on the protection of non-human animals. The final decisions of merit rendered by the Federal Supreme Court in the direct actions of unconstitutionality produce erga omnes and binding effects, removing from the legal system the normative act or law incompatible with the Constitution (article 102, § 2 of the CF). However, such effects cover only the sentence device. The STF declared the unconstitutionality of state law number. 15,299 / 2013, which regulated the activity of the "vaquejada" as sports practice and culture, but the objective limits of this statement were only binding on the State of Ceará, because the transcendental effects of this decision are not recognized. In the present case, the Fundamental Right to protect the environment (Article 225 of the Federal Constitution) overlaps with the cultural values of sporting activity, given the intrinsic cruelty applied to animals in the "vaquejada". This plea was the determining factor for the merits of the case, but the Supreme Court has not been acknowledging the extent of the binding effect of its decisions on concentrated constitutionality control. It argues about the fragility of the configuration of the STF as a constitutional court due in particular to the varied matters of its competence and form of constitution. Beside these impasses, another problem appears, regarding Constitutional Amendment 96/2017, which added a new subsection to art. 225, paragraph 1, of the Federal Constitution, in the event that sporting practices that use animals are not considered cruel, provided that they are cultural manifestations. It demonstrated that the overcoming of legislation offends fundamental right, presenting itself as unconstitutional, due to the prescription contained in article 60, § 4, of the CF. It also examines the importance of consolidating of the judicial precedents micro-system established by the new Code of Civil Procedure, which provides a dialogue between the sources contained in the *Civil Law*, *Common Law*, *Stare Decisis*, indicating that the STF's application of Transcendence of the determinant motives can contribute and promote the consolidation of the principles of security and legal coherence, primacy of Fundamental Rights, in which Brazil is inserted.

KEYWORDS: Theory of the transcendence of the determinant motives, Supreme Federal Court, Abstract Concentration of Constitutionality, Judicial Precedents, Objective limits of binding effect, Efficiency *erga omnes*, animal law, cruelty, coherence and security Legal basis.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - A <i>HOLDING</i> COMO A LEI ÚNICA PARA O CASO -----	77
Figura 2 - CRITÉRIOS DA IDENTIFICAÇÃO DOS FATOS PELA TEORIA DE GOODHART-----	86
Figura 3 - 1ª TABELA: ADIM1662/SP -----	116
Figura 4 - 2ª TABELA: RECLAMAÇÃO 1987-DF-----	117
Figura 5 - 3ª TABELA: MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 2.116-----	118

LISTA DE SIGLAS E ABRIVIATURAS

a.C.	Antes de Cristo
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADIN	
AgRg	
art.	Artigo
CF	Constituição Federal
Cf.	Conforme, conferir, confrontar
CFRFB	Constituição Federal da República Federativa do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DJE	
DOU	Diário Oficial da União
EC	- Emenda Constitucional
ED/SC	
GPS	
NCPC	- Novo Código de Processo Civil
Rcl	
RE	Recurso Extraordinário
RGPS	
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFBA	Universidade Federal da Bahia
URSS	<i>União das Repúblicas Socialistas Soviéticas</i>
VCL	Voto Ministra Cármen Lúcia
VCM	Voto Celso de Mello
VLF	Voto Ministro Luiz Fux
VMA	Voto Ministro Marco Aurélio
VRL	Voto Ricardo Lewandowski
VRW	Voto Ministra Rosa Weber
VTZ	Voto Ministro Teori Zavascki
VVDT	Voto-Vista Ministro Dias Toffoli

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	20
CAPÍTULO 1 - O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	32
1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DA IMPRESCINDIBILIDADE DO RESPEITO AOS PRECEDENTES: O <i>COMMON LAW</i> NA INGLATERRA E NOS ESTADOS UNIDOS	33
1.2 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, SUAS RAÍZES NA FAMÍLIA DO <i>CIVIL LAW</i> E SUAS APROXIMAÇÕES COM <i>COMMON LAW</i>	53
1.3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS SUAS NORMAS FUNDAMENTAIS DE PROCESSO: UM CAMINHO DE RESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	64
1.4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL.....	69
1.5 A EFICÁCIA DOS PRECEDENTES: A FORÇA VINCULANTE E A PERSUASIVA NO BRASIL	71
1.6 DOS PRECEDENTES VINCULANTES E OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES	74
1.7 ELEMENTOS DA NORMA EMERGENTE DOS PRECEDENTES: <i>RATIO DECIDENDI</i> E <i>OBTER DICTA</i> NOS MÉTODOS DE IDENTIFICAÇÃO DA <i>HOLDING</i>	80
1.8 MÉTODOS DE APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES: <i>DISTINGUISHING</i> E <i>OVERRULING</i>	93
1.9 A NORMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL	101
1.10 CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES	105
1.11 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES....	109
1.11.1 <i>Considerações Gerais</i>	110
Fonte: Ferreira (2017).	119
1.11.2 <i>Transcendência dos motivos, eficácia erga omnes, efeito vinculante</i>	119
CAPÍTULO 2 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA PARA ASSEGURAR A SEGURANÇA E A COERÊNCIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA	124
2.1 UMA TENTATIVA DE CONCEITUAR O CONSTITUCIONALISMO.....	124
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO	129
2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO: O ATUAL MOMENTO CONSTITUCIONAL..	135
2.4 UM ESTUDO ACERCA DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	143
2.5 BREVÍSSIMAS ANOTAÇÕES SOBRE OS PRECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	149
2.6 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	152
2.6.1 <i>Controle difuso de constitucionalidade</i>	152
2.6.2 <i>Controle concentrado de constitucionalidade</i>	158
2.7 AS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	168

2.8 A MESCLA DE ATRIBUIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSIDADE DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL.....	173
2.9 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APENAS UM GUARDIÃO	176
2.10 O EFEITO TRANSCENDENTAL DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO E DIFUSO: CONSIDERAÇÕES	184
2.11 A REVERSÃO JURISPRUDENCIAL POR REAÇÃO LEGISLATIVA	192
2.12 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PORTUGUESA: UM MODELO PRIMOROSO.....	199
2.12.1 <i>Considerações gerais sobre o sistema de constitucionalidade em Portugal</i>	200
2.12.2 <i>A Fiscalização concreta da constitucionalidade e abstrata da inconstitucionalidade por ação</i>	204
CAPÍTULO 3 – A CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS: UM OBJETO DE ESTUDO PARA A CULTURA E O DIREITO	213
3.1 ANTROPOCENTRISMO, BIOCENRISMO E ECOCENRISMO	216
3.2 O DIREITO À CULTURA E ÀS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS	228
3.3 POR QUE VEDAR MANIFESTAÇÕES CULTURAIS QUE IMPORTEM EM CRUELDADE AOS ANIMMAIS?	231
3.4 A DIFÍCIL DEFINIÇÃO DA CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS	235
3.4.1 <i>Em busca de um conceito para crueldade no Direito Animal</i>	235
3.5 A CRUELDADE E OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	243
3.5.1 <i>A crueldade: A briga de galos e a ferra do boi</i>	243
3.5.2 <i>A crueldade e a vaquejada</i>	250
CAPÍTULO 4 - A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO A PARTIR DO DIREITO ANIMAL	259
CONSIDERAÇÕES FINAIS	302
REFERÊNCIAS.....	318
ANEXOS	337

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CF) promoveu a defesa dos animais não humanos ao trazer para o ordenamento jurídico pátrio a prescrição explícita contra a crueldade animal, inovando consideravelmente ao apresentar de forma explícita o direito fundamental consolidado no direito dos animais a proteção.

O art. 225, §1º, VII da CF/88 contém uma ordem no dever de se banir as práticas que imponham risco a sua função ecológica, provoque a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. Note-se que há uma sucessão de deveres que se impõe para o trato com os animais.

Argumentos filosóficos, éticos, jurídicos e dos mais variados ramos do conhecimento apresentam os animais não humanos como objetos de estudo, dando ensejo à quebra do paradigma antropocêntrico e surgimento de novas formas de pensamentos e ideologias que procuram a comprovação de serem os animais não humanos seres sencientes e, como tal, criaturas capazes de perceber e sentirem as coisas no seu entorno, acarretando para o mundo jurídico o despertar de considerações que justificam, inclusive, a adoção de um novo *status* jurídico dos animais não humanos como sujeitos de direito.

O direito ao meio ambiente, sadio e equilibrado é assegurado constitucionalmente e consagrado, por evidência, com a proteção à fauna e à flora, figurando como autêntica expressão dos direitos sociais e, ao seu lado, como o insurgente direito dos animais se constitui direito fundamental que, a primeira vista, apresenta-se como um corolário da chamada proteção ecológica, porém, com a mesma, não pode ser mais confundida.

Sabe-se que, em que pese a menção contida no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal, considere como clausulas pétreas os direitos individuais, deve-se fazer uma interpretação extensiva e sistemática, estendendo a outros direitos fundamentais tais como os direitos coletivos e sociais.

Desse modo, é imprescindível que a proteção dada pelo constituinte a esse núcleo duro da Carta Maior se estenda também a direitos fundamentais de cunho coletivo, a exemplo dos direitos de terceira geração ou direitos da fraternidade, o

que fortalece a normatividade contida no art.225, §1º, VII, CF, firmando-se como um forte direcionamento, uma bússola interpretativa e hermenêutica introduzida no sistema de justiça.

O artigo 225, § 1, VII da Carta Magna é um marco legal sem precedentes para a sociedade brasileira, e é capaz de desencadear importantes reflexões sobre a tutela jurídica que detém os animais. A normatividade tem por objetivo proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade, se constitui em verdadeira garantia individual.

Trata-se de uma verdadeira cláusula pétrea, ou seja, limitação material ao Poder Constituinte Derivado reformador, que não poderá em nenhuma hipótese elaborar Emenda Constitucional tendente a abolir qualquer um dos direitos elencados no § 4º do artigo 60 da CF.

Contudo, por força de Emenda Constitucional (EC) 96/2017, foi acrescentado o § 7º ao art. 225 da CF, que introduziu disposição determinando que práticas desportivas que utilizem animais não devem ser consideradas cruéis, despertando severas críticas na doutrina, o que tem potencializado o debate acerca do tratamento dado aos animais não humanos no duelo entre antropocentristas, biocentristas e ecocentristas.

Temas como a vaquejada, a vivissecção, o uso de animais em circos, rinhas e casas de espetáculos, a utilização de animais vivos em experiências didáticas e científicas, e nos sacrifícios dos rituais religiosos são delicados, difíceis e verdadeiramente espinhosos. São debates revestidos de complexidade, os quais originaram diversas teorias éticas-filosóficas-jurídicas de proteção aos animais não humanos.

Os animais estiveram ao longo dos tempos excluídos da esfera de consideração moral e como tal existiam como coisas e objetos, utilizados para servir ao ser humano, o que faz reluzir sobre os mesmos o caráter patrimonialista e a visão civilista de serem bens. Sem dúvida, há um forte empenho nesta pós-modernidade para demonstração de que os interesses dos animais não humanos não se subordinam aos interesses humanos.

Recentes e crescentes julgamentos, nas mais diversas cortes de Justiça do mundo se envolvem com a temática dos direitos dos animais e especialmente no

Brasil, o Supremo Tribunal de Justiça (STF) tem debatido sobre a crueldade contra os animais, o que muitas vezes tem colocado em cheque o próprio sistema de justiça e sua engrenagem, uma vez que estas decisões geram precedentes que nem sempre são obedecidos.

Emblemáticos julgados foram proferidos nas últimas décadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre matéria animalista, os quais visavam a repelir e a abolir práticas de crueldade perpetradas contra os animais não humanos, como nos casos da *farra do boi* (Recurso Extraordinário (RE 153531/SC), da *briga de galo* (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1856/RJ) e das *vaquejadas* (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983/CE), como ficaram conhecidos.

Nestes julgados, muito há que ser refletido não somente no tocante aos Direitos Fundamentais dos Animais não Humanos, mas também e, primordialmente, sobre atuação do STF, a quem incumbe a função de guardião da Constituição, sendo o principal intérprete da jurisdição constitucional.

Forçoso e necessário será debruçar-se sobre o papel que assume o STF a quem compete a efetividade da constituição e a consolidação do Estado de Direito, seguindo as diretrizes da constituição, norma fundamental dirigente, essencial.

Nessa seara, incontestável é o valor a ser inferido aos argumentos fixados quando do julgamento, pois, ao declarar a inconstitucionalidade de lei, seja em sede de controle concentrado ou difuso, é dever da Corte Constitucional conferir efeitos vinculantes contidos nos seus fundamentos determinantes.

É o que nesta pesquisa se denomina dever de inferência do Magistrado-Julgador que frente ao controle de constitucionalidade, uma vez instigado a se manifestar deve declarar o efeito transcendental dos motivos determinantes, de modo a valorar o sistema de precedentes judiciais, oportunizando-se segurança e coerência.

Nesse palco que se descortina, de um lado está a crueldade contra os animais, norma elementar, e, de outro, está a concretização dos propósitos e das diretrizes contidas na CF, a cargo do STF, a tragédia. Esta tese haverá de desenvolver-se a partir desta problemática. Por trás das luzes que se acendem, há um problema a ser enfrentado: O Supremo Tribunal Federal pode ignorar os motivos determinantes de suas decisões em julgados futuros?

Há uma assertiva hipotética: a inobservância da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes afeta a coerência e a segurança jurídica do sistema de justiça.

A constatação de que o Supremo Tribunal Federal deve observar a transcendência dos motivos determinantes sob pena de afastar a coerência e a segurança jurídica de um sistema de respeito aos precedentes judiciais é o que se pretende por intermédio deste percurso comprovar.

O objetivo geral desta pesquisa constituiu-se em demonstrar que, no sistema de precedentes que vem sendo gestado no Brasil, deve o Supremo Tribunal Federal adotar em suas decisões, especificamente nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, sob pena de fragilizar os princípios da segurança e coerência jurídicas fundamentais à manutenção e ao fortalecimento do sistema de justiça.

Esta inusitada construção parte da análise de recentes julgados emanados da Corte Máxima de Justiça tendo por objeto o direito de proteção aos animais, investigando-se a viabilidade de extensão dos efeitos transcendentais.

Procura-se demonstrar a existência de benefícios na utilização da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, por se acreditar que a sua adoção no controle de constitucionalidade o constituiria fundamentalmente dos atributos da coerência, consistência e universalidade.

Os temas relativos a dogmática processual civil do sistema de precedentes, a jurisdição constitucional e os efeitos de suas decisões serão debatidos frente ao ordenamento jurídico pátrio figuram como pontos de investigação do central objetivo desta pesquisa e terão por pano de fundo e revestimento demonstrativo adequado ao seu desiderato, a análise sobre o direito dos animais.

Este é o campo de delimitação da pesquisa no qual se quer promover a compreensão sobre a necessidade de se adotar a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes pelo STF.

A partir do direcionamento central desta pesquisa para obtenção dos resultados esperados neste trabalho acadêmico, surgem a necessidade de analisar o sistema de precedentes no Brasil, uma vez que é importante destacar se há valoração na nova sistemática atual sobre o respeito e a vinculação aos precedentes

constituídos, em especial nas decisões que emanam do controle concentrado de constitucionalidade, como na ADI.

Como objetivo específico, pretende-se sistematizar e caracterizar a jurisdição constitucional, restringindo-se a análise ao controle de constitucionalidade. É preciso relacionar, portanto, microsistema de precedentes, controle de constitucionalidade e direito animal como propostas cognitivas de cunho explicativo, para se identificar os benefícios da aplicação da Teoria da transcendência dos Motivos Determinantes pelo Supremo Tribunal Federal.

Os capítulos desta pesquisa não são estanques, não se iniciam e se encerram em si mesmos. Porém, foi preciso pontuar significativamente, em cada um destes capítulos, os principais e particulares pontos de cada tema, contribuindo para a edificação do seu principal capítulo e que se almeja a comprovação, qual seja, a tese que se defende e dá origem ao nome científico deste trabalho: “*A Teoria da transcendência dos Motivos Determinantes e o Supremo Tribunal Federal: Um estudo a partir do Direito Animal*”.

Veja-se a seguir a estrutura impressa nesta pesquisa científica, que se desenvolve por raciocínio lógico para a demonstração conveniente de cada interesse específico.

No primeiro capítulo, aborda-se o sistema de precedentes judiciais no Brasil. Este capítulo inicia por realizar uma análise retrospectiva dos sistemas jurídicos do *Civil Law* e do *Common Law*. Este perfil é delineado em razão da necessidade de se compreender o processo de formação destas duas tradições culturais jurídicas.

Assim, procura-se traçar o processo histórico de formação em especial do *common law*, por ser mais desconhecido, que destoa das raízes em que se gestou o sistema jurídico pátrio, cuja formação cultural está intimamente ligada ao *Civil Law*.

Aqui estão apresentados, sinteticamente, os elementos estruturadores, os fatores de constituição que firmaram estas acepções jurídicas ao longo dos tempos, construindo referenciais teóricos sólidos que servirão como identificadores de crenças estereotipadas, de modo a desmistificar a visão da disparidade entre os sistemas *common law* e *Civil Law* e a impossibilidade de diálogo destas vertentes. Procura-se demonstrar a necessidade de se valorar os precedentes erigidos e o conveniente diálogo entre os sistemas.

Após este importante processo da evolução histórica, este trabalho se dedicará à análise do insurgente sistema de precedentes no Brasil, pois serão gestadas dentro deste sistema as diretrizes de aplicação da transcendência dos motivos determinantes.

Sabe-se que o novo código de processo civil concebeu uma nova metodologia para o processo civil e estabelece um novo sistema processual. A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, do novo Código de Processo Civil (CPC), apresenta normas fundamentais de processo e vincula explicitamente sua interpretação na Constituição Federal. Estes valores são fundamentais para a função hermenêutica que se desenvolve ao se proferir uma decisão, e este dado constatável norteia um dos seus objetivos específicos, isto é, a apresentação de ser a Constituição Federal a norma fundamental, diretriz essencial do Estado de Direito.

Dessa forma, os princípios fundamentais do processo são apresentados como forma de assegurar a primazia da decisão de mérito. Nesse caminho, se observará que o legislador identificou o fenômeno da litigiosidade, das demandas de massa e massificação dos processos ao tempo em que, paralelamente, foram observadas a morosidade, a fragilidade da jurisprudência, a ausência de ênfase, a atuação dos tribunais e, portanto, a identificação dos seus precedentes.

Assim, foi idealizado o mecanismo do sistema de precedentes que se apresentam como uma alternativa hábil para oportunizar soluções que colaborem com o sistema de justiça, aperfeiçoando e provendo para o judiciário efeitos e impactos imediatos dos seus julgados e destacando as teses elaboradas, que se consolidam como referenciais para os tribunais.

Desses instrumentos, esta pesquisa se apropria para declarar a necessidade de um autêntico sistema de precedentes judiciais. É com este interesse que o direito processual brasileiro tece de modo significativo a teoria dos precedentes, de tal modo a gestar seu microssistema, instrumento qualificado na garantia dos princípios da igualdade, da coerência e da segurança jurídica.

O microssistema de precedentes deve promover novos tempos para o processo em razão da força vinculante e a persuasiva, que se analisa no desdobramento desse tema. Em seguida se encontrará o embate sobre os elementos da norma emergente dos precedentes, quais sejam a *ratio decidendi* e *obiter dicta* nos métodos de identificação da *holding* e, a partir deste caminho, se

procede com a investigação sobre os métodos de aplicação e de superação dos precedentes: quais sejam o *distinguishing* e o *overruling*.

Por fim, esta pesquisa realiza importante imersão sobre a norma dos precedentes judiciais no Brasil, classificando estes precedentes de acordo com a legislação pátria de forma a se adentrar na apresentação da Teoria dos Motivos Determinantes com o efetivo interesse em caracterizar a necessária aplicação no Brasil, fortalecendo o sistema de precedentes.

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes é apresentada após alguns questionamentos basilares: Como e o que deve ser retirado do precedente e absorvido pelas cortes nas decisões dos casos futuros? Tal questionamento deve ser desafiado. Afinal, o efeito vinculante limita-se tão somente a parte dispositiva do acórdão? Seria possível ser declarada a eficácia vinculante aos fundamentos determinantes? No Brasil, o efeito vinculante é corolário da delimitação da *ratio decidendi*?

Estas indagações servirão como norte ao que se planeja construir: a demonstração da necessária aplicação desta teoria pelo STF, por se compreender que favorece a construção de um sistema coerente e a segurança jurídica.

Definida a Teoria dos Motivos Determinantes como ampliação dos efeitos da *ratio decidendi*, apresenta-se o importante processo de extração dos motivos determinantes, a qual deve ser aplicado a outros casos futuros. Colacionam-se comentários sobre *leading case* que se deu com julgamento da Reclamação 1987-DF, no qual figurou como relator o Ministro Maurício Corrêa, em que se justificava a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão.

A decisão da Reclamação 1987 também é escopo de análise. Recordando-se que ao ministro Gilmar Mendes coube a defesa da teoria da transcendência quando do julgamento da medida cautelar na Reclamação 2126/SP.

Este imenso capítulo ainda encontra espaço para tecer considerações sobre a transcendência dos motivos, os efeitos eficácia *erga omnes* e o vinculante elaborando as distinções entre os institutos. Finaliza-se com uma enriquecedora argumentação: O Supremo Tribunal Federal tem permitido a discussão sobre a possível necessidade de aplicação a propósito da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, preparando-se para adentrar no segundo debate destas teses, o controle de constitucionalidade.

Como já se pontuou, o segundo capítulo e terceira parte desta pesquisa têm por escopo a análise do controle de constitucionalidade concentrado e o faz através de um longo processo de investigação, mas não exaustivo, pois a complexidade do tema por si só já revela o inesgotável interesse da doutrina.

Inicia-se o seu percurso com o aporte nos aspectos históricos acerca do constitucionalismo e quer demarcar um referencial teórico sobre o importante papel do Neoconstitucionalismo, trazendo em voga a doutrina de vários constitucionalistas, dentre os quais, José Joaquim Gomes Canotilho, Max Mooller, Luíz Roberto Barroso, Ives Granda, Dirley Cunha Júnior, Marcelo Novelino, Gilmar Ferreira Mendes, Celso Ribeiro Bastos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Afonso da Silva, Paulo Benevides, Alexandre de Moraes, Paulo Gustavo Gonet Branco, Uadi Lammêgo Bulos.

Estes são citados para que o terreno favorável ao estudo do controle de constitucionalidade se perfaça. Assim, os sistemas de controle de constitucionalidade são apresentados, e se dá ênfase à necessidade deste exercício como forma de adequação do objeto ao paradigma, a Constituição.

Neste percurso, adentra-se ao Supremo Tribunal Federal, corte máxima no Brasil, que assume o papel de guardião da Constituição Federal. A mescla de atribuições do Supremo Tribunal Federal o descaracteriza como corte. Defende-se a ausência de uma autêntica corte constitucional no Brasil e apresenta-se, em sucinta análise a jurisdição constitucional portuguesa, que elaborou um sistema de fiscalização organizado e esquematizado.

A ação direta de inconstitucionalidade é um problema a ser enfrentado e ao seu lado, paralelamente, se desenvolve a análise da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes. Assim, se observa a fiscalização concreta da constitucionalidade e abstrata da inconstitucionalidade por ação.

O fenômeno da Reversão Jurisprudencial por reação legislativa é aqui objeto de estudo. Em seguida, apresenta-se a jurisdição constitucional portuguesa como um modelo primoroso.

O tema da crueldade contra os animais é o destaque do terceiro capítulo, cujo título é "*A crueldade contra os animais: um objeto de estudo para a cultura e o direito*". O interesse da discussão se volta para se compreender o Direito dos Animais não-humanos e pretende-se analisar a crueldade como fonte da inibidora

ação contra os maus tratos. Será abordada a distinção entre antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo, apresentando-as como correntes ideológicas diferentes que embasam o modo de agir na sociedade e como tal norteiam com suas diretrizes e pressupostos a formação dos ordenamentos jurídicos.

Defende-se a quebra do paradigma antropocêntrico e a paulatina constituição do Biocentrismo até constituição de uma ética animal, ética ontológica.

O direito à cultura e às manifestações culturais com os animais é tema relevante, pois, nos julgamentos do STF, estas vertentes são examinadas, posto que há um questionamento a ser respondido: Porque vedar manifestações culturais que importem em crueldade aos animais?

A crueldade e os precedentes no direito brasileiro serão examinados em dois casos selecionados à *Farra do Boi* e à *Vaquejada do Ceará*. São relatados e constituídos como precedentes a serem seguidos. Como já observado, inúmeras vezes, na contemporaneidade, uma nova consciência surge com a pretensão de fomentar e impor uma modificação profunda dos valores culturais, sociais e jurídicos, instigando, sobretudo, o discurso científico a se debruçar concretamente sobre um estatuto ético e moral de cooperação em defesa do meio ambiente.

A direito animal nasce dentro deste espectro, mas com ele, o direito ambiental, que se desaparta e ganha autonomia própria relativamente aos postulados, princípios e interesses a serem defendidos e observados.

Doravante será traçada uma estrada onde cultura e dilemas envolvendo o tratamento dos animais afiguram-se usualmente.

É preciso, portanto, enfrentar os precedentes constituídos no direito pátrio e alçar voo com a pretensão do que se quer provar no último capítulo desta tese. No que diz respeito à proibição de certas condutas com relação aos animais não humanos, o STF impõe que se afirme ser impossível a inobservância da Teoria dos Motivos Determinantes sem que isto afete a coerência e a segurança jurídica de um sistema de justiça.

O objetivo principal então é resgatado no último capítulo de forma contundente, pois é através da pesquisa sobre o sistema de precedentes que se infere o valor deste na atual sistematização processual a que todo julgador está vinculado.

Quer-se demonstrar que existe um precedente consolidado nos tribunais superiores, em especial no STF, que exige que sejam vedadas as práticas de crueldade contra os animais. Portanto, nesse embrionário capítulo, está o coração da pesquisa e com as suas raízes plantadas e enraizadas nos critérios e fundamentos desenvolvidos nos capítulos anteriores.

Diante dessas questões, colocam-se algumas questões: O Supremo Tribunal Federal deve acolher a Teoria dos Motivos Determinantes, sob pena de fragilizar os princípios da segurança e coerência jurídicas fundamentais à manutenção e ao fortalecimento do sistema de justiça? O que implica na extensão dos efeitos transcendentais e quais os benefícios de sua utilização no ordenamento jurídico pátrio? O tema da Jurisdição Constitucional é resgatado, haja vista ser um pilar fundamental.

Serão levantados cada um dos votos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e firmada a *ratio decidendi* e os motivos determinantes com a efetiva ponderação de que, uma vez eleitos, o Estado de Direitos Fundamentais se constitui em plenitude.

Por consideração especial, a seriedade do discurso travado, nesta pesquisa e neste mesmo capítulo final, enfrenta zelo a reversão jurisprudencial por reação legislativa, com o acréscimo do parágrafo 7 ao artigo 225 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017.

A noção de *Backlash* será utilizada como já analisado em tópicos anteriores, com a advertência de que os efeitos vinculantes, das decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo na forma contida no 102, § 2º, e art. 103-A da Constituição Federal e com o interesse de demonstrar que através do processo de edição de emenda não pode alcançar cláusulas pétreas.

Apresenta-se ao final desta tese as conclusões da pesquisa, que carrega um único interesse se assim se pode asseverar: primar pela segurança e pela coerência jurídica no sistema de justiça do Brasil, onde um ordenamento complexo se constituiu e é fonte para efetividade dos direitos dos fundamentais e do exercício pleno da cidadania.

Para alcançar os objetivos da pesquisa será utilizada uma abordagem dialética, contrapondo doutrina e legislação, levantando questões acerca do direito dos animais, em contraposição com uma análise das conjecturas culturais e

econômicas e outras justificativas que sustentam a defesa aos eventos de utilização de animais não humanos.

Após a sistematização desta pesquisa, através do embate intelectual dos posicionamentos, e, com o resultado finalístico, obteve-se um novo coeficiente que está angariado por ambos os posicionamentos, mostrando-se eficaz e necessário para os problemas propostos.

A abordagem dialética que aqui se propõem advém do interesse que não envolve apenas questões ideológicas e como tal que ocasionam e geram polêmicas. Busca-se uma reflexão que oportunize a investigação da realidade, permitindo-se um trabalho epistemológico transdisciplinar e, portanto, contrário a todo conhecimento rígido e fechado em si mesmo, posto que o Direito, como saber por si só não oportunizaria a solução dos casos tão difíceis e complexos.

Existe o interesse neste método de conhecer os pilares das mudanças e se estão suficientemente comprovados para alicerçar novos caminhos, o que se faz ao apresentar o enfoque jurídico, o filosófico etc. A complexidade dos temas exige um método dialético, investigativo e dialógico.

Utilizou-se, assim, o procedimento metodológico qualitativo por meio da revisão de literatura científica e legislativa. O Direito Animal é tema e objeto interdisciplinar, o que demonstra sua importância para a sociedade. Conclui-se que o discurso sobre os animais não humanos deve ser absorvido pelas políticas públicas que só serão alcançados na medida em sejam internalizados novas práticas e atitudes humanas.

A análise calcada na contraposição das diferentes posições doutrinárias existentes sobre a temática abordada e expressa na análise de julgados do STF, o que permitirá, de forma crítica, alcançar a formulação de uma solução para o problema apresentado, inclusive por querer sopesar valores.

Por fim, destaca-se por fidelidade da pesquisa a metodologia utilizada. No tocante ao método de procedimento metodológico de estudo, foi eleito o bibliográfico, porquanto a pesquisa busca sistematizar os dados coletados em obras e documentos que tratam do tema. A partir desta abordagem bibliográfica, será produzido exaustivo e metucioso exame crítico do material pesquisado, a através do qual a elaboração se edificou e solidificou esta tese.

Ademais, ressalve-se que para a realização da pesquisa será utilizada a técnica do tipo bibliográfica, analisando-se livros e publicações periódicas científicas que versam sobre Direito Animal, princípios constitucionais, leis que dispõem sobre a matéria objeto da pesquisa, sendo efetivadas ainda pesquisas das obras filosóficas sobre o tema proposto. Portanto, a pesquisa inclui consulta de literatura especializada, a doutrina nacional e também estrangeira, bem como a análise jurisprudencial.

CAPÍTULO 1 - O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O novo Código de Processo Civil (CPC) funda em seu bojo o microsistema de precedentes e o faz de forma peculiar. Abraçando a norma contida no art. 926, a nova legislação processual traz a determinação para a uniformização da Jurisprudência sendo, esta preocupação do legislador, um fortalecimento e uma ampliação a teoria processual civil para o processo no Brasil.

Na sistemática atual, merecem destaque relevante, portanto, os precedentes. Originariamente, o sistema jurídico nacional tem base no *Civil Law*, mas pouco a pouco os julgados dos tribunais passaram a ter um valor significativo, que, de tal modo, deram ensejo a um microsistema de precedente, que conduzirá toda ação determinante para o julgamento dos processos.

Pensar nos precedentes e na sua aplicação envolve toda a máquina judiciária e reclama de seus agentes e auxiliares a extração substancial da essência argumentativa e hermenêutica.

Muitos fatores contribuíram para uma nova temática: esta nova metodologia e raciocínio processual que oportunizará o estabelecimento de teses jurídicas, as quais servirão de diretrizes de julgamento para os casos análogos, impondo, por força obrigatória, a vinculação e o princípio da observância.

O legislador ateve-se, no novo Código de Processo Civil, às mazelas que atingem o judiciário, como o excesso de formalidade, o sentimento de insegurança jurídica, a lentidão, o crescente aumento da litigiosidade e procura gestar uma autêntica teoria de precedentes, garantindo a segurança jurídica e primando pela racionalidade de toda ação processual.

Esta nova orientação processual que se consolidou no sistema de julgamento de processo, exige um caminho estruturante frente às sólidas indagações relativas às consequências e aos efeitos de sua adoção. Questionamentos como “*Para que precedentes?*”, “*O que são precedentes?*”, “*Como foram gestados os sistemas de precedentes?*” e “*Como aportaram no ordenamento pátrio como fonte do direito?*” dão origem às análises dos Precedentes Judiciais que serão articuladas nesta pesquisa e servirão como fonte de inspiração ao desenvolvimento de uma análise crítica sobre a sua aplicação pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Não bastasse esta árdua reflexão, a aplicação dos precedentes exige que se perfaça, na mente do julgador, o despojamento à sua pretensa e substancial vinculação, elegendo novos paradigmas que, até em nível constitucional, vêm por aprimorar a contemporânea noção de jurisdição, invocando para si a imprescindibilidade do respeito a sua *ratio decidendi*.

1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DA IMPRESCINDIBILIDADE DO RESPEITO AOS PRECEDENTES: O *COMMON LAW* NA INGLATERRA E NOS ESTADOS UNIDOS

Nas sociedades contemporâneas, grandes sistemas jurídicos foram estruturados, pelo que se pode falar em multiplicidade dos direitos e na variedade de sistemas. Os Estados se manifestam e estruturam o fenômeno jurídico e, frente a sua complexidade, organizam o seu próprio sistema, elegem um modo de interpretar e dispõe de normas - tudo na dependência do tempo, do lugar e do espaço¹.

Ao se reportar ao termo famílias jurídicas, René David esclarece inicialmente que o termo família não vai conter a estrutura de todo contexto e realidades das sociedades contemporâneas, e que, em verdade, detém um conteúdo mais acadêmico no sentido de servir como diretriz para a apresentação das principais características, suas regras e conteúdos².

Sabe-se que nas sociedades ocidentais dois agrupamentos, duas famílias jurídicas se constituem. A primeira família de direitos é a romano-germânica, a outra, a família do *Civil Law*. David enfatiza que a família romano-germânica agrupa os países que se estruturaram no direito romano e que, a partir do século XIX, passam a adotar códigos³. A segunda família é o *Common Law*, que agrega o direito inglês e seu adepto. Esta família nasceu com o trabalho dos juízes na resolução dos casos, uma vez que procurava dar solução ao processo interposto, não detendo a presunção de traçar as regras de conduta que exprimissem a justiça ou a moral⁴.

No sistema *Common Law*, é necessário acentuar inicialmente que são duas as verdades que envolvem a história do sistema jurídico contido nesta grande

¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 15.

² Idem, p. 22.

³ Idem, p. 18.

⁴ Idem, p. 19.

família: uma, a mais antiga, relativa aos ingleses, e a outra é a dos americanos. Assim, fala-se no *Common Law* inglês e o *Common Law* do Direito dos Estados Unidos da América⁵.

A origem desse sistema remonta à conquista dos normandos sobre a Inglaterra, na segunda metade do século XI. Sem dúvida, a característica principal será a sua continuidade e a evolução por muitos séculos, com a consequente propagação, em razão do expansionismo sobre todas as áreas geográficas conquistadas pelos ingleses, principalmente os Estados Unidos da América⁶.

Gilissen ensina que, por *Common Law*, deve-se compreender o sistema jurídico gestado na Inglaterra a partir do Século XII pelas decisões das jurisdições reais, sendo o direito comum, por oposição aos costumes locais, é um *judge-made-law*, ou seja, um direito jurisprudencial elaborado por juízes e preservado pela força assegurada aos precedentes judiciários⁷.

Em um plano histórico de direito inglês de forma superficial, pode-se afirmar que o sistema *Common Law* desenvolveu-se em diversas etapas. A primeira etapa é consagrada como o período anglo-saxão permanecendo até o ano de 1066; é, pois, anterior à conquista da Inglaterra pelos normandos⁸.

O segundo período perdura desde 1066, com a conquista do duque *Guglielmo* da Normandia, até 1485, quando se inicia a Dinastia dos Tudors, em que o *Common Law* é estruturado com efetividade. A partir de 1485, dá-se início ao terceiro período que perdurará até os idos de 1832, tendo como marca a rivalidade entre o *Common Law* e o sistema da *equity*. Por fim, o quarto período é destacado como a era moderna, que se inicia a partir de 1832 e permanece até os dias atuais⁹.

O sistema jurídico *Common Law* tem, no direito inglês, um significativo ponto de referência, pois foi na Inglaterra que se desenvolveu criteriosamente esta família

⁵ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 362.

⁶ D'AMICO, Pietro. *Common Law*. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 89. " Le origini di *common law*, dagli studiosi si fanno solitamente risalire alla conquista dei normanni in inghilterra, nella metà del secolo undicesimo. Caratteristica essenziale è la continuità della sua evoluzione per più di otto secoli da allora, con il suo diffondersi in tutte le aree geografiche interessate dell'espansionismo inglese, in primis gli stati uniti d'America."

⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3. ed., 2001, p. 207/208.

⁸ DAVID, René, op. Cit, p. 283.

⁹ Idem, p. 284.

do direito¹⁰. A Inglaterra, a Noruega e a Dinamarca, em 1016, ficaram sob o império do Rei Cnut, que detinha um avançado sistema de legislação, e isso serviu para aprimorar o sistema legal destes povos, criando inclusive, no direito inglês, princípios mais estruturados¹¹.

Das origens do *Common Law*, o período de sua formação data de 1066 a 1485 e tem como marco a conquista normanda que acabou com o tribalismo, instituindo o feudalismo, ensejando o advento de um novo período, inclusive, com a proclamação do direito anglo-saxônico¹² e constituindo um forte poder nas mãos dos ingleses¹³.

Pietro D'Amico afirma que a história do *Common Law* começa em 1066, quando o duque *Guglielmo* da Normandia conquistou a Inglaterra sendo importante considerar que as centralizações das instituições constituem o embrião do sistema, que passou a desenvolver¹⁴.

Assim, os normandos vão instituir uma "*Corti locali e curia legis*". As Cortes Reais eram aliadas a um sistema de justiça real, o que proporcionou aos juízes a oportunidade de conceber novos procedimentos e um corpo de direito substantivo aplicado ao cidadão inglês comum¹⁵.

Neste período normando, frise-se, havia na Inglaterra uma grande variedade de tribunais que administrava a justiça, dentre os quais um tribunal dos senhores feudais e os tribunais eclesiásticos, sendo o conflito entre os interesses da nobreza

¹⁰ a) O termo Família do Direito é utilizado para indicar as diversidades dos direitos, agrupando-os de acordo com as similitudes e as diferenças. René David afirma que o agrupamento dos direitos em famílias é o meio necessário para apresentação, compreensão dos variáveis modelos de direito, esclarecendo que não há, contudo, um meio específico de critérios para a distinção, os quais podem levar em consideração o conteúdo, tipo de sociedade, o lugar etc., e tem a distinção uma finalidade didática. São Famílias do Direito: família romano-germânica, família da *Common Law* e família dos direitos socialistas, podendo outras serem caracterizadas de acordo com parâmetros. (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 17.).

b) Guido Soares, ao falar sobre Família do Direito, apresenta como sinônimo a expressão "família de sistemas jurídicos".

¹¹ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 108.

¹² A expressão direito anglo-saxônico não é bem quista como assinala René David (Op. cit., p 284). Nem se deve confundir o direito britânico com o direito inglês.

¹³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 285.

¹⁴ D'AMICO, Pietro. *Common Law*. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 90. "*la storia di common law solitamente narrata inizia nel 1066, quando il duca Guglielmo di Normandia conquistò l'Inghilterra. Il dato più importante da registrare e considerare risiede nell'introduzione di istituzioni centralizzate costituenti l'embrione del sistema che poi è andato a svilupparsi*".

¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e segurança: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

evidente, sendo necessário que Guglielmo adotasse uma política de centralização da justiça limitando o poder dos nobres e controlando o sistema de justiça¹⁶.

Os normandos articularam em torno do Rei uma corte que era a Corte Real, a quem coube a supervisão da administração de todo o reino e gradualmente, o sistema de justiça real foi se desenvolvendo gradualmente através da Cúria de justiça com a assunção das funções mais importantes executadas anteriormente pelos tribunais locais¹⁷.

A "*curia regis*" coube, portanto, o exercício da administração da justiça, tanto que foi formada por um grupo de quinze juízes que tiveram a sua sede em Westminster, os quais promoveram e instituíram o direito comum a todo Reino em oposição aos direitos locais até então existentes.

Com esta organização do governo e do direito administrativo¹⁸, adentrando-se ao Reinado de Enrico II (1154-1189), no ano de 1164, foram aprovadas as Constituições de Clarendon que servem como uma consolidação de costumes decididos pela Corte Real durante o reinado de Enrico I, o que enfatiza o desejo de centralização, afastando-se as cortes locais de proceder a estes julgamentos¹⁹.

No ano 1178, inicia-se uma especial reforma, possibilitando-se que reclamações fossem dirigidas aos juízes. Isto imprimiu uma nova marca para o sistema de justiça, já que estes juízes passaram a permanecer permanentemente e de forma estável na cúria real, colaborando e realizando uma atuação e uma gestão normal, estável e submetendo ao soberano os casos mais difíceis.

Adriana Costa Vieira chega a enfatizar que a *Common Law* nasce em 1187 quando foi redigido em latim o Tratado sobre as Leis e os Costumes do Reino

¹⁶ D'AMICO, Pietro (Op. cit, p. 90): "[...] sussisteva allora in Inghilterra una grande varietà di corti che amministravano la giustizia: le antiche corti di contea costituite ai tempi dei sassoni, le corti competenti nei singoli villaggi, le corti tenute dai signori proprietari, le corti ecclesiastiche contemplate. Ma vi era una nobiltà riottosa, conflittuale, tendenzialmente autonomista, era pertanto necessario, ai tempi di Guglielmo, un maggiore e anche più vicino controllo di baroni, feudatari e potentati clericali. I sovrani normanni adottarono una politica di accentramento ritenuta necessaria proprio per limitare il potere dei nobili sparsi sul territorio".

¹⁷ Idem, p.90 "Il governo dei normanni era articolato attorno alla corte del re, la curia regis, la quale sovrintendeva all'amministrazione dell'intero reame. Lo sviluppo iniziale di common law si collega alla progressiva assunzione da parte di questo organo (la curia) delle più importanti unzioni esercitate in precedenza dalle corti locali".

¹⁸ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 109.

¹⁹ PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the Common Law*. London: Butterworth & Co. (publishers), 1956, p.7.

da Inglaterra chamado Glanvill²⁰. Este livro relata de forma prática as formas de procedimentos na Corte Real²¹. Assim, através da interpretação de documentos legais até então existentes, descreveram-se os primeiros princípios jurídicos que deveriam ser adotados, dando ensejo ao nascimento desse novo sistema²².

Pietro D'Amico adverte que se deve reconhecer e imortalizar o trabalho desenvolvido por Ranulf de Glanvill, e também dos outros escritores normandos nesta época que deixaram marcas para as futuras gerações com a redação da primeira exibição da tradição jurídica do *Common Law*, a "*De legibus et consuetudinibus regni Angliae*", nos idos de 1190²³.

Este importante tratado é como uma coleção-comentário sobre os principais processos, mandados e posições acolhidas pela jurisdição real sendo necessário ressaltar que, através deste documento, se reconhece a variedade de costume local, mas considera a prática aplicada pelos tribunais do rei como o único válido para todo o reino²⁴. Andréia Costa Vieira sintetiza essa questão elucidando que Glanvill é uma tentativa, um esforço de simplificar a vida, a realidade jurídica da Inglaterra²⁵.

Sem dúvida, a reforma de Enrico II, o soberano cosmopolita, assentada no documento de "Glanvill", vai marcar a história constitucional britânica. Esse tratado é a pedra fundamental do *Common Law* que, ao passar do tempo, vem impor um maior grau de estabilidade ao "regis curia, com a sujeição de todos, inclusive os

²⁰ Sobre o Tratado que trata das Leis e Costumes do Reino da Inglaterra sabe-se que dispôs sobre causas de ação nos tribunais reais. Diz-se que pode ter sido redigido entre 29 de novembro de 1187 e 6 de julho de 1189. É apontado como o primeiro livro-texto do direito comum inglês – daí sua valiosa identificação e importância. Atribui-se sua elaboração ao chefe de justiça de Enrico II, Ranulf de Glanville. Disponível em : <<https://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.earlyenglishlaws.ac.uk/laws/texts/glanvill/&prev=search>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²¹ Ranulf de Glanvill (1112 - 1190) era Inglês de Starford St. Andrew. Exerceu o cargo de juiz Ministro Chefe no Reinado de Enrico II. (Disponível em:<<https://books.google.com.br/books?id=PIEtCwAAQBAJ&pg=PT44&lpg=PT44&dq=o+que+foi+o+%22glanvil%22&source=bl&ots=QOnkmyvBcf&sig=IOV19TsA4VU7EBhepe93I3ihyJl&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiFsvTh9cHSAhWDDJAKHdI9A7sQ6AEIHDA#v=onepage&q=o%20que%20foi%20o%20%22glanvil%22&f=false>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²² PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the Common Law*. London:Butterworth & Co., 1956, p. 6.

²³ D'AMICO, Pietro, p. 92. Ainda, sobre o Tratado de Glanville, Pietro D'Amico esclarece que é a primeira exibição da tradição jurídica do Common Law: ("*Il primo espositore della tradizione giuridica di common law fu ranulf de Glanville, a cui viene attribuito il trattato "De legibus et consuetudinibus regni Angliae" del 1190 circa*").

²⁴ Ibidem, p. 92: "*Si tratta di una raccolta-commentario sulle principali azioni giudiziarie, i cosiddetti writs in uso all'epoca presso la giurisdizione regia. Glanville riconosce la varietà delle consuetudini locali, ma considera la consuetudine applicata dalle corti del re come quella valida per tutto il regno*".

²⁵ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 110.

monarcas, as decisões da "*Common Law*", sendo evidente o fortalecimento da justiça²⁶.

René David afirma que o *Common Law* era o direito comum, o direito do povo Inglês e para toda a Inglaterra, e nasce como fruto da ação do Tribunais Reais de Justiça, o Tribunais de Westminster²⁷, local onde os juízes se estabeleceram, e este lugar que terá um grande valor histórico e simbólico na vida do "*Common Law*"²⁸.

Common Law significa, deste modo, o direito comum da Inglaterra. Era um direito em posição de oposição aos direitos locais firmados em tradições apenas e, por isso, passa a utilizar procedimentos definidos previamente²⁹. É diante destes processos que os Tribunais Reais articulam-se e desenvolve verdadeiramente o direito inglês³⁰.

Afirma-se que três fundamentos estariam contidos na Glanvill, os princípios eram de direitos reais, comuns a todo povo inglês, e estabeleciam um direito procedimental³¹, mas o que importa salientar é que este documento esclarece como se peticionar o *writ* e como impugná-lo³².

Outro contributo à formação e à estruturação do *Common Law* nasce das mãos de Henry of Bracton, que era Juiz. Com seu acesso aos casos nas cortes onde eram julgados, ele passou a elaborar comentários sobre os procedimentos utilizados na solução dos litígios e, com isso, estes casos passaram a servir como exemplos.

Esse diferencial dos trabalhos realizados por Bracton, intitulado *De legibus et consuetudinibus Angliae*, veio oportunizar, em 1250, o esclarecimento de como eram produzidas as decisões das cortes reais e, com isso, um método ou modelo de orientação. Assim, restou fortalecido o *Common Law* com a demonstração de que,

²⁶ Idem, 93: "*Il documento segnerà per sempre la storia costituzionale inglese, secondo il carattere limitato della monarchia inglese, anch'essa sottoposta a "common Law" e alle decisioni dei giudici, quali fonti produttive principali di "common law" stessa*".

²⁷ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 286.

²⁸ D'AMICO, Pietro, p. 91: "*I cinque giudici di Enrico II si insediarono a Westminster, luogo destinato a divenire il vero olimpo di common law, che sarà lasciato secoli dopo nel 1882. Rimase comunque la grande valenza simbolica, il forte fascino storico di "Westminster"*".

²⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

³⁰ DAVID, René, op. Cit, p. 290.

³¹ VIEIRA, Andréia Costa, op. Cit, p. 110-111.

³² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 212.

muito embora as regras consuetudinárias ingleses não estivessem contidas em um texto de autoridades, elas eram declaradas e registradas pelos tribunais de justiça³³.

Plucknett deixa claro que não detinha Henry of Bracton a intenção de elaborar um sistema de análise de casos, os "*case law*", tendo, sido apenas, sua intenção a mera demonstração da necessidade de se conhecer as decisões já elaboradas, tendo, portanto, se voltado a um sentido mais restrito, mas, sem dúvida, serviram como sinalizadores e indica um método condutor a influenciar os demais julgados³⁴.

As advertências que faz René David sobre as origens do *Common Law* devem ser resgatadas nesse ponto, quando assinala que o jurista inglês, Bracton, tinha por escopo o exame do processo em si, e isto, sim, o levou a redigir a *Triatise*. Era evidente que o interesse estava no processo e tanto que através dos *writs* foi também se desenvolvendo o direito inglês elevando o direito público e minimizado o direito privado³⁵.

Registre-se, relativamente, a obra produzida pelo juiz Real Bracton, o quanto nos ensina Jonh Gilissen, ao afirmar que o seu relevante papel está em permitir a centralização do conhecimento do direito consuetudinário sobre *cases*, ou seja, a partir dos julgamentos proferidos pela Corte Real, donde, de um caso se extraí uma noção do direito aplicado e aplicável³⁶.

Os *writs ou breves*³⁷ eram ordens reais e foram instituídas inicialmente a partir dos pedidos de justiça que eram endereçados ao Rei e que eram examinados pelos colaboradores do Reino, os Chanceleres, que ao constatar o respaldo dos argumentos, determinava a expedição da ordem a um agente do rei, para que impusesse a obediência ao querelante³⁸.

Como se vê, este sistema dos "breves" em sua formação inicial procura amoldar-se a cada caso e velozmente se transforma em inalteráveis pelo Chanceler,

³³ D'AMICO, Pietro. *Common Law*. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 93

³⁴ PLUCKNETT, Theodore F.T. *A concise history of the Common Law*. London: Butterworth & Co., 195, p. 344

³⁵ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 295

³⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3. ed., 2001, p. 212.

³⁷ *Breves* é o termo em latim de *writs*, que somente foi adotado no começo do século XIII. Gilissen, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.210.

³⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 210.

atraindo litígios para as jurisdições reais e, por isso mesmo, contaram com a oposição dos senhores feudais que procuram impor limitações.

Os *writs* indicavam o tipo de processo, a ordem dos atos que se desencadeavam, os incidentes³⁹ e, dessa forma, com o lançamento constante de uma série de *writs* formou-se uma espécie de cadastro, que estabelecia uma lista de tipos de reivindicações (processos judiciais), e os direitos eleitos como dignos de proteção que passaram a serem protegidos pelos tribunais⁴⁰.

A propósito do *writs*, Pietro D'Amico afirma que se tratava de *ordens reais*, pré-requisito para ações civis. Funcionavam como um comando do rei dirigido a um dos seus nobres, agentes, que contava com uma determinação a fim de que o demandado satisfizesse a pretensão do demandante que estava de acordo com o direito⁴¹.

Barboza constata que o direito inglês desenvolve-se com o sistema de *writs*, que privilegiou o processo, *remedies precede rights*. Nasceram, então, as *actions on the case*, novas ações admitidas pelos juízes como pertencentes a sua jurisdição. Também, dá-se origem ao *writ of trespass*, que era o processo orientador, pois era mais utilizado e moderno⁴².

Sim. O direito na Inglaterra desenvolve-se com fulcro nas listas de *writs*, ou seja, nas ações judiciais sob a forma de ordens do rei. Frente ao litígio, deve-se buscar o processo adequado à solução, pois *Remedies Precede Rights*, em primeiro lugar está o processo.

Note-se que, em 1215, a Carta Magna veio a limitar as jurisdições reais sobre as outras jurisdições com a proibição de se criar novos *writs*. Em 1258, foram promulgadas as *Provisions of Oxford* que tiveram o objetivo central de delimitar os tipos de *writs*⁴³, contudo, porém não obtiveram sucesso, especialmente porque, em 1285, foi aprovado o *Statute of Westminster II* que consolida o entendimento de que,

³⁹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.289.

⁴⁰ D'AMICO, Pietro. *Common Law*. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 94.

⁴¹ DAVID, René. op. cit, p. 293.

⁴² Idem, p. 289

⁴³ LOSANO, Mario Gomes. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 329.

mesmo não se podendo criar novos *writs*, poder-se-ia aplicá-los com base no princípio da semelhança (*in consimili casu*)⁴⁴.

Anote-se, ademais, que, a partir de 1290, as singulares decisões de Westminster foram registradas nos *Year Books*⁴⁵. Esta escrituração é atribuída aos advogados e veio servir como um guia, ou seja, um meio condutor para os peticionantes⁴⁶, contendo disposições sobre a forma, linguagem a ser utilizada, os ritos exigidos para os procedimentos de cada tipo de processo, sendo repositórios documentais e exemplificativos⁴⁷.

Nos Tribunais de Westminster constituem um novo direito, um direito comum que extrai dos costumes seus elementos, sendo necessário ressaltar a completa inviabilidade de aquisição dos princípios do Direito Romano.

Ao lado da *Common Law*, está a *equity* – um sistema que procura se impor promovendo um outro tipo de jurisdição com o intuito de frear o *Common Law*, que se tornava cada vez mais técnico em razão do sistema de *writs*⁴⁸. É com o aparecimento da *equity* que se dá início à terceira etapa (1485 - 1832) do *Common Law*. A *equity* questiona o sistema de justiça nascido dos Tribunais de Westminster. Frente às suas decisões engessadas, rígidas, questionou-se sobre uma nova intervenção do Rei sobre a causa de modo a sanar as injustiças proferidas⁴⁹.

A *equity* surge como tribunal que, paralelamente, poderia reexaminar o caso para lhe proporcionar um julgamento apropriado. Adriana Costa Vieira enfatiza que os litígios que não eram disciplinados nos documentos oficiais e sobre os quais inexistiam procedimento associado eram afastados de análise, gerando uma grande injustiça frente à formalidade processual exigida no *Common Law*. Daí a necessidade de criação desta jurisdição, ou corte de equidade, *Chancery Courts*⁵⁰.

⁴⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, John, p. 210.

⁴⁵ Idem, p. 211

⁴⁶ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 113.

⁴⁷ Idem, p.114.

⁴⁸ GILISSEN, John. Op. Cit, p. 213.

⁴⁹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 295.

⁵⁰ VIEIRA, Andréia Costa. Op. cit. p. 144.

Assim, em duas hipóteses, os tribunais de Equity eram suscitados. A primeira quando os interessados não obtinham decisões justas perante os Tribunais de Westminster. A segunda, quando inexistia a possibilidade de custear o processo⁵¹.

Mário G. Losano afirma que a *equity* foi uma solução para o rígido *Common Law*⁵². Benefícios foram ocasionados com a *equity* como se vê na introdução do reconhecimento de novos direitos (a exemplo dos *trusts*)⁵³. David, por seu turno, esclarece que a *equity* é como um conjunto de soluções que fora outorgada pela jurisdição do Chanceler para completar e rever o sistema do *Common Law* quando defeituoso ou insuficiente⁵⁴.

Por outro ponto de vista, esta jurisdição particular e especial, que promoveu a princípio o encontro com os postulados da justiça, veio a ocasionar a incerteza, uma vez que, enraizada nos parâmetros morais dos Chanceleres, chegaram a se formar adágios populares que anunciavam: *Equity varies with the length of the Chancellor's foot*" (a equidade varia de acordo com as dimensões do pé do Chanceler).

Com o passar do tempo (século XVII/XVIII), imprime-se a *equity*, um caráter mais formal⁵⁵, o que acarreta o desenvolvimento de um semelhante sistema de precedentes semelhante como no *Common Law*.

No século XIX, por volta de 1873/1875, estas jurisdições são drasticamente modificadas pela Rainha Vitória que através dos *Judicature Acts* (*atos de judicatura*), promoveu a unificação das jurisdições de *Common Law* e da *equity*⁵⁶. Fala-se, nesse sentido, que, na organização do poder judiciário, promoveu-se uma grande reforma, levando estes tribunais a uma competência comum e, como tal, poderiam proferir decisões fundadas tanto no *Common Law* quanto na *equity*⁵⁷.

As reformas do período do século XIX acarretaram a quarta fase de estruturação do direito inglês, vindo a constituir o período moderno. Esse período inicia-se na segunda metade do século XIX, fruto de diversos fatores, como a ascensão das ideias democráticas e outros, como destaca René David, ao falar da

⁵¹ *Ibidem*, p. 144

⁵² LOSANO, Mario Gomes. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Trad.: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 330.

⁵³ *Ibidem*, 331

⁵⁴ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 309

⁵⁵ *Idem*, 310

⁵⁶ LOSANO, Mário Gomes. Op. Cit p. 331.

⁵⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 213.

importância do *welfare-state* nesse processo, o do incremento ao comércio internacional.⁵⁸

Com o crescimento da atividade legislativa que fomentou uma grande modificação na estrutura dos tribunais com a caracterização de direitos sociais e até econômicos, elabora-se a *Labour Party*⁵⁹. Contudo, a Inglaterra permanece como um País sem legislação codificada, e as fontes, portanto, do direito inglês são identificadas como o costume, a lei, o precedente jurisprudencial⁶⁰.

O *Common Law* propagou-se pelos países vizinhos e colonizados⁶¹. Estefânia Barboza esclarece que, para o direito inglês, como judiciário, destacam-se as decisões judiciais, surgindo a valoração dos precedentes. Desse modo, o *statute law* presume a jurisprudência e seus princípios, sendo constituído um sistema *case-law*⁶².

Os juízes como práticos exercem o poder de criar o direito, extraindo dos casos, um em particular, as regras e os princípios elementares que dão sustentação aos precedentes. As *statutory law* eram fontes secundárias do direito inglês e, com isso, identifica a natureza anômala do direito das fontes legislativas⁶³.

David, nesse aspecto, deixa bastante claro que o juiz no *Common Law* não observa um caso-tipo e sim, uma hipótese e um caso precedente, o que torna a jurisprudência a principal fonte do direito inglês que se subordina ao conhecimento de dois aspectos: a organização judiciária e a regra do precedente⁶⁴.

Caracteriza-se o *Common Law* inglês como sistema aberto pela auto-alimentação contínua de reconstruções, encontrando na *ratio decidendi*, o dever de decidir e na *obiter dicta*, as circunstâncias que podem ser afastadas, não essências, do julgar⁶⁵. Desse modo, desde o início o Poder Judiciário Inglês assume uma posição tão forte quanto os poderes Legislativo e Executivo⁶⁶.

⁵⁸ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 302.

⁵⁹ GILISSEN, John. Op. Cit., p. 217.

⁶⁰ LOSANO, Mário. *Os Grandes Sistemas Jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 333

⁶¹ Idem, p. 344.

⁶² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46.

⁶³ Idem, p. 47.

⁶⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 332.

⁶⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

⁶⁶ Idem, p. 338.

O *Common Law* tem como consequência a obediência ao quanto foi decidido pelos juízes. A doutrina do *stare decisis*, que diz respeito aos precedentes judiciais, cria, o *rule of precedente*, ou seja, a regra do precedente. Isso não ocorre por casuísmo. Tanto é verdade que René David destaca que a função da jurisprudência na Inglaterra, além de aplicar a lei, tinha o fito de indicar as normas do direito inglês. Por isso mesmo tem um enfoque e um valor diferenciados de toda Europa⁶⁷.

Sabe-se que, com as conquistas de novas áreas pelos ingleses, houve a difusão do seu sistema jurídico. A conquista da nova América propalou o direito inglês, o *Common Law*, contudo, na medida em que se desenvolvia em outras regiões da América, foi se modificando e se adequando as exigências dos colonizadores. Os primeiros povos da América, recepcionam o *Common Law*, mas este sistema será revisto, tanto que irá se amoldar e transformar, agregando novos conteúdos, acolhendo as novas realidades sociais e culturais⁶⁸.

A história do Direito dos Estados Unidos remonta ao século XVII, a partir do ano 1607, com a criação das colônias, como a Virgínea, Plymouth, Massachussetts, Maryland, Nova Iorque etc. Inicialmente, aplicava-se o *Common Law* inglês.

René David indaga sobre qual direito era aplicado nos EUA, para aludir que há divergência a depender da fonte de resposta. Assim, o historiador afirma que se fosse Londres que respondesse à tal conjectura, certamente asseguraria, embasado no *Calvin's case*, um julgado de 1608, que a *Common Law* inglesa é aplicável aos súditos que se organizaram nos territórios não submetidos às nações civilizadas, como soe ser, as colônias americanas à época⁶⁹.

Mas essa orientação contida no *Calvin's case* continha uma exceção que, em verdade, tornou-se a regra para a aplicação do direito nessas áreas, pois, nesse princípio, consignou-se a utilização do *Common Law* inglês se as regras fossem apropriadas às condições de vida das colônias⁷⁰.

Não haveria de ser de outro modo. Os problemas na nova América eram típicos e, como tais, não eram abrangidos pelas regras do *Common Law* inglês. Este afastamento das realidades socialmente suscitada compelia a estruturação de um

⁶⁷ *Ibidem*, p. 341.

⁶⁸ *Ibidem*, p.356.

⁶⁹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 359.

⁷⁰ *Idem*, p.360.

novo direito. Os americanos, portanto, vão erigir um direito próprio, divergente das regras inglesas⁷¹.

René David acentua que, nas colônias estadunidenses, inicia-se por vocação um processo de codificação, indo de encontro aos ingleses. Os americanos identificam-se com a lei escrita⁷². É com a Independência Americana (1776-1783) que o direito das ex-colônias procurarão se impor, e a busca dessa autossuficiência jurídica advém fortemente com a autonomia política⁷³.

Souza esclarece que, a partir de 1776, os Estados Unidos deixaram de reconhecer as leis inglesas, conduzindo-se no processo da edição de novas leis, com uma constituição escrita, estatuto jurídico supremo, criando um sistema dual de organização judiciária, a *Federal Court System* e o *State Court Systems*⁷⁴.

O ideal de Constituição prevaleceu, e inusitados marcos para a constituição do *Common Law* americano, estadunidense, foram firmados, levando em sua organização toda a influência oriunda do direito francês nesse período político. Em 17 de setembro de 1787, a Declaração de Direitos e a Constituição dos Estados Unidos são promulgadas⁷⁵.

A adesão a este corpo constitucional e conseqüente ratificação pelos estados americanos se deve ao *Bill of Rights*⁷⁶, que dispôs sobre a liberdade de religião, de imprensa e de reunião, do uso das armas e, especialmente, do devido processo legal.

Diz-se que lutas foram travadas entre os adeptos da codificação e os do *Common Law*, mas a vitória coube ao sistema inglês com as devidas e as necessárias alterações, criando um novo sistema de justiça e se desatrelando por completo das regras inglesas, sendo, desse modo, o direito americano tecido em sua originalidade.

Vieira deduz que os Estados Unidos como ex-colônia da Inglaterra sofrem grande influência inglesa, já que foram colonizados, povoados e até herdeiros de sua língua. Nesse sentido, o respeito ao direito dos casos e precedentes é algo bem

⁷¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. cit. p. 55.

⁷² DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 361.

⁷³ Idem, p. 361.

⁷⁴ Souza, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante 1ª ed. 2ª tiragem*. Curitiba:Juruá, 2007, p. 57

⁷⁵ DAVID, René, Op. cit, p. 361.

⁷⁶ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 200.

natural naquela sociedade, mas que ainda enfrenta a penetração de outras realidades jurídicas com a espanhola, a italiana, a holandesa e especialmente a francesa⁷⁷.

Ressalve-se que, em 1789, o primeiro volume de relatórios de casos americanos foi publicado. O *Common Law* estadunidense é híbrido, misto, mesclado, uma vez que incorpora o processo de codificação que, no dizer de Guido Soares, não é um sistema puro de *Common Law*⁷⁸.

Os Estados Unidos da América são detentores de um sistema misto entre o *Common Law* e o *Civil Law*, que se depara com uma constituição federal escrita, com autonomia entre as unidades da federação⁷⁹, o que se deve ao método descentralizado de colonização. Vale ressaltar que os EUA foi um dos primeiros países a consagrar a teoria da separação entre os poderes de Montesquieu⁸⁰.

Para a singularidade do direito americano sobre o direito inglês, até a forma de governo, provocará diferenças. De um lado o parlamentarismo inglês e do outro presidencialismo, americano. A monarquia estará na Inglaterra e nos EUA, a república constituirá um estado Federal. Esses pontos tão díspares entre o colonizador e o colonizado, aliado aos objetivos pretendidos pelos americanos na constituição de um novo Estado, fazem suscitar um direito por demais diferente, sejam por suas regras, sejam por seus conceitos⁸¹.

Assim, tanto direito inglês como o direito americano, procuram como fonte a jurisprudência. O direito americano é um direito de fonte jurisprudencial e ao seu lado estão as *Statute law* (legislação)⁸².

Ao se traçar este histórico evolutivo do sistema do *Common Law* inglês e o estadunidense, deve-se questionar: os precedentes são aplicados da mesma forma nestes dois lugares? A própria análise sobre a história do direito inglês e do americano, desde as suas origens, já traduz a certeza de que, muito embora, sejam "modelos" representativos da mesma família, divergem em estrutura, fundamentos e hipóteses de aplicação.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 188

⁷⁸ Soares, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P.58.

⁷⁹ Soares, Guido Fernando Silva. *idem*, 60

⁸⁰ *Ibidem*, p.63

⁸¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 365.

⁸² *Idem*, p. 381

A aplicação de precedentes nos Estados Unidos, na atualidade, é por demais complexa e, da mesma forma, no direito inglês. Pode-se afirmar que os aspectos históricos, como já demonstrados, impuseram caminhos e direcionamentos diversos. A própria função jurisdicional contém aspectos e diretrizes opostas entre os dois sistemas: *Common Law* inglês e o americano.

Duas teorias, a constitutiva e a declaratória da jurisdição, estruturam-se no sentido de esclarecer o verdadeiro sentido da função que advém da decisão judicial. A jurisdição tem como finalidade criar ou declarar o direito? Eis o primeiro embate que, por décadas, se travou e, sobre eles, se deve delinear as diferenças.

O direito inglês, nos os tempos mais antigos, defendeu a força do *common law*. Ali, naquele momento como adverte William Blackstone as decisões judiciais são a principal e mais autêntica evidência, que pode ser dada da existência de um tal costume que faz parte do *Common Law*, sendo os juízes os depositários da lei⁸³.

Blackstone apresenta para o direito inglês o juiz como oráculo vivo, que deve decidir em todos os casos de dúvida, e que estão vinculados por um juramento a decidir de acordo com a lei do seu país. Na verdade, essas decisões judiciais são a principal e mais autêntica evidência da existência de um tal costume que faz parte do direito consuetudinário e é declarado e não criado pelo julgador⁸⁴.

O julgamento em si, e todos os procedimentos anteriores sendo preservados, faz a lei nesses casos ser solenemente declarada e determinada⁸⁵. O que era incerto e incompreensível torna-se, em razão da decisão judicial, uma regra permanente. Assim, nesse passo, o juiz declarava o direito, eis a característica da função jurisdicional: declarar o direito conhecido.

Marinone afirma que Jeremy Bentham e Jonh Austin se opunham à teoria declaratória, tanto que o primeiro considerava a ideia tão absurda sobre a qual afirmar que o juiz estava obrigado a declarar o direito contido nos precedentes era tornar o direito um *dogs-laws*, sendo certo que os juízes criavam o direito. Recorde-se que Bentham era defensor da codificação.

Na obra "*Precedent in English Law*", Rupert Cross e J.W.Harris, afirmam que a característica peculiar da doutrina inglesa do precedente é a sua natureza

⁸³ BLACKSTONE, William. Commentaries on the law of England (fac-símile da 1a. edição, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979, p. 68.

⁸⁴ Idem, p. 69.

⁸⁵ Idem. p. 69.

fortemente coercitiva, sendo que aos juízes ingleses cabe a obrigação de seguir um caso anterior⁸⁶.

Nesse sentido, Cross e Harris afirmam que a jurisprudência, o *case-law*, são as regras e os princípios estabelecidos e aplicados pelos juízes na tomada de decisões. Ambos enfatizam portanto que, no direito inglês, como um sistema de jurisprudência, a decisão do juiz em um caso particular constitui um precedente.

Disso, não se duvide. Mas sempre foi assim? Observa Marinonni que o *Common Law* sobreviveu durante anos sem as regras de precedentes, ou seja, sem as regras teóricas, as "*rule of precedents*", que indicavam as regras teóricas que permitiram a compreensão e a aplicação dos precedentes.

Na tradição da *Common Law*, não existiam as regras de precedentes; o Juiz criava o direito. Os juristas desta tradição deixavam claro que a sobrevivência do *Common Law* não tinha nada que ver com os precedentes. A "*The doctrine of stare decises*", o sistema de precedentes vinculantes, nasce nas Câmaras Exchequer, em 1483 e finalmente, nos séculos XVI e XVII, estabeleceu-se a obediência ao sistema de precedentes⁸⁷.

Foi através do conhecido caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, que a Casa dos Lordes (*House of Lords*) reconheceu a obrigatoriedade de vinculação ao precedente, especificando-se que a *ratio decidendi* uma vez declarada vinculava os tribunais inferiores e os demais súditos⁸⁸.

Vieira, sobre este tópico alerta que a teoria dos precedentes obrigatórios cria princípios jurídicos que se mantêm aceitos como uma fonte primária do direito e prevaleceram até ulterior mudança pela própria corte superior ou advenha legislação revogando o princípio⁸⁹.

Nasce, desse modo, o *Judge-make law*, sendo nesse modelo apresentado o papel do juiz, no direito inglês, como um tipo de legislador⁹⁰. Advirta-se que, para a formação do precedente vinculante, especulou-se o que, em verdade, era no julgado que trazia este traço de obediência integral, irrestrita.

⁸⁶ CROSS, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 3.

⁸⁷ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 116.

⁸⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT; 2004, p. 158.

⁸⁹ VIEIRA, Andréia Costa. op. cit, p. 119.

⁹⁰ Idem, p. 119.

A doutrina, a teoria dos precedentes vinculantes apresenta que a força vinculativa está no princípio elaborado na decisão, ou seja, no *holding*, na *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é tida como o coração da teoria dos precedentes⁹¹.

Entretanto é importante compreender de forma crítica a razão pela qual os precedentes obrigatórios foram instituídos no *Common Law* inglês e no *Common Law* estadunidense, o porquê de terem se firmado. Ao lado dessa conjectura, nasce a necessidade de se compreender que não existe possibilidade de ser confundidos e equiparados o *Common Law* com o *stare decisis*.

O *Common Law* nasce como já visto muito tempo antes da teoria dos precedentes e durante muito tempo não se ateu a qualquer critério doutrinário, condutor de aplicação com construção de específica teoria.

Nesse aspecto, a lembrança histórica da Revolução Gloriosa de 1688 é um marco referencial que orienta e afirma a *Supremacy of the Parliament*⁹², mas em nada altera o sistema jurídico formado na Inglaterra, vindo apenas intensificá-lo. No direito inglês, assentando-se na teoria declaratória, defende que há o dever do juiz em revelar o direito, promovendo como que um controle judicial dos atos estatais, emanados do parlamento e do soberano.

Muitos fatores sociais vão ser os responsáveis para compreensão deste fenômeno e a adoção desta teoria no direito inglês. De um lado, a Inglaterra, e do outro, a França, vivem contextos políticos e gestão muito diferentes, portanto, caminhos jurídicos díspares⁹³. Dois fatos históricos devem ser registrados. Por uma vertente, as Revoluções Gloriosa e Puritana e, por outra, a Revolução Francesa.

Os ideais de liberdade e igualdade imperavam e conduziam estas revoluções, mas são duas realidades contrapostas e, em suas consequências, especialmente, quando ao lançar e originar reflexões sobre o judiciário e sua função primordial, a de julgar⁹⁴.

A revolução Puritana sinaliza para o respeito ao direito do povo inglês e requer a obediência pelos Soberanos e do Parlamento. Na Revolução Francesa

⁹¹ *Ibidem*, p. 125.

⁹² DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. In: *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Cood. MARINONE, Luiz Guilherme. Salvador: JusPodivm, 2010.p. 29.

⁹³ *Idem*, p. 11.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011. p. 46.

tinha por escopo destruir o direito antigo, pois era incabível subsistir com os oportunismos das cortes régias e da nobreza.

A França, autêntica defensora do *Civil Law*, necessitava criar um direito novo e amparar os direitos e os interesses da classe em ascensão, a burguesia. A Revolução Francesa afasta, assim, a intervenção do Judiciário e, sobre os juízes, lança olhos de desconfiança dos seus julgados, questionando os laços de poder alimentados pela manobra de preservação das oligarquias⁹⁵.

Marinoni recorda que anteriormente a revolução francesa, o poder judiciário, era composto por aristocratas que não se achavam vinculados aos ideais revolucionárias expressos no lema "Liberdade, Igualdade, Fraternidade"⁹⁶. Nesse caso, a imagem do juiz era a de um "*bouche de la loi*", ou seja, a missão era a de atuar como um "boca-da-lei".

Os privilégios consagrados aos magistrados traziam em contrapartida uma sujeição do judiciário ao monarca e à nobreza. Desse modo, os magistrados, que eram beneficiados pela estrutura do poder, não proferiam julgamentos contrários aos interesses da classe nobre-aristocrata. A falta de isenção dos magistrados e a vinculação ao poder, provocou a imposição de limitações ao poder judiciário e a consequente subjugação ao legislativo, ao parlamento⁹⁷.

Em ascensão, neste período as ideias de Charles de Secondat Montesquieu, contida na obra *De l'Esprit des lois* (O espírito das leis), que foi publicada em 1748, evidenciando a fragilidade do poder julgador, defendendo a impossibilidade de liberdade para o juiz, a quem as leis estão vinculadas. Nessa corrente, manifesta-se que, do Juiz deve ser subtraído qualquer possibilidade ou o poder de criar o direito, sendo temerário a existência de Juiz legislador⁹⁸.

Para Montesquieu, a função do juiz estava limitada a simples declaração da lei, defendendo uma legislação clara e, como tal, sustenta a necessidade da consolidação das leis, dos códigos. Montesquieu defende uma razão objetiva

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011. p.46.

⁹⁶ Idem p. 50

⁹⁷ MERRYMAN, Jonh Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009. p. 41.

⁹⁸ Ibidem, p. 41.

afastando da vontade individual e na natureza das coisas busca a expressão do direito no conceito de "natureza das coisas"⁹⁹.

A situação na Inglaterra e na França, portanto, são inversas. Na Revolução Francesa, quer-se direcionar para o poder do legislador como o produtor da lei, e, com isso, a supremacia do parlamento é identificada como subordinação do juiz à lei¹⁰⁰. O fator crucial que gerou este segmento foi o fato de haver uma insubordinação dos juízes às leis, deixando de aplicá-las ou as interpretando contrariamente aos ditames traçados.

Nesse caminho, idealizada uma nova teoria, estão também ao lado de Montesquieu, os filósofos Jeremy Bentham e Gottfried Wilhelm Leibniz, que procuram demonstrar a necessidade de separar o legislativo e o executivo do poder judiciário, descrevendo meticulosamente as funções do poder julgador para o qual somente competiria a aplicação do direito previamente construído pelo legislador, impossibilitando-o de interferir administrativamente¹⁰¹.

Notadamente, o *Common Law* na Inglaterra e nos Estados Unidos não se constituiu sobre este patamar de desconfiança, e os seus juízes passaram a ser considerados com seus julgados a própria fonte do Direito, impedindo as atrocidades dos governantes e os auxiliando na construção do Estado como um todo.

Sobre *Common Law* e *stare decisis*, ainda vale a pena, o registro de que a teoria dos precedentes e precedentes vinculantes são muito posteriores. O *stare decisis* não seria específico do *Common Law*, uma vez que também se fez valer na *equity* como mencionado anteriormente.

O termo *stare decisis*, nasce do brocado latino "*stare decisis et non quieta movere*", ou seja, na determinação de que se deve manter a decisão como foi decidida" ("mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido"). Assim, este entendimento, de não se molestar o que já foi decidido, dará ensejo às *ratio decidendi*, que vinculam os tribunais e os outros órgãos jurisdicionais a eles submetidos, exigindo-lhes obediência¹⁰².

⁹⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica europeia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 321.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

¹⁰¹ MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009, p. 41.

¹⁰² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 p. 160.

Assim, Roberts s. Summer, adverte que o *stare decisis* foi consagrado desde antes da Revolução Americana no final do século XVIII, sendo um princípio no qual os tribunais devem seguir semelhantes decisões judiciais anteriores ao decidir questões jurídicas¹⁰³.

A doutrina do *stare decisis* estabelece que os juízes devem seguir os precedentes, com a preocupação de garantia, integridade, unidade e coerência do sistema de justiça. Todos estes são requisitos de devem ser perseguidos para se obter, também, a previsibilidade nos julgamentos.

Nessa linha, vale a ressalva elaborada por Eisenberg que esclarece que o sistema do *stare decisis* é o fundamento, a base para a função dos tribunais ao proporcionar e produzir as normas legais. Assim, o precedente é concebido como lei, principalmente porque é obrigatório, vinculante sob o *stare decisis*¹⁰⁴.

Desse modo, continua o Professor de Direito, Melvin A. Eisenberg da University of California, Berkeley, a delinear que o aspecto mais relevante do papel do *stare decisis* é a justificável proteção e confiança que estabelece¹⁰⁵.

Francisco Rosito afirma que o princípio do vínculo ao precedente objetivou a estabilidade do direito ao traçar uma barreira à criação judiciária e, com isso, o *case law* se estabelece como ciência e como tal promoveu a certeza, a estabilidade e a segurança dos direitos¹⁰⁶.

Ao se referir a estabilidade que se proporciona no sistema do *stare decisis*, pode ainda ser utilizada para a percepção desta obediência ou respeito à força vinculante – duas formulações sobre a verticalidade e a horizontalidade do precedente. Duas escalas de obrigações ou deveres emanam do contexto horizontal e vertical do precedente no *stare decisis*¹⁰⁷.

Compreenda-se precedente horizontal como o dever de vinculação do tribunal às suas próprias decisões, mantendo íntegro o sistema de justiça. É o autopercedente. Por precedente vertical, deve-se compreender o dever de

¹⁰³ MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.(Org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate PublBlich Limited, 1997, p.355.

¹⁰⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 48.

¹⁰⁵ Idem, p.48.

¹⁰⁶ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Revista de Processo. São Paulo, vol. 199, set./2011, p. 148.

subordinação das cortes e tribunais inferiores às decisões previamente estabelecidas pelos tribunais superiores¹⁰⁸.

Por fim, cuidadoso registro deve ser elencado e remencionado: *Common Law* não se consubstancia no *stare decisis*¹⁰⁹. Encerram-se suas realidades próprias como assinalado, neste percurso histórico, e se estabelecem com independência frente às conjecturas de sua formação. Não se podem perder de vista estas realidades que oxigenam o direito.

1.2 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, SUAS RAÍZES NA FAMÍLIA DO *CIVIL LAW* E SUAS APROXIMAÇÕES COM *COMMON LAW*

Após, o longo traçado do sistema *Common Law*, com a singular passagem sobre o *stare decisis* se faz contundente tecer algumas importantes considerações sobre o *Civil Law*.

Assim, serão apresentadas as distinções e principais diferenças entre estas duas grandes tradições, o *common Law* e o *Civil Law*. Em seguida, será argumentado sobre o valor que pode ou deve ser impresso aos sistemas de precedentes, no *Civil Law*.

Ainda, indaga-se, sobre a viabilidade ou não, da apropriação do sistema de precedentes pelo sistema de justiça brasileiro que é filiado a tradição romanista, como forma de revitalizar ou oxigenar seus institutos.

O que é *Civil Law*? Por que pertencemos a esta família? Eis as elementares questões que querem impulsionar e dar enfoque a uma importante reflexão: o sistema brasileiro permite a apropriação chancelando a adesão ao sistema de precedentes, mesmo sem se filiar ao *Common Law*? E, mais que isso, o que significa no sistema de justiça a adoção aos precedentes?

Inicialmente, convém destacar que os direitos romanistas, ou seja, a família romano-germânica, constituem-se como um grande sistema jurídico que, frente ao *Common Law*, ficou conhecida a partir dos anglo-saxões, como *Civil Law system*, apresentando-lhe como uma estruturação jurídica de oposição ao sistema inglês¹¹⁰.

¹⁰⁸ Idem, p. 149.

¹⁰⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT; 2004, p. 161.

¹¹⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p.20

Não resta dúvida sobre o fato de que o direito romano foi um marco divisor na estruturação, na divisão do processo histórico de formação do *Common Law* e da tradição *Civil Law*, em razão da lei com fonte primordial do Direito. Desse modo, não se pode dizer que o direito romano não tenha sido uma raiz do processo de formação de ambas as tradições, mas o direito inglês desta tradição se distancia¹¹¹.

Miguel Reale sinaliza que dois são os tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística¹¹² e o da tradição anglo-americana (*Common Law*). Destaca o mestre Reale que o primeiro ordenamento configura-se pela primazia do processo legislativo, acentuado especialmente na Revolução Francesa, ao tornar a lei como fonte primeira do direito¹¹³.

No *Civil Law*, as regras de direito são concebidas como regras de conduta, relacionadas aos dilemas de justiça e da moral; disto, advém a máxima preocupação doutrinária do cientista do Direito que consiste, além da indicação das regras, no delineamento do arcabouço jurídico regulador das relações entre os cidadãos¹¹⁴.

O *Civil Law* é uma tradição bastante antiga e data de 450 a. C. tendo por característica básica a compilação e a codificação. A tradição chega a apontar a lei das doze tábuas como um primeiro registro. Cristaliza-se, portanto, a ideia de produção de textos normativos, privilegiando o estudo do Direito para a sua aplicação ao caso concreto de acordo com as prescrições previamente construídas pelos legisladores.

Do *Civil Law*, nascem três subtradições, em diferentes momentos e, por peculiaridades próprias, que são o direito civil romano, o direito canônico e o direito comercial, os quais vão se tornar fontes históricas construindo os conceitos, os fundamentos, as estruturas, os procedimentos e os institutos dos atuais sistemas legais modernos da *Civil Law*¹¹⁵.

¹¹¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica europeia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 212.

¹¹² Sobre o termo *tradição jurídica*, deve-se compreender "um conjunto de atitudes históricas condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na *organização* política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e , finalmente sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, aperfeiçoado e ensinado". É "a tradição coloca o sistema na perspectiva cultural" (Jonh Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, p. 23)

¹¹³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo. Saraiva, 2002, p.142.

¹¹⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.18.

¹¹⁵ MERRYMAN, Jonh Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009, p. 37.

Sem dúvida é o *Civil Law* que prevalece, como sistema, na maioria dos países europeus, como Itália, Espanha, Grécia, Portugal, Alemanha, Áustria, Suíça, Holanda etc., bem como nos países que sofreram grande influência destes, a exemplo dos que foram colonizados na América Latina, especialmente o Brasil¹¹⁶.

A Revolução Francesa (1789) apresenta-se como o marco singular, um divisor para o direito contemporâneo, sendo, a partir desse momento, que muitas leis são promulgadas, desenvolvendo-se a jurisprudência em cada país; é fortalecida a doutrina, e novos costumes são erigidos¹¹⁷.

Certo é que este processo de consolidação no direito romanístico sempre existiu, como se verifica desde os tempos mais remotos, com o direito de Roma. Observe-se a compilação de Justiniano, que data de 528 d. C. Ora, os trabalhos dos glosadores apresentam-se como uma importante referência. No século XIX, dá-se ensejo a uma codificação à luz do Iluminismo¹¹⁸.

Sabe-se que a codificação foi muito debatida durante todo o século XIX, até o advento do *Code Napoléon*, em 1804-1807, quando o direito privado se constitui com normatividade robusta. Contudo, mesmo assim, nesta fase, os exegetas digladiavam-se com os opositores da codificação¹¹⁹. Sem dúvida, é a partir do século XIX que a lei, para o sistema romano-germânico, assume primordial valor e o processo de codificação se consolida¹²⁰.

Ainda, com o final da 2ª Guerra Mundial mudanças significativas são introduzidas no *Civil Law*, que ensejaram e fortaleceram o fenômeno do constitucionalismo. Talvez uma das grandes diferenças entre o *Civil Law* e o *Common Law* seja o fato da necessidade de elaboração dos códigos defendida pelo primeiro e vista como modernidade; mas isso não deve ser considerado de forma isolada, sendo apenas ilusória¹²¹.

¹¹⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 20.

¹¹⁷ Idem, p. 15.

¹¹⁸ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p.58.

¹¹⁹ Idem, p.119.

¹²⁰ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 18.

¹²¹ MERRYMAN, Jonh Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009, p. 28.

Não é a codificação o traço distintivo mais relevante entre o *Civil Law* e o *Common Law*¹²². Não se deve, pois, considerar o fato da adoção de legislação codificada, ou seja, da produção legislativa e judicial do direito como o elemento preponderante que provoca a diferença substancial entre estes sistemas. Deve-se levar em consideração que o contraste repousa na ideologia que foi adotada em cada uma destas espécies na aplicação do Direito¹²³.

Notadamente, a Revolução Francesa tinha por escopo a revogação do direito anterior. Quer uma nova ordem judicial que glorifica a atuação estatal (estatismo)¹²⁴ e, por isso mesmo, o papel de cada agente construtor da ordem jurídica tem aspectos divergentes em cada uma das tradições.

Os aspectos lógico-dedutivos são evidentes no *Civil Law*, existente o direito normativizado aplicado deve ao caso concreto, sendo a omissão uma estrutura indesejável sobre a qual artifícios são construídos de forma a solução litigiosa. Assim, por excelência, o *Civil Law* evoca o direito a uma criação legislativa.

Marinoni adverte que no *Common Law* os códigos não teriam o poder de evitar ou obstar a função de interpretar dos juízes e, por isso, as regras não eram tidas como fechadas, e isto verdadeiramente é o marco distintivo: a natural função e do poder judicante¹²⁵.

Grossi anuncia que os séculos XVIII e XIX são expoentes para o processo de codificação e se caracteriza pelo império do absolutismo jurídico e do direito estatal. Assim, neste período serão afastados, o trabalho criativo dos juízes como também a ciência jurídica do processo de criação do direito. O Direito restará subalterno à vontade do legislador que o esculpiu (revelou e encerrou) na lei¹²⁶.

Nesse sentido, a experiência francesa no século XIX torna a ciência jurídica a própria exegese, onde os operadores do direito laboram fecundamente a sombra da codificação. Entre eles, "dominava uma psicologia substancialmente passiva em

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2011, p. 53.

¹²³ Op. cit., p. 53-54.

¹²⁴ Ibidem, p. 55.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011. p. 56.

¹²⁶ GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003, p.61.

relação ao texto normativo", provocando a "incapacidade de responder" às novas exigências sociais que necessitam ser conhecidas com a coragem¹²⁷.

No final do século XIX e no século XX, transformações vão sendo introduzidas, que trouxeram para o mundo jurídico uma inusitada realidade, a do fenômeno da aproximação destes sistemas. Observe-se o surgimento das cláusulas gerias, que como técnica permitirá ao juiz a função interpretativa extensiva frente à abertura de caixas de diálogos e diretrizes para decidir conformes os valores consagrados.

Sem dúvida, a partir do século XX, o enfraquecimento da codificação provoca uma crise de identidade para o sistema *Civil Law* que passa a se oxigenar a partir da convivência com os fundamentos do *Common Law*, como em um processo de osmose provocado pela globalização jurídica¹²⁸.

As áreas de confluência e dos interesses passam a se integrar e dialogar. Não há assim o hermético sistema do *Civil Law* ou, mesmo do *Common Law*. Muitos fatores, inclusive nas últimas décadas, vêm acentuado, como Maryman faz perceber, pontos estes de convergência, como se o *Common Law* e o *Civil Law* estivessem se movendo em estradas paralelas, em direção ao mesmo destino¹²⁹.

Fatores comuns aos estados dos *Common Law* e *Civil Law* fomentaram o movimento de convergência. Assim, são os problemas que emanam da necessidade de assegurar garantias processuais aos réus, da promoção de acesso à justiça, da crescente uniformidade na proteção dos direitos individuais, o ativismo judicial.

Esclareça-se que o sistema jurídico brasileiro assenta-se na tradição do Civil, e, portanto, a compilação das regras jurídicas será natural processo. E o mito da escola de direito francesa é incorporado naturalmente, no tocante a impossibilidade de interpretação do juiz, posto que a ele lhe cabe, através do conhecimento da legislação, aplicar a lei, eleita como a exclusiva manifestação do direito¹³⁰.

¹²⁷ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 111-112.

¹²⁸ GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003, p. 77: "il sistema giuridico di civil law va soffrendo una grossa crisi nelle sue scelte più fonde, a causa di una osmosi sempre crescente con l' área di common law e a causa della sottile erosione di vecchie certezze sotto la spinta del fenomeno sgretolante della globalizzazione giuridica."

¹²⁹ MARRYMAN, John Henry. *Sobre a Convergência (e divergência) entre Civil Law e Common Law*. In. Asensi, Felipe Dutra; Paula, Daniel Giotti de (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI*: v. 2. Rio de Janeiro: Campus, 2014, p. 131. (131-154)

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011, p. 57.

O brocado jurídico bem expressa este momento: "*non exemple, sed legibus iudicandum est*¹³¹". Com o intento de aplicar a legislação e contando com específicas limitações interpretativas e diretivas, desde os tempos mais longínquos, após a Revolução Francesa, cortes foram criadas para verificar o conteúdo das decisões judiciais, como foi o caso da Corte de Cassação, que detinham o poder de rever a aplicabilidade e integrar os julgados às regras positivadas¹³².

Entretanto, certo se afirmar que se inicia um processo para se firmar a unidade do direito e que deveria orientar as cortes inferiores quanto aos julgamentos futuros, sendo dois fatores visivelmente caracterizados. O primeiro, no sentido da delegação interpretativa da lei constituída pelo judiciário; e, o segundo, a conscientização de que o texto de lei, a norma, exige que sobre ela se identifique um sentido¹³³.

Detectado foi que o ordenamento positivado era incapaz de responder a todos os casos, e, com isso, uma nova fase se consolida com o intento de superar o paradigma positivista. Uma inovadora metodologia procura demonstrar a necessidade de reconhecimento da jurisprudência em especial respeito aos princípios da segurança, certeza e previsibilidade jurídicas, evocando o prestígio à atividade judicial¹³⁴.

Não resta dúvida que as atividades dos tribunais passam a ser desenvolvidas com um escopo mais harmônico e pretende-se que sejam condutos interpretativos. Isso também acontecerá de modo especial no direito brasileiro. Cruz e Tucci registram que já, em 1850, o regulamento 737 regulamenta sobre leis de organização judiciária e processo civil; contudo, não irá se reportar a valor de precedente ou meios de preencher a lacuna da lei ou sobre a divergência nos casos semelhantes¹³⁵.

Curioso nesse nascedouro é o fato de termos importado o acervo jurisprudencial de Portugal, e os *assentos* eram emitidos pela Casa da Suplicação do Brasil. Estes institutos portugueses vão constituir-se com eficácia vinculante,

¹³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 202.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme, Op. cit, p. 59.

¹³³ *Ibidem*, p. 57.

¹³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 206.

¹³⁵ *Idem*, p. 233.

sendo identificados como o primeiro registro brasileiro de um tipo de decisões vinculantes¹³⁶.

Com a Constituição Federal de 1891, a primeira Constituição da República instaura-se um controle de constitucionalidade espelhado no modelo constitucional norte-americano, afastando-se da ingerência europeia¹³⁷.

É com a República, portanto, que o Brasil adota o controle de constitucionalidade difuso, concreto e subjetivo, por meio do qual se reconheceu ao Supremo Tribunal Federal competência para rever as sentenças das Justiças dos Estados, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas¹³⁸.

Neste contexto, o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do legado lusitano vai se constituindo ao sabor dos institutos do *Civil Law*, mas se permite, também, enriquecer com os comandos do *Common Law*, de tal modo que na contemporaneidade, a relevância dos precedentes judiciais no direito brasileiro assume um caráter nítido, demonstrando a importância da atividade judicial, valorizando a atividade forense e promovendo, na dogmática, o aprimoramento dos institutos jurídicos¹³⁹.

A teoria do *stare decisis* vai sendo sugada nos países da *Civil Law*, exigindo o respeito aos precedentes, ou seja, do obrigatório seguimento as decisões dos tribunais superiores pelos inferiores e pela vinculação do próprio Tribunal¹⁴⁰. Isso ocorre também no Brasil mesmo com percursos e consequência díspares do *stare decisis* nos EUA.

Especialmente esclareça-se que é o fenômeno do constitucionalismo que acarretou a criação dos dois modelos de controle de constitucionalidade, o norte-

¹³⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007, p. 178.

¹³⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 1, n. 4, p.34-43, 1 abr., 1968, p. 37.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1035.

¹³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p.257.

¹⁴⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba:Juruá, 2007, p.184.

americano e o europeu¹⁴¹, como já se observou anteriormente com o debate específico ao controle concentrado e difuso, mas relativo aos precedentes, é necessário destacar sobre o valor da previsibilidade.

Falar-se de seguir um precedente evoca considerações como segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade. Impõe ainda a consideração de igualdade das partes quando de sua aplicação e oportunizando, customizando o processo, em seu tempo especialmente. Estes fatores revelam-se como fundamentais ao seguimento das orientações emanadas das cortes de justiça no Estado Democrático.

A segurança jurídica para Marinoni é essencial à constituição do Estado de Direito e comporta a compreensão da estabilidade, da continuidade da ordem jurídica e da previsibilidade dos efeitos jurídicos. A segurança é princípio imanente do Estado de Direito¹⁴².

A respeito da segurança jurídica, Canotilho vai aludir que ao seu lado se encontra a proteção da confiança, impondo credibilidade, clareza, transparência dos atos jurídicos de poder em três vertentes a dos atos normativos, jurisdicionais e administrativos. No tocante aos atos jurisdicionais, a magnitude da segurança expressa-se na estabilidade e na previsibilidade¹⁴³.

Não se deixe de registrar o quanto Reale alude acerca da díade segurança e da certeza, pois, quanto mais certo o direito mais segurança, mas a certeza estática pode deixar de produzir soluções mais adequadas, o que oportunizaria o "espírito de revolta" e com ele a insegurança¹⁴⁴.

Neil MacCormick, ao se manifestar sobre a importância do Estado de Direito, adverte que a certeza jurídica ao lado da segurança promove a confiabilidade o desenvolvimento da vida dos seres humanos, estruturando o Estado, promovendo garantias fundamentais e essenciais, sendo de substancial valor em razão da qualidade de vida que podem promover¹⁴⁵.

Nesta linha de raciocínio, cite-se José Augusto Delgado que adverte que o Estado de Direito, erigido a partir do século XIX, faz-se refém do próprio

¹⁴¹ Idem, p. 186.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011, p. 121-122.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 263.

¹⁴⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo. Saraiva, 2002, p. 86.

¹⁴⁵ MACCORMICK, Donald Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17-22.

ordenamento, afastou-se do Estado com poder totalitário e, como tal, a segurança e a confiança são fundamentos, sendo apresentado na Constituição Federal, o Poder Judiciário como o que detém a competência para julgar, função esta estabilizadora que promove a estabilidade e credibilidade¹⁴⁶.

Da segurança emanam, portanto dois pilares: a estabilidade e a previsibilidade. A decisão previsível nasce da interpretação sendo abominável o julgamento de casos análogos de forma diferenciada. Não que isto evoque uma certeza absoluta, mas uma certa supressão da dúvida diminuindo as divergências interpretativas¹⁴⁷.

A estabilidade implica na manutenção e no respeito às decisões tomadas, não admitindo a arbitrariedade da modificação unilateral e desmotivadas. Não importa em engessamento, pois a alteração pode ocorrer, porém de forma razoável em razão da alteração dos motivos que a determinaram.

No Brasil, notória é a caminhada em favor do respeito aos precedentes, mesmo que, vagarosamente, venha ganhando relevância. O fator tempo e as denúncias sobre as mazelas da morosidade dão ensejo à abertura política de respeito aos precedentes e sedem um espaço propício ao desenvolvimento e ao diálogo do sistema pátrio, as regras do *stare decisis*.

Pode-se afirmar que as reformas vão sendo introduzidas através de engrenagens como se propôs com a uniformização da jurisprudência, incidente já revisto desde o código de Processo Civil de 1973¹⁴⁸, onde cada vez mais vai se anunciando o desejo de busca da previsibilidade e estabilidade, finalidades perseguidas para a efetividade do direito¹⁴⁹.

Ao lado da segurança jurídica, deve-se recordar no seguimento destas ideias. O importante princípio se levanta que é o da igualdade, como Marinoni aduz. Adverte o processualista sobre a necessidade de igualdade perante a lei e também frente a sua interpretação¹⁵⁰.

¹⁴⁶DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica*. Supremacia constitucional. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf. Acessado em: 15 mar. 2017.

¹⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 124.

¹⁴⁸TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT; 2004, p. 261.

¹⁴⁹Idem, p. 261.

¹⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

Ora, a estabilização da jurisprudência pelos Tribunais vem se ampliando de modo que a procura pela previsibilidade e estabilidade, consectária da segurança, passou a ser um empenho, uma meta constante que oportuniza a concretização destes patamares de igualdade.

O Poder Judiciário, através dos julgamentos de suas cortes superiores, tem promovido uma autêntica interpretação das leis e normas constitucionais, fomentando uma verdadeira organização sistêmica do ordenamento. O respeito à hierarquia, como tal, os respeitos às decisões, por seu turno, provocam o fortalecimento do sistema de justiça¹⁵¹.

Nesse escopo, apresenta-se a coerência conjugando fatores e ordenando normas de promovendo o encontro e convergindo para a integridade do sistema. A coerência de um conjunto de normas, coerência normativa, advém da "função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior", aceitáveis, em relação ao conjunto¹⁵².

Os argumentos de coerência são juízos justificadores com fundamento nas articulações anteriores. Ela determina, assim, uma possibilidade de derivação, ideal de um sistema jurídico¹⁵³. O Judiciário, nesta diretriz, assume o papel de protagonista da coerência ao esculpir o ordenamento, dando-lhe, além de mera consistência, a harmonia e a confiabilidade.

Retornando o raciocínio ao Brasil e ao processo de valorização dos precedentes, os argumentos de segurança, confiabilidade, previsibilidade, estabilidade e coerência têm-se demonstrado como configuradores retóricos de fundamentação para as novas sistemáticas processualistas, introduzidas nas últimas décadas.

A Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, que tratou, dentre outras coisas, das mudanças na estrutura do Poder Judiciário apresentando as modificações na estrutura e composição dos tribunais judiciais, da criação do Conselho Nacional de Justiça, especialmente, determinou a inserção do art. 5, LXXVIII, na Constituição Federal, que versa sobre o tempo no processo. Esta emenda é também um marco revelador da necessidade de absorção dos

¹⁵¹ Idem, p. 167.

¹⁵² MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate PubliBlich Limited, 1997, p. 253.

¹⁵³ Idem, p. 265.

precedentes na sistemática processualista e garantia a efetividade do processo¹⁵⁴. Ao seu lado, outros instrumentos podem ser resgatados, que deram origem e incrementaram a questão dos precedentes no Brasil.

Observe-se a valorosa exposição do Ministro Luiz Fux¹⁵⁵ no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC) ao afirmar "a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia".

O jurista Fux continua a esclarecer que as normas jurídicas tendem à efetividade das garantias constitucionais, "tornando "segura" a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de "surpresas", podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta"¹⁵⁶.

Os argumentos em favor da força dos precedentes vão se consagrando, e este sistema vai se mostrando compatível ao sistema de justiça eleito no Brasil, não podendo ser considerado como uma coisa alheia e descaracterizadora. Certo é que teses existem e tentam comprovar a incompatibilidade ao sistema de precedentes no ensejo de afastar a força vinculante¹⁵⁷.

São pretextos como impedimento ao desenvolvimento do direito, estagnando novas decisões, a impossibilidade concreta de isonomia substancial, o desrespeito ao princípio da separação dos poderes, a transgressão da independência do juiz, ao princípio do juiz natural e até ao acesso à justiça¹⁵⁸.

Estas hipóteses consideradas violadoras, profanadoras do sistema de justiça, devem ser reavaliadas por outras vertentes. Inicialmente, deve-se combater o primeiro argumento relativo à impossibilidade de desenvolvimento do direito, como assinala Marinoni¹⁵⁹, a ausência de precedentes com força obrigatória torna, sim, o sistema sem coerência, sendo isto, sim, um grande malefício.

A não aplicação do precedente importa em desrespeito à igualdade. Casos iguais são julgados de forma uniforme e, ao magistrado, cabe aplicar valendo-se

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 185.

¹⁵⁵ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>._Acesso em: 26 mar. 2017..

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 188.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Idem, p. 208.

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Idem 190

desta identificação. Não se diga de violação a independência dos juízes, pois não se deve valorar a arbitrariedade. O sistema de justiça valoriza a uniformidade e o respeito à produção das cortes superiores, em especial no Brasil o STF e STJ.

No mesmo sentido, estão as advertências sobre o juiz natural e a violação de acesso. No tocante ao primeiro, é óbvio que os precedentes dizem respeito ao Judiciário como um todo e, ao segundo, é a própria valoração do acesso à justiça, pois nele se identifica limpidamente a previsibilidade.

Por fim, ratifica-se que os precedentes e o respeito à constituição do seu sistema oportunizam a confiabilidade no sistema de justiça. A força vinculante dos precedentes garante a coerência e fomenta a segurança jurídica, em que os pilares da previsibilidade e da estabilidade se levantam como protagonistas da racionalidade do Poder Judiciário no exercício da sua função julgadora.

1.3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS SUAS NORMAS FUNDAMENTAIS DE PROCESSO: UM CAMINHO DE RESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

O Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, está sistematizado de forma muito diferenciada do código processual civil anterior. Apresenta-se o novo CPC como instrumento criador de um novo sistema jurídico processual e inegavelmente concebe novos institutos e estabelece novas diretrizes para o processo.

O Direito processual civil contemporâneo passou a lidar com novas imagens, postulados, normas (princípios e regras) que fundam, estabelecem um inusitado sistema, fruto da sua convivência e interação com os demais ramos do Direito e até de outras ciências e saberes, absorvendo, desse modo, novos institutos.

Longo e moroso foi o caminho rumo a esta transformação metodológica, a qual se desenvolve a partir da segunda metade do Século XX¹⁶⁰, fomenta uma singular relação entre o direito material e o processual, dando ensejo a relações simbióticas, de reciprocidade e trocas.

¹⁶⁰ DIDIER Fredie Jr. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Editora JusPodium, 2016, p. 157

Nesse aspecto, necessário o destaque a Hermes Zaneti Junior ao esclarecer que o direito material e o processual não são estão em planos distintos e, portanto, não são antagônicos, mas convergentes para "imbricá-los pelo nexo de finalidade"¹⁶¹. Processo é caminho para realização, da Justiça, do direito material resistido¹⁶².

Com esta identidade, o atual Código de Processo Civil, estrutura-se de modo muito diverso do código de processo de 1973, contendo uma parte geral dividida em seis partes (das normas processuais civis, da função jurisdicional, dos sujeitos do processo, dos atos processuais, da tutela provisória, da formação, suspensão e da extinção do processo) e um parte especial (do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença, do processo de execução e dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões) .

Existe ainda um livro complementar que busca orientar sobre disposições finais e transitórias, sobre *Vacatio Legis*, aplicação imediata do NCPC, a revogação do CPC 73, e, até, sobre a doutrina do isolamento dos atos processuais. Todos estes detalhes, todas as riquezas insculpidas, por si só, já caracterizam a solidez do sistema processual que se quer operante e eficaz. É com esse espírito que o legislador abre o Livro I titulando-o como "*Das normas processuais civis*"¹⁶³ e, em seguida, o especifica "*Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais*"¹⁶⁴.

Não foi um trabalho despropositado do Legislador, afinal queria ele destacar que a sociedade brasileira vivenciaria um novo sistema para o processo civil, onde se verificaria, intensificaria a marca das *Normas fundamentais de processo civil*.

Há, portanto, um empenho em se diagnosticar, normas fundamentais para o processo, normas (princípios e regras) que permearão toda a aplicação do novo CPC. Sinalize-se que o marco fundante ou a linha diretriz de todo o exercício da atividade processual, no insurgente sistema tem seu nascedouro, as suas origens ideológicas no neoconstitucionalismo.

¹⁶¹ ZANETI, Jr., Hermes. *Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)*. Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo. Guilherme Rizzo Amaral e Fábio Cardoso Machado (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 196.

¹⁶² ZANETI, Jr., Hermes. *A Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)*. Leituras Complementares de Processo Civil, 6. ed. Revista e Ampliada. Salvador: Editora JusPodium, 2008, p.386.

¹⁶³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

¹⁶⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

E, como alerta Luiz Roberto Barroso¹⁶⁵, não sem razão o Novo CPC é fruto deste fenômeno e deste tempo, uma vez que o pós-positivismo se encarregou de favorecer a força imperativa da Constituição que, com seus princípios e regras, propaga valores por todo o ordenamento jurídico nos mais diversos níveis. Nesse aspecto, o pano de fundo, o sustentáculo do CPC de 2015, é a Constituição Federal Brasileira.

Seria uma redundância, algo de somenos importância, a assertiva de que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais contidos na CF?

Lógico que não seria possível que o NCPC e as suas normas fossem incompatíveis com a Constituição Federal, em vista da força normativa da constituição, mas a norma do artigo 1 quer inaugurar um novo sistema processual e registrar sua ideologia.

Há na norma do art. 1, se assim se pode inferir, um sinal de enraizamento e de pertença. As ciências sociológicas e as ambientais lidam de modo singular com o termo enraizamento e pertencimento e, ao se apropriar destes significados, pode-se extrair o conteúdo privilegiado deste dispositivo, que quer conduzir todo o processo ao Estado de Direito e, por isso, vinculados na interpretação das normas a Constituição Federal.

É o que de forma racional Bueno afirma elucidando que ao desempenhar a função jurisdicional, o Estado-Juiz, tem de consagrar os preceitos contidos na constituição, sendo, portanto, necessária a sintonia em razão dos fins perseguidos na função em razão da realização das fruições públicas¹⁶⁶.

Com este novo sistema, uma nova categoria normativa é criada, as normas fundamentais do processo, as quais consagram regras e princípios que comandam todo o raciocínio hermenêutico, interpretativo. Nos 12 primeiros artigos elencados, está a disciplina fundamental para o processo que, em verdade, não se exaurem e nem se encerram em si mesmas ou nestes dispositivos.

Existem regras que estão na CF e não foram declinadas ou prescritas neste diploma legal de 2015, pelo legislador, cabendo ao seu usuário buscar o alcance das

¹⁶⁵Disponível em:

<http://www.luizrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁶⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.42.

normas e princípios eleitos, ressaltando-se que desde a fase de sua elaboração os processualistas já apontavam que "para pensar em nova codificação para o processo civil, é imprescindível que o Código apareça marcando pela nossa cultura – que é a cultura do Estado Constitucional"¹⁶⁷.

O NCPC mantém o consagrado princípio dispositivo, ou da inércia jurisdicional, como disposto no seu art. 2, sendo evidente a previsão de exceções, caso em que o princípio inquisitivo perfaz-se por forma de disposição legal. Nestes casos, há em verdade uma relevância acentuada da participação do Estado-Juiz como condutor motriz do processo.

Novos pilares são introduzidos no art. 3º do CPC. De regra, o *caput* reproduz a norma contida no art. 5, XXXV CF. É o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à Justiça que é anunciado e reafirmado. Mas o legislador defende a autocomposição. Assim, cabe ao Estado promover, sempre que possível, a solução por autocomposição.

O art. 4 vem tratar do princípio da economia e eficiência processuais. Remete-se à lembrança da previsão contida no art. 5 LXXVIII da CF, e é um artigo que não encontra outro equivalente no texto codificado de 73.

Destaca-se, nesse instante artigo, a preocupação do legislador com o tempo razoável do processo e especialmente indica que, nesse tempo, se deve obter um resultado que é a solução integral do mérito, com ênfase, em evidência, na atividade satisfativa.

São os princípios da duração, da primazia da decisão e da satisfação. Note-se que o legislador impõe o dever de promover saneamentos dos vícios processuais, instigando que o julgador se debruce sobre a causa, sobre o processo de modo a evitar que perdurem anos e seja rejeitada sua análise por vícios reparáveis, menores.

Do órgão julgador, como se vê, espera-se o deslinde do processo e não o afastamento do seu conteúdo máximo, o mérito, por vícios sanáveis, o que somente se permite agora por exceção e depois de utilizados em todas as instâncias, dos meios e recursos insistentes de sua superação.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

Inclua-se, na ordem contida nessa norma, a satisfação, ou seja, o direito à execução. É a integralidade do acesso à justiça. Garante-se a abertura do processo, procura-se a solução e, mais que isto, a efetivação.

Vale a pena conferir o escopo pretendido com as normas dos art. 5, 6, 10 e 11 do NCPC. O legislador conclama a todos os sujeitos do processo a cooperação. Garante o contraditório em toda extensão. Quer a aplicação do princípio da isonomia e do contraditório. Ora, o NCPC, afirma-se que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Nesse sentido, quer-se estabelecer que todos os sujeitos do processo cooperem entre si para que se obtenha, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva. E isto é um dever.

Aqui, pode-se citar Marinone¹⁶⁸ que, ao apresentar o Estado de Direito em que estamos inseridos, o valor do direito de ação não pode violar o contraditório, e, por isso, um Código de Processo Civil deve ser considerado um garantidor da Constituição Federal em matéria de proteção aos direitos fundamentais processuais civis.

Verifique-se, na trilha do devido processo legal, que o juiz não devera proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, salvo as exceções relativas à tutela provisória de urgência, às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III e à decisão prevista no art. 701.

Essa norma traz em si a marca contida de uma garantia ampliada do princípio do contraditório e da ampla defesa. De fato, o espírito do legislador percorrerá todo o novo estatuto processual com a marca d'água da eticidade processual, e, portanto, não quer surpresas. Por isso, privilegia esse prévio e extenso contraditório. Tudo passa pelo crivo do contraditório.

Nesse viés, compreende-se a remissão às prescrições contidas nos art. 4 e 5 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e o art. 10 quer servir como diretriz.

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹⁶⁸ Ibidem. p.16.

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e todas as decisões serão, do mesmo modo, fundamentadas sob pena de nulidade. Existirá ato mais abominável de um juiz do que proferir decisões sem justificar, sem fundamentar. Corresponde a pura arbitrariedade.

Como se verifica, o CPC 2015 é muito coerente. É importante, portanto, compreender estas linhas condutoras para caminhar sobre o modelo de precedentes erigido pelo novo Código de Processo Civil para que haja apropriação deste instituto jurídico e dele extrair o seu primordial conteúdo e alcance.

1.4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

A Constituição Cidadã, CF 88, garantiu inúmeros direitos fundamentais, dentre os quais encontramos o acesso à justiça, expresso no art. 5, XXXV, dando ensejo a um alargamento do direito de ação e, sem dúvida, pode ser considerado uma das causas do aumento da litigiosidade.

Muitos fatores contribuem para o fenômeno da litigiosidade, não sendo estes elencados nesta pesquisa, mas se reconhece que é crescente o debate sobre este tema nas últimas décadas, inclusive por afetar o fenômeno da massificação dos processos.

No tocante à litigância, Friedman adverte que, em sentido comum, diz-se respeito "às controvérsias que são solucionadas por meio do uso do sistema de justiça", o que envolve demanda com reivindicação, resistência à pretensão e à utilização de órgão com a função de pôr fim à disputa, que no caso é a justiça¹⁶⁹.

Há uma complexidade quando se envolvem três fontes de debates: uniformidade das decisões judiciais, morosidade processual e aumento de demandas. Esses fatores exigem novas metodologias processuais para a eficácia e à efetividade do processo. De fato, pensar em acesso à justiça como direito fundamental implica em se estabelecer novos objetivos e adotar métodos e objetivos na teoria geral do processo¹⁷⁰.

¹⁶⁹ FRIEDMAN, Lawrence M. Litigância e sociedade. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 13-34, maio/ago. 2013. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2083216?origin=JSTOR-pdf>. Acesso em: 04 mar. 2016.

¹⁷⁰ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Byant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.8.

Assim, verifica-se o impacto ocasionado com as garantias e os direitos fundamentais na CF 88 em consonância com o processo de globalização, os quais "potencializaram o surgimento de lides" e fomentaram a explosão da litigância, afogando os tribunais com milhares de processos que tramitam "baseados em legislações processualistas truncadas e de cunho protelatório", ao lado do reduzido número de magistrados, servidores e bens¹⁷¹. Esta é a realidade atual.

De igual maneira, compete chamar a atenção ao quanto ensina Boaventura de Sousa Santos quando afirma que a "mobilização dos tribunais pelos cidadãos nos domínios civil, laboral, administrativo etc. implica sempre a consciência de direitos e a afirmação da capacidade para os reivindicar"¹⁷².

Assim, enfatize-se que o Estado de Direito, a democracia alicerçada está no sentido maior de plena cidadania, exercício dos direitos, sejam quais forem sua natureza. Na sociedade contemporânea e no Brasil este direito é estruturante¹⁷³.

Nessa linha de raciocínio, pode-se ver que o direito processual civil passa a ser revigorado pelas concepções constitucionalizantes, não podendo mais ser visto como um instrumento de resolução de conflitos individuais tão somente e à disposição das partes¹⁷⁴.

Dirley Nunes espera uma nova processualista, uma vez que há necessidade de eliminação do processo como uma "mera burocracia", pois este "corporifica um instituto legitimamente e estruturador da participação cidadã e da própria democracia"¹⁷⁵. Os interessados, com esta metodologia de processo, participam aprimorando o sistema, onde cada um assume a responsabilidade de seu papel e evitam o subjetivismo e autoritarismo judicial.

O sistema de reforma do Código de Processo Civil, nesse diapasão, terminou por conceber para esta realidade, onde a litigância é cada vez crescente e clama por

¹⁷¹ LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o Poder Judiciário*: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>. Acesso em: 29 mar. 2017.

¹⁷² SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas Sociedades contemporâneas. *Revista brasileira de Ciências Sociais*. n 30. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 23 mar. 2016

¹⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Proposta de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra, setembro 2009. p. 5.

¹⁷⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 199, set., 2011, p. 42.

¹⁷⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 74-211.

soluções que diminuam seus efeitos e impactos. Nesse ambiente, o direito processual brasileiro tece de modo significativo a teoria dos precedentes, de tal modo a gestar seu microsistema, instrumento qualificado a gestar a igualdade, a coerência, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais¹⁷⁶.

1.5 A EFICÁCIA DOS PRECEDENTES: A FORÇA VINCULANTE E A PERSUASIVA NO BRASIL

A definição apresentada por Guilherme Marinoni ao aludir que precedente é a primeira decisão que constrói a tese jurídica, delineando-a, evoca, por si só, a necessidade de se conhecer as qualidades estruturais desta decisão que imprime o conteúdo vinculante¹⁷⁷.

Contudo, a dificuldade nasce justamente em se compreender e identificar o que é, na decisão, que a torna de cunho vinculante. Falar-se sobre a eficácia é buscar compreender o que, no precedente, intervém fundamentalmente na decisão do caso análogo¹⁷⁸. É o peso, a preponderância argumentativa sobre as decisões vindouras que induz a criação de uma teoria analítica que promove a identificação destes elementos.

Sobre o tema da dimensão da eficácia dos precedentes, errôneas interpretações advêm, sendo uma tarefa árdua identificar estes elementos, bem como a necessidade de se estabelecer a distinção entre institutos que são usualmente identificados como semelhantes.

Inicialmente, não existe equiparação entre os termos decisão jurisprudencial com o precedente. A própria definição de precedente como decisões modelos para casos ulteriores, apresentada por Rosito¹⁷⁹, já nos direciona a questionar o como detectar o que adquire força, e mais, que peso tem este julgado para se impor frente a outros tantos julgamentos e decisões.

¹⁷⁶ DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 231.

¹⁷⁸ COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Jurisdição Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 238.

¹⁷⁹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade e da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.91.

MacCormick e Summers apresentam quatro classes de precedentes, distinguindo-os em relação à imposição são os precedentes formalmente vinculantes, precedentes não vinculantes mas com força impositiva, precedentes não vinculantes e sem força impositiva mas que podem servir de fundamento para as decisões e os precedentes meramente ilustrativos ou com outro valor¹⁸⁰.

Não existe uma classificação dos precedentes de uma forma categórica, mas algumas categorias devem ser resgatadas e algumas diferenças suscitadas como precedente, decisão, súmula, e os elementos contidos nessas decisões, como a *ratio decidendi*, *obiter dicta*, de modo a se alcançar a força vinculante, eficácia dos seus fundamentos.

Já adverte Daniel Mitidiero que nem toda decisão judicial se faz precedente¹⁸¹, mas sem dúvida um precedente importa em uma decisão, tanto que conduz muitas outras hipóteses com valor de referência traduzindo o que os Tribunais pensam sobre um tema¹⁸². O precedente é fonte do direito, uma vez que com a eficácia do ato jurídico construído, a decisão, gera uma norma para os casos vindouros¹⁸³.

Afigura-se de logo a primeira distinção entre precedente e decisão judicial. Para a teoria dos precedentes no *stare decisis*, a palavra precedente sempre invoca decisões vinculativas de tribunais superiores e, portanto, de caráter obrigatório, como informa Summers¹⁸⁴.

Não se deve confundir, desse modo, precedente e decisão judicial. No Brasil, os precedentes podem ser vinculativos, persuasivos, obstativos, autorizantes, rescindentes e até de revisão de sentença¹⁸⁵. Noutro aspecto, Marinone ressalva que o precedente deve dispor sobre toda a matéria de direito suscitada com a

¹⁸⁰ MACCORMICK, D. Neil ; SUMMERS, Robert S. (Org). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate PubliBlich Limited, 1997, p 554-555.

¹⁸¹ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista dos Tribunais*: São Paulo: 2012, p. 70.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 212.

¹⁸³ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in english law*. Oxford: Oxford University Press, p. 72.

¹⁸⁴ SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States (New York State)*. In. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate PubliBlich Limited, 1997, p. 364.

¹⁸⁵CDIDIER, Jr. Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Editora JusPodium, 2016, p. 518.

capacidade de extrapolar seu contexto, invadindo outros espaços por solucionar cristalinamente o mérito de um dilema¹⁸⁶.

Não se confunda também precedente com súmula. Súmula, afirma Marinoni, no direito brasileiro, sempre foi conhecida, mas sem oportunizar um corretor direcionamento para o julgador, tendo em vista que nunca foi obrigatória e, portanto, não contava com a eficácia na prática, sendo apenas enunciados dos julgados. Ainda existe, no STF e STJ, uma falta de técnica que se permita com mais propriedade o procedimento sumular em razão, especialmente, do novo contexto dos precedentes no direito pátrio¹⁸⁷.

A propósito desta discussão acerca da distinção entre súmula e precedente, Didier adverte que, quando um precedente fosse aplicado reiteradas vezes, isso se transformaria em uma jurisprudência e, a partir dela, enseja-se um enunciado de sumula¹⁸⁸. Assim, a súmula constitui-se como um resumo da jurisprudência, uma síntese da dominante jurisprudência de uma Corte de Justiça. Os Tribunais estabelecem, através das súmulas, os seus posicionamentos jurisprudenciais.

A jurisprudência pode ser entendida como conjunto de decisões reiteradas sobre uma mesma matéria pelos Tribunais. Michele Taruffo¹⁸⁹ elucida a diferença entre o precedente da jurisprudência tendo por base duas características: uma de natureza quantitativa e a outra qualitativa.

O professor processualista esclarece que não devem ser usados como sinônimos os termos de jurisprudência e precedente. No aspecto quantitativo, deve-se levar em consideração que a decisão é relativa a um caso particular, ao passo que o termo jurisprudência faz referência a uma pluralidade (vários e diversos casos concretos)¹⁹⁰.

A mera repetição forma a jurisprudência; assim, não há jurisprudência sem reiteração. Ressalve-se que o precedente da jurisprudência se distingue especialmente por alcançar um prestígio que gesta sobre os fatos, uma consciência

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 214.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 217.

¹⁸⁸ DIDIER, Jr., Fredie. *op. cit.*, p. 555.

¹⁸⁹ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo, n. 199, 2011, p. 139-155.

¹⁹⁰ *Idem*, p.142.

jurídica, e, enquanto estes perdurarem, não pode ser alterada a interpretação: "*minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt*"¹⁹¹.

No tocante a súmula, no direito brasileiro, esta deve ser compreendida como um instrumento destinado a simplificar os desfechos dos casos comuns que se repetem, ou seja, os casos mais fáceis, não objetivando a coerência, a igualdade, tampouco a previsibilidade e a segurança jurídicas. Isso impede que casos semelhantes sejam julgados diferentemente, sendo utilizada em grande escala para desafogar o judiciário¹⁹².

Sem dúvida, as súmulas não foram criadas, em sua origem, no direito pátrio, sob o pálio de promover vinculação, racionalidade; ou seja, detinha pretensões universalistas para se portar como norma que aplicada pretendem a unidade da ordem. As súmulas não se prestavam a esclarecer os concretos casos sobre os quais se desenvolveram e, por isso mesmo, não permitiam a aplicação das técnicas do *distinguishing*, a superação ou o cancelamento, como oportuniza o precedente¹⁹³.

A decisão é precedente e a sua qualidade reside na individualização dos fatos e produz regra universalizável que sempre deve orientar uma decisão futura, operando como "estruturas dissipadoras", isto é, como "momentos de formação de áreas de ordem dentro da desordem do fluir do caos da jurisprudência"¹⁹⁴.

1.6 DOS PRECEDENTES VINCULANTES E OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES

O título que inicia este subcapítulo direciona a um grande questionamento: existem precedentes vinculantes e não vinculantes? E, ainda, o que faz de um precedente ter um caráter vinculativo? Estes dois problemas, de uma forma geral, já foi sinalizado anteriormente, sendo necessária uma investigação que promova um meio de identificar, como saber o que é vinculante em um precedente.

¹⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 184. A expressão em latina "minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt" é a presunção do acerto do juízo de valor formulado uniformemente durante dilatados anos. Literalmente a expressão em latim significa: "eles nem sempre tiveram que ser alterado para se certificar".

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 482.

¹⁹³ Idem, p. 484.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo n. 199, 2011, p.155.

É interessante neste percurso, conforme observa Mello, que a busca sobre a eficácia dos precedentes envolve as categorias ou os tipos de decisões judiciais, os quais dão oportunidade a três tipos de precedentes: precedentes com eficácia normativa, precedentes com eficácia impositiva intermediária e, finalmente, precedente com eficácia meramente persuasiva¹⁹⁵.

Assim, a professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), apresenta três tipos de classificação dos precedentes quanto a sua eficácia, quais sejam: precedentes com eficácia normativa, precedentes com eficácia impositiva intermediária e precedente com eficácia persuasiva¹⁹⁶.

Esta classificação se apresenta nesta pesquisa como suficiente e propícia às análises e à conjectura que se desenvolverão em razão de considerar aspectos do ordenamento jurídico brasileiro. Note-se que este critério distintivo permite perquirir a eficácia dos julgados do STF em matéria constitucional, e, portanto, um dos objetivos deste estudo.

No sistema jurídico pátrio, é através da Reclamação que se pode exigir o cumprimento e a obediência a normatividade contida no precedente. A reclamação se constitui como o meio processual hábil a desconstituição da decisão lesadora do precedente que pode e deve ser cassada, estripada¹⁹⁷.

Mello esclarece que se for levando em consideração os tipos de decisão e os meios dispostos e colocados a disposição dos interessados, os quais podem ser utilizados para conduzir a investigação da necessária obediência; se pode, como no caso analisado, eleger um eficiente critério de demarcação dos tipos de precedentes utilizados para esta classificação¹⁹⁸.

Não por demasia, mas norteando as diretrizes explicativas para esta classificação, pontue-se que, no *Common Law*, não há necessidade da existência de um mecanismo processual específico que tenha por objetivo o mesmo da

¹⁹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 62-64.

¹⁹⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil*. <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3596/2842>. Acessado em 01 de abril de 2017.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 920.

¹⁹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil*. <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3596/2842>. Acessado em 01 de abril de 2017.

Reclamação, pois o respeito ao precedente é inato por envolver o respeito ao direito e à responsabilidade pessoal, ultrapassando a barreira do legal para se consolidar como justificativa ética¹⁹⁹. Nessa conjectura, este critério classificatório não promove benefício nos países em que a cultura do respeito aos precedentes se instaurou.

Sim. Na classificação esboçada (precedentes normativos, precedentes intermediários e persuasivos), a reclamação se apresenta como o único meio a ser manejado processualmente para se exigir que se observe a eficácia normativa, na forma do art. 988 do CPC. Vejamos a classificação.

Os precedentes, com eficácia normativa, são aqueles que devem ser obrigatoriamente respeitados na ocorrência de semelhantes casos. Os precedentes impositivos intermediários, como o próprio nome revela, estão em uma zona de transição, não contendo um aspecto normativo. Contudo, detêm mais qualidade que o persuasivo. É como um sinal amarelo, envolvem uma ação cuidadosa do motorista e exigem uma ação reflexiva acentuada em razão de suas consequências²⁰⁰.

Nesse tipo de precedente, impõe-se a irrestrita adesão, obediência, ou seja, a vinculação à norma construída para o case. Esse seguimento alcança até por quem não foi parte no processo e oportuniza a reclamação.

O precedente com eficácia impositiva direciona aos efeitos mais brandos, que não podem ser abandonados e exige o debruçamento sobre seus argumentos, os quais não devem ser abandonados. No *Civil Law*, comportam-se como *line of precedents*. Por fim, os precedentes com eficácia meramente persuasiva são recomendações, sem aptidão compulsória²⁰¹. São meros elementos de convicção, em si não decisivos, remetidos à livre apreciação da Corte²⁰².

Como se observa, é o tipo de precedente que indica a sua força. Pela classificação, pode-se constatar se o precedente tem ou não papel normativo. Uma vez caracterizado este poder, o precedente evoca uma qualidade especial, servindo como fonte propriamente do Direito.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 115.

²⁰⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 65.

²⁰¹ Idem, p. 67.

²⁰² GALGANO, Francesco. Il precedente giudiziario. In: *Civil Law*. In: Galgano, F. (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006, p. 29.

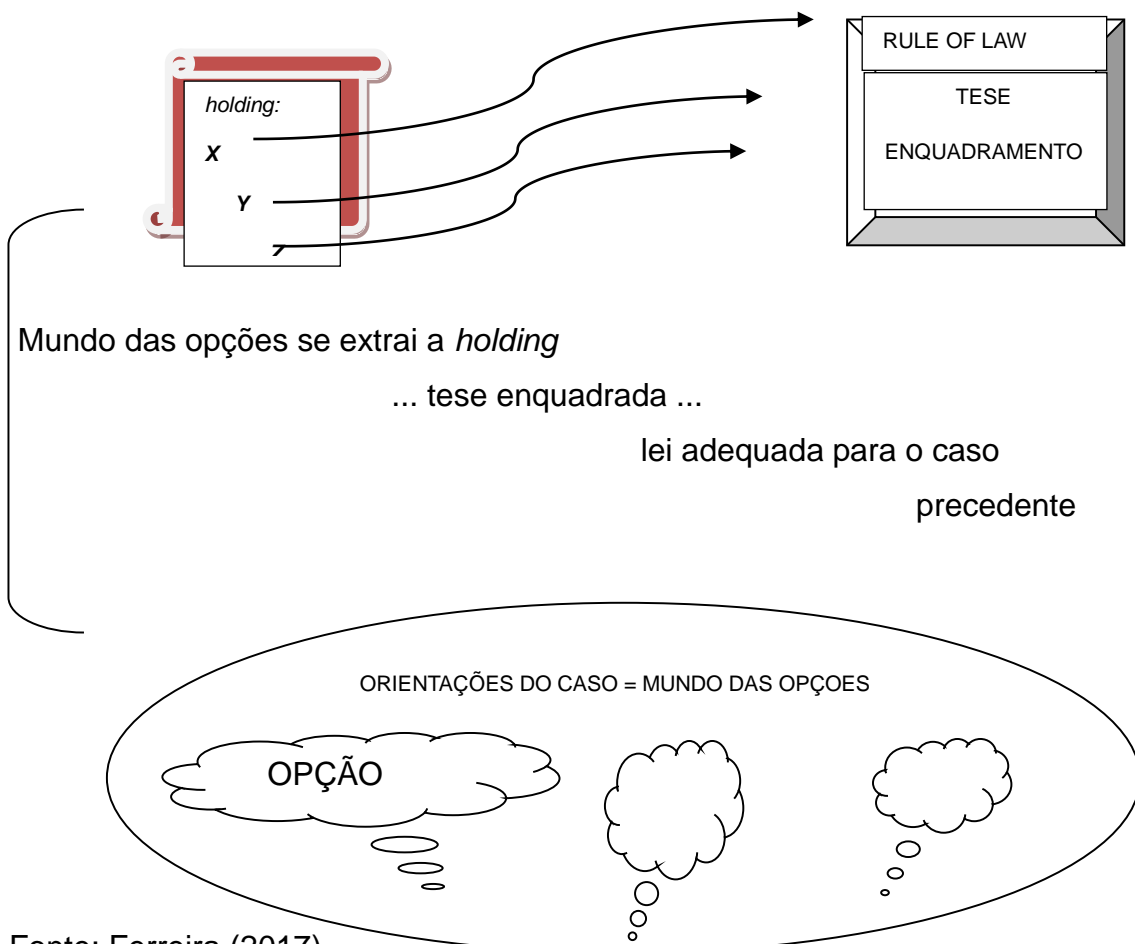
Marinoni esclarece que a aproximação dos fatos do precedente com as dos fatos do caso futuro exige o reconhecimento dos elementos constitutivos dos precedentes. Mas, o que deve levar a este empenho aproximativo?

A necessidade de aplicação de um precedente converge com a determinação dos seus elementos constitutivos, quais sejam: *ratio decidendi*, *obiter dictum*.

Os renomados professores Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Oliveira apresentam com o enfoque no Direito norte-americano que, por *ratio decidendi*, deve ser compreendida como os fundamentos jurídicos que embasam a decisão, constituindo-se na opção hermenêutica, a tese jurídica que apresentam a solução de determinado caso concreto, sem os quais a norma individual não teria sido formulada naquele sentido.

A *holding* implica *na rule of law* um precedente; é o elemento substancial para a aplicação do princípio do *stare decisis* conforme o gráfico abaixo:

Figura 1 - A HOLDING COMO A LEI ÚNICA PARA O CASO



Fonte: Ferreira (2017).

Nesse sentido, é que se faz necessária a identificação da *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito indicada como base direta da decisão dos fatos específicos do caso²⁰³. Portanto, *ratio decidendi* são os "motivos sem os quais o *decisium* constante da parte dispositiva não teria sentido ou consistência²⁰⁴.

A *ratio decidendi* produz força ao precedente. A identificação da *ratio decidendi* é uma difícil tarefa. O mero questionamento sobre o que a razão do decidir proporciona uma certa angústia, sendo necessária, na teoria dos precedentes, identificar-se a *ratio decidendi*, única parte do precedente que é verdadeiramente vinculante. Constitui-se a *reason for the decision* o motivo da decisão²⁰⁵.

Como essência do precedente, eixo central, princípio normativo constituído como tese jurídica, a *ratio decidendi* tem por finalidade possibilitar a universalização dos julgamentos futuros²⁰⁶. A decisão apresenta-se como a interpretação consagrada da norma como indicando os fatos relevantes, apresentando raciocínio lógico-jurídico da decisão e o juízo decisório²⁰⁷.

A razão de decidir é o elemento do precedente judicial com poder de vincular e aptidão de ser universalizado²⁰⁸. Souza adverte que o seguimento que as cortes fazem é a *ratio*, muito embora, na linguagem comum, fale-se de seguir o precedente²⁰⁹. A crítica levantada é muito benéfica servindo de análise na busca da *ratio decidendi* (*holding*).

Sem dúvida, se a força obrigatória implica em proporcionar a segurança jurídica através da submissão dos magistrados as suas diretrizes condicionadoras²¹⁰, o precedente só pode ser estabelecido porque é fruto do discutido, arguido e decidido²¹¹. O direito e os casos confundem-se; o precedente é

²⁰³ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo n. 199, 2011, p. 282.

²⁰⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 169.

²⁰⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 67.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.222.

²⁰⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

²⁰⁸ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.69.

²⁰⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba:Juruá, 2007. p 125.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit, p. 222.

²¹¹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

o amalgama que evoca a arte do desvelamento para o interprete através da *ratio decidendi*.

Ratio decidendi, assim, estabelece uma generalização das razões consideradas como orientações necessárias e suficientes, pelo julgador, para decidir um caso, como adverte Mitidiero, deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da fundamentação da decisão judicial²¹².

Repita-se: a *ratio decidendi* é razão substancial e necessária, essencial e determinante para solução de uma questão relevante constante do caso.

Ao lado da *ratio decidendi*, encontra-se o *obiter dicta*, (*dictum*) que se constituem como argumentos jurídicos auxiliares da motivação da decisão, que dão ensejo a juízos normativos acessórios, provisórios, secundários, ou também, a elementos de natureza jurídico-hermenêuticos irrelevantes para a decisão²¹³.

Não se extrai do *dictum*, um argumento essencial, mas apenas um demonstrativo não determinante e, por isto, é aquilo que é dito de passagem, de modo suplementar argumentativo, não concebendo a nobreza substancial da decisão²¹⁴.

Leal afirma que o *obiter dicta* constitui-se por afirmações e comentários que, muito embora constituam o bojo motivacional da decisão, não detêm fundamento determinante²¹⁵. Contêm o *obiter dictum* um argumento marginal, de natureza contingente e escusável, ou seja, "prescindível para o deslinde da controvérsia", como caracterizado pelo renomado professor italiano Francesco Galgano²¹⁶.

Tucci adverte que o *obiter dictum* não contém o poder vinculante, mas pode constituir-se como elemento persuasivo quando da análise de um caso semelhante²¹⁷. Portanto, o *obiter dictum* são fundamentos com função acessória, sem força vinculativa e, portanto, não são argumentos determinantes para a decisão. Se constitui de argumentos pronunciados durante um julgamento, as proposições

²¹² MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente* - dois discursos a partir da decisão judicial. revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 71.

²¹³ DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: 3. ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016, p. 508.

²¹⁴ CROSS, RUPERT, HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. Oxford: Oxford University Press; 1991, p. 79/80

²¹⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 169.

²¹⁶ GALGANO, Francesco. *L'interpretazione del precedente giudiziario*, Contratto e impresa

²¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 177.

ditas ao longo do caminho, esclarecendo, auxiliando sem a pretensão de solucionar o caso²¹⁸.

Assim, qualquer manifestação do Tribunal que não é necessária ao deslinde do feito, que não passam de considerações marginais, como os argumentos que são manifestados, mas que não contam com o aval dos demais componentes da corte é um *obiter dictum*²¹⁹.

Como o argumento com força centrípeta, a *ratio decidendi* apresenta o porquê da decisão de conduzir em um sentido; desse modo, ela inibe o afastamento e provoca a sua imediata aproximação do caso. O *dictum* tem apenas força persuasiva, não conduz necessariamente, podendo ser considerado se e somente se especificado seu peso oferecendo qualidade à decisão do caso.

Como se vê, é preciso utilizar-se de técnicas e meios para se identificar a *ratio decidendi*, *bem assim*, o *obiter dictum*, oportunizando sua correta aplicação. Métodos adequados à extração dos seus conteúdos são formados para que "o porquê" do caso seja extraído, pois a *ratio* não é apenas um raciocínio lógico, uma fundamentação. Ela traduz harmonia do direito, ou seja, "refere-se [à] unidade do direito"²²⁰.

1.7 ELEMENTOS DA NORMA EMERGENTE DOS PRECEDENTES: *RATIO DECIDENDI* E *OBTER DICTA* NOS MÉTODOS DE IDENTIFICAÇÃO DA HOLDING

É preciso distinguir o que adquire no precedente esta força vinculante e obrigatória; e mais, que é necessário saber como aplicar o precedente para a solução dos casos futuros análogos. Assim, o precedente deve ser identificado, e a sua razão determinante há de ser sempre observada, salvo se não for mais possível de ser utilizado, ou, se vier posteriormente a rejeitado, por já exigir sua superação e transformação²²¹.

²¹⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 67.

²¹⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.125.

²²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 71.

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 225.

Em verdade, a localização e a extração da *ratio* não se constituem uma tarefa fácil, o que deu origem a métodos para a sua determinação, como os constituídos através de várias teorias, como a de Eugene Wambaugh, Herman Oliphant e Arthur Goodhart²²². Ao lado destes tradicionais métodos, outros vêm estruturando-se como os desenvolvidos por Rupert Cross e J. W. Harris²²³, MacCormick²²⁴, Michael Moore²²⁵ e Melvin Aron Eisenberg²²⁶.

Portanto, é primordial e de substancial importância delimitar a *ratio decidendi*²²⁷, ou seja, é fundamental detectar, verificar-se através de métodos, abordagens e testes a *ratio* de um precedente, promovendo seu uniforme emprego e oportunizando a segurança, a igualdade na aplicação do direito, a boa-fé objetiva, a economia, a celeridade e a eficiência na prestação jurisdicional²²⁸.

A abordagem pelo método elaborado por Eugene Wambaugh²²⁹ defende que a *ratio decidendi* é a regra estabelecida sem a qual o caso não se resolveria. Por essa tese, após a descrição do caso com a elaboração consequente de uma proposição jurídica, dever-se-á ser levado a teste com a inversão do significado. O teste é de inversão da proposição que necessariamente deve ser realizado para conferência.

Para Wambaugh, a *ratio decidendi* é o coração do ato de decidir. Sem ele o caso não tem solução, está fadado ao seu esvaziamento. Assim, é primordial o estudo do caso com a sua instrução e afirmação com a composição das notas-chave e resumos, promovendo as críticas com a compilações de suas dejeções.

A razão de decidir, em verdade, é a proposição própria para causa, que é muito necessária, pois sem ela a decisão do caso teria sido constituída de outro modo²³⁰. O teste de inversão do significado quer comprovar ser substância a

²²² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba:Juruá, 2007, p. 126-133.

²²³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2004, p. 167.

²²⁴ MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are cit.*, p. 170-171.

²²⁵ MOORE, Michael S. "Precedent, induction, and ethical generalization". In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Claredon Press, 1987.

²²⁶ EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 157.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, op. Cit, p. 225

²²⁸ ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidadee da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.136-161.

²²⁹ Eugene Wambaugh nasceu em 29 de Fevereiro de 1856, e faleceu em 6 de agosto de 1940. http://en.wikipedia.org/wiki/Eugene_Wambaugh.

²³⁰ SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas,1995, p.84.

proposição proposta para o caso, pois em sua ausência o caso teria de ser decidido de outra forma²³¹. Esta é a clássica teoria.

Não há dúvida de que esta técnica foi muito utilizada no final do século XIX, querendo demonstrar, através da inversão, que um enunciado é a razão de decidir, tanto que, quando invertido, implica na mudança da conclusão do julgamento, ou seja, a *ratio decidendi* é o motivo jurídico sem o qual se julgaria em outro sentido²³². Sua ausência promoveria o julgamento de forma diferente.

Se a premissa modificada gera um outro entendimento na decisão do caso, ela, a premissa, era necessária, era a *ratio decidendi* do precedente. Ao contrário, se ela não altera a decisão, sendo desnecessária a manutenção do entendimento eleito, ela é um *dictum*²³³. Este é o teste, a prova que Wambaugh propõe ser submetido para configuração da *ratio decidendi*. Repita-se.

A teoria de Wambaugh²³⁴ começa com a suposição de que a *ratio decidendi* é uma regra geral, sem a qual o caso será decidido de outra forma. Assim, *Wambaugh's test* é um teste de inversão para determinar se uma determinada proposição é a razão de decidir.

Para Wambaugh, primeiramente se deveria enquadrar a suposta proposição de lei e, logo em seguida, inserir nesta proposição uma palavra que invertesse o seu significado. A partir disso, constatar-se-ia o que importaria tal modificação na tese eleita pela decisão do tribunal. Caso o Tribunal acolha a proposição inversa levando-a em consideração e promovendo a mesma decisão na solução, esta não pode se estruturar como a *ratio decidendi*²³⁵, mas sim, pura e simplesmente, uma *obiter dictum*.

Nesse viés, quando para um caso se articula em apenas em sentido, um ponto de referência, esta proposição ou doutrina do caso é *ratio decidendi*, ou seja, a

²³¹ WAMBAUGH, Eugene. *The study the cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2.ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894, p 20.

<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044080053762;view=1up;seq=47>

²³² DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016.

²³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, P. 127.

²³⁴ CROSS, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 52.

²³⁵ WAMBAUGH, Eugene. *The study o cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2.ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894, p. 18 e ss. In, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044080053762;view=1up;seq=42>

regra geral sem que o caso será decidido de outro modo. Desse modo, a proposição de lei que não se constitui *ratio decidendi* é um "mero dito".

Este teste é um método de averiguação (*The Reversal Method of Prof. Wambaugh*) por intermédio da inversão, uma vez que vem abolir do julgamento um dos argumentos no qual foi firmada a decisão, invertendo-se seus sentidos para se constatar se houve a alteração ou não do julgado.

Se a resposta deste teste for afirmativa, por mais excelente que se apresente para o caso, não figura como um precedente para a proposição original e possivelmente as outras proposições também. Em caso negativo, contudo, trata-se de uma *ratio*. Em caso positivo, será simplesmente uma *obiter dictum*.

Nesse teste, o que importa, portanto, é a localização do fundamento jurídico que sustentou a tese para colocá-lo a prova, que ocorrerá em virtude de um processo de avaliação e com a verificação se a decisão permaneceria a mesma. Temos um *obiter dictum* e no caso contrário, é uma *ratio*. É como ensina Souza, a *ratio decidendi* é uma proposição necessária para a decisão e o *dictum*, somente uma proposição que consta no julgamento.

Esta abordagem foi considerada ineficiente em razão de não pode ser utilizado com segurança na hipótese de conjugação de mais de um fundamento, que, uma vez analisados separadamente, pode desconstituir a decisão configurando-se cada uma isoladamente como meros ditos, já que, *de per se*, nenhum deles foi essencial fundamento para a decisão²³⁶.

É como expressam Cross and Harris, o teste de Wambaugh pressupõe que a *ratio* é uma preposição de lei considerada pelo tribunal como necessária para a sua decisão, mas adverte que o método é eficaz em verdade para identificar o que não é a *ratio*²³⁷.

Outro método relativo ao conhecimento da *ratio decidendi* é o de Herman Oliphant, com a sua técnica do estímulo/resposta, ou também, fatos-decisão que, filiado ao realismo jurídico estadunidense, defende que o elemento previsível e

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 225

²³⁷ CROSS, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 56

satisfatório para a decisão do caso, que é constante, e foi realizado pelos tribunais como resposta aos estímulos dos fatos dos casos concretos que os precederam²³⁸.

Para Oliphant, não são as opiniões dos Juízes que importam em si, mas de que maneira eles decidem os casos. Isso é que é verdadeiramente valoroso para a ciência do direito. Por este fato, os precedentes não se configuram como normas gerais²³⁹ representando a experiência dos casos concretos.

Neste sentido o precedente pode ser qualificado como a amostra da experiência judicial ou seja, as boas razões para a decisão, mas não a razão real. A decisão é fruto dos fatos. Ela é a resposta a esta provocação, ao estímulo²⁴⁰.

Em fórmula sintética, Ramires adverte que a tese de Oliphant tem origem no funcionalismo jurídico sendo os fatos decididos um estímulo, e, portanto, a decisão é a resposta consecutiva desse evento²⁴¹.

Por fim, o último método utilizado para a determinação da *ratio decidendi* é a teoria de Arthur Lehman Goodhart²⁴². Neste, assevera-se que a *ratio decidendi* está apoiada, em verdade, na decisão proferida pelo julgador baseada nos fatos materialmente relevantes à solução do caso. Este método reporta-se ao necessário levantamento, à constatação e à verificação dos fatos que culminaram para a estruturação da *ratio decidendi*.

Goodhart²⁴³ combate a teoria dos fatos-decisão e, também, do mesmo modo critica a teoria de Wambaugh. A análise de Goodhart faz sentido ao repelir ambas as teorias, considerando-as insustentáveis. Em primeiro lugar, argumenta-se que em ambas as teorias se procuram as regras para se estabelecer a *ratio decidendi*, o que deve ser afastado.

²³⁸ *But there is a constant factor in this cases which is susceptible of sound and satisfying study. The predicable element in it all is what counts have done in response to the stimuli of the facts of the concrete cases before them. Not the judges' opinions, but which way they decide the cases, will be the dominant subject matter of any truly scientific study of law". OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decis (1928) 14 American Bar Association Journal - ABAJ, p. 71-77. Apud SOUZA, M. A. D.. Op. cit. p. 128.*

²³⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante. 1. ed. 2ª tiragem.* Curitiba:Juruá, 2007. p. 127.

²⁴⁰ SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law.* Madrid: Civitas, 1995

²⁴¹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.69.

²⁴² http://www.squire.law.cam.ac.uk/eminent_scholars/arthur_lehman_goodhart.php. Visitado em 01 de maio de 2017. Arthur Goodhart nasceu em 1 Março de 1891, em New York City e faleceu em 10 Novembro de 1978.

²⁴³ <https://archive.org/details/studycasesacour01wambgoog>. Acesso 01 de maio de 2017.p 194

Aduzindo sobre o engodo da teoria de Olimphant, Goodhart explica que os fatos não são constantes, e, portanto, temerosa é a afirmação de que, através destes, fatos, não se pode garantir nada de específico na decisão. Não há como se assegurar a premissa, a *ratio decidendi*, através do somatório dos fatos, pois os fatos são considerados e compreendidos de formas diversas pelos sujeitos.

Não é sem justificativa que, para Goodhart, já é de difícil compreensão a palavra *ratio decidendi*. Para o professor, é *necessária* a busca das razões do decidir, encontrada na junção dos fatos considerados importantes pelo juiz e as suas conclusões extraídas desses fatos. Assim, ele afirma que a *ratio decidendi* deve ser encontrada de forma negativa, ou seja, sabe-se o que não é a *ratio*, para depois, frente aos fatos investigados pelo Juiz, se observa a decisão relativa a eles.

Goodhart propõe para a identificação da *ratio* que se considerem os fatos materiais. São os fatos materiais e a decisão sobre estes que dá ensejo à *ratio decidendi*. Desse modo, as teorias anteriores estão fadadas à falácia, já que proíbe a generalização, como na teoria de Wambaugh, como também obsta o percurso da teoria fato-decisão, pois os fatos são relativos e observados de formas diferentes.

Silva afirma que o método de Goodhart deve ser classificado como fático-concreto²⁴⁴. Nessa abordagem, é fundamental se conferir ao julgador liberdade para a escolha dos fatos materiais. É um processo intenso de investigação dos fatos determinantes, fundamentais, que alicerçam a decisão, ou seja, é preciso encontrar os fatos que nortearam a conclusão do julgado²⁴⁵. Assim, por esta teoria o Juiz encontra a conclusão relativa a um grupo fechado de fatos, fatos especiais, considerados e selecionados como oportunistas da específica decisão.

São fatos fundamentais que conduzem ao julgamento do caso, do modo como foi direcionado. Goodhart²⁴⁶ esclarece que o juiz chega a esta decisão a partir do modo de como vê estes fatos. Sem estes fatos fundamentais, o julgador não chegaria à conclusão, ao seu veredicto. Por isso, esta teoria é conhecida como *Goodhart's' material facts theory*, ou seja, teoria dos fatos materiais de Goodhart.

²⁴⁴ SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula Vinculante: Teoria e Prática da Decisão Judicial com base em Precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.103

²⁴⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.111

²⁴⁶ GOODHART, Arthur L. *The rRatioatio decidendi of a Case*. In: JURISPRUDENCE in Action: a pleader's Anthology. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953, p. 201.

A premissa que conduz a identificação da *ratio decidendi* é constituída a partir dos fatos fundamentais, do modo como são vistos pelo juiz. Nesse contexto, a conclusão é a consequência deste processo de escolha dos fatos que gera o Direito²⁴⁷. Marinoni relata que Goodhart assinala a necessidade de serem indicados os fatos e o modo como foram examinados pelo julgador, se fundamentais ou não, e, como tal apresenta várias teses de identificação dos fatos materiais e imateriais²⁴⁸.

De fato, Goodhart compreende que é essencial descobrir os fatos que são materiais e os que são imateriais, pois isso permite criar e estabelecer meios para a sua identificação, firmando os critérios²⁴⁹. Os fatos imateriais podem ser identificados nas decisões por presunção, por indicação, por omissão e implicitude. Por outro lado, as regras podem também ser deduzidas no tocante aos fatos materiais. Desse modo, podem ser firmadas as premissas que caracterizam a utilização dos fatos analisados no estudo do caso, como indicado na tabela abaixo.

Figura 2 - CRITÉRIOS DA IDENTIFICAÇÃO DOS FATOS PELA TEORIA DE GOODHART

FATOS IMATERIAIS	FATOS MATERIAIS
Fatos sobre pessoas, tempo, tipo e quantidade, quantia;	Fatos explicitamente declarados nesta qualidade;
Fatos que a Corte indica como imateriais;	Fatos descritos na decisão sem exemplificação de quaisquer ressalvas.
Fatos implícita ou veladamente tratados como tal;	O somatório de fatos, ou seja, o conjunto de fatos que compõem as decisões de cada magistrado*.
Fatos omitidos (omissos)	

Fonte: Ferreira (2017).

²⁴⁷ Idem, p. 204.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 228.

²⁴⁹ GOODHART, Arthur L., op. cit, p. 175/180.

As regras, portanto, são logicamente construídas por Goodhart²⁵⁰, e a análise nos faz declará-las pequenas premissas, quais sejam:

1. Todos os fatos sobre fatos sobre pessoas, tempo, tipo e quantidade, quantia são, via de regra, imateriais, salvo declaração expressa em sentido contrário;
2. Todos os fatos que o julgador indica como imateriais, não perderão jamais esta natureza;
3. Todos os fatos implícita ou veladamente tratados são, por natureza, imateriais;
4. Todos os fatos omitidos, silenciados, pela sua óbvia irrelevância, devem ser tidos como imateriais;
5. São materiais os fatos expressamente declarados;
6. Os fatos descritos na decisão em sua fundamentação devem ser todos considerados materiais, mesmo que não declarados.
7. Se os Juízes chegam à mesma decisão, mas consideram fatos diferentes, todos os fatos devem ser considerados como materiais, ou seja, fundamentais, pois dão força ao decidido. É o somatório dos fatos. Todos contêm força valorativa.

Marcelo Alves Dias de Souza afirma que dez regras foram esquematizadas por Goodhart²⁵¹; contudo, nessa pesquisa, se as descreveram em apenas sete orientações no quadro acima. Deixou-se de incluir diretamente as outras três hipóteses, que haviam sido destacadas anteriormente por compreender-se que já se firmavam na generalidade da exposição e portanto, inclusas na teoria.

Para que não se apresente como falha expositiva, alinham-se a seguir estas três hipóteses:

²⁵⁰ GOODHART, Arthur L. *The Ratio Ratio decidendi of a Case*. In: JURISPRUDENCE in Action: a pleader's Anthology. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953, p. 203-204.

²⁵¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba:Juruá, 2007, p. 130.

a. A decisão que se baseia em fato de existência hipotética não é *ratio*, mas sim *obiter dictum*²⁵²;

b. Na *opinion*²⁵³, fatos estabelecidos são concludentes e, por isso, não podem ser repelidos no relatório;

c. Na *opinion*, os fatos são considerados incontestáveis, não podem ser repelidos no relatório.

Nesse modelo, "*treat like cases alike*" ou seja, de mesmo tratamento para os casos iguais, levam-se em consideração os fatos materiais fundamentais para o julgar²⁵⁴, cabendo ao juiz demonstrar a relação entre os fatos fundamentos para a aplicação daquele direito, declarando os argumentos, as razões da corte, as regras adotadas nos fatos cruciais apresentados pelos interessados²⁵⁵.

É dever da Corte de Justiça inferir quais são os fatos materiais e imateriais, pois, uma vez identificados os "*material facts*", deve o caso *subjudici* seguir a mesma proposição. Observe-se que somente o que vai permitir a adoção de outra conclusão será a existência de outros fatos ou a falta dos fatos relativos ao caso²⁵⁶.

Por fim, ressalve-se que, para Goodhart, o *dictum* é apenas o fato, cuja existência foi considerada indeterminada, ou também, não aceita, ou seja, teve sua existência rejeitada, desconsiderada pelo juiz²⁵⁷. A propósito da teoria de Goodhart,

²⁵² GOODHART, Arthur L. *The Rationatio decidendi of a Case*. In: JURISPRUDENCE in Action: a pleader's Anthology. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953, p.203-204 .

²⁵³ O termo *opinion* refere-se à parte principal da discussão construída sobre um ponto direito primordial ao deslinde do caso. A *opinion* é própria na cultura jurídica inglesa e americana. No Brasil, a decisão, a sentença, se constitui de três elementos (partes), que são: o relatório, os fundamentos e a parte dispositiva, como prescrito no Art. 489. O relatório contém os nomes das partes, a identificação do caso, com o pedido, o resumo da contestação e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo. Em seguida, na parte identificada como a dos fundamentos, o juiz analisará as questões de fato e de direito. Por fim, apresenta-se a parte dispositiva, na qual o julgador resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. Advirta-se que grande controvérsia nasceu da redação do parágrafo 1º do artigo 489, que menciona os elementos essenciais que deverão ser abordados na sentença. Assim, na hipóteses de desconsideração pelo magistrado, a sentença não será considerada fundamentada.

²⁵⁴ GOODHART, Arthur L. *Determining the rationatio decidendi of case*. Essays in Jurisprudence and the common law. Cambridge: University Press, 1931, p. 169.

²⁵⁵ CROSS, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 72.

²⁵⁶ DUXBURY, Neil. Op.cit., p. 83 (the Nature and Authority of precedent. New York: Cambridge University Press, 2008.

²⁵⁷ GOODHART, Arthur L. *The RatioRatio decidendi of a Case*. In: JURISPRUDENCE in Action: a pleader's Anthology. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953, p. 26.

Souza esclarece que, após identificados os fatos razões do julgamento, uma proposição se estabelece e, sobre esta, o julgamento será orientado²⁵⁸.

De forma sintética, a *ratio decidendi* pelo método Goodhart quer dirigir a alguns roteiros-chave de raciocínio, explicitando que a proposição não pode ser firmada em opiniões, nem nas regras de direito contidas nestas. E, mais, que o princípio é inferido de acordo com os fatos fundamentais e o direito desenvolvido sobre estes, devendo também, necessariamente, haver sobre os fatos não essenciais a determinação, uma vez que o princípio formulado pode depender da inclusão ou da exclusão dos fatos²⁵⁹.

O método de Goodhart quer, desta forma, descobrir a *ratio*, identificando dos fatos, pelos no qual se reporta o juiz para elaborar sua decisão, os fundamentais e os fatos não determinantes, sustentando sua teoria em três pilares, quais sejam: os fatos materiais e os imateriais (fatos determinantes e não determinantes) e a decisão que se consubstancia com a análise destes fatos²⁶⁰.

Como se verifica, estes modelos analisados são falhos, se considerados isoladamente. Assim, não se admite *de per se* uma orientação concreta para identificação da *ratio decidendi*. Nesse sentido, pode-se afirmar a necessidade de conjugação dos indicadores contidos nas teorias desenvolvidas no *Common Law*, não se apresentando estes métodos como irreprováveis na identificação da *ratio decidendi* nos precedentes²⁶¹.

Demonstram-se os métodos tradicionais, em especial, o teste de Wambaugh e o método de Goodhart não conseguem identificar a *ratio decidendi* com efetividade. As incertezas então emergem quando são utilizados estas abordagens metodológicas de forma unilateral. Pelo método abstrato-normativo, não se permite a localização da *ratio decidendi* nos casos em que se adotam diferentes razões jurídicas consideradas como “suficientes por si só e, separadamente, para conduzir àquela mesma conclusão”²⁶².

²⁵⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba:Juruá, 2007, p. 132.

²⁵⁹ GOODHART, Arthur L., op. cit., p. 221.

²⁶⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. op. cit., p. 130.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 226-227.

²⁶² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 2., p.435.

Da mesma forma, o método de Goodhart também pode ser condenado, pois a mera determinação dos fatos materiais não pode conduzir a solução do caso sem observar o valor das regras aplicadas, sendo concreta a inter-relação entre fatos e regras jurídicas constituídas através do discurso jurídico²⁶³.

Por fim, ressalve-se a existência de outros métodos para rastreamento da *ratio decidendi*, como a proposição de Rupert Cross e J. W. Harris²⁶⁴, de MacCormick²⁶⁵, de Michael Moore²⁶⁶ e de Melvin Aron Eisenberg²⁶⁷. Não sem motivo, outras teses foram argumentadas, posto que a compreensão do precedente é primordial para o desenvolvimento do Direito, sendo necessária a convalidação de métodos que apresentassem margem de certeza para a identificação e o seguimento da *ratio decidendi*.

Através do método abstrato-normativo (Wambaugh) e do método fático-concreto (Goodhart)²⁶⁸, foi idealizada a teoria mista, sendo que, através deles, Rupert Cross e J. W. Harris construíram uma metodologia mista para a identificação da *ratio decidendi*²⁶⁹. No tocante ao método de abordagem eclética, elaborado por Rupert Cross e J. W. Harris, considera-se que a *ratio decidendi* é determinada por um processo constituído por várias etapas.

Pontuam estes expressivos juristas ingleses que a *ratio decidendi* de um caso é “*is any if law expressly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury*”²⁷⁰.

Traduzindo-se livremente para Cross e Harris, *ratio decidendi* é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo

²⁶³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.109-110.

²⁶⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2004, p. 158.

²⁶⁵ MACCORMICK, Neil. Why cases have *rationes* and what these are. In *Precedent in Law*. Edited by Laurence Goldstein. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 156. cit., p. 170-171.

²⁶⁶ MOORE, Michael S. “Precedent, induction, and ethical generalization”. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Claredon Press, 1987.

²⁶⁷ Eisenberg, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Estados Unidos: Havard University, 1991, p. 48

²⁶⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.127.

²⁶⁹ CROSS, Rupert; HARRIS, op. cit, p. 40-44.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 77 (Assim, pela tradução, se pontua que: “É, quer lei que seja expressamente tratada pelo juiz como um passo necessário para chegar a sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio adotada por ele, ou uma parte necessária de sua direção para o júri).

necessário para se chegar a sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio adotada por ele ou uma parte necessária de sua direção para o júri.

Assim, nessa abordagem, considera-se a identificação da *ratio* por um percurso de quatro fases. Estas fases são necessárias caracterização das razões do decidir²⁷¹. Em primeiro lugar, se deve identificar a *ratio* do caso em julgamento e, em seguida, no julgamento, a *ratio* será considerada à luz dos fatos do caso. Esta é a segunda etapa. Assim, na terceira etapa, considerar-se-á o julgamento de outros casos, extraindo-se destes a *ratio* que, ao final, dará ensejo à formulação da regra.

Considerado por demais elástico²⁷² o conceito formulado sobre a *ratio* na teoria eclética de Rupert Cross e J. W. Harris, destaca MacCormick que a *ratio* deve apenas ser a norma suficiente para o conhecimento e a solução do caso de direito trazido a juízo.

Para MacCormick, a *ratio decidendi* é uma norma necessária que representa uma economia de esforços, seja para magistrados ou advogados que não desperdiçam suas forças como a demonstração de mesmos argumentos que recaem sobre as mesmas causas²⁷³.

Afirma então que a *ratio* é o “princípio ou regra para o qual um dado precedente empresta autoridade seja esta regra ou princípio tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às posteriores decisões de semelhantes questões”²⁷⁴.

A *ratio decidendi*, por esse ponto de vista, seria o elemento vinculante da decisão, uma vez que o que importa é a norma suficiente, a interpretação correta da Corte sobre a lei e não qualquer regra da qual a conclusão do julgado dependa²⁷⁵.

Rosito apresenta o conceito de *ratio decidendi* formulado por MacCormick como de decisão para o qual um dado precedente é fonte autorizada, quer essa regra ou princípio de decisão seja então tratado como vinculante ou somente como

²⁷¹ Ibidem, p.52.

²⁷² MACCORMICK, Donald Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 208-209.

²⁷³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

²⁷⁴ Idem, p. 193.

²⁷⁵ MACCORMICK, Donald Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 209.

persuasivo em algum grau para os posteriores juízos em questões similares²⁷⁶. Nesse sentido, Rosito enfatiza que MacCormick restringe o conceito de Rupert Cross para aludir que a *ratio* não pode ser tomada como qualquer regra ou princípio do qual emana a decisão e tão somente a regra ou o princípio determinante para a decisão²⁷⁷.

Ainda é importante frisar que, em sua tese, MacCromink argumenta ser a *ratio decidendi* uma proposição de uma decisão anterior que a corte considera conveniente anunciar²⁷⁸. Nesse sentido, ele dispõe sobre a dimensão objetiva do precedente, como a parte específica da decisão que adquire força vinculativa ou persuasiva²⁷⁹.

Outro método foi criado por Melvin Aron Eisenberg e, no tocante à fixação da *ratio decidendi*, descreve o jurista os princípios que regem o processo, esclarecendo que as regras são produtos extraídos dos anunciados dos precedentes anteriores em relação às normas morais, políticas e baseadas na experiência. Ele adverte que todo tribunal nunca é livre e, por isso, elege um método de definição da *ratio decidendi* pela proclamação, tendo em vista que os tribunais determinam as normas jurídicas²⁸⁰.

Eisenberg elenca que as categorias dos métodos, minimalistas e os centrados no resultado são insuficientes por não descreverem a atividade judicial e que existem interesses que o Direito tem de satisfazer como: a) estabelecer o conjunto de regras que devem ser alcançadas, realizando escolhas apropriadas em suas normas políticas; b) observar que as regras que constituem o organismo normativo consistentes entre si, e, como tal deve repelir, afastar do seu a divergência; c) aplicar consistentemente, ao longo do tempo, as regras adotadas em precedentes anteriores, evitando a contradição e a insegurança²⁸¹.

Assim sendo, através do método da proclamação infere-se que os Tribunais determinam normas, sendo a atividade dos juízes subsequentes de conteúdo valorativo na construção de normas jurídicas aplicáveis ao caso.

²⁷⁶ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 106.

²⁷⁷ Idem, p. 107.

²⁷⁸ MACCORMICK, Donald Neil, op. cit, p. 192.

²⁷⁹ Idem, p. 145.

²⁸⁰ EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 52.

²⁸¹ Idem, p. 62

Os doutrinadores nacionais afirmam, enfaticamente, que a *ratio decidendi* deve ser encontrada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos determinantes que orientam a conclusão do caso²⁸². Desse modo, a *ratio decidendi* consubstancia-se com o exame fático-jurídico que se organiza no caso precedente²⁸³.

Nessa perspectiva, cabe à citação que as abordagens investigatórias sobre a *ratio decidendi* formuladas partam da análise conjunta dos fatos e da norma jurídica. Assim, identificam-se os fatos relevantes e, ao determiná-los, firmam-se os motivos determinantes que se firmam com o julgado²⁸⁴.

1.8 MÉTODOS DE APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES: *DISTINGUISHING* E *OVERRULING*

Souza adverte sobre a existência de técnicas ou circunstâncias para a aplicação dos precedentes. Sabe-se que o precedente judicial deve ser seguido, pois cria um direcionamento estável sobre o caso, mas dificuldades surgem na sua aplicação. Pode-se, nesse sentido, verificar a necessidade de superação do precedente ou de sua revogação, o que provoca grande controvérsia e debate, especialmente em razão dos efeitos que podem ocasionar, se prospectivo ou retroativo²⁸⁵.

Técnicas, portanto, foram elaboradas para a investigação da obrigatória continuidade de aplicação do precedente. É imprescindível aferir-se se o precedente foi ultrapassado ou se um novo contexto perfaz-se na atualidade, pois o Direito não é uma ciência estanque e, como tal, o entendimento sobre as normas pode modificar-se com o tempo²⁸⁶. A aplicação e a superação envolvem o estudo de dois métodos: o *distinguishing* e o *overruling*.

A verdade é que não pode o julgador ficar refém do precedente. O magistrado deve estar atendo à possibilidade de alteração dos precedentes. Ao julgador, cabe

²⁸² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador. Jus Podivm, 2016. v.2.p.430)

²⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 206, abr./2012. p. 65. 109

²⁸⁴ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.110-111.

²⁸⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de Souza. *Do precedente Judicial à Sumula Vinculante*. p. 142

²⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p. 34.

demonstrar o porquê da não aplicação de um precedente ao caso concreto, seja porque dele se distingue ou porque não existe mais sentido em seu seguimento. Sabe-se que o respeito à teoria dos precedentes impõe a vinculação, mas isso impõe também o olhar austero sobre a realidade, o que se opõe, evidentemente, à obediência cega e irrefletida do precedente ^{287/288}.

Não resta dúvida de que os elementos esposados em novas realidades induzem e promovem novos julgamentos e, desse modo, influenciam na regra do *stare decisis sobre os precedentes*. Do precedente emana a normatividade, sendo esta força a condutora no processo de sua aplicação aos casos subseqüentes. É a segurança que advém do respeito ao precedente que é inerente e vital. Estas técnicas oxigenam o sistema permitindo que acompanhe a sociedade e construindo o verdadeiro Estado de Direito.

Assim, não obstante, a força vinculativa impõe-se à imperiosa e preciosa face de sua atualização. São as duas faces do precedente. As técnicas de confronto, a interpretação e a aplicação do precedente constituem-se no primeiro dever da arte de julgar, pois, ao analisar o caso posto à sua deliberação, compete ao julgador verificar a existência da semelhança com julgamentos anteriores, uma vez existentes (método comparativo), o precedente deve ser aplicado, porém uma vez divergente deve ser repellido.

Existem, portanto, como já afirmado anteriormente, meios de aplicação e superação dos precedentes, que exigem do magistrado o debruçamento sobre o caso e realize profundo processo de comparação e análise, afastando-se do método dedutivo-indutivo tradicional. Veja-se a seguir a aplicação da técnica do *distinguishing*.

Marinoni, após afirmar que para se conceber o precedente é preciso identificar a *ratio decidendi*, separando-a da *obiter dicta*, sendo intuitivo a comparação do “caso que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas”, ou seja, deve-se passar por um

²⁸⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 522.

²⁸⁸ Faz-se necessário relembrar o sentido da palavra interpretação (Auslegung) em Kar Larenz se nos ativermos ao sentido das palavras, desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas de certo modo ainda ou oculto. Mediante a interpretação, faz-se falar este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressando, de modo claro e preciso e tornando comunicável. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

procedimento de diferenciação, o que no *Common Law* se denomina de *distinguishing*, por expressar a “distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob o julgamento a um precedente”²⁸⁹.

Dizem Didier, Braga e Sarno que, “à luz de um caso, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores”^{290/291}. Havendo semelhança, analisando a *ratio decidendi* incidirá. Se houver divergência e a distinção se instaurar quando da verificação do caso a ser decidido e o paradigma ocorre o que se chama *distinguishing*. A razão desta divergência é a ausência de identidade entre os fatos fundamentais discutidos e os que consubstanciam a tese jurídica do paradigma²⁹².

Andrews adverte que o instituto do *distinguish* é método “típico do *Common Law*”²⁹³, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independentemente daquela”²⁹⁴.

Assim, *distinguishing* é uma técnica para não utilização de precedente pela qual se justifica a inobservância do paradigma. Através dessa técnica, delimitam-se os fatos. De um lado, os fatos materiais do caso concreto e, de outro, os do precedente, demonstrando-se ou não a pertinência. *Distinguishing* “is what judges do when make a distinction between one case and another”²⁹⁵, ou seja, “é o que os juízes fazem quando realizam a distinção entre um caso e outro.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 327

²⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador. Jus Podivm, 2016, v.2.p.430.

²⁹¹ Fredie Didier, sobre o termo *distinguishing*, afirma que pode ser utilizado em duas acepções: a primeira, no sentido de designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método); e, a segunda significa o resultado desse processo de confronto, pelo qual se conclui a existência de alguma diferença entre os casos (*distinguish*-resultado)”. Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador. Jus Podivm, 2016, v.2, p.431.

²⁹² Souza, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante* 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007, p. 142.

²⁹³ Muito embora seja uma técnica gestada no *common law*, no Brasil, frente ao seu sistema de precedentes vem sendo estas metodologias muito aplicadas. Observe-se que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, quando do julgamento da ADI 3.510, de forma clara e explícita se reporta, algumas vezes, ao método esclarecendo a necessidade de utilizar-se do *distinguishing*. A expressão própria do *common law*, do direito estadunidense, adequa-se muito bem à realidade jurídica atual que, em especial, é tratada com projeção no Código de Processo Civil.

²⁹⁴ ANDREWS, Neil. *O Moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 178.

²⁹⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

É necessário como adverte Marinoni “uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes” e, em razão desta técnica, identifica-se a “distinção entre os casos para o efeito de se subordinar ou não, o caso sob julgamento a um precedente”²⁹⁶.

Faz-se necessário, portanto, delimitar a *ratio* levando-se ao cotejo os fatos materiais dos casos e a hipótese, sendo imperioso o uso de técnica que opera em um sentido negativo, como o intuito desta verificação e consequente não aplicação de um precedente. Por esse método, a comparação elaborada entre a tese jurídica e o caso concreto leva ao encontro dos motivos do não seguimento do precedente. Busca-se demonstrar, por evidência, a distinção que justifica a ausência de vinculação ao precedente, ou seja, a *ratio decidendi*.

Poder-se-ia perguntar se a não aplicação do precedente pelo *distinguishing* significa na revogação do precedente? No tocante à utilização desta técnica, Souza esclarece que se trata de um poder de distinguir dado ao Magistrado e alude que, por este poder de distinguir, ocorre-se a flexibilidade ao sistema e oportuniza-se a justiça no caso concreto²⁹⁷.

Marinoni adverte que a técnica não é um “sinal aberto” para que o juiz negue a aplicação do precedente, repudiando desse modo o casuísmo, enfatizando que na “cultura do *Common Law* um juiz é facilmente desmascarado quando tenta distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes”²⁹⁸.

Souza, nesse sentido, adverte que não se pode levar ao extremo este poder, uma vez que poderá gerar grande injustiça, violando o princípio da isonomia. As diferenças meramente fáticas não podem ser alegadas para a inaplicabilidade do precedente, sendo que o “uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que com certeza, não é o desejado”²⁹⁹.

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011. s, p. 328.

²⁹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante* 1 ed. 2 tiragem. Curitiba:Juruá, 2007, p. 145

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit, p. 328.

²⁹⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante*. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba:Juruá, 2007, p. 145.

O *distinguishing* é o meio pelo qual o “Juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”³⁰⁰. Método e resultado estão conjugados no conceito de Tucci. Nesse contexto, aponta-se para a ocorrência da perda da autoridade do precedente em razão da sua inaplicabilidade inúmeras vezes por *distinguishing*. Como esclarece Neil Duxbury, por si só o precedente não se fragiliza, mas o excesso de distinções que lhe pode ser atribuído pode ser uma referência ao enfraquecimento do seu poder³⁰¹.

Ressalve-se que o *distinguishing* pode ser apenas uma declaração de que o direito do precedente não deve ser aplicado no caso de julgamento sendo pura declaração negativa. Mas, se alerta, para a possibilidade deste método viabilizar a aplicação do precedente a outras hipóteses, dando causa à própria alteração do precedente, à mudança da *ratio decidendi*³⁰². Por fim, compete destacar a possibilidade de desenvolvimento do direito mediante a extensão e a limitação dos precedentes³⁰³.

Dessa forma, percebe-se que o precedente judicial pode ser interpretado de forma ampliativa ou de forma restritiva. Estes são os casos de “*ampliative distinguishing*” e de “*restrictive distinguishing*”.

Estas duas maneiras de interpretação são analisadas por Didier e apresentadas como consequências e efeitos da aplicação do *distinguishing*. Pelo primeiro efeito, “*restrictive distinguishing*” dá-se a *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que “peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada, caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do art. 489, §1º, VI e 927, §1º do CPC”³⁰⁴.

Na segunda hipótese, o efeito interpretativo provoca a *ampliative distinguishing*, vindo a “estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável, justificando-se nos moldes do art. 489, §1º, V e 927, §1º do

³⁰⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174

³⁰¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 115.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011, p. 30.

³⁰³ Idem. p.331.

³⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador. Jus Podivm, 2016. v.2, p.491.

CPC.” Sobre este tema, Bustamante esclarece que duas são as consequências práticas que se estabelecem pela aplicação do *distinguishing*. A primeira consequência é denominada de redução teleológica, pela qual é criada uma exceção até então não validada, por onde se conclui que o “fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado”. Na hipótese, ocorre a exclusão de um conjunto de casos anteriormente incluídos no campo de aplicação da regra indicada como paradigma³⁰⁵.

A segunda consequência, o argumento a contrário, como o próprio nome já indica, abrange a aplicação de uma justificativa oposta que redundará em “interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado, na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido no precedente, ou seja, norma jurisprudencial permanece intacta mas não podem ser aplicadas aos fatos pois não contemplados na circunstância de aplicação”[sic]³⁰⁶.

Não se pode negar, inclusive no Brasil, a importância que assume esta técnica na aplicação controle dos precedentes, tendo sido contemplada no CPC em seu artigo 1037, §9, ao dispor expressamente que, demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

Desse modo, não é uma mera causalidade a aplicação do precedente, tampouco o seu afastamento da aplicação ao caso concreto. A distinção exige sólida argumentação e deve revelar “uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente”³⁰⁷.

Por outro lado, existem outras técnicas de superação das precedentes como já assinalado: são o *overruling* e o *overriding*. Já se deve trazer à baila a exortação de Didier, Braga e Sarno ao afirmarem que, tão importantes quanto o confronto, a interpretação e a aplicação dos precedentes estão as técnicas de superação, de afastamento do precedente, deixando de ser aplicado ao caso³⁰⁸.

Afastar é pôr de lado, ou seja, em sentido jurídico, é revogar os precedentes sob duas circunstâncias: de um lado, para suprimir, e de outro, para substituir a *ratio*

³⁰⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 473.

³⁰⁶ Idem, p. 473

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 326.

³⁰⁸ DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: 3ª ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016, p. 494.

decidendi. Mas, como alerta Souza, “avaliar a conveniência de revogar um precedente não é tarefa fácil”, importando no abrandamento da doutrina do “*binding precedent* e evitando incorreções, injustiças e inconveniências por ventura existentes”³⁰⁹.

Assim, fala-se em superação, pois outra nova *ratio decidendi* é construída, constituindo-se o *overruling* – uma espécie de judicial *departures*, ou seja, “ocorrendo mudança na valoração das circunstâncias relevantes de casos similares, o julgador está autorizado a adotar entendimento diverso, desde que assumida a devida carga de fundamentação”³¹⁰.

Por intermédio do *overruling* dá-se a revogação do precedente; por conseguinte, dar-se-á a substituição do precedente por outro precedente, em razão da perda da força obrigatória e, por este motivo, “as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o *distinguished*”³¹¹.

Afirma-se que esta revogação do precedente pode ser tácita ou expressa, mas, em ambos os casos, será impossível a manutenção do posicionamento anterior. Souza afirma que a revogação explícita “ocorre quando um tribunal, com poder para tanto, diz estar revogando determinado precedente”³¹².

A revogação tácita de um precedente dá-se “quando uma orientação é adotada em confronto com a posição anterior, embora sem expressa substituição desta última”³¹³. Nesse caso, ocorre o fenômeno da transformação do precedente ou *transformation*³¹⁴, como adverte Patrícia Perrone Mello.

Não há como não se permitir que, no sistema de precedentes, não se admita sua revisão com alteração subsequente, o que inclusive, para Melvin Eisenberg, indicaria a completa ausência de correspondência entre a hipótese consagrada pelo precedente, os valores e os padrões sociais. Esse descompasso, se não observado,

³⁰⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante. Curitiba: Juruá, 2011 p. 150

³¹⁰ ROSITO, Francisco. Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.281

³¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.109-110, p. 388.

³¹² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante. Curitiba: Juruá, 2011, p.152

³¹³ Idem, p.153.

³¹⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 235.

ensejaria a instabilidade. É, assim, natural a revogação e jamais a preservação da hipótese em descompasso com o sistema jurídico³¹⁵.

Nessa direção, ao se demonstrar que o precedente formou-se equivocadamente ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica, opera-se o *overruling*, que exigirá, evidentemente, um maior ônus argumentativo³¹⁶. No *overruling*, o precedente não pode ser aplicado, e demonstra-se que outra regra deve ser estabelecida, não importando se os fatos são iguais³¹⁷.

Assim, como se pode observar, existem diversas formas de superação de um entendimento. Mello, sobre o abandono de um julgado fala de mecanismos variados como *overruling*, *overriding*, *transformation*, *prospective overruling*, *signaling*.

A integral superação do precedente anterior, chama-se *overruling*; a revogação parcial é *overriding*; a atribuição de um novo significado a um entendimento, *transformation*; *prospective overruling* é a mudança da doutrina com efeitos futuros e por fim, *signaling*, é a mera sinalização da intenção de se modificar o direito que incide sobre determinados fatos³¹⁸.

Relativamente aos efeitos provocados pela substituição do precedente em razão do *overruling*, estes podem ser de natureza *ex tunc* ou *ex nunc*. A este fenômeno, dá-se o nome de eficácia temporal do novo precedente, devendo ser constado se os efeitos da decisão contida na nova regra emanada do precedente forem retroativos ou prospectivos³¹⁹.

Quanto à eficácia temporal, a aplicação retroativa pode ser pura ou clássica, e a prospectiva, pura, clássica ou a termo. Na *retrospective overruling*, a substituição produz efeitos *ex tunc* e, nesse caso, o precedente substituído não poderá ser invocado, em nenhuma hipótese, para o julgamento de casos ocorridos antes da substituição, mesmo quando pendentes de apreciação e julgamento³²⁰.

O *overruling* retrospectivo puro – revogação retrospectiva pura ou eficácia retroativa plena ou *full retroactive application* – “determina a aplicação da nova

³¹⁵ EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 83

³¹⁶ ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 389-399.

³¹⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Estados Unidos: Cambridge, 2008, p.117.

³¹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.236.

³¹⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 160

³²⁰ Ibidem, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*, 2008, p.261

decisão a todos os casos, passados e futuros, inclusive aos já decididos em caráter final”³²¹.

No *overruling* retrospectivo clássico – eficácia retroativa parcial ou *partial retroactive application* –, o precedente criado será aplicado integralmente, antes e depois de sua publicação, a exceção daqueles que já transitaram em julgado³²².

No *prospective overruling*, o precedente substituído poderá ser aplicado aos casos ocorridos antes da substituição. Adverte Souza que, na aplicação pura, o novo precedente somente se aplica aos fatos futuros, ou seja, depois do seu estabelecimento, excluindo-se os fatos do caso que o ensejaram³²³.

No *prospective* clássico, o novo precedente, além de aplicar-se aos fatos ocorridos depois de sua formação, é também utilizado aos fatos do caso que o geraram. E a aplicação prospectiva a termo “pode ter o *dies a quo* de sua aplicação” transferido para data posterior certa, oportunizando um período para as modificações necessárias³²⁴.

1.9 A NORMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Fredie Didier assinala que precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos³²⁵. Esta definição traz à tona o ponto crucial de toda questão que se resume nas palavras diretrizes e casos análogos.

Assim, existindo uma diretriz, os casos análogos devem por ela seguir. Eis o procedente, que respeita a tese construída, que assimila o sistema do *stare decisis*,³²⁶ consolidando a sistemática metodológica processual que oportuniza

³²¹ Idem, p.261

³²² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante. Curitiba: Juruá, 2011, p. 160

³²³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit, p.261

³²⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. cit, p. 162

³²⁵ DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: 3ª ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016, p. 463.

³²⁶ STARE DECIDIS é expressão de origem latina que significa literalmente concordar com ou aderir a casos já decididos, em direito esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes (ZANETI JR., Hermes. O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual.: Salvador: JusPodium, 2016, p. 310.)

soluções idênticas para casos idênticos, soluções semelhantes para casos semelhantes, quando for extraída a *ratio decidendi*³²⁷.

Muitos fatores podem ser identificados como fundamentais à contemplação da teoria dos Precedentes e não podem ser vistos como mera inovação ou técnica, pois, em primeiro lugar, está a preservação dos valores do Estado de Direito, viabilizando a aplicação igualitária e a responsabilidade pessoal³²⁸. A aplicação do Direito não é um acaso, um faz de contas, uma caixa de surpresas ou escolhas aleatórias de fundamentos.

Através do sistema de precedentes, promove-se a igualdade, defende-se a clareza dos julgados, impõe a sua generalização e oportuniza segurança frente a sua previsibilidade e racionalidade. Por fim, é inegável através deste processo o fortalecimento institucional, sua respeitabilidade e confiança.

Deve-se abrir pequeno espaço para advertir que estruturado o sistema jurídico brasileiro, no *Civil Law* sendo a lei a fonte principal; contudo, o sistema de precedentes vem arejar o hermético sistema estruturado, solvendo para dentro de si motivações valorativas frutos das interpretações, "leis "também" no caso concreto", produzidas no mundo fragmentado e complexo, onde discricionariedade é também ato vinculado a princípios e ética.

Ao falar sobre o desenvolvimento e unidade do Direito, Marinoni afirma que o sistema de precedente "reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares, pois o precedente é um valor em si, é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e ordem jurídica coerente"³²⁹.

Muitos defendem que existe *commonlização*, pois se absorvam os precedentes do *Common Law*; contudo, a expressão assenta-se como infeliz. O microssistema de precedentes que está sendo gestado e irá se desenvolver tem aspectos próprios oriundos de uma teoria processual civil peculiar e sem precedentes até então. Os efeitos e os impactos deste sistema de precedentes no Brasil é fruto de uma inovadora ciência processual e não de uma casuística ou

³²⁷ DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>.

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

³²⁹ Idem, p. 103.

elementariedade. Eis aí a complexidade da autenticidade do sistema de precedentes que será consolidado.

Quanto ao sistema de precedentes, registre-se tão logo que se assinalam como núcleo dogmático as regras contidas nos art. 926, 927, 489, § 1º, V e VI do Novo Código de Processo Civil (NCPC). Estes artigos são esteio para a força obrigatória, revelando, inclusive, para as demandas de massa e as causas repetitivas, a segurança, a coerência, a celeridade e o tratamento isonômico, pois, nestas causas, se ultrapassam os interesses subjetivos das partes³³⁰.

O art. 926, do NCPC, prescreve que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Assim, defenda-se a verticalidade das decisões, pois os tribunais estão obrigados a editar enunciados de súmulas de jurisprudência dominante, e mais, compete-lhes a filiação às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

À primeira vista, pode parecer que o NCPC reescreve, de forma mais sintética, os artigos art. 476 a 479 do código revogado, mas não o faz. Este artigo é um marco referencial do sistema, microsistema de precedentes, e inaugura tempos de primordial valor para a ação e o papel dos tribunais com seus julgamentos, não porque estejamos *commonlizados*, mas porque estamos inseridos em um Estado de Direito com princípios fundamentais para o processo e com o dever de julgar com coerência, segurança, responsabilidade e ética.

A este propósito, convém registrar que o procedimento eleito para a *uniformização* não se refere a um mero compilamento ou agregamento jurisprudencial, mas é um exaustivo e minucioso dever de construção precedentes (jurisprudência e súmulas) tendo por escopo último a finalidade da prestação jurisdicional.

O § 2º do art. 926 quer afastar os desconexos julgados oportunizando a segurança e a racionalização da atividade jurisdicional. Não há dúvida de que, desde muito, merecia destaque tal procedimento na atividade do julgador, tanto que o art. 927 implementa a política pública judiciária.

Didier aponta o precedente como "ato-fato jurídico", acentuando que, sobre os efeitos, são produzidos independentemente da vontade de quem os pratica e, por

³³⁰ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC*. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos (Coordenador Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: JusPodium, 2012, p. 323.

isso, da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos *ex lege*, anexos da decisão³³¹, cuja eficácia varia de acordo com a natureza e decorre da *ratio decidendi*.

Ressalve-se que, além do binômio *obrigatoriedade* e *persuasão*, outros efeitos podem ser produzidos pelos precedentes, como os efeitos obstativos, autorizantes, rescindentes e até revisionais, o que demonstra a eficácia jurídica imediata deste instituto e destaca a sua suma importância na atual sistemática processual.

Dessa forma, deve-se destacar que o NCPC não dá oportunidade ao julgador de aplicar ou não o precedente, pois este sempre será vinculativo. Havendo, pois, precedente sobre a questão, será ele utilizado nas inúmeras ações que versem sobre o caso. É a teoria dos precedentes normativos vinculantes a uma mudança paradigmática, se abandonado o modelo fraco de precedente até então vigente e construindo uma nova ideologia.

A ideologia do CPC 2015 é claramente voltada para a vinculatividade formal das decisões. Há técnicas de externalização das decisões elencadas nos incisos do art. 927, devendo vir combinada com as exigências materiais de racionalidade decorrente da estabilidade, da coerência e integralidade das decisões (art. 926).

Ainda, examine-se sobre a identificação dos fundamentos determinantes (*precedent-identificacion*) e a demonstração de seu ajuste ao caso atual (*precedent-following*), e, da eventual existência de distinção ou superação para explicar o porquê de deixar de seguir o caso-precendente (art 489,§1º, V e VI)³³².

O artigo 927, III do NCPC, adverte que deve ser observado pelos juízes e Tribunais, pontuando, dentre suas prescrições, o respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, aos enunciados de súmula vinculante, aos acórdãos nos incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, bem assim em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Ainda, o referido artigo orienta no seguimento aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de

³³¹ DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: 3ª ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016, p. 455.

³³² ZANETI JR., HERMES. *O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual.: Salvador: JusPodium, 2016, p. 362 e 364.

Justiça em matéria infraconstitucional, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Por fim, assinalado está no art. 928 NCPC que as decisões dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, o recurso especial e o extraordinário são considerados julgamentos de casos repetitivos.

Eis a verificação de que, com a nova sistemática do CPC de 2015, muito se debruçou o legislador por criar mecanismos de enfrentamento as demandas de massa e repetitivas. Eis o dever do Julgador de respeito aos precedentes firmados.

Realizadas estas considerações processuais preliminares, convém apresentar um caminho que se possa compreender a aplicação dos precedentes, sua distinção de outros institutos e seus elementos constitutivos.

1.10 CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Nestas ponderações iniciais, convém trazer à tona a advertência elaborada por Duxbury ao enfatizar que, em todos os sistemas jurídicos, independentemente da tradição à qual se filie, os precedentes são utilizados, mas o que verdadeiramente é importante é a força, o grau de vinculação, ou seja, a eficácia, a autoridade³³³.

Desse modo, constata-se que todos os precedentes possuem eficácia, autoridade, devendo-se estimar apenas o grau, o patamar deste atributo e a força com que influenciam as decisões nos semelhantes casos futuros. A eficácia jurídica dos precedentes direciona os efeitos produzidos no mundo jurídico e se submetem a diversos fatores valorativos para sua aplicabilidade, que vão desde a posição da corte que prolatou as mudanças políticas, econômicas e sociais etc., e, por isso, detém cada precedente uma intensidade variável (*degrees of normative force*)³³⁴.

Reporte-se mais uma vez a qualidade de eficácia dos precedentes, que podem ser vinculantes ou obrigatórios e persuasivos³³⁵. Esta classificação diz

³³³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedente**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 44

³³⁴ PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedente. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (d.). *Interpreting precedents*. A comparative study. Hanover: Dartmouth, 1997, p. 477-478.

³³⁵ Nessa pesquisa, adotam-se as orientações da classificação esposada por Victoria Iturralde Sesma que entende não se pode fazer uma graduação entre precedentes absolutamente obrigatórios e condicionalmente obrigatórios, pelo que se deve ser reconhecido como precedentes obrigatórios

respeito, pois, à autoridade do precedente. Os precedentes com eficácia vinculante encontram-se alinhados no art. 927, CPC. Esses precedentes de força obrigatória devem ser observados pelos Tribunais e seus juízes, sendo desnecessária a provocação de quaisquer dos interessados.

São precedentes com eficácia obrigatória: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Vale ressaltar a tese contida no art. 1022, parágrafo único I CPC que é omissa a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

Nesse sentido, vale remissão à nota de Didier ao afirmar que os precedentes obrigatórios devem vincular-se interna e externamente, sendo impositivos para o Tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados³³⁶.

Por sua vez, chama-se precedente persuasivo (*persuasive precedent*) aquele que não obriga o magistrado a decidir conforme foi previamente determinado. Assim, havendo caso semelhante à sua aplicação não é obrigatória mas traduz-se em indicativo de orientação, com relevante o grau de convencimento.

O precedente com eficácia persuasiva é um forte mecanismo “persuasão”, um “índice de uma solução racional e socialmente adequada”³³⁷.

Outras classificações se apresentam relativamente a sua eficácia e podem ser consideradas como precedentes com eficácia de obstar a revisão de decisões, precedentes com eficácia autorizante, precedentes com eficácia rescindente.

puramente. Assim, ela afirma que existem precedentes obrigatórios e persuasivos. SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p.38.

³³⁶ DIDIER Jr. Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: 3. ed. Editora JusPodium, 2016, p. 456.

³³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT; 2004, p 167

Os precedentes com eficácia de obstar a revisão de decisões impedem a revisão de decisões judiciais, seja por recurso, seja por remessa necessária. É um efeito que cria obstáculo ao curso. Estes precedentes acarretam a negativa pelo órgão jurisdicional em dar provimento ou mesmo a continuidade a determinados. São exemplos deste tipo de recurso os artigos 496, §4º, e 932, IV, do CPC, e o artigo 894, II, e §3º, I, CLT.

O precedente com eficácia autorizante é aquele essencial à “admissão ou acolhimento de ato postulatório”. Didier, exemplificando o precedente autorizante, afirma ser um caso típico a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, ao autorizar a concessão de tutela de evidência documentada (art. 311, II, CPC)³³⁸. Já os precedente com eficácia rescindente (deseficacizante) detém “aptidão para rescindir ou retirar a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado”. São exemplos destes o caso dos “§§12, 13 e 14 do art. 525, e dos §§ 5º, 6º e 7º do art. 535, que reputam inexigível decisão judicial que se lastreie em lei ou em ato normativo tidos pelo STF como inconstitucional”³³⁹.

Ainda se destaquem os precedentes que permitem revisão de coisa julgada que “podem autorizar a ação de revisão de coisa julgada que trate de relações jurídicas sucessivas (art. 505, I, CPC) como é o caso da relação jurídica tributária”³⁴⁰.

Feitas estas observações relativas à eficácia dos precedentes, deve-se passar à análise da classificação dos precedentes pelo procedimento de formação que podem ser precedentes oriundos de decisões em controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal; precedentes cuja *ratio decidendi* foi enunciada em súmula; precedentes produzidos por incidente em julgamento de tribunais, no caso de recursos repetitivos e assunção de competência, e, por fim, os precedentes oriundos do plenário ou do órgão especial.

Observe-se cada uma destas classificações que surgem do processo de formação. Os precedentes oriundos de decisões em controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal estão anunciados no art. 927, I CPC e foram objeto do enunciado n. 168 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que deixou claro que são os fundamentos determinantes (isto

³³⁸ DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: 3. ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016, p. 458

³³⁹ *Ibidem*, p. 459

³⁴⁰ *Idem*, p. 460.

é, a *ratio decidendi*) do julgamento de controle de constitucionalidade que produzem o efeito vinculante de precedente para todos os órgãos jurisdicionais.

O artigo 927, II e IV do CPC dispõe que “[...] os enunciados de súmula vinculante; [...] os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” constituem-se como precedentes. São os precedentes cuja *ratio decidendi* foi enunciada em súmula.

Ainda, estabelece o artigo 927,III do CPC, os precedentes produzidos por incidente de tribunal e, desta forma, os Juízes e tribunais deverão observar “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”. Estes são os procedimentos que formam um microsistema de formação concentrada.

Existe assim previsão de incidente processual para elaboração precedente obrigatório (art. 489, §1º, 984, §2º, e 1038, §3º, CPC), com natureza de processo objetivo. Nesse diapasão, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira concluem que, “no bojo desses incidentes, todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida deverão de ser enfrentadas. O contraditório é ampliado, com audiências públicas e a possibilidade de participação de *amicus curiae* (arts. 138; 927, §2º; 983; 1038, I e II, todos do CPC)”³⁴¹.

Por fim, o artigo 927, V, trata de uma dupla vinculação à primeira, a vinculação interna dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte; a segunda, a vinculação externa dos demais órgãos de instância inferior aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos.

Outra classificação apresentada nesse capítulo distingue os precedentes declarativos dos precedentes criativos. Afirma-se que esta classificação impõe-se a partir do quadro evolutivo da teoria dos precedentes. Assim, nos precedentes declaratórios, a norma é aplicada porque já constitui Direito, enquanto que no precedente criativo, a norma se transforma em Direito para o futuro porque é agora aplicada³⁴².

³⁴¹ DIDIER Jr.,Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: 3. ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016, p. 466.

³⁴² SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas,1995, p.84.

Dessa forma, consideram-se precedentes declarativos aqueles que reconhecem e aplicam uma determinada norma jurídica preexistente, ao passo que precedentes criativos são aqueles que criam e aplicam uma nova normatividade³⁴³.

Por fim, deve-se ressaltar que a eficácia normativa dos precedentes se constitui de duas dimensões, quais sejam: vertical e horizontal. Ao dizer-se eficácia vertical, propõe-se a perquirir a fonte do precedente, de onde este emanou porque é a partir desta que se imprime autoridade³⁴⁴. Os Tribunais Superiores se impõem aos demais de ordem inferior. Nesse sentido, os precedentes dos Tribunais mais elevados devem ser obedecidos pelos hierarquicamente inferiores, na mesma jurisdição.

Por eficácia normativa horizontal compreenda-se o respeito das Cortes aos seus próprios julgamentos e decisões. É a autovinculação do tribunal e traduz-se, para Schauer, como “*stand by what has been decided*”, evitando-se a insegurança e a incoerência por parte do tribunal³⁴⁵.

1.11 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Shauer adverte que a força normativa de uma regra está mais intimamente relacionada à sua formulação escrita do que se supõe³⁴⁶. Este pensamento esposado por Frederick Schauer oferece-se as diretrizes iniciais sobre o que é importante, fundamental no sistema de precedente que diz respeito à norma emergente do precedente.

³⁴³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial à sumula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007, p. 51.

³⁴⁴ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. University of Virginia Scholl of Law: 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 18 abr 2017.

³⁴⁵ Sobre o tema, afirma Luiz Guilherme Marinone que “De regra, o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada). Esta é a posição adotada, entre outros, por Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenberg. Em outra senda, há aqueles que optam por distinguir o termo *stare decisis* de precedent, como Frederik Schauer, para quem, “tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é dita como sendo *stare decisis* [...], e o termo mais abrangente *precedent* é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011, p. 27.

³⁴⁶ “*an essential component of a rule’s ruleness is more closely related to its verbal formulation than is commonly supposed*”. Cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Law Series, 2002, p. 62.

Como e o que deve ser retirado do precedente e absorvido pelas cortes nas decisões dos casos futuros? Tal questionamento deve ser desafiado. Afinal, o efeito vinculante limita-se tão somente à parte dispositiva do acórdão? Seria possível ser declarada a eficácia vinculante aos fundamentos determinantes? No Brasil, o efeito vinculante é corolário da delimitação da *ratio decidendi*?

Inicialmente cabe externar que a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes defende a extensão dos efeitos da *ratio decidendi*, e, desta forma, opera-se o fenômeno da ampliação da eficácia do precedente com a extração dos motivos determinante para ser utilizado em outros casos futuros. Implica na ampliação dos efeitos da decisão do precedente, os quais vão se impor ao judiciário e à administração.

1.11.1 Considerações Gerais

Patrícia Mello diz que por esta teoria se “designa a possibilidade de extensão dos efeitos vinculantes e *erga omnes* aos motivos determinantes, em lugar de sua restrição ao dispositivo do julgado”³⁴⁷. A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes chegou a ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, contudo nos últimos tempos a Corte vem se abstendo na sua adoção.

O primeiro julgado sobre este tema, *Leading case*³⁴⁸, deu-se com julgamento da Reclamação 1987-0-DF, no qual figurou como relator foi o Ministro Maurício Corrêa, como se vê na ementa transcrita abaixo:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle

³⁴⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148.

³⁴⁸ Oportuno relatar a origem da Teoria da Eficácia dos Motivos Determinantes na Reclamação 2.126/SP, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes quando, em 18 de agosto de 2002, prolatou decisão na qual em medida liminar declarava, observando as circunstâncias dos fatos, que a matéria suscitada não continha conexão com a controvérsia da ADI 1661/SP, mas o seu caráter vinculante deveria ser ampliado para serem considerados os fundamentos determinantes não se podendo defender a hipótese de limitação ao dispositivo. É a transcendência dos motivos esposada pela primeira vez em uma relatoria. Ainda é preciso pontuar a controvérsia que se instaurava para se compreender a sucessão dos fatos e atos processuais posteriores.

concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.

2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 ADI 1662- ADI 1662- ADI 1662-não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal.

3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária.

4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente.

(STF - Tribunal Pleno, Rcl 1987/DF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 01/10/2003)

Pelo estudo deste caso paradigmático, verifica-se que, de forma expressa, o ministro relator Maurício Corrêa, ao apresentar seu voto elasteceu o efeito vinculante dos fundamentos da decisão proferida na ADI 1662/SP afirmando que na hipótese justificava-se a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos seus princípios. Preciosas são suas argumentações ao aludir “que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”³⁴⁹.

Eis o verdadeiro e fundamental motivo para a aplicação da citada teoria: a força normativa da Constituição, tão defendida nesta pesquisa, onde se produziram sólidos conceitos no sentido de ser a Constituição o organismo dirigente do Estado de Direito nesta pós-modernidade.

³⁴⁹ STF - Tribunal Pleno, Rcl 1987/DF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 01/10/2003.

O ministro Maurício Corrêa sabe dos efeitos que emanam do julgamento da ADI mas não deixa de enfrentar o nó górdio, ao defender ser constatável a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na ação direta “que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação”.

Neste caminho, faz-se necessário contextualizar o desenvolvimento dos atos e fatos ocorridos quando da análise desta Reclamação. Destaque-se que o que veio por ser debatido na ADIN 1662/SP, todo o impasse nasceu da criação pelo TST de uma instrução normativa³⁵⁰ com elenco de novas possibilidades para o sequestro de verbas públicas com o fim de pagamento dos precatórios de natureza trabalhista. Com este ato normativo, houve a ampliação de dois novos casos de constituição do precatório, cuja hipótese restringia-se pela Constituição Federal apenas ao de preterição do direito de precedência.

Este outro ponto desse enredo deve ser lembrado que, durante o processamento da ADI citada, houve a promulgação da Emenda Constitucional 30 que modificou regras relativas aos precatórios contudo, não abrangeu a discussão *sub judice* debedlada.

A Reclamação do Distrito Federal³⁵¹ (1987-DF) reportava-se fatos, atos e sujeitos completamente divergentes da situação contida na ADIN 1662 e não tinha o

³⁵⁰ A Instrução normativa 11/97 do TST tinha por escopo uniformizar procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões transitadas em julgado, contra a União Federal (Administração Direta), Autarquias e Fundações, até a nova regulamentação prevista no projeto de reforma do Poder Judiciário, na Constituição da República.

³⁵¹ Na Reclamação 1987/DF, o ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar a sua admissibilidade entendeu pela necessidade de se defender o “limite intransponível da força *erga omnes* e da eficácia vinculante”. Sepúlveda não conheceu da reclamação e afirma que a transcendência dos motivos determinante é “transformar em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão”. Compreende, ainda, que a decisão recorrida não descumpriu decisão do STF, pois o novo ato do TRT foi praticado com base na Emenda Constitucional 30/2000, posterior a decisão contida no julgamento da ADIN 1662. E, ressalva ainda, que a reclamação não se mostra como meio hábil ao deslinde do feito e “não podemos, em reclamação matar a discussão sobre se uma emenda constitucional alterou ou não o panorama que enfrentamos na ação direta sobre a norma anterior”. Assim, lançando a divergência, o ministro Sepúlveda Pertence, mostra-se contrário a aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, no que foi seguido pelos ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio. Para o ministro Ayres Britto adverte enfaticamente que deve ser observado o limite objetivo da Reclamação. A manifestação do ministro Marco Aurélio foi de não conhecer da Rcl 1987 e veio por afirmar que “na hipótese, o fator cronológico é contrário à admissibilidade, como ressaltado pelo ministro Sepúlveda Pertence, porque, na ADI 1662, cujo acórdão se diz descumprido, o Supremo Tribunal Federal fulminou o ato de 1997 e a base normativa da Justiça do Trabalho é um diploma posterior, é a EC nº 30/00”. Deduz, ainda, o ministro Marco Aurélio que a força *erga omnes* de uma decisão vale em relação a todos, a toda população e a eficácia vinculante da decisão do Supremo que subordina os demais órgãos públicos a observarem suas decisões sendo contrário à ampliação das hipóteses de cabimento da Reclamação.

escopo do debate contido na ADIN 1662, qual seja a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, mas a reclamação oportunizou o que da ADIN tinha de fundamento que por evidente devia ser observado, o seu fator de direcionamento.

De fato, o Supremo Tribunal Federal já determinara a impossibilidade do sequestro de quantias do poder público por falta de pagamento de precatórios, mesmo o tempo feito de forma restrita como o foi na ADIN 1662, mas não havia se manifestado sobre as circunstâncias do novo caso apresentado na Reclamação 1987.

A decisão da Reclamação 1987 aplica o entendimento de que a eficácia da decisão deveria ser alargada e, como tal, nova hipótese de inconstitucionalidade se configuraria. Dessa forma, acolhe-se, por maioria, que o efeito vinculante também está expresso e contido nos fundamentos determinantes do caso e não apenas a parte dispositiva. Através deste *leading case*, repita-se, ainda mais uma vez, se perfaz no direito pátrio a tese de efetiva possibilidade de aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes no controle de concentrado de constitucionalidade³⁵².

Recorde-se, neste ato, que coube ao ministro Gilmar Mendes a defesa da Teoria da Transcendência quando do julgamento da medida cautelar na Reclamação 2126/SP. Nessa reclamação, o município de Itapeva insurgia-se contra o ato do presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, requerendo devolução aos cofres públicos municipais dos valores objeto do sequestro bem assim que fosse determinado que se abstivesse de autorizar a expedição de ordem, guia, mandado ou qualquer outro ato que possibilite a efetivação de sequestros de valores.

Assim, ao examinar a liminar suscitada, o relator ministro Gilmar Mendes se reporta à Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes apresentando em

³⁵² Os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cezar Peluso, Nelson Jobim e Carlos Velloso no julgamento da reclamação 1987-DF me mantiveram a favor do voto da relatoria, Ministro Maurício Corrêa. Destaquem-se as advertências relativas ao ministro Gilmar Mendes que observa que, ao lado de Ives Granda, é o autor intelectual da proposta que levou ao efeito vinculante na Emenda Constitucional nº3, pontuando o citado Ministro: “fui o autor do texto apresentado por Roberto Campos na Câmara dos Deputados. E, sabíamos que o efeito vinculante, aqui, tinha sim, o propósito que é o ‘das *bindungsvircum*’ alemã, que era emprestar efeito vinculante aos fundamentos determinantes”. Por fim, vale o registro, para não se mencionar inexatidão nesta pesquisa, que o Ministro Carlos Velloso, muito embora tenha acompanhado a maioria, compreendeu que “deve ficar claro, entretanto, que o efeito vinculante está sujeito a uma limitação objetiva: o ato normativo objeto da ação, o dispositivo da decisão vinculante, não os seus fundamentos”. Deste modo, o ministro deixa claro que, na sua opinião, os fundamentos não podem ser contidos por seu efeito normativo.

seu voto um minucioso estudo sobre a mesma, qual será apresentado nesta pesquisa em reduzida síntese abaixo, com o intuito de destacar alguns pontos favoráveis à aplicação da transcendência.

Nessa manifestação, o ministro Gilmar Mendes adverte que o efeito vinculante advém do papel político-institucional exercido pelo Tribunal Constitucional, que tem por função zelar pela observância da Constituição. Com essa preliminar, a advertência vem afirmar que os atos impugnados, mesmo não tendo plena identidade com o objeto central da ADI 1.662, devem ser preservados ao alcance do efeito vinculante das decisões que não está limitado à sua parte dispositiva, devendo ser considerados os fundamentos determinantes.

Nesse ensejo, o citado relator faz a apresentação sob o tema “transcendência” de acordo com a literatura alemã para explicitar o significado efetivo desta teoria e, logo, conclui que são vinculantes as decisões capazes de transitar em julgado. Assim, seguindo esta linha de raciocínio, ao inferir-se em sua defesa contida no acórdão, Mendes esclarece que “a coisa julgada e o efeito vinculante refere-se ao momento da decisão e as alterações posteriores não são alcançadas”.

O relator em seguida indaga sobre os limites objetivos do efeito vinculante, procurando identificar à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas e, bem assim, se estaria o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou seria ampliada aos fundamentos determinantes ou, ainda, englobaria até as considerações marginais, o *obiter dicta*.

Ao citar, desse modo, o Tribunal Alemão³⁵³, adverte-se que, nessa Corte, o efeito vinculante estende-se, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão. A eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular e os princípios da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes “sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos

³⁵³ O Constituinte Alemão, ao discorrer sobre o seu Tribunal Constitucional, procurou dar efetividade às suas decisões através da eficácia vinculante da fundamentação; veio por idealizar no seu sistema a garantia, a força normativa da Constituição e provendo a unidade do direito constitucional. Como afirma Marinoni, “a técnica da eficácia vinculante da fundamentação foi forjada a partir da necessidade de se outorgar força obrigatória às decisões e da constatação, daí decorrente, de que o que importava na decisão, não era a sua parte dispositiva e a coisa julgada material, mas sim os seus fundamentos”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011, p. 292.

futuros”.

Assim, esclarece finalmente o ministro Gilmar Mendes que, quando do Julgamento da ADI 1.662, o STF pronunciou-se no sentido de que “a previsão de sequestro contida no § 2º do art. 100 da Constituição deve ser interpretada necessariamente de modo restritivo”. Note-se que o ministro, neste caso, vai à procura dos fundamentos que nortearam a causa, num verdadeiro processo de extração da *ratio decidendi* do caso, tanto que vem por esclarecer que a “idéia de que o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão, afigura-se necessário”.

Advirta-se por cautela que a aplicação da Teoria da Transcendência não é acolhida integralmente pelo Supremo Tribunal Federal, sendo evidente que, ao longo dos anos, momentos há que a Corte Suprema a aplica e, em outras, não, sendo portanto de grande instabilidade a sua aplicação. O Supremo Tribunal Federal ainda não adota de forma pacífica essa teoria.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, não se poderia defender o efeito vinculante de uma decisão frente à constitucionalidade de uma norma, sendo importante, apenas, a aplicação restrita à parte dispositiva da decisão, repudiando-se portanto a esta teoria³⁵⁴. Entrementes, o Supremo Tribunal Federal demonstrou interesse nesse debate procurando, especialmente no que nos interessa nesta pesquisa, analisar se os motivos determinantes dos julgados também devem ter força vinculativa quando da decisão de uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Nesta oportunidade, apresenta-se abaixo o quadro explicativo dos processos pioneiros sobre a possibilidade de aplicação da Teoria Transcendental dos Motivos Determinantes. Veja-se, em resumo, o embate da controvérsia.

³⁵⁴ Confira em: Rcl 2990-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.09.07.

Figura 3 - 1ª TABELA: ADIM1662/SP

TIPO	RELATOR	PARTES	CONTROVERSIA	DECISÃO
ADI 1662/SP³⁵⁵	MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA	GOVERNA- DOR DO ESTADO DE SÃO PAULO X TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST	INCONSTITUCIONALI- DADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA 11/97, DESTINADA A UNIFORMIZAR OS PROCEDIMENTOS RELATIVOS ÀS EXECUÇÕES MOVIDAS CONTRA AS FAZENDAS PUBLICAS, NO AMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO	DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDA DE EM 30. 08. 2001

Fonte: Ferreira (2017).

³⁵⁵ O processo físico que pode ser visitado por peças pode ser examinado no seguinte link: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1681703>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

Figura 4 - 2ª TABELA: RECLAMAÇÃO 1987-DF

<p>RECLAMAÇÃO 1987-DF³⁵⁶</p>	<p>MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA</p>	<p>GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL</p> <p>X</p> <p>PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO</p>	<p>AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.</p>	<p>Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e Desenvolvimento da ordem constitucional.</p> <p>Em 01.10.2003</p>
---	--	--	--	--

Fonte: Ferreira (2017).

³⁵⁶

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1987&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

Figura 5 - 3ª TABELA: MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 2.116

<p>MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 2.116/SP357</p>	<p>MINISTRO GILMAR MENDES</p>	<p>MUNICÍPIO DE ITAPEVA x PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO INTERV. ESPÓLIO DE AMILCAR BERNARDI- NI</p>	<p>A DEVOLUÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS MUNICIPAIS DOS VALORES OBJETO DO SEQÜESTRO DETERMINADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, BEM COMO, QUE SEJA DETERMINADO AO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO "QUE SE ABSTENHA DE AUTORIZAR A EXPEDIÇÃO DE ORDEM, GUIA, MANDADO OU QUALQUER OUTRO ATO QUE POSSIBILITE A EFETIVAÇÃO DE SEQÜESTROS DE VALORES DECORRENTES DE PRECATÓRIOS QUE FORAM OBJETO DE PARCELAMENTO", COM FUNDAMENTO NAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NOS 30/2000 E 37/2002. O SEQÜESTRO FOI DETERMINADO PARA PAGAMENTO DE CRÉDITOS QUE TERIAM SIDO PRETERIDOS POR PRECATÓRIO POSTERIOR (1/98 EM RELAÇÃO AO 7/96), NO ENTENDIMENTO DE QUE HAVERIA VIOLAÇÃO DO ART. 100, § 2º DA CONSTITUIÇÃO.</p>	<p>Que a previsão constitucional de sequestro deve ser interpretada restritivamente, nos termos do precedente firmado na adi 1.662; (2) que há controvérsia quanto à ocorrência ou não de preterição; (3) que o município agiu tendo em vista o enquadramento em disciplina de lei federal relativa a parcelamento de débitos; (4) que o referido enquadramento teve em mira o cumprimento de uma série de obrigações, inclusive de matriz constitucional, perante outras unidades da federação (união e estados) e perante a própria sociedade de Itapeva; (5) o comprometimento da execução do orçamento municipal; (6) os múltiplos bens jurídicos em conflito, com ênfase no papel do município no oferecimento de serviços públicos essenciais; (7) e, ainda, o fato de que a execução da medida impugnada já representa patente situação de colapso financeiro de Itapeva, com inevitáveis, e em alguma medida irreparáveis, consequências para a prestação de serviços públicos; (8) a possível ausência de proporcionalidade da ordem de sequestros; concedo a cautelar para determinar a suspensão do sequestros e a imediata devolução aos cofres públicos municipais dos valores dele objeto, até decisão final sobre a matéria.</p>
--	-----------------------------------	---	--	---

³⁵⁷ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=158&dataPublicacaoDj=19/08/2002&incidente=3707120&codCapitulo=6&numMateria=113&codMateria=2>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

Fonte: Ferreira (2017).

1.11.2 *Transcendência dos motivos, eficácia erga omnes, efeito vinculante*

O Supremo Tribunal Federal tem se permitido a discussão, como se viu anteriormente, sobre a possível necessidade de aplicação sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Como se observou pronunciamentos existiram no sentido de sua aplicação, mas de fato a doutrina não se recepcionou com no ordenamento jurídico brasileiro.

É uma engenhosidade que especialmente enfrenta a tradicional doutrina constitucional relativamente aos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade, concentra e difuso, ensejando a constituição um vivificante sistema de precedentes ao oportunizar o delineamento mais contundente dos limites objetivos.

Ora, sabe-se que o efeito vinculante está expresso na parte dispositiva do acórdão, como fonte de segurança jurídica. Não foi por outro motivo que a regra expressa está CPC, prescrevendo que os motivos determinantes do acórdão não fazem coisa julgada. Mas, tal dispositivo veio atrair para si olhares duvidosos em razão da sobreposição de conceitos relativamente à coisa julgada e efeito vinculante.

Não resta dúvida da importância de identificar a *ratio decidendi* e, mais do que isto, dela extrair os seus motivos determinantes, pois estes são os responsáveis pela vinculação e aplicação nos casos futuros. Barboza, alerta que o que cria o precedente vinculante e exige sua aplicação aos julgamentos posteriores é a *ratio decidendi* sendo fundamental descobri-la. A descoberta da *ratio* é processo essencial por isto mesmo justifica-se todo esforço na sua procura e delimitá-la pela sua fundamentação, ou seja, naquilo que verdadeiramente ela o é³⁵⁸.

Vale a pena afirmar que dentro da fundamentação encontram-se presente os motivos determinantes³⁵⁹ Em tais condições, é necessário saber a partir da análise - da fundamentação os motivos, efetivando um processo para sua extração. Este o motivo suficiente é, assim, o determinante, que “quando individualizado na

³⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217

³⁵⁹ Marinoni, p. 293.

fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão tomada³⁶⁰. Este motivo determinante é o argumento sem o qual o caso não seria solucionado da forma que o foi.

Marinoni esclarece que o processo de individualização dos motivos determinantes demanda um novo tipo de valoração da fundamentação, que passa da essência para alcançar a qualidade³⁶¹. Nesse sentido, já se esclarece que a ampliação da eficácia vinculante aos fundamentos importa, portanto, em se dar eficácia obrigatória aos precedentes.

Esclareça-se ademais que tal tese não é o melhor sinônimo para motivos determinantes. Faça-se, nesse momento, tecer importante distinção entre coisa julgada, eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante. Marinoni esclarece que a “diferença entre coisa julgada, eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante está em suas essências”³⁶² Nesta pesquisa, foi abordada a distinção entre efeito vinculante e eficácia *erga omnes* e, ainda, entre a eficácia *erga omnes* da coisa julgada.

Ao se referir à coisa julgada, dois aspectos revelam-se: imutabilidade e indiscutibilidade³⁶³. O art. 502 do CPC afirma denominar-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Ao sinalizar para a existência de coisa julgada material, doutrinadores vão combater a denominação *coisa julgada formal*. Essa expressão deveria ser afastada doutrinariamente, contudo permanece alvo de construção doutrinária, como analisa Nelson Nery, desde o código anterior³⁶⁴.

A *coisa julgada formal* decorre da imutabilidade da sentença, em razão da impossibilidade de interposição de recursos, seja porque não há mais espécies admitidas, seja por esgotamento dos prazos ou declaração de desistência ou renúncia à sua interposição. Assim, a que coisa julgada em sentido formal denunciaria para muitos apenas o fenômeno da preclusão e não, propriamente, da coisa julgada³⁶⁵.

³⁶⁰ Idem, p. 293.

³⁶¹ Idem, p. 293.

³⁶² Marinoni, p. 292.

³⁶³ CABRAL, Antonio Passos. *Coisas julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 51-52.

³⁶⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.865.

³⁶⁵ Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 57 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 587.

Por outro lado, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho vão advertir que preclusão e coisa julgada formal são fenômenos distintos no tocante à decisão irrecorrível e aludem que a “preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo”³⁶⁶.

Sabe-se que a coisa julgada formal é fenômeno endoprocessual, sendo efeito da preclusão do direito de provocar a mudança da decisão, ou seja, de impugná-la, dando causa à irrecorribilidade da decisão³⁶⁷. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira apresentam dois pressupostos para que a decisão adquira a qualidade de coisa julgada, quais sejam: a existência de uma decisão de mérito, salvo casos excepcionalísticos; o trânsito em julgado, não sendo mais possível a interposição de quaisquer recursos. A coisa julgada tem seu fundamento constitucional no princípio da segurança jurídica, sendo sua inviolabilidade por lei posterior um direito fundamental expresso no art. 5, XXXVI, CF³⁶⁸.

Feitas estas preliminares indagações sobre o instituto da coisa julgada, ponderemos sobre a sua eficácia *erga omnes*. Bem se sabe que o artigo 102, §2º da Constituição Federal dispõe que as decisões proferidas pelo STF, em que há análise definitiva de mérito e em sede de ação direta de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade, produzem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Pela interpretação acima, deve-se pontuar a diferença existente entre estes tipos de institutos, de um lado eficácia *erga omnes* e de outro o efeito vinculante. Ao se propalar a existência de eficácia *erga omnes* da coisa julgada, se quer afirmar que os efeitos da decisão atingem a todos, sejam particulares e administração pública. A declaração atinge indistintamente o universo de pessoas.

A Coisa julgada, pois, nestes casos atinge com seus efeitos a todos e, por certo, indica que a inconstitucionalidade vai além daquelas partes diretamente

³⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 12. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 326

³⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.68.

³⁶⁸ DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: 3 ed. Editora JusPodium, 2016, p. 516.

envolvidas no processo. A característica da imutabilidade da coisa julgada atinge a todos.

Uma vez existindo declaração de lei ou dispositivo como inconstitucional, estes não ressurgem jamais no ordenamento jurídico, mesmo se editada outra norma com o mesmo conteúdo, e, em face da imutabilidade, jamais será revigorada.

É como apresenta Souza quando aduz que a “eficácia *erga omnes* , em uma decisão no controle concentrado, que se restringe a sua parte dispositiva, quer significar que ela atinge a própria eficácia geral e abstrata da norma objeto do controle e, por conseguinte, atinge a todos”³⁶⁹.

Martins e Mendes esclarecem que a jurisprudência muito se utiliza do termo eficácia *erga omnes* sem, contudo, ter a doutrina se dedicando a conceder ao termo um porto doutrinário seguro e de, um modo geral, por ela se impede que “a questão seja submetida uma vez mais ao Supremo Tribunal Federal”³⁷⁰.

Do efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade, nasceu uma construção jurisprudencial. Inicialmente muito se debateu sobre a atribuição deste efeito, especialmente porque, na redação do art. 102§ 2º da CF, fruto da Emenda Constitucional nº 3/93, não foi declarado de forma explícita. Posteriormente, como se deu com a declaração de constitucionalidade, foi de modo explícito indicada a atribuição do efeito vinculante, para as ações de inconstitucionalidade, através da edição da Lei nº 9.868, em 10/11/99 e com o advento da EC. nº 45, de 31/12/2004, se permitindo assim que o efeito vinculante foi estendido expressamente à ADI que vinculará aos demais órgãos do Poder Judiciário, com exceção do STF e da administração pública, direta e indireta, em todas as esferas.

O efeito vinculante foi introduzido no texto constitucional através da edição da EC nº 3, em 17/03/93. Essa emenda veio por acrescentou o § 2º ao art. 102, mas estabeleceu este efeito apenas para as Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Repita-se que foi a própria jurisprudência do STF que interpretando o caso concreto passou a conferir às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o mesmo efeito.

Sem dúvida, o que mais tem gerado polêmica reativamente aos limites dos efeitos vinculantes, como já observado, diz respeito aos limites objetivos, pois

³⁶⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á sumula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba:Juruá, 2007; p. 209.

³⁷⁰ Martins e Mendes, p. 586.

indaga-se sobre o que seria atingido: a parte dispositiva da decisão ou haveria extensão capaz de alcançar os motivos determinantes da decisão?

O modelo alemão, repita-se, acolhe no seu controle tal permissão como foi ressaltado em julgado da Rec./SP e também em Portugal³⁷¹. Explique-se.

O Tribunal Constitucional Alemão tem dado interpretação ampliada ao § 31, I da lei Orgânica do Tribunal Constitucional, entendendo que o efeito vinculante atinge os fundamentos determinantes da decisão, os quais devem ser seguidos no julgamento dos casos futuros, esclarecendo Martins e Mendes que a limitação, a arte dispositiva, pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei, pelo qual esta redução diminuiria “a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional³⁷²”.

Com a adoção a este posicionamento, como já observado no item anterior, o efeito vinculante transcende o “caso da norma em particular, objeto de controle da decisão uma vez que a idéia jurídica que está por detrás da parte dispositiva, ou seja, o fundamento é também vinculante para o controle de constitucionalidade de normas semelhantes”³⁷³.

Após estas explanações sobre os precedentes judiciais e o microssistema de precedentes no Brasil, será necessário para o desenvolvimento desta tese adentrar-se ao controle de constitucionalidade no Brasil, em especial o controle concentrado.

³⁷¹ Nesta pesquisa, realiza-se uma mínima reflexão sobre a jurisdição em Portugal no capítulo dedicado ao controle de constitucionalidade, a seguir estruturado, o que se abordou por técnica própria.

³⁷² MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: comentários à Lei 9868, de 10.11.1999*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 341.

³⁷³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial à sumula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba:Juruá, 2007, p. 219.

CAPÍTULO 2 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA PARA ASSEGURAR A SEGURANÇA E A COERÊNCIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA

A fim de entender o surgimento e a dinâmica do controle de constitucionalidade³⁷⁴, é imprescindível antes compreender o momento em que tal controle fora pensado, bem como as razões que justificam a sua existência. Nesse sentido, o estudo acerca do papel da constituição nos estados e ordenamentos é de fundamental importância, haja vista que para se falar em controle de constitucionalidade, deve-se falar em supremacia da constituição.

2.1 UMA TENTATIVA DE CONCEITUAR O CONSTITUCIONALISMO

O vocábulo “constituição”, no dicionário Aurélio, contém muitas acepções, dos quais se podem ressaltar especialmente seis dos seus significados, quais sejam: 1. ato de constituir, estabelecer e firmar; 2. modo pelo qual se constitui uma coisa, o ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação; 3. lei fundamental e suprema do Estado que contém normas respeitantes à formação dos poderes públicos, forma de governo, distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos; carta constitucional; 4. conjunto de normas reguladoras de uma instituição, corporação, estatuto; 5. conjunto dos caracteres morfo-físico-patológicos hereditários e adquiridos de um indivíduo; 6. a constituição física de um indivíduo; compleição³⁷⁵.

Vê-se, desse modo, que a palavra “constituição” embute variadas ideias, tais como as de formação e de estrutura. Essas definições apresentadas contêm alguns dos seus sentidos mais significativos. Ao se investigar, ainda, os sinônimos de “constituição”, pode-se remeter a atos de diversas naturezas, o que por si só já

³⁷⁴ Sabe-se que o termo controle de constitucionalidade é apenas uma das vertentes que constitui o conceito de Jurisdição constitucional. Vale, portanto, ressaltar que nesta pesquisa delimitada será a análise ao controle de constitucionalidade e, por isto, ao se reportar a jurisdição constitucional deverá ser compreendida tão somente como controle de constitucionalidade sem indicar, debater e suscitar outros aspectos, por motivos exclusivamente metodológicos.

³⁷⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed. 5ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 370.

demonstra não ser uma tarefa fácil a apresentação de um conceito de Constituição.³⁷⁶

A palavra constituição pode remeter ao ato de constituir, sendo composição, formação; pode indicar características físicas, e como tal, é estrutura, biotipo. Pode, se reportar a temperamento, apresentando-se como a índole ou a natureza. Por fim, “constituição” pode encontrar sinônimos relativos às normas, sendo, nesse seguimento, estatutos e regras e, até, expressar a “carta magna”, “carta constitucional”, “lei básica”.

Considere-se de primordial atenção, portanto, estes preciosos significados que estão contidos na palavra constituição, pois são diretrizes para o percurso de aferimento do valor da constituição como ato de formação e estruturação, que invoca, a índole e a natureza (“de um povo”), que traça normas e regras se constituindo como magna, básica e portanto essencial e elementar.

Em verdade, os questionamentos que faz Ferdinand Lassalle³⁷⁷ – “*Que é uma Constituição? Onde encontrar a verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição?*”³⁷⁸ – devem ser enfrentados, nesta tese, apontando-se, de logo, que a doutrina a conceitua sob diversos aspectos e sentidos³⁷⁹.

A Constituição pode ser analisada sobre sentido sociológico, político e jurídico. Sobre o prisma sociológico ou realista, Lassalle afirma que a Constituição é a “soma dos fatores reais de poder” que predominam em uma comunidade, levando em consideração a relação entre os fatos sociais dentro do Estado³⁸⁰.

Conferencista, político, Lassalle, em 16 de abril de 1862, apresenta sua tese sobre a essência da Constituição defendendo que as questões constitucionais são políticas³⁸¹. Nesse sentido, ele identifica que a Constituição deve ser “o reflexo das forças sociais que estruturam e determinam o poder” e que “de nada serve o que se

³⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.p. 412.

³⁷⁷ Ferdinand Lassalle, advogado, militante político sindical. Nasceu em 1 de abril de 1825, em Breslau, na Polônia e faleceu em 1864, na Suíça, na cidade de Carouge. É considerado um precursor da social-democracia alemã. Foi contemporâneo de Karl Marx, com quem esteve junto durante a Revolução Prussiana de 1848 até romper com ele em 1864. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ferdinand_Lassalle>. Acesso em: 30 jul. 2017.

³⁷⁸ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.7.

³⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. 2. tiragem, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores; 1998, p. 63.

³⁸⁰ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. . 47-48.

³⁸¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.9.

escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder³⁸²”.

Sustenta, ainda, que nas sociedades se estruturam dois tipos de Constituições. Uma, real e outra, escrita. A primeira é a constituição da “soma dos fatores reais do poder”, e, a segunda, só se validará se à Constituição real, corresponder, adequar-se³⁸³.

Neste percurso sociológico, merecem destaque os fundamentos da teoria sociológica de Lassalle, por conduzir a análise da constituição para o povo e suas necessidades efetivas, de nada valendo o papel e seu conteúdo sem o cumprimento dos seus propósitos determinantes.

Na acepção política, a constituição exprime toda a decisão fundamental contendo determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política, sendo esta normatização, apenas, uma decisão política do titular do poder constituinte, tanto na Democracia, pelo povo quanto na Monarquia, pelo Monarca³⁸⁴.

Para Carl Schmitt, a constituição pode ser apresentada em quatro vertentes, sendo a verdadeiramente importante, atentar-se para o sentido positivo que denota a vontade política, a fundamental decisão política. Portanto, é a nação a força gestora da Constituição, sendo clara a distinção entre leis constitucionais e Constituição. As primeiras podem ser reformadas, já a segunda, nunca, pois é ato do poder soberano responsável pela ordem social, política, jurídica, ou seja, organização fundamental do Estado³⁸⁵.

Ao referir-se ao conceito jurídico, sobre Constituição, diz Barroso que é a “lei suprema do Estado”³⁸⁶. E, nesse sentido, a constituição, verdadeiramente, é a “ordenação sistemática e racional da comunidade política, através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”³⁸⁷

³⁸² LASSALLE, Ferdinand, op. cit, p. 68.

³⁸³ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.42.

³⁸⁴ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. 1. Ed. 3. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2001 [1932], p.22 -27.

³⁸⁵ Idem, p. 47.

³⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

³⁸⁷ CANOTILHO, 1997, p. 52.

Levante-se o olhar aos ensinamentos de Hans Kelsen quando afirma ser a constituição “o escalão de Direito positivo mais elevado”³⁸⁸. A teoria kelseniana defende o conceito de constituição assentado em uma ordem jurídica hierarquizada e não em um sistema de normas igualitário e ordenado em um mesmo plano³⁸⁹.

O jurista austríaco desenvolveu dois sentidos jurídicos para a Constituição. Pelo sentido lógico-jurídico, a Constituição é a norma fundamental hipotética que tem de servir como o fundamento da validade desta Constituição em sentido jurídico-positivo. A Constituição segundo Kelsen é norma suprema positivada.

As normas constitucionais caracterizam-se pela imperatividade que assumem no sistema e, portanto, de supremacia em relação às demais, e sendo dessa forma, o Direito é hierarquia de normas jurídicas³⁹⁰, no qual a Constituição, assume o papel relevante de ser a bússola, um GPS que orienta todo o complexo de normas contidas no ordenamento. Corolário desta irrefutável condição suprema, a Constituição impõe que todas as situações jurídicas se estabeleçam de acordo com os princípios e regras por ela eleitos³⁹¹.

Sem dúvida, vale deixar o registro que uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX será a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica³⁹².

Como se observa, a ideia de Constituição não é uma preocupação dos tempos atuais, sendo um equívoco a suposição de que o tema Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos³⁹³. A Constituição é o modo pelo qual o Estado de Direito se organiza. Pode-se dizer, por evidência, em amplo sentido, que as existências das constituições nos estados darão emprego ao termo constitucionalismo³⁹⁴.

O constitucionalismo é um termo amplo e usado em diversos sentidos pelos autores. Canotilho³⁹⁵ acredita ser o constitucionalismo uma teoria ou uma “ideologia

³⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.310.

³⁸⁹ *Idem*, p. 309

³⁹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 26.

³⁹¹ *Idem*, p. 27

³⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 196.

³⁹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.*, p. 19-20.

³⁹⁴ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 49.

³⁹⁵ José Joaquim Gomes Canotilho nasceu em 15 de agosto de 1941. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É certamente um dos maiores constitucionalistas da Europa.

baseada por um lado no princípio do governo limitado, e de outro lado na garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de certa comunidade”. Assim, para o jurista Português, o constitucionalismo transporta um claro juízo de valor, sendo uma teoria normativa da política³⁹⁶.

No entanto, esta é a compreensão mais simplificada deste fenômeno, que se manifesta como juízo condutor a garantia de valores eleitos, limitando o poder. São como expressões garantistas, direitos de garantia. Canotilho adverte sobre a existência de dois movimentos constitucionais: o constitucionalismo antigo e o moderno. E ao lado desta distinção pontua que se podem identificar vários constitucionalismos como o inglês, o francês etc.³⁹⁷.

Novelino, por sua vez, enxerga dois sentidos principais para o termo constitucionalismo: em sentido amplo seria a existência de uma constituição, independente do regime político ou momento histórico presente; no sentido estrito, por sua vez, estaria associado à separação de poderes, conforme a teoria desenvolvida por Kant e Motesquieu, e a garantia de direitos, limitando o poder estatal³⁹⁸.

Ainda, Kildare Gonçalves Carvalho³⁹⁹ considera o constitucionalismo em dois aspectos: o jurídico como sendo um sistema normativo enfeixado por uma Constituição, como norma suprema, e o sociológico representando um movimento baseado na limitação do poder dos governantes.

Por seu turno, Dirley da Cunha Júnior, ressalva que o constitucionalismo surgiu como movimento político e filosófico que pretendia realizar o ideal de liberdade humana, revelando, desse modo, o grande valor da constituição, como recurso a possibilitar o tipo de organização política, seu controle, ao tempo que instituíam os direitos e deveres dos governantes e governados⁴⁰⁰.

Ao apresentar as suas considerações sobre a evolução histórica do constitucionalismo, em sua obra *Teoría de la Constitución*, Karl Lowenstein adverte:

³⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.51-52.

³⁹⁷ Idem, p. 52.

³⁹⁸ NOVELINO, Marcelo. *Teoria da constituição e controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.49. No mesmo sentido: NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 49.

³⁹⁹ CARVALHO, Kildere Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição*. Direito constitucional positivo. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 54.

⁴⁰⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2011, p. 33-34.

“Sin embargo, la existencia de una constitución escrita no se identifica con el constitucionalismo”, ou seja, não se deve confundir o constitucionalismo com as constituições escritas⁴⁰¹. Estas são criações do século XVIII, pois a vitória final do documento constitucional escrito, como sanção solene do constitucionalismo democrático, começou no Novo Mundo⁴⁰².

A propósito dessa perspectiva, Cunha adverte que o chamado Estado *Absoluto* já era instituído numa Constituição, pelo que se denota ser o constitucionalismo um movimento “que não se destinou a conferir “Constituições” aos Estados, que já as possuíam, pelo menos no sentido material”. O constitucionalismo fez com que os estados adotassem normas sobre “a separação das funções estatais e dos direitos fundamentais”⁴⁰³.

O Constitucionalismo é, ainda, definido mediante quatro perspectivas por André Tavares, referindo-se ao movimento político social tendente a limitar o poder arbitrário; a imposição de cartas escritas; aos propósitos, à função e à posição da constituição nas diversas sociedades e, por fim, à evolução histórica constitucional de um Estado⁴⁰⁴.

Por fim, Edvaldo Brito destaca o constitucionalismo como a “expressão da soberania popular, que representa, em certo momento histórico, o deslocamento do eixo de poder, cuja titularidade ou exercício era exclusivamente do soberano”⁴⁰⁵. Em síntese, pode-se considerar o constitucionalismo como sendo a própria história das constituições nas mais diversas comunidades e, de forma mais estrita, como o movimento de limitação do poder estatal a fim de garantir os direitos dos indivíduos, perspectiva esta de caráter liberal.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO

A fim de compreender os momentos históricos que levaram o constitucionalismo a alcançar as feições atuais, devem-se percorrer os principais

⁴⁰¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 154.

⁴⁰² Idem, p. 159.

⁴⁰³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 21.

⁴⁰⁴ TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁰⁵ BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 54.

momentos de evolução do mesmo. Nesse sentido, para Karl Lowenstein, a história do constitucionalismo traduz a busca do homem pela limitação do poder estatal, bem como o empenho de encontrar uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, contrariando a submissão cega à determinada autoridade⁴⁰⁶.

Inicialmente, há dois principais momentos históricos do constitucionalismo. De um lado, o constitucionalismo antigo, no qual podemos incluir o constitucionalismo durante a antiguidade, com os hebreus, gregos e romanos, e o constitucionalismo inglês, durante a Idade Média e a Idade Moderna. Ainda, pode-se falar no constitucionalismo moderno, durante a idade contemporânea, do qual fazem parte o constitucionalismo norte-americano e o francês, com evidente enfoque liberal⁴⁰⁷. Por fim, numa visão mais recente, pode-se falar ainda em um constitucionalismo contemporâneo, com a ascensão de um Estado Democrático de Direito e não mais meramente liberal, e ainda, no constitucionalismo do futuro⁴⁰⁸.

Dirley Cunha afirma que se “designa como constitucionalismo antigo todo o esquema de organização político-jurídica que precedeu o constitucionalismo moderno⁴⁰⁹, como constitucionalismo grego e o constitucionalismo romano”⁴¹⁰. No constitucionalismo antigo não se fala propriamente em uma teoria da constituição, termo este consolidado apenas no Ocidente contemporâneo; contudo, as experiências vividas pelas sociedades antigas revelam-se de extrema relevância para a compreensão das feições atuais do constitucionalismo⁴¹¹.

Nesse sentido, o constitucionalismo hebreu, conforme identifica Karl Lowenstein, é marcado por um estado teocrático, que limitava o poder estatal de acordo com as convicções e os costumes da comunidade. Sendo assim, os dogmas

⁴⁰⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed., Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 155.

⁴⁰⁷ Idem, p. 154-159.

⁴⁰⁸ DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: El constitucionalismo del 'por-venir'. In: *Derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Eduardo García de Enterría e Manuel Clavero Arevalo (Coordenadores). Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1997, p. 115.

⁴⁰⁹ Sobre o tema constitucionalismo moderno, Dirley Cunha destaca que sua origem formal “está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de Direitos e Garantias Fundamentais*”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 22-23).

⁴¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit, p. 22.

⁴¹¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2 ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 155.

bíblicos configuravam um limite ao poder dos governantes. Os hebreus são apresentados como o primeiro povo a praticar o constitucionalismo⁴¹².

Posteriormente, nos meados do século V a. C., o autor identifica a experiência constitucional da Grécia, sobretudo, com a democracia constitucional existente nas cidades-estados de Atenas, com a Constituição de Sólon. Ele afirma que todas as instituições políticas dos gregos refletem sua profunda aversão a todos os tipos de poder concentrado e arbitrário, bem assim, a sua devoção quase fanática pelo Estado de Direito uma ordem democrática e constitucionalmente regulado com igual de justiça (isonomia).

Bulos assegura ainda que tal experiência é marcada pela inexistência de constituições escritas, prevalência do Parlamento, constituição flexível, bem como irresponsabilidade dos governantes⁴¹³.

Em Roma, por sua vez, percebe-se que houve um certo retrospecto do que fora vivido pela Grécia, fornecendo diversos modelos conceituais, a exemplo do “*principado*” e “*res publica*”⁴¹⁴.

Enfim, como última experiência inserida no contexto do constitucionalismo antigo, pode-se falar no constitucionalismo na Inglaterra. Num primeiro momento, ao longo da Idade Média, período marcado pela predominância de regimes absolutistas, ressurgiu o movimento de conquistas de liberdade, em especial com a Magna Carta de 1215, representando o grande marco desse período, consagrando a proteção de direitos individuais⁴¹⁵. Ainda, a grande contribuição desse período foi afirmação de que todo poder deve ser legalmente limitado⁴¹⁶.

Enfim, ao longo da Idade Moderna, merecem destaques os pactos ingleses, em especial a *Peition of Rights (1689)*, o *Habeas corpus Act (1679)* e *Act of Settlement (1701)*. Estes pactos foram acompanhados dos chamados forais de franquia que também se voltavam para a proteção dos direitos individuais, que, frise-se, eram voltados para determinados homens, não tendo, portanto, caráter universal⁴¹⁷.

⁴¹² Ibidem, p. 154-155.

⁴¹³ Bulos, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47.

⁴¹⁴ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 49.

⁴¹⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015 p.

⁴¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁴¹⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015p.

Na segunda etapa do constitucionalismo, denominado por Canotilho⁴¹⁸ como Constitucionalismo Moderno, tem-se, em um primeiro momento, a experiência dos Estados Unidos, de forte influência das concepções de John Locke, com as noções de individualismo e liberalismo e de Montesquieu, com a limitação do poder⁴¹⁹.

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴²⁰, os peregrinos, imbuídos pelo igualitarismo, firmaram na nova terra, por consenso, as regras que haveriam de governar-se. Neste sentido, estabelece-se o *Compact* (1629), bem como as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), trazendo a ideia de organização do governo pelos próprios governados, significando grande pilar às noções de constituição⁴²¹.

Tempos mais tarde, institui-se a *Declaration of Rights do Estado de Virgínia*, em 1776, rompendo de vez com o poder central inglês⁴²². Em seguida, outros documentos ratificam tais ideais, a exemplo do *Articles of Confederation*, substituído pela atual Constituição dos Estados Unidos.

Com relação à experiência constitucional estadunidense, deve-se destacar o fato de ter sido a primeira constituição escrita e rígida, aspecto este imprescindível para o estudo acerca do controle de constitucionalidade, como se analisará a seguir.

Ademais, fora consagrada a forma federativa de estado, com a criação do sistema presidencialista, com forma republicana e regime democrático, bem como com os princípios de separação e de freios e contrapesos entres os poderes estatais e, ainda, um notório fortalecimento do Poder Judiciário, como órgãos⁴²³.

Outra experiência constitucional deveras relevante para o estudo em questão é a francesa. Isso porque com a Revolução Francesa de 1789, o povo, então Terceiro Estado, toma as rédeas do movimento a fim de derrogar a exploração perpetrada pela nobreza e pelo clero. Nesse sentido, conforme Manoel Gonçalves Ferreira⁴²⁴, a constituição escrita foi usada como arma ideológica contra o absolutismo, propondo a substituição por um governo moderado, sem abusos e

⁴¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 45-46.

⁴¹⁹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 49.

⁴²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 5.

⁴²¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.72.

⁴²² Idem, p. 52.

⁴²³ Idem, p. 54.

⁴²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 71.

garantidor das liberdades individuais, marcando os direitos fundamentais de primeira dimensão.

Relativamente ao constitucionalismo francês, sabe-se que é marcado por dois pilares, quais sejam, a separação dos poderes e as garantias dos direitos individuais. Neste contexto, surge a *Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), estabelecendo em seu artigo 16 que uma sociedade que não assegura os referidos pilares não possui uma Constituição.

Conforme sintetiza Marcelo Novelino⁴²⁵, dentre as principais características da experiência francesa, destacam-se a manutenção da monarquia constitucional, limitação e separação dos poderes, distinção entre poder constituinte originário e derivado, com destaque para a obra de Abade Emmanuel Sieyes, cujo título é *O que é o Terceiro Estado?*

Destarte, pouco antes do término da Primeira Guerra Mundial, em 1918, surge um novo contexto histórico, dando uma nova roupagem às Constituições até então vislumbradas. Nesse sentido, as constituições liberais eram marcadas por uma igualdade formal, clamando do Estado uma posição de abstenção em face da população. Contudo, essa liberdade dada a empregados e trabalhadores resultou em um enorme empobrecimento das classes operárias, com o agravamento das desigualdades sociais, fazendo com que estas classes desfavorecidas passassem a exigir do poder públicos não apenas o reconhecimento de suas liberdades individuais, como também a garantia de direitos relacionados a educação, trabalho e assistência⁴²⁶.

Assim, a impotência do liberalismo é determinante para que o Estado abandone a postura abstencionista até então adotada e passe a atuar nas relações sociais, econômicas e laborais, surgindo, com isso, o Estado Social. Dentre as Constituições com o enfoque social, destacam-se a Constituição Mexicana de 1917 e, posteriormente, a Constituição Alemã, de Weimar, em 1919.

Estes diplomas influenciaram o Brasil na elaboração da Constituição de 1934, com forte aspecto social. Como se percebe, essas Constituições trazem em seus textos a defesa dos direitos fundamentais de segunda dimensão, os direitos sociais e econômicos, relacionados igualdade sob o aspecto material.

⁴²⁵ Ibidem, p. 54.

⁴²⁶ Ibidem, p. 56.

Enfim, após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo assume novas feições, com o que Uadi Lammêgo Bulos⁴²⁷ passou a chamar de “totalitarismo constitucional”, em que os textos constitucionais assumem um forte conteúdo social, com normas programáticas. Nesse sentido, destaca-se o modelo de Constituição Dirigente ou Compromissória, defendido por Canotilho⁴²⁸, caracterizada por normas que trazem tarefas ou programas de ação a serem implementados pelos poderes públicos.

Ainda, com a finalidade de garantir a proteção da dignidade da pessoa humana e assentar novos padrões de civilidade e respeito entre a sociedade frente às novas ameaças, surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão, relacionados à fraternidade. No Brasil, essa perspectiva fora incorporada na atual Constituição de 1988, embora já estivesse esboçada nos textos de 1946 e 1967, com a Emenda Constitucional de 1969.

Parte da doutrina já começa a sustentar a existência de novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, em especial a quarta, dos direitos ligados à democracia, à informação e ao pluralismo, e a quinta geração, dos direitos à paz, conforme sustentado pela doutrina de Paulo Bonavides⁴²⁹. Ademais, atualmente, fala-se ainda em um constitucionalismo globalizado, marcado por um dirigismo comunitário, na busca de proteger os direitos humanos numa perspectiva global, envolvendo todas as nações⁴³⁰.

Ao final, deve-se abordar ainda o Constitucionalismo do futuro, defendido por Dromi⁴³¹ com a consolidação dos valores da verdade, consenso, solidariedade, participação, integração, universalização e continuidade.

Destarte, percebe-se que o constitucionalismo passou por diversos momentos até que alcançar as feições atuais, de modo que, estando em constante transformação, ainda alcançará outros atributos ainda não experimentados. A Constituição está no ápice do movimento do Neoconstitucionalismo como se verá a seguir.

⁴²⁷ BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16-18.

⁴²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p.20.

⁴²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 398.

⁴³⁰ TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

⁴³¹ DROMI, José Roberto. La Reforma Constitucional: el Constitucionalismo del “por-venir”. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (Coord). *El Derecho Público de Finales de Siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madri: Fundación BBV, 1997, p. 107-116,

2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO: O ATUAL MOMENTO CONSTITUCIONAL

A fim de compreender o controle de constitucionalidade, é indispensável perceber o momento constitucional vivido nos dias hodiernos. Isso porque apenas desse modo é possível entender o papel e força da Constituição como centro de um ordenamento e, portanto, justificador e limitador das demais normas que compõem dado sistema normativo.

A partir do século XXI, a doutrina passa a observar uma nova perspectiva constitucional, denominada neoconstitucionalismo ou, ainda, constitucionalismo pós-moderno⁴³². Sim. O constitucionalismo contemporâneo definiu novas características nos últimos cinquenta anos, não permanecendo como um modelo estático evoluindo em diversos sentidos e se pode falar em neoconstitucionalismo e até em neoconstitucionalismos⁴³³ no plural.

Nesse sentido, ressalve-se que o pós-positivismo é um termo que passa a ser usado como uma nova via entre o jusnaturalismo e o juspositivismo conforme os referenciais teóricos defendidos por Robert Alexy e Ronald Dworkin, que, em suas reflexões teóricas, promove a relação do Direito com os valores éticos, argumentando que se deve considerar a existência de princípios que exigem reconhecimento, sendo descabidas as teses da objetividade e da neutralidade na aplicação do Direito⁴³⁴.

O momento histórico vigente não comportava mais o positivismo jurídico, passando a repudiar os métodos mecânicos da subsunção e “uma nova visão interpretativa e das tarefas da Ciência e Teoria do Direito, cuja preocupação reside

⁴³² TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63.

⁴³³ Miquel Carbonell destaca, entre os tipos de Constituição neste constitucionalismo contemporâneo, as cartas constitucionais da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). O jurista ainda pondera que a expressão neoconstitucionalismo e neoconstitucionalismos fazem referência as duas questões que devem ser consideradas separadamente. A primeira é relativa aos fenômenos evolutivos que apresentam evidentes impactos no paradigma de Estado Constitucional. O segundo aspecto relaciona-se a uma teoria do Direito que propõe e tem defendido em passado recente por essas mudanças e / ou conscientes deles, geralmente em termos bastante positivos ou mesmo elogios (p. 9).

⁴³⁴ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

no desenvolvimento de um trabalho crítico e não apenas descritivo” desabrochou, dando ensejo a uma nova fase, o pós-positivismo, conforme explica Novelino⁴³⁵.

Sendo assim, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo fizeram como que uma nova corrente ganhasse destaque, com evidente abandono a tradicional compreensão na qual a constituição era vista “como um documento essencialmente político”⁴³⁶. Nesse sentido, fazia-se necessário um conjunto amplo de reflexões sobre o Direito, considerando sua função social e interpretação. Para o autor: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”⁴³⁷.

No entanto, as teorias jurídicas positivistas distanciam o Direito da moral. Seus métodos eram como meros instrumentos de cognição do direito, sendo célebre a formulação kelseniana de que “todo e qualquer conteúdo pode ser direito”. Nesse ensejo, o Direito não permitia “nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser”⁴³⁸.

Ressalva Novelino que, pelas diretrizes lançadas na teoria de Hans Kelsen, o constitucionalismo constituir-se-ia pelo estabelecimento de normas relativamente ao procedimento e à competência, sendo *norma normarum*, opondo-se a “ideia de predeterminação do conteúdo material da lei”⁴³⁹.

É sem dúvida que surge em novo contexto, o pós-positivismo, pois “o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico”, como uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, definindo as relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais⁴⁴⁰.

O pós-positivismo coloca-se como uma corrente intermediária que busca exaltar a força normativa dos princípios, o caráter central da argumentação jurídica e

⁴³⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. São Paulo: 2010, p. 56.

⁴³⁶ Idem, p. 59.

⁴³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.

⁴³⁸ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 3.

⁴³⁹ NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 59.

⁴⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

a aproximação entre a moral e o direito. Ainda, pode-se empregar o termo em análise em três acepções, quais sejam: como um método para o estudo do direito, como ideologia e como teoria jurídica⁴⁴¹.

Ideologicamente, o pós-positivismo busca, de um lado, a manutenção da segurança jurídica e, de outro, valoriza a justiça material, afastando-se da visão cética existente no positivismo puro. A constituição passa a assumir uma forte carga valorativa, assegurando direitos fundamentais relacionados à pessoa humana, pelo que o intérprete, ao aplicar as normas do ordenamento, deve buscar a concretização destes valores constitucionalizados⁴⁴².

Barroso, nesse sentido, afirma que a doutrina do pós-positivismo tem sua inspiração na “revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática”⁴⁴³. Para o constitucionalista, é a “designação provisória e genérica de um ideário difuso”, que incorpora ideias de justiça, igualdade material mínima, direitos fundamentais e da nova hermenêutica com “a redefinição das relações entre valores, princípios e regras”⁴⁴⁴.

Por fim, como teoria jurídica, o pós-positivismo propõe uma reformulação da perspectiva legalista das fontes do Direito⁴⁴⁵. Desse modo, os princípios⁴⁴⁶ passam a ocupar posição central, abandonando o caráter meramente integrativo anteriormente aplicado. Os princípios encarados como uma espécie de norma jurídica encontram nas doutrinas de Ronald Dworkin⁴⁴⁷ e Robert Alexy⁴⁴⁸, seus grandes defensores, enfatizando a tese de que estes devem ser observados na solução de casos difíceis

⁴⁴¹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. JusPodivm, 2017, p.63.

⁴⁴² Ibdem, p.64.

⁴⁴³ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

⁴⁴⁴ Idem, p. 242.

⁴⁴⁵ NOVELINO, Marcelo, op. cit., 2017, p. 64.

⁴⁴⁶ Muito embora não seja o interesse substancial nesta pesquisa, a discussão sobre as Teorias dos Princípios oferta-se alguns conceitos de princípios desenvolvidos pelos doutrinadores renomados do tema, como Robert Alexy e Ronald Dworkin, advertindo que estes se enquadram na linha de pesquisa, sem descaracterizar o percurso científico desenvolvido.

⁴⁴⁷Ronald Dworkin nasceu em 11 de dezembro de 1931 em Worcester, Massachusetts e faleceu na cidade de Londres em 14 de fevereiro de 2013. Filósofo do Direito norte-americano, conhecido por suas contribuições para a Filosofia do Direito e a Filosofia Política. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ronald_Dworkin>. Acesso em: 30 jul. 2017.

⁴⁴⁸Robert Alexy nasceu na cidade Oldenbrug, na Alemanha em 9 de setembro de 1945, e é considerado um dos mais influentes filósofos do Direito. Graduado em Direito e Filosofia pela Universidade de Gottingen, e seu título de PHD adveio com a tese *Uma Teoria da Argumentação Jurídica*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Robert_Alexy>. Acesso em: 30 jul. 2017.

e aplicados sempre à interpretação constitucional, bem como na argumentação jurídica.

As regras, como indica Ronald Dworkin, são o “tudo ou nada”, uma vez que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁴⁴⁹.

Quanto à aplicação dos princípios, em *Levando a sério os direitos*, Dworkin argumenta que não suportam a técnica do *tudo-ou-nada*, sendo cabível a aplicação em uma determinada hipótese e em outra não. Frente a esta circunstância, não há que se falar em exclusão do princípio do sistema jurídico que, em outras hipóteses, podem vir a ser observados, permanecendo, portanto, passíveis de invocação, pois cada “conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”⁴⁵⁰.

Registre-se, por mero percurso intelectual, que Alexy concebe em sua teoria normativa-material, diferença substancial entre normas e princípios, na mesma linha traçada por Dworkin. Adverte que são ambos como normas jurídicas, tanto os princípios como as regras, sendo a distinção cunhada na ideia qualitativa, sendo os princípios “mandados de otimização enquanto que as regras têm o caráter de mandados definitivos”⁴⁵¹.

Em sua reflexão teórica, Alexy compreende que as regras e os princípios constituem-se por juízos concretos de dever, muito embora sejam espécies diferentes, aduzindo que princípios são normas dotadas de elevado grau de generalidade ao passo que as regras não o são⁴⁵².

Para Bonavides com o pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito, “pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos sistemas constitucionais”, assumindo uma força nunca antes vista⁴⁵³.

Aspecto importante nesse sentido é o da força normativa da constituição, impondo limites materiais ao legislador que deverá observar sempre os direitos fundamentais por ela estabelecidos. Bonavides acentua que é o pós-positivismo que

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. . *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁵¹ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 163.

⁴⁵² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008, p. 76.

⁴⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 237.

traz a derrocada da doutrina do Direito Natural e do positivismo ortodoxo, abandonando-se os falaciosos dogmas engendrados por esta doutrina, como a teoria do direito como modelo de regras (o direito consiste exclusivamente num conjunto de regras), a teoria da discricção judicial e a validade do argumento de uma regra jurídica pode ser verificada através de um teste de *pedigree*⁴⁵⁴.

Barberis, em recente artigo intitulado *Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo na Moral*, enfatiza que o aparecimento do Neoconstitucionalismo coincide com o ataque ao positivismo jurídico capitaneado nos anos setenta por Ronald Dworkin em especial ao traçar a crítica a Herbert Hart⁴⁵⁵.

No tocante à nomenclatura neoconstitucionalismo, Max Moller diz que se trata de um dos primeiros pontos a serem enfrentados, por levar a uma série de dificuldade. Poderia o neoconstitucionalismo levar em consideração a análise sobre o objeto, ou quanto ao pensamento jurídico que envolve?

Outros questionamentos são suscitados, ademais, como se seria possível nesta conjectura conceitual levar em consideração somente o fato de ser algo novo ou, será, que representaria um retorno à teoria jusnaturalista, ou seria um mero laço com a moral, ou se encontra como uma evolução ao direito alternativo ou se apenas uma forma de aplicação de normas jurídicas?

Como se vê, muitos pontos podem entrar em debate quanto ao tema neoconstitucionalismo, todos indicando fenômenos distintos, sendo fundamental ao seu conceito⁴⁵⁶.

A respeito do tema, de forma clara, Cunha aduz: “o neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo”, que propõe uma mudança paradigmática em razão da força normativa da Constituição, constituída “de normas de eficácia vinculante e obrigatória” e, portanto, “dotada de supremacia material e intensa carga valorativa”, gestora do Estado Constitucional de Direito⁴⁵⁷.

Sendo assim, o pós-positivismo sustenta essa nova etapa constitucional a qual se passou a chamar de neoconstitucionalismo. Dentre as diversas características existentes nesse novo modelo constitucional, destaca-se, sem

⁴⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 237.

⁴⁵⁵ BARBERIS, Maurício. “*Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo na Moral*” <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11446/10489>

⁴⁵⁶ MOLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 22.

⁴⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso Direito constitucional*. 5. Ed. rev. ampl. E atual. Salvador: JusPodiv, 2011, p.20.

dúvidas, a hierarquia formal e axiológica da Constituição que passa a ser como o coração, eixo central do sistema e, também, do ponto substancial para a sobrevivência e a manutenção do Estado de Direito.

O neoconstitucionalismo é uma “teoria que se enquadra em um Estado em busca de efetividade e transformação, por meios racionais de correção, e em torno de uma identidade própria da Constitucional”⁴⁵⁸, que se assenta necessariamente sobre pressupostos vitais a sua existência, quais sejam: constituição rígida, jurisdição constituição e força vinculante da constituição⁴⁵⁹.

Apresenta Ricardo Guastani sete condições necessárias, que todo ordenamento deve satisfazer para ser considerado como impregnado de normas constitucionais, que são a constituição rígida, a garantia jurisdicional, a força vinculativa, a sobreinterpretação da constituição, a aplicação direta das normas constitucionais, a interpretação de acordo com as leis e, por fim, a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Ainda, esclarece no tocante a estas características, que as três primeiras condições elencadas por Guastani são consideradas tão essenciais que com sua ausência de qualquer uma delas, não se poderia conceber a existência de constituição. No tocante às demais condições, são suficientes a um quadro distintivo de constitucionalização, e especialmente a 3,4,5 são vinculadas entre si e, portanto, são muito próximas⁴⁶⁰.

Cambi adverte que a função da Constituição é o seu carácter transformador, ao prever valores, fomenta opções políticas fundamentais que servem de limite e vínculo da maioria e, dessa forma, garantindo a concretização dos direitos fundamentais⁴⁶¹. O neoconstitucionalismo também tem como princípio a vedação ao retrocesso e, por isso, a rigidez constitucional é um elemento básico, devendo ser observado que as mudanças do texto constitucional não podem afetar as cláusulas pétreas⁴⁶².

⁴⁵⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 29.

⁴⁵⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 73.

⁴⁶⁰ Idem, p. 50

⁴⁶¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticos e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2009, p. 22

⁴⁶² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 75.

A Constituição, portanto, estaria configurada como um ordem-quadro ou como uma ordem-fundamental. No tocante à ordem-fundamental, inerente à constituição, existem, ainda, dois elementos, o quantitativo e o qualitativo, devem-se afirmar. Ao se conceber para a constituição o aspecto ordem-quadro, nesse percurso neoconstitucional, adotam-se limites como as proibições e as ordens. Nesses dois aspectos, exige-se irrestrita obediência, não havendo espaço para a discricionariedade, que somente é conveniente naquilo que não é necessário ou nem impossível⁴⁶³.

No tocante à força normativa da constituição, com muita brevidade, cabe registrar que frente aos ensinamentos de Konrad Hesse que a norma constitucional mostra-se eficaz, adquirindo poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Afirmando, ainda, que se uma Constituição não quiser permanecer “eternamente estéril”, não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica⁴⁶⁴.

A força vinculante da Constituição é considerada como fator diferencial do constitucionalismo contemporâneo para o constitucionalismo moderno, pois mesmo existente tal condição no constitucionalismo anterior, apresenta-se com nova face para servir e denotar valores, princípios, diretrizes, metas, rompendo com o caráter meramente político, para orientar o posicionamento interpretativo⁴⁶⁵.

Sem dúvida, o neoconstitucionalismo vai promover uma grande mudança, introduzindo na pauta constitucional a defesa aos valores e orientações para a tomadas das escolhas políticas fundamentais, servido como parâmetros para a defesa dos princípios como o da dignidade da pessoa humana, a promoção do bem-estar social, dentre outros⁴⁶⁶. A Constituição converte-se, assim, “na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”, pois deve “incorporar em seu corpo o estado espiritual (*geistige situation*) de seu tempo⁴⁶⁷”.

É o novo constitucionalismo que apresenta, portanto, a Constituição como a norma jurídica dotada de imperatividade, pelo que deve ser aplicada em todas as

⁴⁶³ BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. p. 3.

⁴⁶⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19/23.

⁴⁶⁵ MOLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 34.

⁴⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso Direito constitucional*. 5. Ed. rev. ampl. E atual. Salvador: JusPodiv, 2011, p. 41.

⁴⁶⁷ HESSE, Konrad. op. cit., p. 19-23.

relações independentemente de outras normas, e ainda, dotada de superioridade. “O neoconstitucionalismo representa um paradigma jurídico em formação, que, entre outras coisas, reformula o problema clássico do conceito do direito e de seu valor moral”⁴⁶⁸.

Ainda, conforme a alta carga valorativa que passa a integrar os textos constitucionais, incorporando valores e opções políticas relacionadas à dignidade humana e aos direitos fundamentais, devendo ser aplicadas de logo em todos os poderes e até mesmo aos particulares, dada a sua eficácia irradiante, vertical e horizontal.

Como bem sintetiza Pedro Lenza, o Neoconstitucionalismo⁴⁶⁹ possui como marcos históricos o Estado Constitucional de Direito e a redemocratização, perspectivas formalizadas nas Constituições do pós-guerra. Ainda, como marco filosófico está centrado no pós-positivismo, com ênfase nos direitos fundamentais e na reaproximação do Direito-Ética⁴⁷⁰.

Sinteticamente, destaca-se a existência de pressupostos que permitem à Constituição desenvolver eficazmente a sua força normativa, tratando-se principalmente do conteúdo e da práxis a supremacia da Constituição e ainda uma nova dogmática de interpretação constitucional, onde se destaca mais princípios e ponderação [...]; “onipresença da Constituição em todas as áreas jurídica e em todos conflitos minimamente relevantes, [...] e onipresença judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; e, [...] coexistência de uma constelação de valores [...]”⁴⁷¹.

⁴⁶⁸MAIA, Antônio Cavalcante. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. In Revista de Direito do Estado, ano 2, n. 5, jan/mar 2007, p. 245.

⁴⁶⁹ Não se faz objeto desta pesquisa a análise profunda sobre os aspectos do neoconstitucionalismo inclusive por ser uma abordagem por demais complexa. Atualmente, chega-se a elaboração de teorias de formas diversa do neoconstitucionalismo, como o teórico, ideológico e metodológico. Paolo Comanducci, parte da distinção formulada por Norberto Bobbio dos três tipos, acepções de positivismo jurídico, para instituir esta classificação similar. Adverte inclusive que esta opção nasce da possibilidade de permitir uma melhor confrontação crítica entre os tipos homogêneos de positivismo e respectivamente, os do neoconstitucionalismo. COMANDUCCI, PAOLO. *Formas de (Neo) constitucionalismo un Análisis Metateórico*. In, CARBINELL, Miquel. Neoconstitucionalismo(s). 2009. Editorial Trotta SA, p.82.

⁴⁷⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 79

⁴⁷¹ SANCHÍS, Luis Prieto. *“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”*. Neoconstitucionalismo(s). Miquel Carbonell [coord] 9 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 131-132.

2.4 UM ESTUDO ACERCA DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Compreendido o atual momento constitucional vivido, passa-se a seguir à análise dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, analisando aspectos históricos bem como sua evolução, modelos, controle concentrado e difuso e as consequências efetivas das declarações de inconstitucionalidade especialmente no controle difuso, até alcançar o objetivo deste capítulo: a crítica e subsequente constatação de que no Brasil o controle de constitucionalidade ainda é falho. Dessa premissa, pontua-se a ausência de uma Corte Constitucional, não se configurando o Supremo Tribunal Federal como tal, o que gesta incoerência e insegurança do sistema de justiça.

Preliminarmente, delimitar a Constituição da República Federativa do Brasil como o norte condutor deste estudo, a classificando como escrita, codificada, democrática, dogmática, rígida (ou super-rígida), formal, prolixa, dirigente e eclética, segundo Novelino⁴⁷². Nessa singela apresentação classificatória, relevante à observação de que em sendo de natureza rígida a Constituição do Brasil, consagra-se o princípio da supremacia constitucional e o sistema hierárquico de normas⁴⁷³.

Nesse percurso, pode-se alinhar aos argumentos do professor Dirley Cunha ao afirma que, nas Constituições rígidas, as normas constitucionais, sejam quais forem seus conteúdos, “têm estrutura e natureza de normas jurídicas, ou seja, são normas providas de juridicidade, que encerram um imperativo, vale dizer, uma obrigatoriedade de um comportamento”⁴⁷⁴.

Nessas constituições, o processo de modificação implica em etapas, pressupostos e requisitos a amparar o procedimento, que é solene e complexo. Para Alexandre de Moraes, este tipo de constituição pode ter uma outra classificação, super-rígida, que são as que contêm cláusulas pétreas e como tal imutáveis⁴⁷⁵.

No tocante à supremacia, pontuam-se as suas duas naturezas: material e formal, decorrentes da análise do conteúdo ou do processo de sua elaboração. A

⁴⁷² NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador. JusPodivm, 2017, p. 47.

⁴⁷³ Idem, p. 48.

⁴⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 9.ed. rev. ampl. E atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 103.

⁴⁷⁵ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed., rev. Atua. Salvador. JusPodivm, 2017, p. 47

natureza material é referente ao conteúdo e se dedica aos fundamentos do Estado de Direito, como a sua organização, os direitos e as garantias fundamentais, a estrutura estatal e a organização dos poderes⁴⁷⁶.

A supremacia formal insurge-se nas constituições rígidas, uma vez que suas normas traduzem a superioridade constitucional relativa às demais elaboradas no ordenamento, constituindo-se através de um processo de elaboração mais solene e completo que o ordinário⁴⁷⁷.

Sem dúvida, o princípio da supremacia da Constituição “é especial característica que lhe confere predominância sobre as demais normas jurídicas, subordinando-as aos seus comandos”⁴⁷⁸. Promove a superioridade hierárquico-normativa, “para exigir que as demais normas do ordenamento jurídico a elas se adequem e “em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota”⁴⁷⁹.

Encare-se desse modo que o ordenamento jurídico nasce desse constante movimento de adequação e, como sistema, é fundamental a observância da unidade e da ordem⁴⁸⁰. Deve-se ressaltar sobre a unidade normativa que cunha a ideia da inexistência de hierarquia normativa entre as normas constitucionais, de tal forma que a falta de obediência a uma norma constitucional põe em perigo a própria unidade do texto magno⁴⁸¹.

Feitas estas colocações elementares, exige-se largo e extenso caminho de pesquisa sobre o controle de constitucionalidade com a definição do que seja controle, evolução, modelos de controle e controle difuso. Mas, o que vem a ser controle? Dentre as definições contidas no *Dicionário Aurélio*, pode-se escolher: “ato ou poder de controlar; domínio, governo; fiscalização exercida sobre as atividades

⁴⁷⁶ NOVELINO, Marcelo. op. cit, p. 48.

⁴⁷⁷ Idem, p. 48.

⁴⁷⁸ SIAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 284-319, 2002. (<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/69510>).

⁴⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 26-27.

⁴⁸⁰ Claus_Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002

⁴⁸¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 31

de pessoas, órgãos, departamentos ou sobre produtos para que tais atividades ou produtos não desviem das normas pré-estabelecidas; fiscalização financeira⁴⁸².

Como se vê, controle faz emanar a ideia de uma verificação, constatação de qualidade, inferência de adequação, por parte de outrem, um sujeito com ônus de exercer a tarefa, é o controlador da algo está nos padrões, ou seja, que um objeto preenche os requisitos e pode ser classificado como hábil. Há um objeto, um paradigma que é o espelho, que recepciona.

Esta delimitação traça simples critérios que são e devem ser observados ao se fazer um controle. Assim, o objeto de estudo, o perfil singular, os pressupostos paradigmáticos e referenciais, o controlador. De fato, controlar, no *Dicionário Aurélio*, em uma de suas ilustrações, é não permitir desvios de normas pré-concebidas.

Transportando-se esta específica visão para o Direito, há um importante papel do controle frente ao princípio da supremacia e seu consequente comando de respeito vertical que ressurgue de sua aplicação que é o controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade é ponto nevrálgico na ciência do direito e no direito constitucional contemporâneo.

Canotilho esclarece que, dentre as garantias da constituição, está o controle de constitucionalidade⁴⁸³. A instituição do controle de constitucionalidade parte da premissa de que o ordenamento jurídico é ordenado por leis com pesos diferentes e comporta hierarquias jurídicas e, como visto anteriormente, há normas mais fortes e outras mais fracas.

Como sentencia a doutrina, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos propugna três fatores existência de uma “Constituição formal; compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e a instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício dessa atividade de controle”⁴⁸⁴.

O Controle judicial de constitucionalidade das leis deve ser compreendido como um dos mais importantes fenômenos jurídicos da atualidade para o direito

⁴⁸² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed. 5ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 377

⁴⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p 825

⁴⁸⁴ CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle constitucionalidade: teoria e prática*. 9. Ed. Salvador: Juspodim, 2017, p. 35

constitucional e para a ciência política⁴⁸⁵. Controlar a constitucionalidade não é adequar o objeto controlado ao objeto paradigma, mas sim verificar a adequação, ou seja, se o objeto está adequado ao paradigma.

Em razão dos elementos da garantia jurisdicional, força vinculativa e constituição rígida, pode-se entender como controle de constitucionalidade a “atividade fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados”⁴⁸⁶.

Assim, controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de atos normativos, a constituição do Estado que surge basicamente da supremacia e da supra-legalidade que se irradia da Constituição, em razão de seu caráter apoteótico.

O Estado Democrático de Direito estaria fadado à falência e deixaria de realizar seus maiores valores e a defesa dos fundamentais sem uma justiça constitucional, de modo que, guardadas as peculiaridades destes Estados, a justiça constitucional deve ser considerada como uma “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”⁴⁸⁷.

Ora, é necessário o controle das leis que, inexistente, comprometeria o sistema, o Estado de Direito. A supremacia constitucional é postulado da ordem jurídica e como tal deve-se afastar “toda e qualquer antinomia que venha agredir os preceitos constitucionais”. A importância do controle de constitucionalidade reside em servir de “mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais delineadas pelo próprio texto constitucional”⁴⁸⁸.

Ressalte-se, como alerta Cunha, a defesa da Constituição oportuniza-se através do controle da constitucionalidade dos atos normativos, mas exige Constituição formal e escrita. Sim, pois é “necessário compreendê-la como uma norma jurídica fundamental, rígida e suprema, a fim de que possa distingui-la das

⁴⁸⁵ MARTINS, Ives Grandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

⁴⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso Direito constitucional*. 5. Ed. rev. ampl. E atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 263.

⁴⁸⁷ MARTINS, Ives Grandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38/39.

⁴⁸⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle constitucionalidade: teoria e prática*. 9. Ed. Salvador: Juspodim, 2017, p. 33

leis comuns”⁴⁸⁹, sendo uma exigência, expressa ou implícita, a competência um ou mais órgãos para realizá-la⁴⁹⁰.

A declaração de inconstitucionalidade é fundamental, não havendo como se permitir a manutenção de normas que se afastam dos comandos normativos constitucionais. A declaração de inconstitucionalidade advém do reconhecimento da invalidade de uma norma sendo, por conseguinte, estancados seus efeitos e sua eficácia⁴⁹¹.

Pontue-se, nesse instante, que Agra afirma ter o controle uma função primordial na garantia dos direitos fundamentais e ressalva que, por princípio da presunção, as normas devem ser consideradas constitucionais até que sejam declaradas inconstitucionais, puramente em razão da segurança e da estabilidade do sistema⁴⁹².

Mas, o que é inconstitucional? Existem diversas formas de inconstitucionalidade. A doutrina separa-as de acordo com alguns critérios, ou seja, variados tipos de vícios que recaem sobre os atos normativos. Jorge Miranda adverte que inconstitucionalidade é critério relacional e jamais estático, porque sempre se constitui por uma relação entre a Constituição e outra norma, que lhe agride⁴⁹³. Assim, fala-se em inconstitucionalidade material, formal e orgânica; imediata e derivada; parcial e total; comissiva e omissiva; originária e superveniente.

Por inconstitucionalidade material, deve-se compreender a não observância ao conteúdo da norma em relação a constituição, ou seja, ocorre quando a ofensa está relacionada ao conteúdo da norma em face ao conteúdo constitucional. Será Formal, relativamente ao processo de formação das leis, ou seja, a inconstitucionalidade na dinâmica de sua formação, por infringência ao rigor disciplinador do processo legislativo. Por fim, a inconstitucionalidade é orgânica, quando apresenta vício relativo às normas de competência⁴⁹⁴.

No tocante a esta espécie de inconstitucionalidade, esclarece Barroso que, seja de natureza material ou formal, a declaração sempre produzirá o mesmo efeito

⁴⁸⁹ Idem, p. 36.

⁴⁹⁰ Idem, p. 37

⁴⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva; 2012, p. 23.

⁴⁹² AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 666.

⁴⁹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T.II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 311.

⁴⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva; 2012, p. 48-53

salvo quando a incompatibilidade origina-se em face de uma nova Constituição (emenda constitucional, também) e a norma infraconstitucional preexistente⁴⁹⁵.

Nesse caso, única hipótese de efeitos diversos, a inconstitucionalidade material, a norma não pode subsistir, ou seja, as normas anteriores incongruentes com o novo mandamento constitucional se revogam também e automaticamente.

Diz-se imediata, e será declarada a inconstitucionalidade decorrente do exame da compatibilidade entre a constituição e determinada norma, sem a intermediação de outros tipos normativos. A derivada existe quando a existência de lei ou ato normativo entre a espécie considerada inconstitucional. Será parcial o que é facilmente compreensível.

Apresenta-se a inconstitucionalidade comissiva quando há ato positivo do poder público a estruturar a inconstitucionalidade e omissa, no caso contrário, ou seja, inexistente ato do poder público, omitindo-se de tornar a norma constitucional.

Nesse aspecto, no tocante à omissão, três estruturas devem ser anotadas: a primeira – a atuação judicial cumpre o papel de reconhecer a autoaplicabilidade à norma constitucional para que imediatamente incida; a segunda – a declaração sobre a inexistência da omissão ocorre quando o órgão deverá sanar e, finalmente, não sendo a hipótese de norma autoaplicável, o caso será de se criar para o concreto caso a norma ausente⁴⁹⁶. Por fim, a terceira, denominada originária – quanto ao momento de sua formação. Mas o STF repele a tese de lei inconstitucional superveniente por compreender que haveria impossibilidade do pedido, advertindo não se falar de tal espécie no direito brasileiro⁴⁹⁷. Como se vê, a inconstitucionalidade é vício, desvalor relacional.

A inconstitucionalidade tem efeito declaratório, com efeitos *ex tunc*, ou seja, o ato é declarado nulo. Esta é a sua natureza. É a atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, que manteve a posição do direito estadunidense no que diz respeito à natureza do comando sentencial no controle judicial de constitucionalidade. O caráter declaratório revela-se na mera circunstância do ato sentencial por não dispor de nenhum acréscimo à norma ou ao ato que será considerado fora dos parâmetros constitucionais⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ Idem, p. 51.

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 57.

⁴⁹⁷ NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230.

⁴⁹⁸ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.667.

Como no mundo do Direito, sempre há uma exceção a regras e princípios. Aponta-se como tal à natureza constitutivo-negativa quando, na hipótese de inconstitucionalidade interventiva, pois, além de ser declaratória, a sentença deve restabelecer a ordem do Estado ou Município, que sofreu a intervenção⁴⁹⁹.

Outra exceção pode se configurar também relativamente aos efeitos do comando que, via de regra, são *ex nunc*, mas, a depender da natureza da decisão, pode ser um caso de constitutiva-negativa; passam-se a *ex tunc*. Ainda, ressalve-se que, para o caso de controle direto, em razão da Lei 9.868/1999, com o *quorum* de 2/3 de membros do STF, por razões de segurança, interesse social, poder-se-á modificar. Verifica-se, assim, que havendo especificação e fundamentação, a “natureza do ato dependerá da extensão dos seus efeitos”⁵⁰⁰.

2.5 BREVÍSSIMAS ANOTAÇÕES SOBRE OS PRECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Compreendido o atual momento constitucional vivido, a seguir serão analisados os sistemas de controle de constitucionalidade, seus aspectos históricos, de direito comparado e, enfim, o modelo adotado no ordenamento brasileiro, instituído, especialmente, a partir da Constituição de 1988.

Inicialmente, conforme restou demonstrado, o controle de constitucionalidade possui íntima relação com o princípio da supremacia da Constituição. Neste sentido, por este princípio, a partir da análise escalonada sugerida por Kelsen, a Constituição seria o cume do ordenamento, servindo de fundamento de validade das demais normas.

Sendo assim, conforme preconiza José Afonso da Silva, desse princípio resulta a compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um Estado, de modo que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que “não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade dos inferiores.”⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 2016, p. 57.

⁵⁰⁰ AGRA, Walber de Moura, op. Cit, p.668.

⁵⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 2016, p. 47 e 49.

Desse modo, para se falar em controle de constitucionalidade, é fundamental a presença de dois requisitos, conforme aponta Pedro Lanza⁵⁰²: a existência de uma constituição rígida (por conseguinte marcada pela supremacia formal) e, ainda, um órgão competente para resolução de problemas que envolvam a constitucionalidade de normas. Enfrente-se, nesse caminho, uma breve consideração sobre o controle de constitucionalidade no Direito Comparado.

Segundo José Afonso da Silva, existem três modelos de controle de constitucionalidade: o político, o social e o misto⁵⁰³. Nesse sentido, o político é aquele que entrega a tarefa de controle a um órgão de natureza política, tal como o próprio Poder Legislativo ou a um órgão especial.

Na Europa, no século passado, vigiava o primeiro modelo, ou seja, o controle de constitucionalidade era exercido pelo próprio Poder Legislativo. De outro modo, na Constituição da URSS, artigo 121, bem como na Constituição Francesa de 1958, em seus artigos de 56 a 63, estabelece-se a competência de um órgão especial para realizar o controle de constitucionalidade.

Ademais, ressalve-se que do controle jurisdicional, regra nos ordenamentos jurídicos atuais, a competência para efetivar o controle é atribuída ao próprio Poder Judiciário. É o que se chama nos Estados Unidos de *judicial review*. Por fim, há ainda o controle misto no qual a Constituição estabelece algumas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, tal como ocorre na Suíça, em que as leis federais ficam sob o controle da Assembleia e as leis locais, ao controle jurisdicional⁵⁰⁴.

O marco histórico para o controle de constitucionalidade difuso é de origem americana, com o conhecido caso Madison *versus* Marbury, em 1803. No referido caso, Thomas Jefferson vencera as eleições presidenciais estadunidenses, derrotando o então presidente John Adams, que, por sua vez, resolveu nomear diversas pessoas ligadas a seu governo como juízes federais, em especial o juiz William Marbury para o cargo de “juiz de paz” do condado de Washington. Contudo, a referida comissão não lhe fora entregue.

Em seguida, Jefferson, ao suceder o governo, nomeou James Madison como Secretário de Estado e, entendendo que a nomeação de Marbury estaria incompleta

⁵⁰² LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 308.

⁵⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 2016, p. 49.

⁵⁰⁴ Idem, p. 49.

– uma vez que não tinha sido efetivada com a entrega da comissão, determinou que Madison não mais efetivasse a nomeação do juiz. Marbury, então, requereu a Madison um pedido de explicações, contudo, não obtendo respostas, resolveu impetrar *writ* a fim de efetivar sua nomeação.

Enfim, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, enfrentando a matéria, sendo que o juiz John Marshall, em seu voto, analisou diversos pontos, em especial a questão da competência da Suprema Corte para apreciar ou não aquele caso, haja vista que, conforme a Constituição americana, o referido tribunal teria competência originária em causas envolvendo os embaixadores, ministros públicos e cônsules. Também, teria competência esta Suprema Corte, para as causas nas quais um Estado for parte, envolvendo, assim, uma competência recursal.

Desse modo, a Corte deveria analisar se deveria prevalecer a lei, qual seja, a seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789, que determinava a apreciação da matéria pela Suprema Corte, ou a Constituição de 1787, que não fixou tal competência originária, em verdadeiro conflito de normas⁵⁰⁵.

Até aquele momento, o critério que vigorava em casos de conflito de normas era o cronológico, ou seja, a lei posterior sempre revogada a norma anterior, não havendo que se falar em hierarquia. Nesse sentido, seguindo o referido critério, a lei deveria revogar a Constituição: eis o dilema. Todavia, o juiz Marshall põe-se a examinar o verdadeiro papel da Constituição, concluindo que o princípio fundamental de toda Constituição escrita é que esta deve prevalecer, sendo nula toda lei incompatível com a mesma.

Como se observa, este, portanto, é o marco histórico do controle de difuso de constitucionalidade, uma vez que a partir dele uma lei foi declarada nula por restar incompatível com a Constituição. Surge, assim, o critério da hierarquia na análise de conflito de normas, de modo que a Constituição, sendo a norma suprema, deverá prevalecer sobre toda e qualquer norma de um dado Estado. Percebe-se que o modelo de controle de constitucionalidade difuso americano é fixado pela jurisprudência americana, de tradição *Common Law*, e não de uma normatização expressa do ordenamento.

⁵⁰⁵ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 341.

2.6 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A análise estrutural dos modernos métodos de controle de constitucionalidade das leis no que concerne ao seu aspecto “subjetivo” ou “orgânico” pode ser subdividido dando origem a dois tipos de sistemas de controle judicial de legitimidade constitucional que são o sistema difuso e o sistema concentrado.⁵⁰⁶

No sistema difuso, a legitimidade do exercício do “poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”⁵⁰⁷. O controle difuso ficou conhecido como o sistema americano, como já se analisou nesta tese no item relativo à evolução histórica do controle.

O sistema concentrado é aquele em que o poder de controle concentra-se em um único órgão judiciário. Foi denominado também como sistema Austríaco, em razão de sua original construção na Constituição austríaca de 1 de outubro de 1920, que colheu sua inspiração na doutrina kelseniana⁵⁰⁸.

É preciso ter uma visão global do atual sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, faz-se imprescindível uma análise de todos os modelos acolhidos pela nossa Lei Maior que, frise-se, é bem peculiar, uma vez que reúne diversos modelos dentro do mesmo sistema, tanto o controle difuso quanto o concentrado.

2.6.1 Controle difuso de constitucionalidade

Em primeiro lugar, trataremos do controle de constitucionalidade exercido de forma difusa, ou seja, por qualquer juiz ou Tribunal dentro dos limites de sua competência. A referida modalidade de controle, como já esclarecemos, foi consagrada desde a primeira Constituição Republicana em 1891.

O controle difuso trata-se de um controle repressivo ou posterior, visto que surge após um conflito de interesses, ou seja, quando há uma pretensão. É um controle pela via de exceção, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade é a causa de pedir, nunca o pedido. Verifica-se o referido de controle diante de um caso

⁵⁰⁶ CAPPELLETTE, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Reimpressão. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre; 1999, p. 67.

⁵⁰⁷ Idem, Cappellette, p.67.

⁵⁰⁸ Cappellette, p. 68.

concreto, de modo que a inconstitucionalidade se dá de forma incidental (e não principal), prejudicialmente ao exame do mérito⁵⁰⁹.

Em síntese, diante de conflito de interesses, recorre-se ao Judiciário com um determinado pedido; contudo, para que este pedido seja acolhido, faz-se necessária a declaração de inconstitucionalidade de certa norma, sendo esta, portanto, a causa de pedir daquele pedido.

Conforme Marcelo Novelino, a finalidade principal desse tipo de controle é a proteção de direitos subjetivos, uma vez que a inconstitucionalidade será uma questão incidental analisada ao longo da fundamentação, podendo, inclusive, ocorrer de ofício⁵¹⁰. Portanto, o órgão jurisdicional reconhece a inconstitucionalidade diante daquele caso concreto, não se estendendo a declaração a outras pessoas que não as partes do processo. Em regra, portanto, terá eficácia intrapartes.

Em tal caso, a legitimidade ativa é atribuída a toda pessoa que tenha tido seu direito subjetivo supostamente violado. Ainda, poderá ser parâmetro qualquer norma contida na Constituição, mesmo que já revogado, contanto que estivesse vigente no momento da ocorrência do fato. Ademais, como objeto pode ser qualquer ato emanado pelos poderes públicos, não havendo limitações quanto à natureza ou quanto ao âmbito de sua emanção. Também, não impedirá o controle o fato de já estar revogada, se já teve os efeitos exauridos, visto que se deve verificar o momento da suposta violação do direito subjetivo do autor, ou seja, deve-se sempre aplicar a regra do *tempus regit actum*⁵¹¹.

Com relação aos efeitos da referida inconstitucionalidade, em regra, terá efeitos retroativos, uma vez que prevalece o entendimento de que a norma inconstitucional é ato nulo. Contudo, o Supremo admite de, forma excepcional a aplicação, por analogia, da norma prevista para o controle abstrato acerca da modulação temporal dos efeitos da decisão, quando presentes as razões de segurança jurídica ou de interesse social, conferindo-se, deste modo, à declaração de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc* ou ainda, “pro futuro” (STF - AI 659.918 AgR/RJ, Rei. Min. Ricardo Lewandowski: 23.10.2007).

⁵⁰⁹ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 342.

⁵¹⁰NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 173.

⁵¹¹ Idem, NOVELINO, Marcelo, 2008, p. 173.

Ainda, aspecto relevante no estudo sobre o controle de constitucionalidade difuso é sem dúvidas a regra estabelecida no artigo 97, da Constituição Federal. O referido dispositivo institui a clausula de reserva de plenário, também conhecida como *fullbench*, ou seja, quando a declaração de inconstitucionalidade for feita em Tribunal, tal declaração apenas poderá ocorrer por decisão da maioria absoluta do plenário ou do órgão especial, se houver.

O controle difuso exercido pelos Tribunais é regulamentado pelo Código de Processo Civil, bem como pelos regimentos internos. Nesse sentido, uma vez verificada a existência de alegação de inconstitucionalidade, suscita-se uma questão de ordem, e a análise da constitucionalidade da lei é remetida ao pleno, ou órgão especial do tribunal, para resolver aquela questão suscitada⁵¹².

Desse modo, caberá ao relator, após ouvir o Ministério Público, remeter a questão à turma ou à câmara que conhecerá ou não do processo, conforme preconiza o artigo 948, do Código de Processo Civil. Se a declaração de inconstitucionalidade for rejeitada, o processo voltará a correr normalmente, haja vista que para manter a constitucionalidade não há necessidade de decisão do pleno.

Por outro lado, caso a decisão do órgão fracionado for pela inconstitucionalidade, a questão será remetida ao plenário ou ao órgão especial, conforme artigo 949, do Novo Código de Processo Civil. Nesse sentido, admite-se ainda a manifestação de órgãos e entidades, tais como o Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público responsável pela edição do ato, os legitimados pela ação direta de inconstitucionalidade e ainda a intervenção de *amicus curiae*, figura esta que tem ganhado papel de destaque no ordenamento.

Frise-se ainda que a questão que será encaminhada ao plenário ou órgão especial é especificamente a (in)constitucionalidade e não o processo como um todo. Desse modo, após a decisão do plenário, o órgão fracionado fará o julgamento do caso concreto, tendo como fundamento o pronunciamento do pleno.

A cláusula de reserva de plenário mostra-se como sendo de extrema relevância, de modo que se trata-se de regra de competência funcional e, portanto, absoluta, sendo sua inobservância causa de vício de nulidade insanável, contra a qual poderá ser interposto recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

⁵¹² LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 344.

Inclusive, o próprio STF já editou súmula vinculante estabelecendo que viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência no todo ou em parte.

Contudo, entende o próprio Supremo Tribunal Federal que a simples ausência de aplicação de uma norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, por si só, violação da referida súmula, de modo que, para que fique caracterizada a contrariedade à Súmula vinculante nº 10, é preciso que a decisão fundamente-se na incompatibilidade entre a norma legal tomada como base dos argumentos expostos na ação e a Constituição (STF - Rei 6.944, Rei. Min. Cármen Lúcia (DJF 13.08.2010)).

Ainda, entende o Marcelo Caetano, citado pelo Ministro Celso de Mello (RE 190.725-8/PR), que a cláusula em estudo justifica-se pela preocupação de que essa manifestação de inconstitucionalidade se dê apenas quando o vício for manifesto e, portanto, reflita o entendimento da maior parte dos julgadores.

Nesse sentido, Pedro Lenza⁵¹³ sintetiza bem as hipóteses de dispensa da cláusula de reserva de plenário, explicitando que o ordenamento permite que a cláusula não seja observada nos seguintes casos: quando já houver pronunciamento do próprio Tribunal ou órgão especial ou ainda do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, conforme estabelece o Parágrafo Único do Código de Processo Civil (art. 949, parágrafo único, CPC); se o Tribunal entender pela constitucionalidade do ato normativo, ou seja, não afastar a sua presunção de validade; nos casos de normas pré-constitucionais, porque a análise do direito editado no ordenamento jurídico anterior em relação à nova Constituição não se funda na teoria da inconstitucionalidade, mas, como já estudado, em sua recepção ou revogação; quando o Tribunal utilizar a técnica da interpretação conforme a Constituição, pois não haverá declaração de inconstitucionalidade; e, por fim, nas hipóteses de decisão em sede de medida cautelar, já que não se trata de decisão definitiva.

Ainda, no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade a norma explicitada no artigo 52, X, da Constituição Federal é de fundamental importância. O

⁵¹³ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 345.

referido dispositivo trata sobre a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Como se analisou anteriormente, o controle difuso, em regra, produz efeitos interpartes, mantendo a norma eficaz e obrigatória com relação a terceiros. Contudo, na hipótese de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso, o Senado pode (sendo, portanto, uma faculdade) suspender a execução da referida norma, tornando os efeitos *erga omnes* e vinculante.

Conforme Marcelo Novelino⁵¹⁴, há discussão acerca da retroatividade ou não desse ato. Ou seja, se os efeitos serão a partir da resolução do Senado ou se operaria *ex tunc*. De todo modo, nada impede que o Senado edite uma resolução com efeitos retroativos, fazendo-o de forma expressa.

A suspensão da execução da lei pelo Senado é considerada um ato discricionário. Contudo, caso decida editar a resolução suspensiva, estará o Senado vinculado à decisão proferida pela STF, não podendo estender a outras normas que não foram objeto da decisão, tampouco restringir conforme seu entendimento. Ou seja, a suspensão "no todo ou em parte" deve corresponder integralmente ao que foi declarado inconstitucional pelo Supremo⁵¹⁵.

Ademais, o termo *lei* deve ser interpretado de forma ampla, ou seja, abrangendo todo e qualquer ato normativo emanado nas três esferas, de modo que a suspensão pode inclusive referir-se a normas estaduais ou municipais, não havendo que se falar em violação ao princípio federativo, visto que, em tais casos, o Senado atua como órgão nacional⁵¹⁶.

Ainda, merece destaque a regra do artigo 97, CF é mitigada com relação ao julgamento do Recurso Extraordinário pelas turmas do STF. O Regimento Interno do STF estabelece que é competência das turmas o julgamento de recurso extraordinário, de modo que haverá remessa ao Plenário, independente de acórdão e de nova pauta nos seguintes casos: quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento; quando, não obstante decidida pelo Plenário a questão de

⁵¹⁴ NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008 p. 178.

⁵¹⁵ Idem, NOVELINO, Marcelo, 2008, p. 179.

⁵¹⁶ Idem, NOVELINO, Marcelo, 2008, p. 180.

inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame; quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula⁵¹⁷.

O art. 22 do RISTF autoriza que o Relator afete a questão ao Plenário quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida, em especial, divergência entre as turmas ou entre alguma turma e o plenário e, ainda, quando houver relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas convier pronunciamento do Plenário.

Desse modo, a cláusula de reserva de plenário não se aplica, em regra, às Turmas do STF no julgamento do RE, seja por não se tratar de “tribunal”, seja, tendo em vista ser função primordial e essencial da Corte a declaração de inconstitucionalidade, a possibilidade de afetação dessa atribuição aos seus órgãos fracionários, no caso, as Turmas. Este entendimento, contudo, é criticado por parte da doutrina, a exemplo de Pedro Lenza⁵¹⁸.

Propondo interpretação intermediária, o Min. Roberto Barroso apresenta a seguinte orientação:

a cláusula da reserva de plenário não é exigida quando o Supremo Tribunal Federal, na sua competência recursal, mantém acórdão recorrido que declarou a inconstitucionalidade de norma local em processo de controle por ação direta estadual. Nesses casos, assenta-se tão somente a conformidade do decisum recorrido com o entendimento desta Corte, órgão incumbido do papel de intérprete máximo da Constituição. Hipótese diversa é aquela em que, afastada a inconstitucionalidade pelo Tribunal de origem, esta Corte dá provimento ao recurso extraordinário para extinguir do ordenamento jurídico a norma impugnada. Em tais condições, em observância ao disposto no art. 97 da Constituição Federal, deve ser o julgamento do feito afetado ao Plenário desta Corte. (ARE 661.288, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06.05.2014, 1.ª T., DJE de 29.09.2014, fls. 27 do acórdão).

Ainda, as Turmas Recursais dos Juizados, por não serem consideradas como Tribunais, haja vista que não estão indicadas no artigo 92, CF, não precisam observar a cláusula em questão. (ARE 792.562-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, j.18.03.2014, 2.ª T., DJE de 02.04.2014).

Por fim, uma questão relevante é a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso em sede de Ação Civil Pública. Nesse sentido, a utilização da ação civil pública como instrumento de controle difuso-concreto (incidental) é admitida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal

⁵¹⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 346.

⁵¹⁸ Idem, LENZA, Pedro. 2015 p. 345.

Federal. Frise-se, contudo, que a ação civil pública não pode ser admitida quando a declaração de inconstitucionalidade for o objeto do pedido formulado. Contudo, nada impede que a inconstitucionalidade da norma seja a causa de pedir de algum outro pedido principal.

2.6.2 Controle concentrado de constitucionalidade

No estudo do controle concentrado de constitucionalidade, passaremos pela análise das diversas ações que proporcionam esta modalidade de controle. Este é, em regra, exercido abstratamente (salvo na hipótese de ação direta de inconstitucionalidade interventiva), de modo que a declaração de (in) constitucionalidade é o próprio pedido da ação.

Com a Constituição de 1988, muitas inovações foram trazidas ao sistema do controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade – que já era prevista no ordenamento brasileiro desde a Emenda Constitucional 16/1965, a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental; a ação de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade – trazida pela Emenda Constitucional 03/93. Além dessas ações, permaneceu a ação interventiva que trata de uma hipótese bem específica com o fim de autorizar a intervenção.

Delimitado o campo de pesquisa contido nesta tese, teve-se por bem omitir-se da análise as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 3º da CF) e a ADI Interventiva, que é a Representação Interventiva (art. 36, III, c/c art. 34, VII CF).

2.6.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade-ADI

Inicialmente, para compreensão ampla do tema, começaremos com o estudo da ação direta de inconstitucionalidade por ser a modalidade com o regramento mais completo, aplicando-se em muitos aspectos de forma subsidiária com relação às demais ações.

No controle concentrado, a CF estabeleceu um rol de legitimados. Frise-se que, ao contrário da Constituição de 1946 que estabelecia a legitimidade ativa

exclusivamente do Procurador Geral da República, a atual Constituição preocupou-se com a ampliação desse rol, vedando inclusive que as Constituições Estaduais legitimem um único órgão para suas representações de inconstitucionalidade⁵¹⁹.

Nesse sentido, conforme estabelece o artigo 103, Constituição Federal, são legitimados para propor a ação em análise: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Este rol, contudo, não foi previsto exatamente dessa forma no texto original da CF/88, tendo sido ampliado pela Emenda Constitucional 3/1993 e 45/2004. Percebe-se que o rol é taxativo de modo que não cabe interpretação extensiva, devendo sempre ser modificado via emenda constitucional.

Inicialmente, é preciso perceber que alguns desses entes devem demonstrar pertinência temática, ou seja, devem comprovar que o conteúdo da norma impugnada relaciona-se com seus interesses e/ou finalidades. Segundo Marcelo Novelino⁵²⁰, estes legitimados são considerados “legitimados ativos especiais”, sendo estes o governador dos Estados, governador do Distrito Federal, as mesas das Assembleias Legislativas, a mesa da Câmara do Distrito Federal, as confederações sindicais e as entidades de classe.

Ainda, interessante notar sobre a capacidade postulatória desses legitimados. Em regra, os legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade têm capacidade postulatória, ou seja, podem ingressar em juízo independentemente de serem representados por advogados. Contudo, esta regra traz exceção com relação aos partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe, que necessitam da presença de um advogado, devendo a inicial ser acompanhada de instrumento de mandato, conforme prevê a Lei 9868/99, artigo 3, § único⁵²¹.

Com relação às entidades de classe, estas devem-se dedicar a uma determinada atividade profissional ou econômica, devendo ainda estar presente em um terço dos estados federados para ser considerada de âmbito nacional. O STF,

⁵¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*, p. 2017, p. 213.

⁵²⁰ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. JusPodivm, 2017, p. 195

⁵²¹ Idem, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2017, p. 215.

contudo, admite “associação de associações”, ou seja, quando se reúnem as associações correspondentes a cada Estado (ADI 3153 AgR/DF, Rel. Min Sepúlveda Pertence, Pleno 12.08.2004).

Ainda, no que se refere aos partidos políticos, sabe-se que devem ter representação no Congresso Nacional para que tenham legitimidade, de modo que a perda superveniente do mandato não obstará o prosseguimento da referida ação (ADI 2618 AgR/PR, Rel Min Gilmar Mendes, Pleno 12.08.2004). Perceba-se que nenhum dos legitimados pode desistir da ação, conforme dispõe o artigo 5º e 16º da Lei 9868/99, de modo que, uma vez proposta e admitida, a ação deverá prosseguir e ser julgada, salvo as hipóteses de perda de objeto, como se analisará a seguir.

Com relação ao parâmetro, este pode ser invocado normas formalmente constitucionais, desde que vigentes e eficazes. Nesse sentido, as invocações trazidas no preâmbulo são consideradas pelo STF como desprovidas de caráter normativos, não tendo caráter vinculante, de modo que não poderão ser consideradas como parâmetro para fins de controle de constitucionalidade (ADI 2076, 15.08.2002).

De modo diverso, as normas constantes nos atos de disposições transitórias são dotadas de caráter vinculante e são consideradas formalmente constitucionais, pelo que poderão ser tidas como parâmetro desde que sua eficácia não esteja exaurida.

Aspecto relevante é com relação aos Tratados de Direitos Humanos. Nesse sentido, a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe a possibilidade de equiparação dos referidos tratados às emendas constitucionais desde que aprovados pelo Congresso Nacional por três quintas em dois turnos, em cada casa – procedimento este semelhante ao de aprovação de emenda constitucional⁵²².

Desse modo, os tratados de direitos humanos, desde que aprovados conforme este procedimento, poderão figurar como parâmetro das ações diretas de inconstitucionalidade. De outro modo, com relação aos tratados de direitos humanos que não foram aprovados pelo *quorum* especial descrito, não poderão ser considerados como parâmetro, de modo que o STF já entendeu que se trata de normas com eficácia supralegal, ou seja, inferiores a Constituição Federal mas superiores às leis em geral, pensando no modelo de escalonamento de normas (RE

⁵²² Ibidem, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2017, p. 235.

466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009).

Outro aspecto que merece destaque diz respeito às normas que poderão ser objeto da presente ação. Isso porque a Constituição Federal traz uma limitação, estabelecendo em seu artigo 102, I, a, competirá ao STF o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual. Assim, Marcelo Novelino propõe uma análise desta limitação sob três perspectivas: material, temporal e especial⁵²³.

Sob o aspecto material é preciso que a lei ou ato normativo, dotado de eficácia e vigência, viole de forma direta a Constituição Federal. O termo utilizado engloba leis ordinária e complementar, bem como outros atos normativos produzidos pelo poder público, tais como emendas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções da Câmara dos Deputados, do Senado, dos tribunais, CNJ, CNMP, regimentos internos, atos do poder executivo com força normativa, tratados e convenções internacionais, atos primários editados por pessoa jurídica de direito público e decisões proferidas em processos administrativos. É extenso, portanto, o rol das modalidades normativas que poderão ser impugnadas através desta ação. Ainda, merece destaque a jurisprudência do STF que acabou acolhendo como objeto de ADIN as leis de efeito concreto (STF, ADI 4.048).

Ademais, conforme a jurisprudência recente do STF, passou-se a admitir o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto". (ADI 4.048-MC, Rei. Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2008, DJE de 22.08.2008). No mesmo sentido: ADI 4.049-MC, cf.1nf 527/STF.

Caso no curso do processo a lei cesse sua eficácia, ou seja, revogada, em regra, a ação restará prejudicada por perda superveniente do objeto. Contudo, isso não ocorrerá caso fique demonstrado a fraude processual (ADI 3306/DF); caso o STF acabe julgando a ação sem ter sido notificado acerca da revogação (ADI 951

⁵²³ NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 198.

ED/SC), ou ainda quando a alteração implementada pela norma revogadora não é substancial (ADI 3077/SE).

Com relação ao aspecto temporal, deve a norma ter sido produzida posteriormente ao parâmetro invocado, visto que a inconstitucionalidade é um vício que nasce com a norma. Do contrário, falar-se-ia em recepção e não recepção. Por fim, com relação ao aspecto espacial, deve-se salientar que esta modalidade de ação apenas admite como objeto leis e atos normativos estaduais e federais.

Nesse aspecto, é interessante observar a diferença dessa modalidade para a ação declaratória de constitucionalidade, que só admite leis ou atos normativos federais como objeto e, ainda, com a arguição de preceito fundamental, em que admite leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais. Nesse sentido, a súmula 642, STF confirmando este entendimento dispõe que não se admite ação direta de inconstitucionalidade em face de lei do Distrito Federal derivada de sua competência municipal.

Outro ponto que é de grande relevância no estudo da ação direta de inconstitucionalidade é acerca das intervenções de terceiros, em especial o *amicus curiae*, figura que foi expandida no Novo Código de Processo Civil, mas que já era prevista na Lei 9868/99. Nessa perspectiva, a lei dispõe que não se admite, em regra, a intervenção de terceiros no controle abstrato, nem ao menos na forma de assistência (artigo 7, Lei 9868/99)⁵²⁴. Contudo, o *amicus curiae* é figura expressamente prevista no §2 do referido artigo, de modo que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes poderá admitir o *amicus curiae*, através de despacho irrecorrível. Frise-se que da decisão que inadmitir cabe agravo, conforme jurisprudência do STF (ADI 3105 ED/DF).

Neste sentido, o *amicus curiae* visa pluralizar a discussão, promovendo uma abertura da interpretação constitucional, conferindo uma participação democrática maior à decisão⁵²⁵. A manifestação do *amicus curiae* pode ser requerida pelos próprios órgãos e interessados, através de pedido de admissão subscrito por advogado, bem como requerida de ofício pelo Supremo. A manifestação do *amicus curiae* será através de memoriais escritos ou sustentação oral, a depender do caso.

Ainda, a Constituição Federal em seu artigo 103, §3, prevê a manifestação do Advogado Geral da União para que faça a defesa do ato no prazo de quinze dias

⁵²⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley, *Controle de constitucionalidade*, p.239.

⁵²⁵ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. JusPodivm, 2017, p. 204.

após as informações prestadas pelos órgãos ou autoridades responsáveis pela emanção do ato impugnado.

Em regra, não caberia ao advogado geral da união opinar ou exercer função fiscalizatória, visto que esta é função típica do Procurador Geral da República. Contudo, o STF já flexibilizou o referido *munus*, dizendo que não há obrigatoriedade de defesa da norma impugnada quando já houver pronunciamento do próprio Tribunal no sentido da inconstitucionalidade da tese discutida (ADI 1616).

Outrossim, no caso do interesse da União ser contrário ao explícito na norma, o STF já admitiu, em interpretação sistemática, a manifestação do advogado geral da união pela inconstitucionalidade, conforme verifica-se na ADI 3.916, de relatoria do Min. Eros Grau.

O Procurador Geral da República, por sua vez, deverá ser previamente ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, conforme estabelece o artigo 103, §1, da Carta Maior, mesmo quando ele próprio for o requerente. Nos processos constitucionais subjetivos, não se exige necessariamente a remessa automática, sendo essa necessária apenas em casos específicos. Porém, no caso de processos constitucionais objetivos, sempre o Procurador Geral da República deverá ser ouvido no prazo de quinze dias após a manifestação do Advogado Geral da União.

Deve-se salientar que, tendo em vista a sua independência funcional, mesmo quando o Procurador Geral da República poderá emitir parecer pela ausência de inconstitucionalidade.

A Lei 9.868/1999 traz em seu artigo 10 a possibilidade de concessão de liminar por decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, através de voto da maioria absoluta de seus membros. Ainda, há a possibilidade dessa concessão ser concedida de forma monocrática, *ad referendum* do pleno, qual seja: no caso de urgência ou quando o STF estiver em período de recesso.

Em tais casos, os efeitos das decisões serão, tal como a decisão definitiva, *erga omnes* e vinculante. Contudo, a decisão terá eficácia *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação no Diário Oficial da União, conforme estabelece artigo 11, da referida lei. Contudo, pode ser determinada a modulação de efeito, concedendo eficácia retroativa.

O efeito vinculante que advém da ação direta de inconstitucionalidade foi introduzido pela Lei 9.868/99, no seu art. 28, parágrafo único. Recorde-se que este já existia com previsão expressa relativa à ação declaratória de constitucionalidade (EC 03/93).

Ainda, em regra, com a norma liminarmente suspensa, haverá o efeito repristinatório tácito, ou seja, a legislação anterior tornar-se-á novamente aplicável. A decisão liminar poderá suspender a vigência da norma impugnada, assim como o julgamento dos processos que envolvem sua aplicação⁵²⁶.

Com relação ao momento em que a decisão passa a vincular, o STF entende que a decisão passa a valer a partir da publicação da ata de julgamento no DJE, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado, "exceto nos casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (cf. ADI 711-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 05.08.1992, DJ de 11.06.1993 - critério adotado em julgamento de medida cautelar, mas que parece adequar-se ao julgamento de mérito); Rei 2.576 e Notícias STF, 23.06.2004; Rei 3.309 e Inf 395/STF; ADI 3.756-ED, Rei. Min. Carlos Britto, j.24.10.2007, DJ de 23.11.2007).

Dessa forma, para a jurisprudência do STF, não se pode confundir, em se tratando de ações objetivas de controle de constitucionalidade, a publicação da ata de julgamento com a publicação do acórdão⁵²⁷. Em síntese, o efeito da decisão passa a valer, inclusive para eventual interposição de reclamação, a partir da publicação da ata de julgamento no DJE. Publicado o acórdão, em momento seguinte, inicia-se o prazo para a interposição de eventual recurso, no caso dos processos objetivos em análise, dos embargos declaratórios. Só então, julgados os embargos, é que haverá a certificação do trânsito em julgado da decisão, sem que isso impeça, como visto, desde a publicação da ata, a produção dos efeitos da decisão.

Por fim, vale a consideração de Dirley Cunha Junior sobre a ADI, que vai compreendê-la como uma ação declaratória de constitucionalidade com pedido

⁵²⁶ NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 209.

⁵²⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 2017, p. 416.

invertido⁵²⁸. Afirma ainda o constitucionalista que a inscrição de efeitos *erga omnes* traduz por si só a vinculação, não fosse a esdrúxula distinção do STF em “aceitar a ação de Reclamação (CF88, art. 102, I ,j) em face deste e não acolher em razão daquela”⁵²⁹.

Sem dúvida, apresentava-se como uma grande incoerência no sistema de justiça e, particularmente, em sede de controle de constitucionalidade a distinção que se oferta como um “fosso suicidico” no ordenamento. Qual seria o significado que se faz para a defesa de que a decisão do STF na decisão abstrata que somente declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal pode ter efeito vinculante, não o existindo para a lei ou ato de natureza estadual⁵³⁰.

2.6.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade-ADC

Conforme já sinalizado, a ação declaratória de constitucionalidade foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com Emenda Constitucional nº 03/93. Nesse sentido, o objetivo da referida ação é obter uma manifestação do Supremo nos casos de controvérsia judicial relevante acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Há, portanto, o objetivo de transformar a presunção relativa de constitucionalidade das leis em presunção absoluta⁵³¹.

Percebe-se, portanto, que esta, e a ação direta de inconstitucionalidade possuem um caráter dúplice, de modo que tem finalidades opostas, mas que por terem a mesma natureza devem ser processadas e julgadas conjuntamente, haja vista que a procedência de uma necessariamente implicará a improcedência da outra⁵³².

Inicialmente, percebe-se que o objeto dessa ação é mais restrito que o da ação direta de inconstitucionalidade. Isto porque, neste caso, apenas poderá ser objeto da ação declaratória lei ou ato normativo federal, enquanto na ação de inconstitucionalidade pode ser impugnado uma norma federal ou estadual.

⁵²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 241.

⁵²⁹ Idem. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2017, p. 242

⁵³⁰ Idem, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2017, p. 242

⁵³¹ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p., 436.

⁵³² NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 175.

Com relação aos legitimados, há uma identidade com aqueles previstos para a ação direta de inconstitucionalidade. Antes da EC 45/2004, esse rol era mais restrito, incluindo apenas o presidente da República; a mesa do Senado Federal; a mesa da Câmara dos Deputados e o procurador-geral da República.

O processamento também é semelhante, com algumas peculiaridades. Com relação à intimação do advogado Geral da União, a doutrina diverge, de modo que, para Pedro Lenza⁵³³, deve haver a citação, uma vez que a ADC e ADI são ações dúplices e ambivalentes. Nessa ação, o procurador-geral da República também deve ser ouvido e emitir parecer (art. 103 § 1º CF/88).

Com relação aos requisitos, neste caso, há a necessidade de demonstração da controvérsia judicial que põe risco à presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame. Segundo o artigo 14, da Lei 9.868/99, a petição inicial deve conter o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; o pedido, com suas especificações; a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória e ainda cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

Em seguida, o relator poderá admitir ou inadmitir, cabendo agravo interno no prazo de 15 dias conforme estabelece o Novo Código de Processo Civil. Em seguida, o relator pode requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos, audiência pública. Os efeitos da ADC são os mesmos que a ADI, ou seja, *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante com relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública nas esferas federal, estadual, municipal e distrital⁵³⁴.

Os efeitos dessa decisão, reafirme-se, produzirão na forma do art. 102, §2º da CF eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A liminar na ação declaratória de constitucionalidade será concedida nos mesmos moldes da ação direta de inconstitucionalidade. Contudo, poderá ser determinada a suspensão do julgamento de processos envolvendo a aplicação da norma questionada, pelo prazo máximo de cento e oitenta dias, sob pena de perda da eficácia da decisão liminar, conforme estabelece art. 21 da Lei 9868 de 1999.

⁵³³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19 ed. pl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 438.

⁵³⁴ Idem, LENZA, Pedro. 2015 p. p. 473

2.6.2.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma novidade prevista na Constituição de 1988 em seu art. 102, § 1º CF/88, inserido através da EC 3/93. O objetivo dessa ação é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, podendo, portanto, ter caráter preventivo ou repressivo⁵³⁵.

Frise-se que, conforme se estabelece no artigo 1º da Lei 9882/99, que disciplina a referida ação, deve haver um nexo de causalidade entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do Poder Público, ato este que não necessariamente será um ato normativo. Percebe-se, portanto, que o objeto da ADPF é bem mais amplo que o das demais ações estudadas até o momento e o interesse desta pesquisa se aterá a superficial visão por não se enquadra dentre os objetivos, muito embora de grande valor o instituto, a ele com especificidade não se atentara.

Com relação à definição de preceito fundamental, não há um dispositivo que estabeleça de forma direta o que seria. Nesse sentido, a doutrina divaga sobre seu significado, a exemplo de Bulos⁵³⁶, considerando que seriam os grandes preceitos que informam o sistema constitucional e que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária, a exemplo dos artigos 1º, 2º, 5º, II, 37, 207 etc.

Com relação ao procedimento, além dos requisitos do art. 319, CPC/2015, é necessária a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental; o pedido, com suas especificações; e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Após o julgamento da ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Os efeitos serão também *erga omnes, ex tunc* e vinculantes.

⁵³⁵ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015 p., 442.

⁵³⁶ BULOS, Uadi Lamêgo. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 268

Por fim, é possível se falar em fungibilidade entre esta ação e a ADI, de modo que se deve ter como parâmetro que se trate de uma dúvida objetiva e razoável e a proibição da incidência de erro grosseiro⁵³⁷.

2.7 AS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme fora analisado nos tópicos anteriores, o controle de constitucionalidade visa observar a compatibilidade de determinada norma em face da Constituição, visto que esta é a norma suprema de um ordenamento jurídico. Portanto, ao se controlar um dispositivo ou ato, afasta-se sua validade ao considerá-lo inconstitucional, expurgando-o do ordenamento. Trata-se de medida severa, um verdadeiro processo de exclusão.

Também, foi sinalizado que a decisão que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de lei ou ato normativo tem eficácia contra todos, ou seja, *erga omnes*, e ainda tem efeito vinculante relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública em todas as suas esferas.

Nesse sentido, com o intuito de preservar a validade da norma, o Supremo Tribunal Federal vem se utilizando das denominadas técnicas de decisão, que buscam compatibilizar o conteúdo da norma impugnada com os valores consagrados na Constituição Federal.

Através do estudo da hermenêutica jurídica⁵³⁸, sabe-se que uma norma comporta diversas interpretações de modo que cabe ao intérprete identificar, através dos métodos hermenêuticos, qual interpretação deve ser aplicada no caso concreto.

⁵³⁷ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.449.

⁵³⁸ A hermenêutica aproveita-se das conclusões da filosofia jurídica, criando novos processos de interpretação e organizando-os de forma sistemática. A interpretação é a aplicação da hermenêutica. “A hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 23.). Nesse sentido, vê-se que os significados de hermenêutica e interpretação são díspares. Canotilho, sobre o tema interpretação, adverte: Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.)

Esse fenômeno, indubitavelmente, nos apresenta uma nova forma de controle de constitucionalidade.

As referidas técnicas vêm ganhando destaque em diversos julgados do STF e também teve previsão expressa na Lei 9686/99, em seu artigo 28, § único, que estabelece que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública nas esferas federal, estadual e municipal.

A primeira técnica que merece exame é a declaração de constitucionalidade mediante interpretação conforme⁵³⁹. Nesse caso, diante de uma norma diante de normas polissêmicas, ou seja, aquelas que permitem diversas interpretações, o Supremo Tribunal Federal, ao realizar o controle, elege aquela interpretação considerada constitucional, eliminando as demais interpretações consideradas como incompatíveis com a Constituição.

Desse modo, elimina-se a inconstitucionalidade da norma ao excluir determinadas “hipóteses de interpretação” da norma, para lhe empregar interpretação que a compatibilize com o texto constitucional. Essa técnica visa a “prestigar a presunção juris tantum de constitucionalidade dos atos normativos do poder público”⁵⁴⁰.

Assim, havendo norma com múltiplos significados, deve se adotar aquele que se encruste no acervo constitucional. Sendo por óbvio um procedimento de interpretação aplicado no processo objetivo de controle de constitucionalidade, e seu fim será sempre o de encontrar, dentre as interpretações diversas e possíveis, aquela que se enquadre a Constituição Federal reafirmando o seu contexto e valor substancial.

No tocante à essa técnica, Gilmar Mendes afirma que se constitui para o julgador um dever reverenciar a norma compatível com a Constituição, e, havendo no caso duas ou mais interpretações possíveis de uma lei, deve-se escolher a que

⁵³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 9.ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 250.

⁵⁴⁰ Idem, *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 2017, p. 251.

revele a adequação. O interesse do legislador é a positivação da norma, o de constam as diretrizes constitucionais⁵⁴¹.

Ainda, Mendes afirma que existem limites a essa técnica, devendo ser observada a “expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador”, sendo, dessa forma, “apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto”, bem assim, não ocasionar modificação do significado do “texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”⁵⁴².

Ao reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares na ADI 4.277, o STF utilizou a referida técnica, atribuindo ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição. No referido processo, a Corte excluiu qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Assim, adveio de modo informal uma mudança interpretativa da constituição sem modificação textual.

Advertir-se, ainda, que muito se discute no caso do julgamento da ADI 4.277, se de fato houve autêntica aplicação da técnica de interpretação conforme a constituição ou se, neste caso, de que ocorreu a mutação constitucional. Aparenta-se que, muito embora o STF tenha fundamentada sua interpretação relativa ao art. 1723 Código Civil, pela técnica de interpretação conforme a constituição, se pode defender que se tratou de um caso de autêntica mutação constitucional.

A segunda técnica que também visa compatibilizar a norma ao texto constitucional é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Esta, em verdade, é a face oposto da anterior, haja vista que neste caso, o STF declara inconstitucional apenas uma interpretação, mantendo as demais válidas⁵⁴³.

Assim como a técnica anterior, não se modifica o texto normativo, mas apenas utiliza-se de técnicas a fim de compatibilizar este texto com o conteúdo da Carta Maior.

Sua utilização serve para afastar determinadas “hipóteses de aplicação ou incidência” da norma que, aparentemente, seriam factíveis, mas que a levaria a uma inconstitucionalidade, porém sem proceder a qualquer alteração do seu texto normativo. Contudo, ao contrário do que ocorre na técnica de interpretação

⁵⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva. p. 1289.

⁵⁴² Idem, *Curso de Direito Constitucional*. 1291.

⁵⁴³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 251.

conforme, não se elege determinados sentidos interpretativos, mas se exclui da norma determinada situação, em que em tese, ela poderia ser aplicada (DIRLEY).

Tal técnica foi utilizada pelo STF ao examinar o artigo 14 da EC 20/98 que tratava do teto para os benefícios previdenciários do RGPS, excluindo sua aplicação ao benefício do salário maternidade, dado ao longo da licença gestante, que deve ser pago sem a observância do referido teto e sem prejuízo do emprego e do salário, conforme preconiza o art. 7º, XVIII, da CF (ADI 1946).

Para Mendes, a interpretação parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto “refere-se, normalmente, a casos não mencionados no texto, que, por estar formulado de forma ampla ou geral, contém, em verdade, um complexo de normas”⁵⁴⁴.

Outra hipótese é o apelo ao legislador⁵⁴⁵. Trata-se de uma técnica alemã pela qual o Tribunal que “implica numa decisão de rejeição da inconstitucionalidade, vinculada, contudo, a uma conclamação ao legislador para que este estabeleça as medidas corretivas ou de adequação necessárias”⁵⁴⁶.

Mendes afirma no tocante à técnica de apelo ao legislador (“*Appellentscheidung*”) que foi criada na Alemanha, sendo que esta expressão foi escrita no caso de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual uma juíza do Tribunal Constitucional “defendeu a pronúncia, em determinados casos, da sentença de rejeição de inconstitucionalidade vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias”⁵⁴⁷.

Pontua-se, ainda, que “*Appellentscheidung*” é a decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como “ainda constitucional”, anunciando a eventual conversão desse estado de constitucionalidade.

Três hipóteses são apontadas como ocasião apta a utilização da técnica, que são: o apelo ao legislador em razão de mudança da realidade ou da interpretação constitucional; o apelo ao legislador em razão de omissão do legislador, e, por fim, o apelo ao legislador em razão de incerteza quanto à vinculação da Constituição.

⁵⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.196

⁵⁴⁵ Sempre é bom lembrar que na Alemanha se estabelece um controle de constitucionalidade de caráter declaratório, pelo qual as normas inconstitucionais são inválidas desde o momento de sua edição. Nesse sentido, a declaração é de nulidade com efeitos *ipso iure* e *ex tunc*.

⁵⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 253.

⁵⁴⁷ Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175956/000464726.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 de jul. 2017.

Alguns, poucos casos, já reconheceram desta técnica. Veja-se o caso da legitimidade do MP para atuar em nome de pessoas acobertadas pela Lei 1060/50, o que levou o STF a aludir pela possibilidade de atuação do MP.

No julgamento, portanto, do RE 135.328-SP⁵⁴⁸ que teve por Relator o Ministro Marco Aurélio, no Pleno, DJ 20.04.2001, determinou-se que, enquanto não criada por lei, organizada a Defensoria Pública, permaneceria em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, pelo qual o Ministério Público estaria legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista.

Com esta técnica, evita-se a declaração de inconstitucionalidade, mas sobrevive o dispositivo mesmo que incompatível com o espírito constitucional até que se alcance o objetivo central do texto.

Por fim, existe ainda mais uma técnica que é a da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade; nasceu no Brasil fruto da *Unvereinbarkeitserklärung* na jurisprudência da corte constitucional alemã. Cunha adverte que o “STF vem adotando esta técnica de decidir quando a situação que ensejou a propositura da ação direta mostrar absolutamente inalterada em razão do estado de fato consolidado⁵⁴⁹”.

Ainda, é o caso de utilização da técnica “quando a decisão do controle provocar um agravamento no estado de inconstitucionalidade caso pronunciado os seus efeitos⁵⁵⁰”.

São exemplos dessa técnica adotada pelo STF da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no caso concreto da Resolução 23.389/13 do TSE que estabeleceu o número de deputados nas eleições. Assim, em junho de 2014, o Plenário do STF realizou julgamento conjunto de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4947, 4963, 4965, 5020, 5028 e 513 e em todas se impugnou a constitucionalidade da Resolução acima citada do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que “dispõe sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmara Legislativa para as Eleições de 2014”.

⁵⁴⁸ Disponível: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_135328_SP-_29.06.1994.pdf?Signature=bSH8AaeFPpb%2Fb73sPP8WTHnJKks%3D&Expires=1503033920&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a9a26acc91122d2770f23696d6dda6eb>. 30 de jul. 2017.

⁵⁴⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 254.

⁵⁵⁰ Idem, p. 254

Ressalte-se que os ministros da Corte, em sua maioria, consideraram inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar 78/1993, que autoriza o TSE a estimar o número de componentes das bancadas dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados e, desse modo, a resolução foi também foi considerada inconstitucional.

Outro caso, muito conhecido, está na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240, da Lei n. 7.619/00, do Estado da Bahia, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães (DJ em 03/08/2007), e enfatizou que a decisão do STF deve levar em conta a força normativa dos fatos e ponderar entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica.

Desse modo, afirmou-se na decisão que a lei poderia ser julgada inconstitucional, sem declaração de nulidade por certo período de tempo, até que o legislador emendasse a legislação de acordo com as exigências constitucionais, conforme regulamentadas em lei complementar a ser editada em nível federal.

Estas são as técnicas do controle de constitucionalidades – instrumentos importantes para a verificação da compatibilidade, apresentando caminhos para uma efetiva e segura interpretação.

2.8 A MESCLA DE ATRIBUIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSIDADE DE UMA CORTE CONSTITUCIONAL

O Supremo Tribunal Federal (STF), criado em 9 de janeiro de 1828, sendo o mais antigo órgão judicial, constituindo-se, ainda hoje, na mais alta corte de justiça no Brasil⁵⁵¹, sendo reestruturado na Constituição Federal de 1988. É o órgão de cúpula estando acima de qualquer outro órgão integrante do Poder Judiciário. Cunha destaca que o STF é o intérprete maior da Constituição Federal, cabendo-lhe a atribuição de dizer por último o Direito Constitucional sem, contudo, constituir-se como Tribunal Constitucional⁵⁵².

O Supremo Tribunal Federal encontra-se no ápice do Poder Judiciário sendo composto por onze Ministros escolhidos entre cidadãos com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, com notável saber jurídico e reputação ilibada,

⁵⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira e Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2015. 10 ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 970

⁵⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso Direito constitucional*. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: JusPodiv, 2011, p. 1093.

nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pela absoluta maioria do Senado Federal⁵⁵³⁵⁵⁴.

As competências do STF foram ampliadas e reestruturadas na Constituição Federal de 1988, quando foram excluídas certas matérias e introduzido o novo rol. O Supremo Tribunal Federal, segundo as fontes constitucionais, encerra desse modo, atribuições e atividades com dois tipos de natureza, a originária e a recursal.

Sabe-se que a Constituição Federal ampliou a competência originária, especificadas taxativamente no art. 102, I da CF, pontuando o legislador com ênfase que atua o Supremo Tribunal Federal, como guarda da Constituição, cabendo-lhe, processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

⁵⁵³ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 590.

⁵⁵⁴http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm (art.101, caput, e Parágrafo Único).

h) (Revogada).

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; e

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

No tocante a competência recursal, a doutrina a subdivide em duas: a ordinária e a extraordinária. Tem-se por ordinária a competência disposta, no inciso II, do art. 102 da CF, cabendo ao STF, o julgamento em recurso ordinário em duas hipóteses: a primeira em *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; e, também, no crime político.

Em relação à competência recursal extraordinária, compete ao STF, na forma do art. 102, III, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão for recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

São 17 (dezessete) competências originárias que se destinam a afirmar que, sobre determinadas matérias, compete unicamente ao STF a manifestação, ou seja, “apenas o Supremo tem a prerrogativa para solucionar o caso, cabendo da sua decisão ação rescisória e embargos declaratórios”⁵⁵⁵. Essa competência originária advém da complexidade e das essencialidades caracteristicamente constituintes dessas matérias, portanto, é rol exaustivo.

Essa pesquisa não se desenvolve no interesse do desdobramento do estudo sobre as competências do Supremo Tribunal Federal, tendo apenas o interesse elucidativo à remissão ao art. 102 e seus parágrafos. Afirma-se que conveniente será o debate sobre o papel do STF, como guardião da constituição, a consideração sobre este tribunal pode ser considerado uma corte constitucional, por fim, indagar sobre a força dos precedentes constituídos através do controle difuso de constitucionalidade.

2.9 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APENAS UM GUARDIÃO

Como já exposto, o Supremo Tribunal Federal foi criado em 1828 com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, instalado um ano depois (09.01.1829), contando na sua composição com dezessete Ministros com a incumbência de conhecer os recursos de revista e julgamento de conflitos

⁵⁵⁵ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 592.

jurisdicionais e de ações penais nas quais o réu era ocupante de certos cargos públicos⁵⁵⁶.

Os historiadores observam que o Supremo teve origem nas casas de relação criadas durante o período colonial e na Casa de Suplicação. A primeira corte de apelação do Brasil foi a Relação da Bahia, em 1609, quando restou desativada, em 1626, por ocasião da invasão dos holandeses. Foram reestruturadas somente em 1652⁵⁵⁷.

O segundo Tribunal de Apelação do Brasil Colônia foi a Relação do Rio de Janeiro, em 16 de fevereiro de 1751⁵⁵⁸. Destaque-se, como relata Hespanha, que a Casa de Suplicação era o tribunal supremo de Portugal com a competência de julgar, em último grau de instância, os feitos judiciais⁵⁵⁹.

A Casa de Suplicação do Brasil foi instituída pelo alvará de 10 de maio de 1808, em razão da mudança da Corte Portuguesa para o Brasil e, conseqüentemente, a conversão do país em sede da Monarquia. Assim, a Relação do Rio de Janeiro converte-se em tribunal superior de última instância, com a mesma competência da Casa da Suplicação de Lisboa. Outras Casas de Relação foram criadas como as do Maranhão e a da Província de Pernambuco⁵⁶⁰.

Em 13 de janeiro de 1822, são extintos os tribunais do Rio de Janeiro, com a diminuição da Casa de Suplicação à mera relação provincial, ao lado da relação da Bahia, Recife e Maranhão. Era necessário o emprego de medidas que colocassem o Brasil em situação fragilizada e reforçassem seu aspecto de colônia frente a Portugal. Esclareça-se que esta medida adveio como manobra. A Revolução Liberal do Porto e a convocação das Cortes Gerais Extraordinárias exigia a elaboração de uma nova constituição para Portugal e a continuidade do Brasil Colônia⁵⁶¹.

Somente com a Independência nova fase se constituirá, com a criação do Supremo Tribunal de Justiça, no art. 163 da Constituição Federal de 1824. Ao, seu

⁵⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e Branco . *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 970.

⁵⁵⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Azevedo, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 211-225.

⁵⁵⁸ Idem, p. 218.

⁵⁵⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 228.

⁵⁶⁰ CRUZ E TUCCI, Op. Cit, p. 223.

⁵⁶¹ Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=2832>>. Acesso em: 30 de jul.2017.

lado os tribunais da relação nas províncias foram instituídos, sendo extinta definitivamente a Casa de Sustentação nos idos de 1833⁵⁶².

O Supremo Tribunal de Justiça envolvia-se com os julgamentos dos Recursos de Revistas, aos quais dedicavam seu tempo, não tendo proferido qualquer decisão com eficácia *erga omnes*. Foi, então, organizado pelo Decreto nº. 848, 11 de outubro de 1890. A composição do Tribunal era de quinze Ministros nomeados pelo Presidente da República e sujeitos à aprovação do Senado Federal⁵⁶³.

É com o Texto Constitucional de 1891, que o Supremo Tribunal Federal foi criado. Em princípio a denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e foi depois utilizada no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federa⁵⁶⁴. Fruto republicano era composto por 15 Ministros nomeados pelo Presidente da República, aprovados pelo Senado Federal⁵⁶⁵. Nasceu sob a inspiração do modelo norte-americano.

Assevera Mendes que graças à doutrina constitucional americana ao Supremo Tribunal Federal, outorgou-se a função de guardião da Constituição e da federação, com poder de realizar o controle de constitucionalidade através de recurso especial. Ainda, residia-se na sua competência a decisão sobre possíveis conflitos entre os entes federados⁵⁶⁶.

Com a Revolução de 1930, o número de Ministros foi reduzido para onze e as modificações foram introduzidas no controle de constitucionalidade. Neste momento, se possibilitou que o Senado Federal suspendesse os efeitos de lei declarada inconstitucional. Na Constituição de 1934, o STF passou a chamar-se

⁵⁶² ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade e da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 376.

⁵⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira e Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2015. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 970-971.

⁵⁶⁴ Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 30 de jul. 2017.

⁵⁶⁵ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 591.

⁵⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e Branco, op. cit., p. 973.

“Corte Suprema” e se permitiu a apreciação da constitucionalidade de lei que decretasse intervenção federal⁵⁶⁷.

A Constituição de 1937 volta a utilizar a denominação Supremo Tribunal Federal e reduziu a autonomia do Supremo Tribunal Federal, passando o seu Presidente e o Vice a serem escolhidos pelo Presidente da República. Nesse momento, é inserida também mudança no controle de constitucionalidade, possibilitando-se o chefe do Executivo submeter à avaliação dos parlamentares a lei declarada inconstitucional a fim de que estes decidissem pela validade ou invalidez da lei⁵⁶⁸.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 redemocratizou o Brasil. Era o final da 2ª Guerra Mundial, e Getúlio Vargas havia sido deposto. O texto constitucional de 46 previu a possibilidade de o próprio Supremo rever a composição do órgão, e a arguição de inconstitucionalidade direta foi intensificada. O Procurador-Geral da República passou a competir a representação ao STF de norma estadual em conflito com os princípios constitucionais⁵⁶⁹.

É na década de 1960, que a sede do Supremo Tribunal Federal passa para o Distrito Federal. Durante o período militar, o número de ministros foi ampliado, tendo isto se mantido no texto constitucional de 1967.

Por fim, na Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, o Supremo Tribunal Federal é apresentado como o guardião da Constituição, conforme as prescrições contidas nos artigos 101 a 103. Não resta dúvida sobre o fato de ter a CF/88 reorganizado o Poder Judiciário e dado destaque ao STF como já visto, mas deve ser compreendido como Corte Constitucional?

⁵⁶⁷

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 30 de jul. 2017.

⁵⁶⁸ MENDES, op. cit, 973-975

⁵⁶⁹ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

Este questionamento merece explicações que estão na sua origem, tendo a apresentação de sua evolução histórica como um pano de fundo hábil a assentar o posicionamento de grande parte da doutrina. Dirley Cunha Júnior assenta que não é o STF um Tribunal Constitucional, esclarecendo que a Constituição Federal não lhe ofertou tal natureza e, por outro lado, detém competência recursal, integrando o Poder Judiciário⁵⁷⁰.

Bulos afirma que o Supremo Tribunal Federal não pode ser compreendido em sua natureza como uma Corte Constitucional. Argumenta inclusive como modo de comprovação da possibilidade de processar até *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, dentre outros, o que descaracteriza a sua ação como constitucional⁵⁷¹.

Por Corte ou Tribunal Constitucional, deve-se entender “o órgão incumbido nos sistemas constitucionais de jurisdição concentrada, de realizar a jurisdição constitucional, sem que se possa, de sólito, exercê-las nas instâncias da jurisdição ordinárias”⁵⁷². Agra esclarece que o STF não obedeceu aos modelos das cortes constitucionais europeias, desempenhando outras atividades além do resguardo dos textos Constitucionais⁵⁷³.

De fato, os tribunais constitucionais exercem somente o controle de constitucionalidade mantendo-se como estrutura desatrelada do Poder Judiciário, não detendo outras competências revisoras ou recursais, sendo por excelência corte que proclama a constitucionalidade. Têm, portanto, competência para matérias de elevado interesse, exclusivamente constitucionais.

Como já analisado anteriormente, no modelo europeu, como o realizado na Alemanha, o Tribunal Constitucional é um órgão afastado do Judiciário e está situado ao lado dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Foi especialmente a partir da década de 20 que surgem estas Cortes.

⁵⁷⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso Direito constitucional*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 1092.

⁵⁷¹ Bulos, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 276.

⁵⁷² AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

⁵⁷³ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 591.

Nesse modelo europeu, alguns traços caracterizadores fazem-se presentes de forma marcante e geral, como previsão expressa e modo de constituição, designação dos juízes por critérios políticos-democráticos, duração de mandato, com fixação do mandato por tempo determinado e sem prorrogação, competência específica a matéria constitucional e por fim, a impossibilidade dos seus membros do exercício de outras atividades, vigorando o critério das incompatibilidades⁵⁷⁴.

Pelo elenco apresentado, o Brasil não se enquadra; é o que logo se apercebe o estudioso, pois os mínimos elementos destacados não são preenchidos e, portanto, pelo menos no sentido estrito não pode ser o seu tribunal uma corte constitucional.

Ao destacar o que no modelo europeu torna um Corte constitucional, Belchior afirma que esta corte é de fato um poder que detém também funções políticas, “sendo um órgão constitucional independentemente dos demais poderes, inclusive do Poder Judiciário ordinário, ocupando-se exclusivamente da tarefa de fazer cumprir a Constituição”⁵⁷⁵.

O contencioso ordinário não é exercido no modelo europeu, havendo única dedicação à jurisdição constitucional. Assim, as “questões constitucionais são da competência exclusiva de apenas um Tribunal, o qual é designado exclusivamente para esta finalidade, cujas decisões tem força de coisa julgada *erga omnes*”⁵⁷⁶.

Por outro lado, o modelo americano, como já revisado anteriormente, nasce com o inusitado caso *Marbury vs. Madison*, e como já se sabe, por este modelo, a todos os órgãos do Poder Judiciário é incumbida a missão de aplicar o controle de constitucionalidade em caso concreto; tem o “poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional”⁵⁷⁷.

O Supremo Tribunal Federal não alçou, na Constituição 1988, portanto, o patamar de Corte Constitucional, muito embora, ao adotar o sistema misto de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, possa ser considerado como um guardião preferencial constitucional, como tal um assegurado do Estado de

⁵⁷⁴ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82-83.

⁵⁷⁵ Belchior

⁵⁷⁶FAVOREU, LOUIS. AS CORTES CONSTITUCIONAIS.Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. P. 18/19.

⁵⁷⁷MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012,p. 1094

Direito e consolidador dos Direitos fundamentais, da pessoa humana e dos não humanos.

As lições de Belchior sinalizam nesse sentido, pois, de fato, pela análise do art. 102 da Constituição, constata-se que o STF não é uma corte constitucional, em razão do extenso rol de atribuições de natureza cível, criminal, recursal, formando um quadro amplo de competências. O analista afirma que uma “corte especificamente constitucional seria competente somente para apreciar o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas⁵⁷⁸”.

Mesmo com a criação do Superior Tribunal de Justiça, que passou a deter competência relativamente à legislação federal retirando a competência do STF, grande feixe de atribuições ainda lhe cabe. Não há de ser considerado uma legítima Corte de Constitucionalidade, como afirma o constitucionalista José Afonso da Silva^{579/580}.

Vilhena adverte que ao STF foram atribuídas muitas funções que “na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recurso de última instância⁵⁸¹”, e esse modelo à brasileira, misto, tem-se mostrado um complicador, criando crises e impactando até acúmulo de processos^{582/583}.

⁵⁷⁸BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Supremo Tribunal Federal, Legitimidade e Corte Constitucional. In: Revista Direito e Liberdade, Mossoró, V. 8, n.1. 07/11/2011, Disponível em: <HTTP: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/25/12>. Acesso em: 30 jul. 2017.

⁵⁷⁹ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 527.

⁵⁸⁰ Outros constitucionalistas mais abertos e flexíveis defendem a identificação do STF como corte de Constitucionalidade, como Alexandre de Moraes. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 562-563.

⁵⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito FGV, v. 4, n. 2, São Paulo, jul/dez. 2008. (<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>)

⁵⁸² O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do seu Departamento de Pesquisas Judiciárias, elaborou pela primeira vez um Relatório sobre o Supremo Tribunal Federal, denominado “Supremo em Ação”, que foi publicado em 30 de junho de 2017. A presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lúcia, afirmou que o relatório sobre os dados do Supremo Tribunal Federal nasce para dar “cumprimento ao dever constitucional de assegurar informação aos cidadãos brasileiros sobre a sua atuação”. As estatísticas demonstraram que no Supremo Tribunal Federal pelo menos 941,4 mil processos estão sobrestados em todo o país enquanto esperam análise de recursos com tema semelhante. Quase 70% deles (656,5 mil) tratam de expurgos inflacionários gerados por planos econômicos nas décadas de 1980 e 1990. Pelo levantamento o Estado aparece no pólo passivo de 164,1 mil desses processos. O relatório estatístico sobre a produtividade do Supremo Segundo constata que enquanto não há publicação das decisões, os tribunais ficam sem referência jurídica para aplicar a tese da corte, gerando impactos diretos nas instancias inferiores. O relatório divulgado traz ainda uma radiografia sobre a atuação do STF entre 2009 e 2016. Afirma-se que tramitaram

Mas outros problemas também afiguram-se sobre o funcionamento desta Corte híbrida brasileira, que vão muito além do que o elevado número de processos existentes para julgamento. Assim, alerte-se especialmente para a tutela de coerência que se exige para a segurança do Sistema de Justiça através de seus mecanismos, uma missão da qual o STF não pode se afastar.

Ao ser importado, nos primórdios, o modelo americano, não se incorporou o *stare decisis*, apresentando-se a falha ao desprezo dos precedentes e banalizando-se, até mesmo, o arcabouço jurisprudencial insurgente. Tão somente nas últimas duas décadas, o sistema de precedentes tem se fortalecido e se apresenta em especial no novo Código de Processo Civil com uma capacidade de promover pondo em cheque as inconsistências do sistema e fomentado um novo caminho.

Na década de 1960, o controle de constitucionalidade é incorporado e esse sistema combinado⁵⁸⁴. Até então, a jurisdição constitucional no Brasil era tipicamente difusa e, com a Emenda Constitucional de 16/65, incorpora os artefatos do controle concentrado, dois processos dispares, um que absorve o processo subjetivo e o outro, o objetivo.

Na disposição que lhe foi acentuada pelo art. 102 da Constituição Federal, O STF pode ser qualificado como um órgão de cúpula do judiciário e não como corte, existindo debates na doutrina sobre a possibilidade de alteração da sua natureza e estrutura, transformando-o em uma Suprema Corte, o que fortaleceria o controle de constitucionalidade.

Defende-se a transformação do STF em uma legítima Corte Constitucional, uma vez que o seu máximo papel é a proteção da Constituição Federal, não se podendo conceder o leque de outras competências alheias e em flagrante incompatibilidade com o exercício da função jurisdicional⁵⁸⁵. Assim, há necessidade de estudos mais específicos sobre a reestruturação do Supremo Tribunal com mudanças na composição dos ministros, do seu número, da forma de escolha e

723,5 mil processos — acionados por 64,3 mil partes e que resultaram em 842,5 mil decisões. De acordo com o levantamento, o estoque – casos ainda sem solução – caiu de 100,6 mil em 2009 para 57,4 mil em dezembro de 2016. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-supremo-acao.pdf>>. Acesso em: 30 jul.2017.

⁵⁸³ Memorial Jurisprudencial Ministro Pedro Lessa. Supremo Tribunal federal. Secretaria de Documentação, Coordenação de Divulgação de Jurisprudência, Brasília, 2007, p. 30.

⁵⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 220.

⁵⁸⁵ MULLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na Republica Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 3, 2005, p.28.

nomeação, na redução das matérias e competências, com a agregação das excedentes pelo Superior Tribunal de Justiça.

Se de um lado o STF é o guardião da Constituição, sua ação implica necessariamente em interpretação e aplicação judiciais. Como órgão de cúpula, é responsável pelo controle de constitucionalidade, de duas naturezas, difuso e concentrado, realiza outras atribuições descaracterizadoras e até mesmo desprestigosas para elevado patamar constitucional. Por fim, resgatem-se as palavras do jurista Ives Gandra da Silva Martins ao afirmar que “a Suprema Corte não pode ser um tribunal híbrido (constitucional e de administração de justiça). Terá que ser apenas uma Corte Constitucional.”⁵⁸⁶

2.10 O EFEITO TRANSCENDENTAL DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO E DIFUSO: CONSIDERAÇÕES

Neste capítulo sobre o controle de constitucionalidade, leva-se em consideração a possibilidade de incidir a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes no controle abstrato e no difuso. O tema não pode ser esgotado nesta pesquisa por envolver uma diversidade de aspectos, contudo será enfrentado sobre óticas limitadas sem perder o espaço crítico e dialógico sobre o tema.

Foi demonstrada, em tópicos anteriores como se pode ver no último tópico do Capítulo primeiro, a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, sendo que, neste item, será inquietante cogitar-se sobre a autoridade do Supremo Tribunal Federal, no sistema combinado da tutela da jurisdição constitucional. Muitos fatores podem ser alinhados como comprovação dos equívocos que se multiplicam relativamente à adoção desse sistema dual de controle que, muitas vezes, fragilizam a atuação do Supremo.

Como se verifica na Constituição Federal e na Reforma do Poder Judiciário, pretendeu-se o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade. Foi com a Emenda Constitucional 45⁵⁸⁷ que o país sofreu uma grande mudança na estrutura do

⁵⁸⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins. *Uma Corte Constitucional*. Publicado no Jornal Gazeta Mercantil em 05.01.2006.

⁵⁸⁷ A Emenda Constitucional n. 45/2004 foi promulgada em 8 de dezembro de 2004, sendo publicada, no entanto, em 31 de dezembro de 2004.

Poder Judiciário, alterando-se os dispositivos 5, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 134 e 168 da CF⁵⁸⁸.

Estas importantes e significativas alterações inseridas no Poder Judiciário iniciam-se com temas estruturais como o ingresso à magistratura, o vitaliciamento, critérios de remoção e permuta entre os magistrados, exigência de *quorum* para aprovação das indicações de magistrados feitas pelo Presidente da República ao Senado Federal, a extinção dos tribunais de alçada dentre outras; como também, novidades processuais, com a atenção redobrada a duração do processo com a previsão do direito fundamental à rápida tutela jurisdicional, e até dispôs sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça e a adoção de justiças itinerantes e de cortes regionais, até culminar na criação do Conselho Nacional de Justiça.

A Emenda 45/04 criou a súmula vinculante defendendo a orientação pelas instâncias superiores às instâncias inferiores. As súmulas vinculantes são “decisões do STF sobre determinada matéria que, após obter o consentimento de dois terços de seus membros e a partir de sua publicação, se torna de observância obrigatória para os órgãos do Judiciário e da Administração Pública”⁵⁸⁹, na forma do art. 103-A CF.

Ademais, a súmula vinculante sinaliza no ordenamento jurídico o princípio da isonomia por meio do quais os casos iguais devem ter o mesmo tratamento. Lembre-se que, desde a Emenda Constitucional nº 3/93⁵⁹⁰, os efeitos vinculantes já tinham sido inseridos no ordenamento brasileiro.

Já passados mais de dez anos da sua criação, a súmula vinculante ainda é um instituto muito polêmico, que conta com adeptos ferrenhos, mas também grandes

⁵⁸⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm

⁵⁸⁹ Agra, curso de direito constitucional. P. 595

⁵⁹⁰ A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, veio alterar os artigos 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal, dispondo sobre a nova redação do art. 102, § 2º que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Assim, esta emenda somente atribuiu efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC). Foram as Leis 9.868/99 e (882/99 que estenderam o efeito vinculante às decisões proferidas nas ADIn e em Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Estes efeitos atribuídos por Lei ordinária deram ensejo a grande debate doutrinário por não se compreender a possibilidade de extensão, ampliação destes pelo legislador, mas tão somente pelo constituinte derivado. Ressalte-se que o STF veio a reconhecer a constitucionalidade desta ampliação do efeito vinculante quando do julgamento da questão de ordem no Ag Rg na Reclamação 1.880/SP. Ademais, curioso apontar que o Supremo veio a reconhecer efeitos vinculantes às liminares proferidas nas Ações Declaratórias de inconstitucionalidade (Reclamação 2.256/RN), o que, veio abranger também a Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

opositores. De um lado, os que protagonizam a celeridade da prestação jurisdicional e, como tal, a maior eficiência; por outro lado, os que proclamavam a falta de renovação da jurisprudência e o esquecimento ao princípio do livre convencimento do juiz.

Dalmo de Abreu Dalari, pronunciando-se sobre a súmula vinculante, advertia ser “péssima em termos de evolução do Direito”, assinalando sobre a necessidade de divergir e que “às vezes através de um voto divergente, se vai abrindo a possibilidade de uma concepção nova”⁵⁹¹.

Na contramão deste posicionamento esposado por Dalmo Dalari, ao se reportar sobre as súmulas vinculantes, Wambier destaca que se constitui em via de solução para o problema do acúmulo de processos e de trabalho que atingem o Poder Judiciário. Ainda, alude que as súmulas vinculantes podem contribuir para a estabilidade e previsibilidade dos julgados, sendo necessária sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro por ser um importante mecanismo para o desafogamento dos órgãos do Poder Judiciário⁵⁹².

Não resta dúvida. Estas súmulas vinculantes aparecem com especial recorte para demonstrar o modo que até então estavam sendo delineados os procedimentos sumulares no direito brasileiro como meros “enunciados gerais e abstratos, descompromissados com os casos precedentes que lhes deram origem”. Desse modo, esta nova modalidade apresenta “metodologia capaz de permitir a sua adequada aplicação num sistema preocupado em tutelar a coerência da aplicação do direito e a segurança jurídica”^{593/594}

Um dos maiores objetivos das súmulas vinculantes é vencer a lentidão do trâmite dos processos e afastar a morosidade, facilitando o julgamento dos processos e sua finalização, de forma segura e previsível. Pretende-se “desafogar o Judiciário”.

⁵⁹¹ DALARI, Dalmo de Abreu. Matéria Efeito vinculante: prós e contras, In, especial sobre a Reforma do Judiciário na Revista Consulex nº 3 de 31.3.1997.

⁵⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? Revista de Processo, n. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr/2000. p. 245.

⁵⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios., 2. Ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011, p. 487.

⁵⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30-48 .

Pedro Lenza adverte que o “modelo de súmula vinculante mostra-se não só necessário, como totalmente constitucional”⁵⁹⁵. Deve-se ater para o fato de que nem todas as súmulas editadas pelo STF são vinculantes, pois somente atingem a estas características aquelas que se submetem a *quorum* do art. 8 da EC 45/2004, ou seja, dois terços dos seus ministros⁵⁹⁶.

As súmulas vinculantes são assim constituídas de ofício ou por provocação do interessado, sendo considerados aqueles contemplados no §2º do art. 103-A e, com base nesse dispositivo, as súmulas também podem ser aprovadas, canceladas ou revistas.

Destaque-se que Gilmar Mendes afirma que a súmula vinculante não impossibilita alterações que se verificam por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico, em razão da disposição normativa constitucional de revisão e revogação dos enunciados, o que “propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa, que são respondidos, também, pelas fórmulas massificadas existentes hoje nos tribunais”⁵⁹⁷.

Saliente-se que as súmulas vinculantes versarão sobre matéria de índole puramente constitucional e nunca infraconstitucional⁵⁹⁸. Ao lado destas orientações, saliente-se a existência de pressupostos para a edição de súmulas vinculantes, quais sejam: normas sobre as quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; que acarrete grave insegurança jurídica e por fim, relevante multiplicação sobre a questão idêntica. São hipóteses fixas. Estas e tão somente estas.

O art. 4º, da Lei n.º 11.417/2006, dispõe que a súmula vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 dos seus membros, “poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”⁵⁹⁹ Trata-se da prerrogativa de modulação dos efeitos temporais e

⁵⁹⁵ LENZA, Pedro. Curso de Direito Constitucional Esquematizado. 8ª ed. São Paulo: Método, 2005, p.75

⁵⁹⁶ NETO, Manoel Jorge. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013, p.550

⁵⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. op. cit., p. 968-969

⁵⁹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 264.

⁵⁹⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Visitado em 10.07.2017, 20.00hs

materiais da decisão, que se constitui para conferir segurança jurídica na aplicabilidade. É a eficácia pró-futuro à súmula vinculante.

A modulação dos efeitos temporais possibilita a alteração do termo inicial da produção dos efeitos da súmula vinculante, transportando para o futuro a produção dos efeitos pelo fato de não ser possível a aplicação retroativa à data da proposição ou mesmo anterior a ela.

No tocante à modulação dos efeitos materiais, permite-se que o próprio STF estabeleça a limitação do alcance subjetivo da súmula, ou seja, delimitará a que órgãos ou entes da Administração Pública se exige a observância do conteúdo do enunciado.

A súmula vinculante impõe-se às instâncias inferiores e a toda Administração Pública direta e indireta das esferas municipais, estaduais e federais, não ficando subjugado a estas decisões o Legislativo, advertindo Agra, nesse contexto, que isso se deve à impossibilidade de subordinação de um poder a outro⁶⁰⁰. O plenário do STF não se subjugará também, a súmula, por evidência, por se tratar do único órgão com competência e poder para alterá-la.

Não se admite o descumprimento das súmulas vinculantes pelos juízes ou tribunais. Uma vez constatada decisões que contrariam a súmula vinculante, estas serão passivas de reclamação perante o STF que, julgando procedente a ação, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial.

A natureza jurídica das súmulas vinculantes é tema controvertido, pois há quem as entendam como norma, ao passo que outros as consideram como meras interpretações da norma da Lei. Sabe-se que três teorias estudam a natureza jurídica da súmula vinculante. São as teorias da natureza jurisdicional, da natureza legislativa e a teoria “*tertium genus*”.

Pela teoria jurisdicional, consideram-se as súmulas vinculantes com natureza jurisdicional por serem decisões reiteradas que emanam do STF, órgão do Poder Judiciário. Assim, nesse aspecto, as súmulas vinculantes possuem caráter normativo e, como tal, são atos próprios da função jurisdicional dotadas de generalidade e abstração⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 101

⁶⁰¹ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Outros defendem a natureza legislativa desta súmula, como Nelson Nery Jr., advertindo que “estas se desvinculam dos julgados que a formaram e passa a ter autonomia”. Dessa forma, as súmulas são o “preceito que coroa a decisão do caso concreto com força genérica”⁶⁰².

Nessa linha de raciocínio, encontra-se Cortês para quem as súmulas vinculantes não possuem caráter normativo, constituindo-se como reiteradas interpretações de uma determinada norma sobre um caso concreto, sendo desprovidos dos traços da abstração e generalidade⁶⁰³. Nesse sentido, para aplicação é fundamental o processo de interpretação para adequação aos casos concretos.

No tocante à natureza “*tertium genus*”, sustenta-se o encontro entre o abstrato dos atos legislativos e o concreto dos atos jurisdicionados, congregando ambos os aspectos legislativos e jurisdicionais. Admite-se possuir as súmulas vinculantes a natureza legislativa, uma vez que se produz norma geral e abstrata, desgarrando-se dos precedentes dos quais se originaram para se fazer incidir nos casos futuros.

No tocante à vinculação do legislativo à súmula vinculante, de modo especial, em verdade existem três correntes. Assim, há os que defendem a impossibilidade de vinculação, os que acreditam na possibilidade e, ainda, a corrente mista. Pela primeira corrente, o Poder Legislativo não estaria adstrito a obedecer a súmula vinculante e, como tal, detém legitimidade para edição de lei em sentido oposto ao da súmula. Da mesma forma, o poder executivo pode editar medida provisória em sentido oposto ao sumulado.

Por esta corrente, o efeito vinculante das súmulas não pode atingir o Poder Legislativo na sua função elementar, primordial, fundamental e, se for conveniente e apropriado compreender, poderá editar leis em sentido contrário ao da súmula. No Brasil, os adeptos desta orientação compreendem que não compete ao STF atuar como constituinte originário, não detém poder de ser a última palavra na interpretação constitucional, não pode invadir e usurpar a competência do Poder Legislativo, ao qual não se submete.

Pela segunda corrente, o Poder Legislativo não pode deixar de acolher o entendimento esposado pelo STF, pois é o órgão guardião da Constituição Federal

⁶⁰² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. Ed. rev., amp. e atual. São Paulo:RT,2009, p. 532.

⁶⁰³ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

e, portanto, seria impossível a edição de lei contrária à súmula vinculante, não sendo concebível ao legislador constitucionalizar tema que foi considerado em desacordo com a Constituição.

Nesse sentido, a lição de Cândido Dinamarco sobre a súmula refere-se ao texto constitucional, aludindo especialmente que “o que ela contém é a projeção da própria Constituição Federal, não tem a ela o poder de alterar-lhe o significado, ou revogá-la, alterá-la, prejudicá-la. Ela também é, em menos, uma norma constitucional”⁶⁰⁴. Por fim, a corrente mista entende que o legislador é vinculado, levando-se em conta certos limites.

Nesse diapasão, ressalte-se que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e as súmulas vinculantes na forma do art. 102, § 2 da CF. Os efeitos vinculantes são contidos nas decisões tanto de natureza final como liminar, proferidas em todas as ações de controle abstrato.

Feitas estas considerações preliminares sobre as súmulas vinculantes, por cautela e para não se pontuar de omissão ao tão debatido instituto do direito brasileiro, passa-se a indagar sobre o fato de existirem diferenças entre súmulas vinculantes e efeitos vinculantes, se expressam o mesmo significado e em, seguida, indagar-se-á sobre a extensão objetiva do efeito vinculante.

Enfaticamente se afirma que o efeito vinculante não se confunde com súmula vinculante. A criação do efeito vinculante foi alternativa para o combate a inobservância das decisões consideradas inconstitucionais de modo a se sustentar a jurisdição constitucional. Foi preciso a idealização de um mecanismo que intensificasse a eficácia das decisões oriundas especialmente da jurisdição constitucional, agregando-lhes um fator qualificador, a vinculação de modo que os outros poderes lhes emprestassem o sentido de obrigatoriedade e respeito ao julgado.

Afirmar Gilmar Mendes, que o efeito vinculante teve sua inspiração na doutrina alemã com o *Bindungswirkung*, com o objetivo de ampliar os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. Foi com a Constituição de Weimar que se idealizou a regra de que a decisão do Tribunal teria força de lei, ou seja, *gesetzkraft*

⁶⁰⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. Súmula Vinculante. In: *Revista Forense*, Salvador, n. 434, jul./set., 1999, p. 65.

para o direito alemão. Desse modo, criou-se uma norma impositiva possibilitando que normas de igual teor, ainda que não apreciadas pelo Tribunal, deixassem de ser aplicadas por força da eficácia geral das decisões^{605/606}.

Roger Stiefelmann Leal, sobre o tema, começa por sinalizar que os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da unidade da Constituição devem ser essencialmente observados e atuam como ferramentas no sentido de eliminar divergências hermenêuticas dando sentido à jurisdição constitucional e direcionando a sujeição dos demais poderes à Constituição⁶⁰⁷.

Leal ainda adverte que “autoridades administrativas ou judiciais de localidades distintas estarão jungidas às mesmas razões e fundamentos, de modo que a Constituição será, na medida do possível, aplicada de idêntica forma” portanto, “[...] opõe obstáculos à arbitrariedade e à discriminação na aplicação da Constituição”⁶⁰⁸.

Assim, os efeitos vinculantes podem ser compreendidos com “a eficácia de uma decisão judicial proferida sobre uma questão de fato e de direito, que ultrapassa o caso concreto da qual se originou”⁶⁰⁹. Com esta noção preliminar, já se pode invadir um campo delicado para examinar os efeitos vinculantes do controle abstrato de constitucionalidade e a teoria dos motivos determinantes.

Já se sabe dos efeitos e efeitos vinculantes no controle de constitucionalidade. Porém, o que se espera do fato de se falar de efeito vinculante aos motivos determinantes no controle abstrato? Considerem-se dois aspectos relativos aos efeitos vinculantes que são suas extensões, subjetiva e objetiva.

⁶⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no processo de controle de constitucionalidade abstrato de normas*. Revista Jurídica Virtual, vol. I, n. 4, agosto de 1999. <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067/1050>. Visitado em 18/05/2017.

⁶⁰⁶ Neste mesmo artigo, Gilmar Mendes indaga sobre o que se deve entender por efeito vinculante? Para em seguida pontuar que tal expressão não é comum no Direito Brasileiro. Assim, esclarece que no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), com a Emenda nº 7 de 1977, ao disciplinar a chamada representação interpretativa, estabeleceu que a decisão proferida na representação interpretativa seria dotada de efeito vinculante (art. 187 do RISTF). Ainda, neste histórico, adverte que em 1992, o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas foi referida em Projeto de Emenda Constitucional apresentado pelo Deputado Roberto Campos (PEC n. 130/1992), ressalvado que neste projeto havia distinção explícita entre a eficácia geral (*erga omnes*) do efeito vinculante.

⁶⁰⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112-117.

⁶⁰⁸ Leal, p. 112-117.

⁶⁰⁹ DIAS, João Luís Fisher. *O Efeito Vinculante: o Efeito Vinculante: Dos precedentes jurisprudenciais e Das súmulas dos Tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p.13.

No âmbito subjetivo, os efeitos vinculantes atingem os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas estadual, municipal e federal, mesmo sem terem participado do processo e o integrado como partes na relação processual constituída.

Como já referendado o efeito vinculante subjetivo não abrange particulares, o STF, exigindo-se que a alteração a ser efetivada no tocante a estes efeitos seja precedida de justificativas consubstanciando o processo de superação. Deve-se ainda, lembrar que os efeitos não extinguem ou paralisa de imediato os processos em curso. No tocante a outros órgãos, aponte-se que o Poder Legislativo, seja qual for sua esfera, não se sujeita aos efeitos.

O efeito vinculante no Brasil não atinge o Legislativo, via de regra, como se vê no julgamento do AgRg na Rcl 2.617/MG que esclarece:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. **A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão** (STF - Rcl: 2617 MG, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 23/02/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 20-05-2005 PP-00007 EMENT VOL-02192-02 PP-00314 RTJ VOL-00193-03 PP-00858; *grifos nossos*)

Esta posição esposada pelo Supremo é contrária ao entendimento do direito alemão onde as decisões proferidas em sede de controle abstrato atingem o legislativo.

2.11 A REVERSÃO JURISPRUDENCIAL POR REAÇÃO LEGISLATIVA

Nos últimos tempos, vem se apresentando na pauta dos grandes juristas o tema da reversão jurisprudencial por reação legislação. Este tema ainda é bem recente e se destaca, com peculiar interesse, no direito norte-americano. Esta pesquisa não quer passar pelo aprofundamento da questão, contudo este fenômeno

será visitado por força da análise sobre o controle de constitucionalidade em medida judicial de proteção aos animais em capítulo subsequente, e como tal, compreende-se que o esforço de debruçamento sobre este tema insurgente será benéfico, uma vez que se possibilitará a estrutura de um mínimo patamar argumentativo sobre o enfoque e uma sólida atividade crítica consequencial.

Inicialmente se destaca que nos países do *Common Law* e no *stare decisis* existe o fenômeno da reversão jurisprudencial é denominado "*backlash*". Este termo inglês pode ser compreendido como "retrocesso" ou "o ato de retroceder".

A noção de *backlash*, portanto, passa a ser utilizado tendo por interesse despertar um fenômeno, ou algo relativo a um tipo de reação contra algum tipo de avanço. E com este foco que é definido pelo *Dicionário de Cambridge*⁶¹⁰ (*a strong feeling among a group of people in reaction to a change or recent events in society or politics*) ou seja, como "um sentimento forte entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou a um evento recente na sociedade ou na política". Esse, sem dúvida, é o contexto que interessa ser levado em consideração nesta tese.

Nesse mesmo sentido, o *Dicionário Caldas Aulete*⁶¹¹ indica para o termo *reversão* seis significados, dentre os quais, quatro podem ser destacados: 1. ação ou resultado de reverter(-se), de desfazer uma ação, voltando ou fazendo algo voltar à condição anterior; retrocesso; 2. retorno ao ponto de partida; 3. devolução, restituição de algo a seu dono. 4. mudança de sentido (de movimento, rotação de motor etc.).

The *backlash*, portanto, como acontecimento de reação pode provocar o que se denomina de Reversão Jurisprudencial por Reação Legislativa, que se constitui claramente como o fenômeno pelo qual, após referendado por um Tribunal, uma opção interpretativa em favor de um ponto polêmico de grande conteúdo sócio-político, insurge-se o poder político que, em autêntico processo de reação, contraria a decisão judicial proferida, tendo por objetivo sanar, impossibilitar e até conceder por sua ação uma outra interpretação diametralmente oposta a constituída no julgado do Tribunal.

Sunstein esclarece que, às vezes, o público tem uma reação muito forte quando uma decisão é tomada pela Corte e dá ensejo ao efeito *backlash* que

⁶¹⁰ Disponível em: <<http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/backlash?q=backlash+>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

⁶¹¹ Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/revers%C3%A3o>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

corresponde a uma reação profunda e acentuada, de rejeição a uma decisão judicial, seguida pela adoção de robustas medidas que visam a afastar a sua aplicação, a sua força jurídica^{612/613}.

Parece assustador como um Tribunal, como órgão responsável pela interpretação constitucional, desde a sua constituição como Corte máxima, a qual todos, por força dos seus julgados, devem observar, possa ter por repelida e reprovada a sua atuação judicial. Contudo, é possível identificar-se este fenômeno, que não se caracteriza como um mero e simples comportamento contrário, mas sim, de uma grande e impactante reação contra a palavra interpretativa da Constitucionalidade desenvolvida pelos tribunais. É como um efeito ricochete pelo qual se evidencia de grupos uma grande resistência ao julgado, ao decidido.

Esta consequência desaprovadora sobre um julgamento proferido pelos Tribunais sobre um determinado caso é, portanto, o *backlash*. Como já dito, um assunto bastante discutido pelo Direito Constitucional norte-americano, que se estrutura com variados entendimentos sobre o seu valor, representando para uns como um fenômeno de ameaça e para outros, corresponderia a uma objeção que contribuiria para a mudança⁶¹⁴.

George Marmelstein Lima adverte que o efeito *backlash* “pode gerar dúvidas sobre os reais benefícios da jurisdição constitucional na luta pela implementação de direitos fundamentais”, esclarecendo que, mesmo para os liberais, se deve consciência dos riscos que podem ser produzidos com a “imposição forçada de uma solução pró-direitos fundamentais na via judicial”⁶¹⁵.

⁶¹² SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 42, março 2007, p. 436.
http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu:80/students/orgs/crcl/vol42_2/CRCL422.pdf . Acesso em: 18 jul. 2017.

⁶¹³ Neste estudo desenvolvido por Cass Sunstein sobre o fenômeno *backlash* vai ser destacado que nenhuma resposta abstrata pode ser possível e que a conclusão apropriada de cada caso, e cada julgamento depende de suposições sobre as capacidades dos tribunais e as capacidades daqueles que se envolvem em retrocesso. Tenta demonstrar como se existissem quatro mundos: O Olimpo, a Terra dos Antigos, Lochnerland e Atenas. Demonstra-se que os quatro mundos são baseados, constituídos por suposições radicalmente diferentes sobre capacidades judiciais e públicas para pensar bem sobre as formas constitucionais.

⁶¹⁴ GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Before (and after) Roe v. Wade: New questions about backlash. Yale Law Journal, Yale, v. 120, n. 8, 2011. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/feature/before-and-after-roe-v-wade-new-questions-aboutbacklash>>. Acesso em: 18 jul. 2017, p. 2077.

⁶¹⁵ MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisducao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

Lima descreve, em sete etapas, o fenômeno que pode ser compreendido conforme indicativos abaixo descritos:

- (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão⁶¹⁶.

Esse efeito bumerangue pode ser identificado em alguns casos no direito constitucional americano como se vê em *Roe v. Wade*, *Furman v. Georgia*, *Obergefell v. Hodges* e *Brown v. Board Education*. No Brasil, citem-se dois casos: o julgamento da ADI 5105/DF e da ADI 4983/CE, no Julgamento das Vaquejadas, como ficou conhecido. Este caso de repercussão nacional será analisado na última parte desta tese.

Como se demonstrará a título exemplificativo pelos emblemáticos casos *Roe v. Wade*⁶¹⁷, *Furman v. Georgia* – grupos mais conservadores articularam medidas como forma de modificar as decisões judiciais consideradas inapropriadas, utilizando-se de mecanismos e recursos.

⁶¹⁶ Idem.

⁶¹⁷ Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade>. Acesso em: 30 jul. 2017.

Uma das decisões mais importante da Suprema Corte norte-americana envolveu o caso do direito ao aborto nos idos de 1973, ficando conhecido como *Roe v. Wade*⁶¹⁸. Em 13 de dezembro de 1971, Norma McCorvey (nome fictício “Jane Roe”), recorreu à justiça nos Estados Unidos argumentando diante do Tribunal de Justiça que havia sido estuprada advindo a gravidez, sendo que, nestas circunstâncias, tinha o direito de abortar, uma vez que existia violação à garantia da liberdade pessoal e ao direito à privacidade, implicitamente garantido nas Primeira, Quarta, Quinta, Nona e Décima Quarta Emendas. Por outro lado, a legislação do Estado do Texas não permitia o aborto nestas circunstâncias e o previa como crime, salvo comprovação de que sua prática era necessária para preservação da vida da gestante.

Henry Wade era promotor representante do Estado do Texas e defendeu a proibição do aborto, opondo-se à concessão de qualquer autorização para o aborto e, em última instância, ao próprio direito de abortar como direito de privacidade.

A Suprema Corte norte-americana, em 22 de janeiro de 1973, decidiu que as leis sobre o aborto do Estado do Texas eram inconstitucionais por violar a Emenda Constitucional nº 14 da Constituição dos Estados Unidos da América⁶¹⁹, concedendo à mulher o direito de interromper a gravidez durante o 1º trimestre de gestação e criou limitações às práticas abortivas no 2º e 3º trimestres de gestação. A Suprema Corte concedeu o pleito de Roe, mas o faz sem mudar a legislação para legalização do aborto, influenciada pela polêmica dos fatos.

Outro caso onde se operou o fenômeno da reversão foi *Furman v. George*, quando a Suprema Corte decidiu sobre a pena de morte e afirmou que a mesma não era compatível com a oitava emenda da constituição norte-americana. Nessa época, muitos debates formaram-se em torno da pena capital, e os Estados Unidos já estavam bem próximos, com grande possibilidade de a pena de morte não poder ser mais aplicada por afronta aos direitos fundamentais.

Uma vez julgado o caso, houve uma reviravolta frente ao clamor social tendo os grupos conservadores, diante de forte *lobby*, se fortalecido de tal maneira que, nas eleições posteriores, obtiveram uma significativa vitória com a bandeira de que, se vencessem as eleições, lutariam para a elaboração de novas leis contrárias à

⁶¹⁸ Disponível em: <http://landmarkcases.org/en/landmark/cases/roe_v_wade>. Acesso em: 30 jul. 2017 e <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

⁶¹⁹ Disponível em: <<https://br.usembassy.gov/pt/>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

decisão judicial e, como tal, assumiriam o pacto de ampliar as penas e aprovar a pena de morte.

Furman v. Georgia, ameaçando extinguir a pena de morte, produziu o ressurgimento dramático em apoio à pena capital, em trinta e cinco estados, e, então, houve a promulgação de nova legislação sobre a pena de morte durante os quatro anos vindouros.⁶²⁰ A reversão, portanto, pode levar a uma reviravolta com o surgimento de opiniões contrárias que se estruturam para desconfigurar a hipótese considerada uma interpretação mais atual e de acordo com o espírito dos direitos fundamentais.

Este foi o cenário ideológico que oportunizou a revisão do caso, e a Suprema Corte mudou seu entendimento alargando-o para permitir a pena de morte com base na oitava emenda da Constituição norte-americana e se passou a permitir que os estados continuassem a prever a pena de morte para os crimes mais graves.

No Brasil, o fenômeno da reversão ocorreu após o julgamento das ADIs 4430 e 4795, que veio a declarar a inconstitucionalidade de dispositivos contidos na Lei nº 9.504/97. A decisão desafiava o Congresso que reagiu com a edição de nova lei, a Lei nº 12.875/2013, que modificou a Lei nº 9.504/97, prescrevendo novas regras com conteúdo inclusive assemelhado às declaradas inconstitucionais pelo STF.

Como se verifica, esta nova lei nº 12.875/2013 foi produzida pelo fenômeno *backlash*, ou seja, foi produzida por reação legislativa contrária à decisão do STF de forma a superar o tema. Como já analisado em seções anteriores, os efeitos vinculantes, das decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo na forma contida no 102, § 2º, e art. 103-A da Constituição Federal⁶²¹.

Como se observa, a reação ao julgado é imediata e contrária sendo, portanto, o *backlash* o efeito que pode gerar desconfianças sobre a jurisdição constitucional. Assim, verifica-se a reação legislativa, ou seja, e reversão que produz para o legislativo uma demonstração da possibilidade de manipulação e reversão da

⁶²⁰ KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: *Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, 2011 – Speaker’s Notes. Disponível on-line: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

⁶²¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000305737&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

situação. Segundo a doutrina, o ativismo congressional consiste na participação mais efetiva e intensa do congresso nacional nos assuntos constitucionais.

Recorde-se que a reação congressional não ofende o princípio da independência entre os poderes, e a chancela disto advém do fato de que as decisões do Supremo no controle concentrado de constitucionalidade possuem efeitos vinculantes e “*erga omnes*”, não atingindo, contudo, o poder legislativo, que poderá editar leis e atos que fragilizam estas decisões.

Uma das consequências, portanto, da reversão é que, frente à autonomia, o legislador poderá superar a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, seja por emenda constitucional ou por lei ordinária. Ressalve-se que alguns critérios devem ser observados, pois não se admite que ação nova que ofenda as cláusulas pétreas ou o processo legislativo de edição de emendas.

Ainda, observe-se que, relativamente à edição de lei ordinária furto da reversão, a lei nasce com uma presunção de inconstitucionalidade e assim deverá ser inferida a existência da desconstituição da decisão do STF, hipóteses de mutação constitucional.

A verdade é que o Supremo não tem como inibir a legítima ação do Legislativo que pode emitir, através do processo legal, leis, atos normativos e emendas, em sentido reflexo às decisões que profere, superando, dessa forma, a jurisprudência, ou seja, ultrapassando o sentido do julgado. É sem dúvida autêntico processo de reversão.

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal não proíbe que o Poder Legislativo edite leis ou emendas constitucionais em sentido contrário ao que a Corte já decidiu. Não existe uma vedação prévia a tais atos normativos. O legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência. Trata-se de uma reação legislativa à decisão da Corte Constitucional com o objetivo de reversão jurisprudencial.

Ainda, vale observar que esta reação legislativa pode ocorrer de duas formas, uma com a emenda constitucional e a outra por intermédio de leis ordinárias. Observando-se, contudo, procedimentos cautelares, basilares para que o novo texto constitucional não adentre no ordenamento jurídico combatido de falência normativa.

Para o caso de propositura de Emenda Constitucional, poderá ocorrer a invalidação se a matéria não observar o alcance determinado no art. 60, e seus §§,

da CF/88, sob pena de vir a ser declarada inconstitucional por ofensa a cláusula pétrea.

No tocante às ações ordinárias fruto da reversão, nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade e como tal ao legislador compete demonstrar a necessária alteração do precedente e, assim, que os argumentos contidos na decisão explicitadas pelo STF não mais se configuram.

2.12 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PORTUGUESA: UM MODELO PRIMOROSO

Apresentam-se, neste subitem, pequenas considerações sobre o controle de constitucionalidade de Portugal, não que se efetue um minucioso estudo de Direito Comparado, mas se demonstra concebível uma vez que o Direito Constitucional sofre influência de diversos posicionamentos internacionais e como assevera Jorge Miranda, este ramo do Direito “não poderia ser compreendido sem se observarem e confrontarem outrossim, as experiências constitucionais dos países que adoptaram modelos análogos àqueles que se encontra no interior de cada ordem jurídica”⁶²².

A Jurisdição Constitucional Portuguesa é um caminho que se enfrenta, nessa pesquisa, portanto, como um ponto referencial para o desenvolvimento de uma análise crítica de modelos complexos da jurisdição constitucional, que se aproximam, quais sejam, o modelo português e o brasileiro. Tem o especial intuito de elucidar as características deste controle português e traçar pontos algumas similitudes com o brasileiro e demonstrar algumas falhas contidas na jurisdição constitucional a cabo do Supremo Tribunal Federal. A partir desse enfoque, ao final se defende a criação de um Tribunal Constitucional Brasileiro.

Como se demonstrara a seguir, a Jurisdição Constitucional Portuguesa é desenvolvida com base em um sistema misto, que envolve dois modelos complexos de fiscalização: a Fiscalização Concreta de Constitucionalidade e a Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade. Muito embora sejam investigados estes modelos, não se constituem objeto específico desta pesquisa. Repita-se enfaticamente, promovem-se considerações elementares e basilares sobre o conteúdo de cada uma

⁶²² MIRANDA, Jorge. Sobre o Direito Constitucional Comparado. In: *Revista “Direito e Justiça”*, v. II, 1981/1986, p.210.

destas espécies a fim de ofertar maiores recursos para se refletir sobre o sistema brasileiro de fiscalização constitucional.

2.12.1 Considerações gerais sobre o sistema de constitucionalidade em Portugal

Repita-se ainda mais uma vez que estes modelos portugueses serão investigados de forma criteriosa, mas este é um tema que não se constitui aqui em objeto específico desta pesquisa, promovendo-se considerações básicas e elementar conteúdo sobre cada uma destas espécies, a fim de ofertar maiores recursos para se pensar o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade.

Inicialmente, realizando-se uma análise, deve-se pontuar que Portugal teve até os dias atuais seis constituições, três monárquicas e três republicanas. Foram as constituições de 1822, 1826, 1888. Estas não adotaram um controle jurisdicional de constitucionalidade. Forçosamente, pode-se dizer que essas três constituições monárquicas portuguesas adotaram um controle político, atribuídos às Cortes, que eram órgãos legislativos da monarquia, da coroa Portuguesa e não eram Cortes judiciárias⁶²³.

Estas Cortes monárquicas tinham a atribuição de realizar um autocontrole de constitucionalidade, uma análise política da validade de suas normas. Avaliava a validade de sua própria lei. Mas, o primeiro controle judicial de constitucionalidade adveio com a Constituição Republicana de 1911. Os Portugueses inspiraram-se para eleger o seu modelo de constitucionalidade na Constituição Federativa do Brasil de 1891, que, por sua vez, se amalgamou ao modelo da decisão do caso *Marbury vs. Madison*. Frise-se que a constituição de 1911 adotou o controle exclusivamente difuso judicial atribuído aos tribunais judiciais⁶²⁴. Somente os Tribunais judiciais poderiam realizar o controle por provocação das partes.

O Constitucionalista Português Jorge Miranda adverte que a Constituição de Portugal de 1911 é a “precursora na Europa na Consagração expressa de um

⁶²³ CASTRO, Flavia Lages de. *Historia do Direito Geral e do Brasil*. 5ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2007, p. 293-296.

⁶²⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, Coimbra, 2010, p 47.

sistema de fiscalização jurisdicional difuso⁶²⁵". Na Constituição de Portugal de 1911, introduz-se o controle difuso de constitucionalidade em seu artigo 63 e segue os passos da Constituição Brasileira de 1891, que absorve o modelo de matriz norte-americana contido na *judicial review*⁶²⁶.

Nessa Constituição, encontrava-se o controle concreto, porém atribuídos apenas aos tribunais judiciais, deixando ao largo os Tribunais não judiciais. Isso é relevante para a característica do sistema português e dependia da provocação. Veja-se que, em Portugal, o controle por origem se realiza por tribunais, e isso é relevante pela característica do sistema português. No Brasil, desde sempre o controle sempre foi judicial. Nesse primeiro controle, os Portugueses não se inspiram em uma matriz norte-americana, mas beberam diretamente da Constituição do Brasil de 1891.

A segunda Constituição Republicana Portuguesa é a de 1933. Esta é a quinta Constituição Portuguesa. Nesse comando constitucional, manteve-se o controle judicial exclusivamente difuso-concreto, mas ampliou o controle para os demais tribunais não judiciais. Esta ampliação permanece até hoje. Além disso, outro traço desse controle nesta constituição foi o fato de permitir a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto de ofício, condicionada ao requerimento das partes.

Assim, a Constituição de 1933 trouxe esta abertura aos demais tribunais e a possibilidade de reconhecer de ofício. Contudo, muito embora, se consigam identificar esses elementos evolutivos, houve também retrocesso ao retirar de qualquer tribunal a análise da inconstitucionalidade formal ou orgânica. Se a lei padecia desse vício, somente a Assembléia Nacional poderia fazer a fiscalização.

Canotilho esclarece que a Comissão da Constituição constituída deterá competência decisória própria, funcionando como instancia recursal para reapreciar, em sede de recurso obrigatório, decisões com fundamento em inconstitucionalidade⁶²⁷.

⁶²⁵ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 49.

⁶²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; Miranda, Vital. Constituição da Republica Portuguesa Anotada. Volume II, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 519.

⁶²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.915.

Até a Revolução dos Cravos⁶²⁸ (25 de abril de 1974), a análise da constitucionalidade formal ficou a cargo da Assembleia Nacional. A revolução dos Cravos superou o regime fascista que se instalou em Portugal a partir do Governo de Salazar. Com a Revolução, a Constituição de 1933 ficou deveras enfraquecida, e ela não foi revogada, mas surgiu a necessidade de o Governo Revolucionário adotar algumas Leis Constitucionais, que são as leis constitucionais revolucionárias, que, sem abolir o controle judicial difuso e concreto, colocou ao lado desse controle um controle político, abstrato e concentrado de constitucionalidade, criando, inicialmente um órgão chamado de Junta da Salvação Nacional. Este órgão, mais tarde, foi substituído pelo Conselho de Estado e, por último, substituído pelo Conselho da Revolução. Assim, no final deste período do Governo Revolucionário, manteve-se o controle judicial difuso e concreto a cargo dos Tribunais. Foi criado, também, um controle político abstrato concentrado de responsabilidade deste órgão revolucionário, que ficou conhecido como Conselho da Revolução.

Com a Constituição de 1976, o Legislador Constituinte Português manteve o controle judicial, difuso e concreto e, também, faz permanecer o controle político, criando leis constitucionais da revolução, de responsabilidade do Conselho da revolução. Foi criada a Comissão Constitucional que passou a desempenhar duas funções: a primeira era relativa à fiscalização abstrata a cargo do Controle Político do Conselho da revolução – era órgão consultivo, sem caráter vinculante. Era órgão de consulta e acolhidos eram seus pareceres em grande escala quando da fiscalização abstrata.

O segundo papel desta Comissão Constitucional era servir como órgão julgador de recurso na fiscalização concreta. Tal órgão nesse papel, portanto, prefigurava o futuro Tribunal Constitucional. Assim, a Comissão Constitucional desempenhava, na fiscalização abstrata exercida pelo Conselho da Revolução, uma função de órgão Consultivo, emitindo parecer prévio que não era vinculante. Contudo, na fiscalização concreta exercida pelos tribunais Comuns, competia-lhe,

⁶²⁸ A Revolução dos Cravos tinha como ideal “democratizar, descolonizar e desenvolver”. O Estado Novo veio a colapso com o crescente Movimento das Forças Armadas, com a instalação de dois importantes órgãos, a Assembleia do Movimento das Forças Armadas e o Conselho da Revolução. BOTELHO, Catarina Santos. A História faz a constituição ou a constituição faz a história? – reflexões sobre a história constitucional portuguesa. file:///E:/ARQUIVO%202017+ /HISTORIA%20DA%20CONSTITUI%C3%87%C3%95ES%20PORTUGUESAS.pdf. Visitado em 01.07.2017

como Comissão Constitucional, julgar o recurso. Era uma mera função julgadora. Então, o Conselho da Revolução era órgão julgador dos pedidos na fiscalização em abstrato, não tinha nada a ver com a fiscalização em concreto. Na fiscalização em concreto, o órgão julgador já passaria a ser a própria Comissão Constitucional.

Conclusão adveio à primeira revisão da Constituição de 1976, que ocorreu em 1982, e entre outras coisas, criou o Tribunal Constitucional Português em razão da conversão da Comissão Constitucional e extinguiu o Conselho da Revolução. Havia dois órgãos: o Conselho da Revolução mais Comissão Constitucional, que foram reunidos em um só, o Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional Português é órgão de controle em sede abstrato que era político e exercido pelo Conselho da revolução passou a ser judicial, O próprio Tribunal passou a exercer os dois papéis: o papel órgão competente para exercer a fiscalização abstrata e órgão competente para exercer o julgamento dos recursos de constitucionalidade das decisões dos tribunais comuns na fiscalização concreta.

O modelo português, hoje, está estruturado da seguinte forma: Controle de fiscalização concreta e Controle de fiscalização abstrata. O Tribunal Constitucional se faz presente em ambos os tipos de fiscalização, mas manifesta-se de forma diferente em cada qual. A fiscalização concreta é essencialmente dos Tribunais Comuns e por via exclusivamente de recursos, que é o chamado recurso constitucional. A essência dessa fiscalização concreta está presente nos tribunais judiciais e não judiciais.

O Tribunal Constitucional está limitado a exercer a fiscalização prévia primeiro, em sede exclusivamente de recurso, é o chamado Recurso Constitucional, e, segundo, limitado, a análise da constitucionalidade da norma em razão da natureza instrumental do recurso constitucional. Advirta-se que somente é possível falar de Recurso Constitucional se a análise da constitucionalidade da norma for fundamental para a resolução da controvérsia, porque se não for relevante para o caso concreto, não vai se falar em recurso constitucional para o Tribunal Constitucional. Com isto caracteriza-se a atuação muito limitada destes Tribunais.

A Constituição Portuguesa é muito técnica e dispõe que, na fiscalização concreta no art. 280, as hipóteses de recursos de constitucionalidade, para o

Tribunal Constitucional. Advirta-se que os Tribunais se recusam a aplicar a norma; eles não declaram a inconstitucionalidade, termo técnico utilizado no Brasil.

2.12.2 A Fiscalização concreta da constitucionalidade e abstrata da inconstitucionalidade por ação

Em Portugal, o sistema de fiscalização da jurisdição constitucional se desenvolve através de dois tipos, quais sejam: a Fiscalização concreta da constitucionalidade e a Fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por ação. A Fiscalização abstrata se subdivide em três espécies: Fiscalização preventiva, Fiscalização sucessiva e Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

Analisando-se a Constituição Portuguesa, vê-se que a mesma é facilmente estruturada em Preâmbulo, Parte I (dos Direitos fundamentais), Parte II (Organização econômica), Parte III (Organização do poder político), Parte IV (Garantia e revisão da constituição) e Disposições finais e transitórias⁶²⁹.

A constituição, enquanto lei fundamental do Estado, é a base do sistema jurídico e, para que tenha uma fiscalização efetiva, deve ser acompanhada com um sistema de controle constitucional. Esta garantia da constituição, no sistema jurídico de Portugal, reside nos artigos art. 2 e 3, número 3, da Constituição Portuguesa. No tocante à constituição Portuguesa, faz-se necessário ressaltar que se identifica como um instrumento de caráter restritivo, o que faz incidir o controle sobre normas e não atinge atos. Veja-se esta estrutura constitucional da fiscalização.

Na Parte IV, das Garantias e Revisão da Constituição, vislumbra-se que o Título V e no Título VI, apresentam, respectivamente, seus Tribunais portugueses e o Tribunal Constitucional. São como se observa com facilidade são Tribunais com naturezas e competências diferenciadas, devidamente especificadas. Assim, importa de logo, esclarecer que o Tribunal Constitucional, segundo Alves Correia, desempenha “controle difuso na base, porque todos os juízes têm o poder-dever de fiscalizar a constitucionalidade das normas jurídicas [...] e concentrado no topo, porque a palavra final em matéria de constitucionalidade [...]”⁶³⁰.

⁶²⁹ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶³⁰ CORREIA, Fernando Alves. Direito Constitucional (A Justiça Constitucional). Coimbra: Almedina, 2002, p.52

Como se vê na Carta Maior Portuguesa⁶³¹, o Título V é dedicado às prescrições dos Tribunais; nesse aspecto, verifica-se que o Tribunal Constitucional é órgão não pertencente à estrutura do Poder Judiciário. A própria constituição ressalva que os tribunais “são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”⁶³². Após alinhar o que são os Tribunais, o legislador atribui que lhes competem assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.

No seu artigo 203^o, esta carta maior prescreve sobre os seus tribunais garantindo-lhe a independência, afirmando que estes apenas estão sujeitos à lei⁶³³. No Artigo 204, dispõe-se sobre a apreciação da inconstitucionalidade sob a afirmação de que, nos feitos submetidos a julgamento, não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados⁶³⁴. É a Supremacia Constitucional garantida pelo Legislador constituinte português.

Como se verifica, existem várias categorias de tribunais que se encontram expressas no art. 209 deste Texto Constitucional. Em Portugal (artigo 209^o), além do Tribunal Constitucional, existem o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; o Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais e o Tribunal de Contas. Esclarece, ademais, sobre a possibilidade de tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz e o Tribunal Militar⁶³⁵.

O Supremo Tribunal de Justiça e instâncias é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, seu presidente do Supremo Tribunal de Justiça é eleito pelos respectivos juízes. Tribunais judiciais, Tribunais administrativos e fiscais, Tribunais militares, Tribunal de Contas, fazem parte da estrutura judiciária portuguesa e atual nos limites da competência traçada na própria Constituição. Os primeiros são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais.

⁶³¹ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶³² <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶³³ Disponível em:

<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

⁶³⁴ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶³⁵ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

O Supremo Tribunal Administrativo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais. Os tribunais administrativos e fiscais competem o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais (artigo 212 da Constituição Portuguesa)⁶³⁶.

O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe quatro atribuições contidas no artigo 214 da Constituição Português, dentre as quais dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social. No tocante aos Tribunais militares, estes somente são constituídos durante a vigência do estado de guerra e têm competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar.⁶³⁷

O Título VI é integralmente dedicado ao importante Tribunal Constitucional sendo no artigo 221, apresentado como o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. Adverte-se, em seguida, sobre a sua composição, afirmando-se ser constituído por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes, com mandato de nove anos e não é renovável. O presidente deste Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes⁶³⁸.

Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais. O Artigo 223º trata da competência, dispondo que compete apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes e também as hipóteses declinadas no art. 224⁶³⁹.

A Fiscalização da Constitucionalidade está estruturada na Constituição da República Portuguesa. No Artigo 277.º, trata-se da Inconstitucionalidade por ação. No Artigo 278.º, encontra-se a fiscalização preventiva da constitucionalidade, e o 279.º, dos efeitos da decisão. O Artigo 280.º versa sobre a fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade e o Artigo 281.º da Fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade. No Artigo 282.º, reporta-se aos efeitos da

⁶³⁶<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶³⁷ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶³⁸ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶³⁹ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

declaração de inconstitucionalidade ou da ilegalidade e no Artigo 283.º, trata-se da inconstitucionalidade por omissão.

Sobre a garantia e revisão da constituição, entusiasmante, o legislador preocupou-se em meticulosamente acentuar sobre a fiscalização da constitucionalidade. No art. 277, elenca-se a inconstitucionalidade por ação; o artigo 278º trata da fiscalização preventiva da constitucionalidade e o Artigo 279º dispõe dos seus efeitos.

O professor catedrático português Jorge Miranda afirma que se submetem ao controle: as normas constitucionais introduzidas por revisão constitucional, as normas transitórias ou outras constantes em leis de revisão; os atos legislativos – leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais; os atos normativos da Assembléia da República sem forma de lei ou conexos com atos de fiscalização política; os decretos normativos do Presidente da República; o regimento das assembleias e dos demais órgãos colegiais do Estado, das regiões autónomas e do poder local⁶⁴⁰.

Ainda, continua Miranda, o elenco do que ainda estaria sobre o crivo do controle, indicando os atos normativos da Administração Pública, sejam provenientes da Administração direta, indireta, autónoma, eleitoral, acessória aos órgãos de soberania ou das pessoas coletivas de direito público e Universidade Públicas, sejam atos para-regulamentares internos à Administração Pública etc.; normas de direito estrangeiro aplicáveis, em particular, por virtude de regras de conflito.

É extensa a relação apresentada, mas se acentue não apenas as normas vigentes estão sobre fiscalização, pois se realiza, em Portugal, o controle de inconstitucionalidade superveniente, contidas no direito anterior. Além deste enfoque, o artigo 277, n. 2, clama pela compatibilidade dos tratados internacionais ao ordenamento português⁶⁴¹.

Por fim, convém indicar que incide, também, a fiscalização sobre as normas emitidas por empresas concessionárias, quando no exercício de poderes públicos; estatutos e normas reguladoras dos partidos políticos; compromissos arbitrais, enquanto condicionantes das decisões dos tribunais arbitrais; os acórdãos

⁶⁴⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2 ed. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.p. 181

⁶⁴¹ Idem, p. 182.

proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça em recursos de revista ampliada e em recursos extraordinários para fixação de jurisprudência; e estatutos e regulamentos de federações esportivas⁶⁴².

O Artigo 280º prescreve sobre o procedimento de Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, dispondo que está na incumbência de todo julgador, seja singular ou colegiado, o que ocorre de maneira incidental, frente ao caso concreto, seja por impugnação das partes, do Ministério Público ou *ex officio*, pelo juiz.

Alinha, o dispositivo as hipóteses de cabimento, quais sejam: que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado⁶⁴³.

Ainda, se relacione as que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma; que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma, e por fim, as que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a, b e c⁶⁴⁴.

Este artigo 280º, n. 6 revela que os recursos das decisões judiciais, portanto, são restritos a questão da inconstitucionalidade. Como a natureza do processo é incidental, pontue-se que ao Tribunal Constitucional não competente o exame do mérito da causa, a matéria de fato, mas tão somente aos aspectos da compatibilidade constitucional⁶⁴⁵.

No art. 281, descreve-se o cabimento da Fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade, se indica também os casos de incidência, após enfatizar a sua força obrigatória geral. São suas efetivas hipóteses: a) inconstitucionalidade de quaisquer normas; b) ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor

⁶⁴² Idem, p. 180.

⁶⁴³ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶⁴⁴ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, 985-986.

reforçado; c) ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autônoma; d) ilegalidade de quaisquer normas as constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto⁶⁴⁶.

Revela-se que no Artigo 282.º, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade e por fim o art. 283.º trata da Inconstitucionalidade por omissão⁶⁴⁷. Registre-se ademais, que paralelamente ao controle difuso e concreto, previsto na Constituição da República de 1976, foi também legitimado na fiscalização, o controle concentrado e abstrato de norma. Advirta-se que como foco principal do processo uma questão incidental.

Feitas estas ponderações, é fundamental constatar que dois grandes problemas nascem do estudo comparado entre o sistema de fiscalização de constitucionalidade em Portugal e no Brasil. O primeiro reside pontualmente na ausência de sistematização técnica na Constituição Brasileira. Se, se comparar este tema, o controle de constitucionalidade, nas constituições destes Estados, em uma mera análise de leitura, já se evidencia a boa técnica impressa pelo legislador Português, o cuidado estrutural na Constituição sobre a fiscalização. A técnica utilizada para retrata toda a estrutura tecida, estruturada sobre a matéria constitucional e dá amplitude e relevo ao Tribunal Constitucional.

Como se vê, a constituição Portuguesa estrutura bem seu controle limitando seu objeto. A fiscalização constitucional portuguesa frente ao artigo 277 incide sobre normas judiciais. Portanto, o controle sobre atos dos poderes públicos não é parcela de competência do Tribunal. Canotilho afirma que a questão de constitucionalidade levada ao Tribunal Constitucional é concreta, objetiva, de inconstitucionalidade, suscitada durante o processo⁶⁴⁸ e relevante ⁶⁴⁹.

Tudo se tratou com cautela, com lapidar manuseio e requinte. Não sem motivo foi considerada a constituição de 1976 como “a mais vasta e mais complexa de todas as Constituições portuguesas”⁶⁵⁰. No Brasil, não há um sistema de

⁶⁴⁶ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶⁴⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2ª edição. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 180

⁶⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume II, 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 985- 986

⁶⁴⁹ Ibid, p.988.

⁶⁵⁰ Miranda. Jorge. Manual de Direito Constitucional – Preliminares: o Estado e os Sistemas Constitucionais, tomo I, 9.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p.

fiscalização de constitucionalidade tão organizado e esquematizado quanto no Estado Português. Este fator assinala o distanciamento entre os sistemas fiscalizatório do Brasil e de Portugal. Ou seja, na sistematização coesa de Portugal e a falta desta no Brasil.

Sim, veja-se, por exemplo: Onde se pode indicar na Constituição Federal sobre a Fiscalização difusa, concretamente? Ora, trata-se de um exercício se encontra na Constituição a fundamentação, as hipóteses que justificam o controle, uma vez que inexistem necessárias e especificações pormenorizadas sobre os efeitos e aspectos que dizem respeito ao sistema de controle. Não há técnica no tratamento para a fiscalização constitucional.

Como se vê, a tal questionamento, sua fundamentação estará contida na análise de dois dispositivos na Constituição Federal quais vão justificar o controle difuso. O primeiro aquele que garante acesso a justiça, pois a jurisdição é inafastável. Nada afasta da apreciação do Judiciário a lesão ao direito. Este é o primeiro ponto a ser defendido. Se há lesão de direito causada por legislação inconstitucional, não se pode afastar da apreciação do Judiciário.

O Outro dispositivo, fundamento, para a questão do controle difuso será a competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal, que se encontra no artigo 102 da Constituição Federal Brasileira, ao prescrever no inciso III, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição, e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Neste percurso, já neste final, compete acentuar sobre a fragilidade jurisprudencial e, pois do sistema de precedentes, que promove a insegurança do sistema de justiça, especialmente neste aspecto e tema. A jurisprudência no Brasil sempre foi um grande problema. As leis que tratam especificamente do rito destas ações judiciais de inconstitucionalidade com falhas evidentes neste sistema e que se consubstanciam pela ausência de defesa técnica destes procedimentos. O sistema de jurisprudência e de precedentes é vacilante e contribuem para o desprestígio do controle de constitucionalidade.

Uma pausa pode ser ofertada neste ensejo para alertar que o Supremo Tribunal Federal tempos houve em que consagrou amplamente a teoria dos motivos determinantes e a abandonou recentemente, recuando, o que gera uma grande inconsistência constitucional da jurisprudência do Supremo. Sabe-se que o STF consagrou a teoria dos motivos determinantes e agora frente ao novo estatuto processual se demonstra a instabilidade, e o novo CPC exige respeito aos precedentes. Estes dois fatores são cruciais e constata a fragilidade do sistema de controle no Brasil.

O Constituinte brasileiro conheceu e absorveu em parte elementos da Constituição Portuguesa de 1976, saboreou dos seus institutos, extraindo um néctar vindo a “importar” a modalidade do controle de inconstitucionalidade por omissão. Deve-se, contudo, lamentar, o fato do legislador pátrio não ter tido o empenho em se debruçar sobre aquele arcabouço constitucional, primoroso na formação na teoria fiscalizadora, deixando para trás a oportunidade de incorporar a técnica e metodologia impressas pelo legislador português neste aspecto.

A Jurisdição Constitucional Portuguesa é um importante ponto referencial que permite aos juízes o controle das normas por via incidental. Esta espécie de fiscalização é um instrumento aprimorado⁶⁵¹. O Direito Português pode ser um indicativo, umas diretrizes para uma reformulação do sistema brasileiro e colaborar com a estruturação de um novo e mais esquematizado controle de Constitucionalidade no Brasil.

Não resta dúvida que a justiça constitucional brasileira não alcança este patamar, não goza deste reconhecimento. Este argumento encontra fundamentação na ausência de competente órgão jurisdicional monocrático ou tribunal, que atue concomitantemente e em primeira instância, para decidir lides ou questões constitucionais “objetivas”.

A complexidade do controle brasileiro firmado através do seu sistema combinado provoca sérios problemas de incerteza, insegurança e falta de coerência jurídicas. De um lado o controle difuso, possui em regra efeitos *intrinsecos*, mas por outro, se sabe da crescente corrente que entende ser necessária em razão do desenvolvimento do sistema a força dos precedentes a atribuição de efeitos gerais às decisões do STF e não simplesmente restrito às partes.

⁶⁵¹ MIRANDA, Jorge. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I: Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 172

Há quem defenda inclusive a redefinição do papel do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis, com o fim de equiparar os efeitos da decisão da Corte que declara a inconstitucionalidade da lei, indiferentemente de atuar em sede de controle difuso ou concentrado⁶⁵². Ressalve-se que este é apenas um dos aspectos que desencadeia a falha no sistema de controle e como tal a fragilidade da atuação do STF como sede constitucional por excelência.

Por outro lado, o próprio controle concentrado, tímido, mas com nobre a tarefa de oportunizar a integridade sistêmica do ordenamento jurídico é por demais complexo e ineficaz. O Controle abstrato na CF de 1988, com os aspectos enxertados pela Emenda Constitucional (EC), número 3, não afastaram as contradições e os receios, que vão desde a limitação do cabimento da ação direta de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, aos entraves provocados com a legitimação material e efeitos das ações declaratórias de inconstitucionalidade etc.

Não se condena o sistema combinado por si mesmo, que poderia ser até um benefício, “desde que o funcionamento destes dois sistemas passa ser realizado de forma sincrônica, sem justaposições, em que um não cerceie a atuação do outro”⁶⁵³. Mesmo assim, a jurisdição constitucional carece de um órgão específico para o exercício desta fundamental função do Estado Constitucional. É o que se afirma.

Defende-se o levantamento de estudo para a criação de um novo órgão, fora da cúpula judiciária, com a competência exclusiva do da Jurisdição Constitucional e modo de escolha e indicação contido no art. CF. Afirme-se que a redução das atribuições do STF, ou exclusão das atribuições não fiscalizadora da constituição não o tornaria uma Corte Constitucional por pertencer como Órgão ao Poder Judiciário.

⁶⁵² Cunha Junior, Dirley. O princípio do “stare decisis” e a decisão do supremo tribunal federal no controle difuso de constitucionalidade. In: *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. NOVELINO, Marcelo (Coord.). Salvador: JusPodium, 2008, p. 283-309.

⁶⁵³ AGRA. O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira. In: *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. NOVELINO, Marcelo. Salvador: JusPodium, 2008, p.211.

CAPÍTULO 3 – A CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS: UM OBJETO DE ESTUDO PARA A CULTURA E O DIREITO

Debates crescentes na contemporaneidade são firmados em torno da ética, especialmente no que tange à perspectiva comportamental sobre os animais não humanos. Defende-se a existência de segmentos éticos tão díspares entre si, que ramos entendem os animais não-humanos como entes de consideração moral e outros os ignoram por completo.

Ao lado deste embate ético, apresentam-se muitas outras áreas do conhecimento, inclusive o direito, se propondo também, a examinar com critérios e objetividade a relação do ser humano com o animal não humano, repensando teorias e concepções que vão desconstituindo paradigmas arraigados e dão ensejo a afirmação de outros, que se alicerçam em novas diretrizes, orientações e princípios⁶⁵⁴.

A causa dos interesses dos animais defronta-se com argumentos radicados nas tradições mais antigas, que em grande escala, a torna invisível quer na política, na moral, na filosofia etc., onde chega a ser considerada uma coisa de somenos importância, algo ridículo, mas que, sem dúvida, evoca e desperta o embate paradigmático⁶⁵⁵.

A princípio, quando há ausência de paradigmas ou de suas tensões o acaso se perfaz e a ciência não se faz, pois que, inegavelmente, é o paradigma a condição essencial para a caracterização de uma ciência. São os paradigmas como caminhos a direcionar o comportamento humano relativamente aos fatos. São

⁶⁵⁴ Alicerce desta pesquisa está na noção de paradigma estruturada por Thomas Kuhn (1922-1996). Quando se reporta a transição de um paradigma Kuhn afirma que: “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma com os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos”. (KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, São Paulo Prespectiva, 1998, p. 116.).

⁶⁵⁵ ARAÚJO, Fernando. *A hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 11.

os paradigmas, modelos "de apreciação, de explicação e ação sobre a realidade circundante"⁶⁵⁶. Todo processo científico se estrutura sobre postulados, paradigmas, mas a ciência, como processo, não é estática e tomada por análises dos fatos a todo momento.

A desconstituição e afirmação de paradigmas, segundo Kuhn, são processos de movimento que se gestam em crises e conduzem à revolução científica⁶⁵⁷. Um fosso paradigmático se abre frente às anomalias, quando a impossibilidade de responder às novas conjecturas se concretiza.

Este impasse faz desmoronar as certezas de uma teoria anterior, o que Kuhn denomina de ciência normal⁶⁵⁸. Para ele, "A tentativa de forçar a natureza de encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma dá ensejo a ciência normal, ou seja, a tentativa de modelar a solução do novo problema segundo os problemas exemplares", como explica Fernanda Ostermam em seus estudos sobre a epistemologia de Kuhn⁶⁵⁹.

Todo paradigma pode ser afetado por anomalias, sendo 'um meio eficaz de induzir a mudanças nesses mesmos paradigmas que a orientam"⁶⁶⁰. As crises "indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos"⁶⁶¹. Assim, as crises provocam desequilíbrio.

Toda crise ecoa um tempo, um espaço de tempo necessário ao surgimento de um novo paradigma e, com este fenômeno, não somente as teorias se modificam, mas todas as concepções a sua volta influenciando nas práticas e na linguagem, ou seja, promovem novas crenças, suscitam novos valores e técnicas⁶⁶².

Quando novos modelos de referência são trazidos para o debate, os paradigmas têm sua racionalidade questionada, impulsionando a sua substituição. É preciso "identificar os fatores de mudança responsáveis pela contínua inadequação

⁶⁵⁶ BOFF, Leonardo. *Ecologia: grito da terra, grito dos pobres*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 27.

⁶⁵⁷ Idem, p. 94/95.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 24/25. Ressalte-se o quanto alerta Thomas Kuhn: "*a ciência normal freqüentemente suprime novidades fundamentais*". Contudo, arremata o filósofo: *a própria natureza da ciência normal assegura que e a novidade não será suprimida por muito tempo*".

⁶⁵⁹ OSTERMANN, Fernanda. *A epistemologia de Kuhn*. Cad.cat.ens.fis., v.13, n.3: p.184-196, dez.1996. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/85016/000257126.pdf>> Acesso em 02 de janeiro de 2017.

⁶⁶⁰ KUHN, 2001, p. 78

⁶⁶¹ ibdem, p. 105.

⁶⁶² idem, p. 218.

dos modelos culturais tradicionais⁶⁶³, na sociedade que é visualizada como um sistema de conflitos heterogêneos em permanente transformação.

Na pós-modernidade⁶⁶⁴, a crise dos paradigmas se afigura com evidência em todos os setores na economia, na política como também sobre o fenômeno jurídico e desencadeia revoluções científicas, ou seja, "aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior⁶⁶⁵, e permite o constante debruçar-se sobre um objeto de pesquisa.

Em recente obra, intitulada "*The Animal Rights Movement in America - from Compassion to Respect*", Lawrence Finsen e Susam Finsen argumentam que, na última década, os direitos dos animais tornaram-se um conceito familiar e que é muito importante que se esteja familiarizado com os fatos mais básicos sobre os usos contemporâneos dos animais pela sociedade; mesmo que a maioria esteja oculta à vista do público, não devem passar despercebidos⁶⁶⁶.

Afinal, por que os animais não humanos merecem ser tratados como entes de consideração moral? O que há por traz destas correntes ético-filosóficas e o que

⁶⁶³ WOLKER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001, p.2.

⁶⁶⁴ Há um grupo de pensadores que consideram que a modernidade já terminou em suas vertentes históricas, como Daniel Bell, Michel Foucault, Jean Baudrillard, Felix Guattari, Gilles Deleuze, Jacques Derrida, Lyotard. No Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, o termo Pós-modernismo refere-se à "denominação genérica dos movimentos artísticos surgidos no último quartel do século XX, caracterizados pela ruptura com o rigor da filosofia e das práticas do Modernismo, sem abandonar totalmente seus princípios, mas fazendo referências a elementos e técnicas de estilos do passado, tomados com liberdade formal, ecletismo e imaginação". O filósofo francês Jean-François Lyotard (1924-1998) propalou a utilização do termo em 1979, com a publicação da obra "A Condição Pós-Moderna". Originariamente se atribui que este termo nasceu na Espanha na década de 1930 com Frederico de Onís. Para Lyotard, o pós-moderno designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX. Afirma o filósofo: "eu defino o pós-moderno como a incredulidade com relação as metanarrativas" (LYOTARD, Jean François. *The Postmodern condition: a report on Knowledge*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984, p.24). Este termo, no entanto, para LIPOVETSKY, se esvaziou de conteúdo e esclarece: "há vinte anos, o conceito de pós-moderno dava oxigênio, sugeria o novo, uma bifurcação maior; hoje, entretanto, está um tanto desusado. O ciclo pós-moderno se deu sob o signo da descompressão cool do social; agora, porém, temos a sensação de que os tempos voltam a endurecer-se, cobertos que estão de nuvens escuras". LIPOVETSKY, sugere a utilização do termo hipermodernidade, advertindo: "No momento em que triunfam a tecnologia e a genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rótulo pós-moderno já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que anuncia". E, conclui: "Hipercapitalismo, hiperclasse, hiperpotência, hiperterrorismo, hiperindividualismo, hipermercado, hipertexto – o que mais não é hiper? O que mais não expõe uma modernidade elevada à potência superlativa?" (LIPOVETSKY, G. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 52-53).

⁶⁶⁵ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1990. p.125.

⁶⁶⁶ FINSEN, Lawrence; FINSEN, Susan. *The animal rights movement in america: from compassion to respect*. New York: Twayne Publishers, 1994, p. xiii.

propalam? Por que nas relações travadas entre os animais humanos com os não-humanos o paradigma da superioridade daqueles em relação a estes prevalece?

Estes questionamentos serão enfrentados nesta pesquisa, iniciando-se pela visão das correntes antropocêntrica, biocêntrica, ecocêntricas, pois através desta análise logo se verificará que apresentam no tocante ao tratamento ético, filosófico e especialmente no aspecto jurídico, diferentes modos de proteção.

3.1 ANTROPOCENTRISMO, BIOCENTRISMO E ECOCENTRISMO

Ao se propalar a defesa dos Direitos dos animais alguns termos, ideologias e correntes devem estar por demais solidificados e esclarecidos. Assim, o são com as correntes do antropocentrismo, biocentrismo, ecocentrismo, e com o termo especismo. Também, serão identificadas, neste capítulo, afirme-se mais uma vez, sobre as correntes que discutem as relações e a existência ou não de direitos dos os animais não humanos.

Este tópico dedicar-se-á à estruturação destas correntes e às características fundamentais relativas ao antropocentrismo, ao biocentrismo e ao ecocentrismo.

Como se vê, as perguntas básicas elaboradas ao final do tópico anterior desencadeiam no inconsciente coletivo⁶⁶⁷ um rastro de indignação em razão do antropocentrismo, ainda tão fortemente arraigado em nossa sociedade. Sônia Felipe assinala que, para a ética prática tradicional, os animais não humanos não possuem a menor possibilidade de se inserirem na comunidade moral por variados argumentos, negando-lhes, portanto, direitos morais ou legais⁶⁶⁸.

Felipe adverte relativamente ao enfoque ético que a moral tradicional, seja qual for seu referencial, adota a perspectiva do agente moral como fim para o qual a ação moral deve ser praticada e como tal o reconhecimento do dever moral positivo

⁶⁶⁷ Segundo Jung, o inconsciente coletivo não é adquirido individualmente mas é herdado. É um conjunto de sentimentos, pensamentos e lembranças compartilhadas por toda a humanidade. Seria como um reservatório de imagens latentes, chamadas de arquétipos ou imagens primordiais, que cada pessoa herda de seus ancestrais. Assim, a pessoa não se lembra das imagens de forma consciente, porém, herda uma predisposição para reagir ao mundo da forma que seus ancestrais faziam. Sendo assim, a teoria estabelece que o ser humano nasce com muitas predisposições para pensar, entender e agir de certas formas condicionadas. (JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Tradução Maria Luíza Appy, Dora Mariana R. Ferreira da Silva 2.Ed Petrópolis: Vozes, 2000, p. 51.)

⁶⁶⁸ FELIPE, Sônia T. *Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas*. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2014, p. 30/31.

(dever de ajuda, sustento, fomento) ou negativo (dever de abster-se de ações danosas a outrem) tem como norte apenas em humanos⁶⁶⁹.

Paola Cavaliere argumenta que a tradição filosófica ocidental é imposta à teorização ética pela racionalidade. Assim, em razão desta perspectiva, Cavaliere esclarece que todos os seres humanos são iguais e têm direito à mesma proteção moral fundamental, mas que os animais, têm um status totalmente inferior e a proteção que lhes é concedida é mínima, tudo em razão das atribuições de peso dadas características biológicas entre as espécies⁶⁷⁰.

Esta ética tradicional é também adotada em uma diversidade de doutrinas religiosas e embasam, também, correntes filosóficas que, com seus fundamentos, deram ensejo ao aparecimento de uma ideologia especista.

O especismo é uma expressão que foi usada pela primeira vez por Richard Ryder em 1970, que como conjunto de teoria e crenças valora a espécie humana em detrimento dos animais não humanos pelo que se caracteriza uma opressão às demais espécies⁶⁷¹.

Nesse sentido, o Rider, que era psicólogo, compara a teoria especista às teorias racistas e sexistas, procurando cunhar uma equivalência entre os preconceitos moralmente irrelevantes em razão de diferenças físicas.

Heron Santana define especismo como um conjunto de ideias, pensamentos, doutrinas e visões de mundo, que têm como ponto de partida a crença de que os animais não-humanos, sendo destituídos de atributos espirituais, não possuem nenhuma dignidade moral⁶⁷².

Laerte Fernando Levai, sobre o especismo, diz que é como um preconceito em relação ao outro que não tem a mesma aparência biológica, o que se torna um obstáculo insuperável para o reconhecimento dos direitos dos animais⁶⁷³.

⁶⁶⁹Felipe, Sônia T. *A moral tradicional e o especismo elitista*. Agência de Noticias de Direitos Animais (ANDA), São Paulo, 06 de junho de 2009 às 13:02. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/06/06/2009/a-moral-tradicional-e-o-especismo-elitista>>. Acesso em 02 de janeiro de 2017.

⁶⁷⁰CAVALIERI, Paola. *The animal question: Why nonhuman animals deserve human rights*. Translated by Catherine Woollard. Oxford University Press, 2002, p. 27.

⁶⁷¹ Ryder, Richard. All beings that feel pain deserve human rights, *The Guardian*, 6 de agosto de 2005. <https://www.theguardian.com/uk/2005/aug/06/animalwelfare>. Acesso em 03 de outubro de 2017.

⁶⁷² GORDILHO, Heron José de Santana. op. cit., p. 20.

⁶⁷³ LEVAI, Fernando Laerte. *Cultura da violência: antropocentrismo e subjugação de animais*. In, MAGALHÃES, Valéria Barbosa de; Vânia Raal, Vânia (Orgs.), *Reflexões sobre a tolerância: direitos dos animais*, São Paulo: Humanitatas, 2010, p. 68.

Mas, registre-se: o pano de fundo deste especismo é a crença antropocêntrica. A palavra antropocentrismo nasce da junção de dois termos, o primeiro, grego e o segundo, do latim. *Anthopos*⁶⁷⁴ exprime a noção de homem, o homem como espécie; e *Centrum*⁶⁷⁵ quer indicar o centro.

O antropocentrismo, portanto, se constitui de pensamentos, ideias e comportamentos que atribuem ao ser humano uma posição de centralidade em relação a todo o universo. O ser humano é o eixo, o ponto central em torno do qual todos os demais estão ao redor e a ele se submete.

A visão antropocentrista é apresentada por James Reichmann⁶⁷⁶ como a que considera o ser humano como representando a vida mais elevada, possuindo uma dignidade inequívoca e inerentemente superior a todas as outras espécies de seres vivos.

Felipe assegura que o antropocentrismo é o engrandecimento da natureza humana, e, como tal, os interesses e os objetivos dos animais humanos estão acima de quaisquer interesses das outras espécies do planeta; portanto, colocam-se em um patamar inferior os interesses das demais espécies de vida⁶⁷⁷. Este termo, portanto, quer indicar a qualquer visão que afirma a centralidade, primazia ou superioridade dos seres humanos no esquema das coisas que afirma que o propósito da natureza é servir as necessidades e desejos humanos. Também pode colocar como o maior valor da existência a vida humana e os seus interesses relativamente, aos dos não-humanos⁶⁷⁸.

Como sistema ideológico, o antropocentrismo é uma ideia surgida no continente europeu já no fim da Idade Média que considerava o ser humano como o centro do cosmo. Esta forma de pensar acarretou a derrocada da fase teocêntrica, ou seja, daquele período que doutrinariamente se considerava Deus como o centro da criação.

⁶⁷⁴ Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/-antropo>>.

⁶⁷⁵ Disponível em: <<https://pt.glosbe.com/la/pt/centrum>>.

⁶⁷⁶ REICHMANN, James B. *Evolution, Animal 'Rights', & the Environment*. Washington, D.C; The Catholic University of America Press. 2000 p. 323.

⁶⁷⁷FELIPE, Sônia T. *Antropocentrismo, sensiocentrismo, ecocentrismo, biocentrismo*. Agência de Notícias de Direitos Animais (ANDA), São Paulo, 03 de setembro de 2009 às 11:03. Disponível em: <<http://http://http://www.anda.jor.br/03/09/2009/antropocentrismo-senciocentrismo-ecocentrismo-biocentrismo>>. Acesso em: 02 jan.2017.

⁶⁷⁸FOX, Michael Allen. Anthropicentrism. In: BEKOFF, Marc; MEANEY, Carron A. (Eds), *Encyclopedia of animal rights and animal welfare*. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1998, p - 66.

O teocentrismo foi substituído pela concepção antropocêntrica e, como tal, passou a prevalecer o humanismo absoluto, promovendo uma visão cultural e irreflexa do domínio do homem sobre todos os animais e coisas, sobre o meio ambiente e a natureza. Tudo passa então a estar a serviço do homem, causa e razão de toda a existência.

Já, bem se diga, desde a pré-história, a espécie animal humana começou a subjugar as demais, tanto que "de todas maravilhas, mais maravilhoso de todas é o homem"⁶⁷⁹. Diversos fatores podem ser destacados e servem de base a este paradigma de superioridade e dominação da espécie humana sobre as demais espécies.

Pode-se indicar, dentre estes fatores, o da certeza na criação divina do homem como aquele que dominaria sobre todos as demais espécies, pois se constituiria na obra mais perfeita nascida das mãos Deus e por outro lado o próprio evolucionismo que teceu o homem para figurar no topo da pirâmide evolucionista⁶⁸⁰.

O antropocentrismo faz do animal humano o superior, a referência máxima e em seu redor se dispõem os demais seres sendo, portanto, o homem a verdade, o valor, norma definitiva sobre tudo.⁶⁸¹ De fato, esta referência ou consideração faz do homem o centro, o fator principal de toda a análise e consideração do sistema⁶⁸².

O antropocentrismo como uma tradicional orientação do pensamento ocidental traça as atitudes dos seres humanos em sua relação com a natureza, que segundo Michael Allen Fox, se caracteriza como um homocentrismo, humanismo chauvinista, um especismo e mesmo por uma ética centrada no homem⁶⁸³.

Bernard Rollin, sobre o tema da dominação do homem sobre as demais espécies, afirma que, em verdade, muitas vezes se argumenta que os seres humanos foram concedidos por Deus com o domínio sobre o resto da natureza, mas que esta posição superior dos seres humanos não serve como motivo adequado para excluir animais da preocupação moral⁶⁸⁴.

⁶⁷⁹ SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de: Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999, p.28.

⁶⁸⁰ ROLLIN, Bernard. *Animal rights & human morality*. 3 ed. New York: Prometheus Books, 2006, p.46.

⁶⁸¹ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente doutrina, jurisprudência - Glossário*. 4. ed.rev.ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 87.

⁶⁸² MILARÉ, Edis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, 2005, v.36, p.9-41, out./dez., 2004, p.10.

⁶⁸³ FOX, Michael Allen. In: BEKOFF, Marc; MEANEY, Carron A. (Eds), *Encyclopedia of animal rights and animal welfare*. Westport, Connecticut: Greenwood Press, p. 67.

⁶⁸⁴ Op. Cit. Rollin, Bernard. p. 30/31.

Esclarece, ainda, Rollin que a própria Bíblia de fato contradiz clara e explicitamente essa afirmação dominante em muitas passagens ao se dedicar à bondade para com os animais. Mesmo assim, Peter Singer, ao discorrer sobre o especismo hoje, afirma que a continuidade desta ideologia remonta à Bíblia e à Grécia Antiga⁶⁸⁵.

O antropocentrismo como ideologia impera desde os pensamentos dos estoicos. Foi estigmatizado, quiçá, na celebre frase de Protágoras, já que o homem era medida de todas as coisas e mais tarde na emblemática frase contida no *Discurso de método*, de René Descartes: "eu penso, logo existo"⁶⁸⁶.

Estes direcionamentos como concepção filosófica espalharam-se grandemente e fomentaram culturalmente a noção de que o único valor a ser conservado, preservado e eticamente considerado era a própria espécie humana e o único capaz de preservar todas as demais espécies⁶⁸⁷.

A visão antropocêntrica foi vital, diz Olmiro Ferreira da Silva⁶⁸⁸, em razão de ser o homem o único animal racional a quem cabe todas as possibilidades de preservar as espécies e nesta direção, Paulo Bessa traduz que, de todos os seres vivos, é o homem o único que detém consciência de modificar o mundo natural⁶⁸⁹.

Gordilho⁶⁹⁰ vai recordar que a filosofia grega concebia os animais não-humanos como seres destituídos de espírito/alma e isto os afastava de qualquer consideração sendo a concepção Aristotélica a grande responsável pela criação de um sistema ético, hierarquizado, "natural entre os objetos inanimados, os seres vivos e o homem, como que em uma escada de vida"⁶⁹¹

Cavaliere adverte que as crenças sobre o tratamento de animais não-humanos sempre foram parte de nossa história cultural em que se destacam três posições: a primeira, que nega aos animais qualquer consideração moral; a segunda, que,

⁶⁸⁵ SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2008, p. 243.

⁶⁸⁶ DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.107.

⁶⁸⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

⁶⁸⁸ SILVA, Olmiro Ferreira da. *Direito ambiental e ecologia: aspectos filosóficos contemporâneos*. 1. ed. Barueri: Manole, 2003, p. 27.

⁶⁸⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002, p. 6.

⁶⁹⁰ GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução, 2008, p. 20.

⁶⁹¹ LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

excluindo-os da comunidade moral, sustenta que existem deveres indiretos para com eles, e, por fim, a visão que os inclui entre os pacientes morais⁶⁹².

Se o paradigma referencial da solução dos interesses e causas se infere a partir do ser humano, todas as demais espécies são desconsideradas, o que firma a convicção de que as "perspectivas antropocêntricas estabelecem os deveres morais positivos e negativos"⁶⁹³ e, por conseguinte, pode-se questionar: poder-se-ia esperar outra coisa senão o antropocentrismo?⁶⁹⁴

A despeito da multiplicidade de proposições originadas segura e especialmente com a consciência ecológica, o ser humano, a sociedade e o Estado vão estabelecer novas e insurgentes ponderações sobre o meio ambiente e com isto, um ambiente propício também, se instaura inserindo com mais veemência o debate a cerca da utilização dos animais.

E, para "[...] esse novo espírito científico será preciso acrescentar a renovação do espírito da cultura das humanidades [...]" de forma que tudo venha a contribuir para o "[...] abandono do sonho alucinado de conquista do Universo e dominação da natureza [...]"⁶⁹⁵ que alicerçou a cultura antropocêntrica.

Ressalte-se no percurso destas análises antropocêntricas e biocêntricas a importância da denúncia veemente e contrária à devastação ambiental a partir da década de 1960. A partir desta, foi sendo desconstituído o mito de que os recursos naturais não se esgotariam, bem assim a equivocada visão de que a natureza estaria a serviço do homem e que os animais existem para as metamorfoses⁶⁹⁶.

Novas diretrizes vão se erguendo trazendo para o centro das atenções especulações sobre que preço se pagar em troca do desenvolvimento e o progresso industrial.

⁶⁹²CAVALIERI, Paola. *The animal question: Why nonhuman animals deserve human rights*. Translated by Catherine Woollard. Oxford University Press, 2002, p. 41.

⁶⁹³FELIPE, Sônia T. Antropocentrismo, sensiosentrismo, ecocentrismo, biocentrismo. Agência de Notícias de Direitos Animais (ANDA), São Paulo, 03 de setembro de 2009 às 11:03. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/03/09/2009/antropocentrismo-senciocentrismo-ecocentrismo-biocentrismo>>. Acesso em 02 de janeiro de 2017.

⁶⁹⁴ FOX, Miichael Allen. In, BEKOFF, Marc; MEANEY, Carron A. (Eds), *Encyclopedia of animal rights and animal welfare*, op.cit,p.67.

⁶⁹⁵ MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2010, p. 33 e 39.

⁶⁹⁶ O termo *metamorfoses* é utilizado por Tom Regan para advertir que os animais são transformados pelo ser humano, em comida, em roupas, em artistas, em competidores e em instrumentos. Tom Regan é professor de filosofia moral nos Estados Unidos, na North Carolina State University. Autor de vários livros como *The Case for Animal Rights* (University of California Press, Berkeley, 1983) e *Jaulas Vazias*, encarando o desafio dos direitos dos animais (Logano, Porto Alegre, RS,2006). Defende, Regan, uma teoria ética que inclui os animais não humanos entre os detentores de direitos.

Assim, foram desencadeadas várias abordagens sobre o tema do meio ambiente e a necessidade de sua conservação e proteção, as quais se intensificaram e tomaram corpo ainda mais significativamente a partir dos anos 1970. Procurou-se demonstrar a gravidade da desconsideração das questões ambientais e a necessidade do seu trato responsável, que culminaram com a crítica até contra o modelo de desenvolvimento adotado pela sociedade.

Sem dúvida, as modificações impressas na natureza pela ingerência do ser humano acarretaram uns cem números de “fenômenos de desequilíbrios ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a vida em sua superfície. Paralelamente a tais perturbações, os modos de vida humanos individuais e coletivos evoluem no sentido de uma progressiva deterioração”⁶⁹⁷

Nesse sentido, a notória gravidade sobre a problemática ambientalista passa à agenda política e se constitui em um dado circunstancial inovador, uma vez que teceu e elaborou o ambiente enquanto “categoria estratégica e central para se discutir estilos de vida e a estrutura social em um planeta pela primeira vez visto como limitado”⁶⁹⁸.

Este acento ambientalista é um importante patamar para a proteção aos animais, para a análise de contextos jurídicos incluindo vertentes antropocêntricas e biocêntricas. Os sinais de mudança eram evidentes frente aos riscos que contra a vida no planeta se avolumam, tragédias eram vivenciadas, exigindo a adoção de novas práticas, valores e princípios que devam estabelecer uma nova ordem social e estratégias de “produção para reapropriação da natureza e da cultura”⁶⁹⁹.

Leonardo Boff elucidava que a aceleração do processo industrial fez desaparecer diversas espécies animais e vegetais e que o equilíbrio físico-químico do planeta pode se romper em razão da irresponsabilidade humana fazendo evocar a compaixão com esta realidade de modo relevante⁷⁰⁰.

A verdade é que a desconstituição do processo de produção e a desaceleração das práticas capitalistas a princípio foram processos rejeitados como forma de banir os excessos da ação do homem perante o meio ambiente que

⁶⁹⁷ GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. São Paulo: Edições Papirus, 2011, p. 7.

⁶⁹⁸ LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo. *Sustentabilidade e Educação: um olhar da ecologia política*. São Paulo: Cortez. 2012, p. 17.

⁶⁹⁹ LEFF, Enrique. *Sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Vozes. 2007, p. 126.

⁷⁰⁰ BOFF, Leonardo. *Princípio da compaixão e cuidado: encontro entre Ocidente e Oriente*. Editora Petrópolis: Vozes, 2009, p. 12.

incluía, gerenciava e englobava nesta época a conjectura do trato para com os animais não humanos.

Posteriormente, vão se constituir em fontes de ponderação, como princípio, a nortear os conflitos socioambientais. Ora, “é recente, pois, a consciência de que a prosperidade econômica gerada pela industrialização cobra alto preço do meio ambiente”⁷⁰¹.

É inegável que a constatação sobre estas novas diretrizes de comportamento humano sobre a natureza, quer se repousar em novos ditames éticos que inegavelmente influenciam e orientam modelos normativos no ordenamento jurídico⁷⁰².

Muitas críticas são levantadas na atualidade contra os tipos de desenvolvimento econômico, chegando James Lovelock a idealizar a teoria de que o planeta Terra se constituiria um sistema completo em suas partes, sendo um ser vivo autorregulador. O mesmo autor acrescenta que “[...] se continuarmos deixando as coisas como estão nossa espécie poderá nunca mais desfrutar o mundo viçoso e verdejante que tínhamos faz apenas cem anos⁷⁰³”.

Assim, neste momento histórico em que a humanidade está imersa, uma nova consciência surge com a pretensão de fomentar e impor uma modificação profunda dos valores culturais, sociais e jurídicos, instigando, sobretudo, o discurso científico a se estruturar concretamente sobre um estatuto ético e moral de cooperação em defesa do meio ambiente e, mais que isto, vem por encarar o desafio dos direitos dos animais.

Em 1972, a ONU realizou importante conferência que teve por tema o Ambiente Humano. Este documento é um divisor de águas assinalando um panorama diferenciado sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e despertando novos conceitos que contribuirão para evolução do sistema⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ PINZ, Greice Moreira. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira. Revista de Direito Ambiental, p.161.

⁷⁰² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconsellos e. *A Natureza no Direito Brasileiro*: coisa, sujeito ou nada disso. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo: Bioética e Biodireito. Ano 1, v. 1, nº 2. jul. 2001. São Paulo. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/caderno_2.pdf>. Acesso em: 20 jan.2017.

⁷⁰³ LOVELOCK, James. *A vingança de gaia*. Rio de Janeiro: Intrínseca. 2006. , p. 65.

⁷⁰⁴LAGO, A. A. C. Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e a três conferências ambientais das Nações Unidas. Brasil. Thesaurus Editora. 2007. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/al000189.pdf>, acesso 27 de dezembro de 2017>.

O evento suscitou, especialmente no Brasil, uma nova disposição constitucional sobre o tema, vindo na Constituição de 1988 a figurar como um direito de terceira geração⁷⁰⁵, direito social que se expressa na fraternidade e solidariedade.

Na Declaração de Estocolmo, firmou-se, ainda, que “[...] a proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos” (ONU, 1972)⁷⁰⁶. Este ponto é uma referência à consideração dos animais e de sua proteção. Não se duvide que o momento ambientalista favorece e dá força à ideia da responsabilidade para com a vida e ao tratamento ético para com os animais.

É na década de 1970, em razão deste momento efervescente ideológico, que se promulgou uma importante declaração pela UNESCO-ONU, que tinha por escopo o empenho de defesa aos animais. Em Bruxelas (Bélgica) no dia 27 de janeiro de 1978, *Declaração Universal dos Direitos dos Animais* (Unesco/ONU) delinea um perfil de tratamento para com os animais.

Naquele documento internacional, reconheceu-se a existência de direitos para os animais e que devem ser respeitados. Direitos como a proteção da vida, o direito a não serem maltratados, de não serem abandonados, de não serem submetidos a dor, de viverem em seus habitats, etc.

Fruto próprio destas instigantes reflexões, que não vão ter apenas a vertente ambientalista, mas indo além, contemplará a face preservacionista das espécies e, mais que isto, protecionista e asseguradora de direitos, que terão por escopo um moral tratamento para com os animais não humanos.

A legislação ambiental e as de proteção aos animais erigida no Brasil ao longo das últimas décadas serviram como indicadores e como instituidores de práticas cidadãs. Nesse contexto, procurou-se integrar o ser humano aos demais contextos da vida, do cosmo descartando as posições e contextos meramente antropocêntricos⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ BOBBIO, Norberto. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6/ 43.

⁷⁰⁶ Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>

⁷⁰⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2010, p. 48.

O antropocentrismo desgastado afigura-se como ponte para um novo proceder e cede espaço as novas conjectura fazendo despontar outros modelos ideológicos que levam em consideração a natureza, o meio ambiente e os animais de toda espécie, como o biocentrismo e o ecocentrismo⁷⁰⁸.

Inicialmente, destaca-se o entendimento de que os termos biocentrismo e ecocentrismo são normalmente utilizados como sinônimos sem qualquer distanciamento ideológico entre os termos, mas não se deve assim considerar, sendo mais condizente destacar a existência de conteúdo muito distante entre as duas vertentes.

O biocentrismo e o ecocentrismo distingue-se do antropocentrismo, mas, como se não bastasse, muitos estudiosos deflagram subdivisões doutrinárias dentro destas ideologias. Com isto, se propaga o antropocentrismo puro, o alargado, o biocentrismo mitigado, o ecocentrismo. Assim se identificam as muitas dificuldades em se lidar com estes temas e com as orientações que deles se extraem e que norteiam as escolhas, em especial as de cunho político⁷⁰⁹.

O que é mesmo biocentrismo e ecocentrismo? E, mais: será que a resposta a este questionamento nos direciona a escolhas éticas sobre o direito animal e podem direcionar aos elementos normativos interpretados do sistema de justiça do Brasil em razão da argumentação apreendida dos seus comandos ideológicos?

Antes mesmo de realizar um paralelo sobre o sistema de justiça brasileiro e a estrutura de suas normas, em especial a constitucional para saber se estão impregnadas de uma destas correntes, deve-se tecer sucintas e breves considerações sobre o que representa a ética em relação aos animais não humanos.

Em *Evolution, Animal 'Right' and the Environment*, James B. Reichmann elabora uma extensa consideração sobre o estado pluralista da *Ética Ambiental* esclarecendo que, para o biocentrista, o humano é simplesmente uma "parte" do ambiente. Destaca, ainda, que para alguns inclusive, o humano é admitido como

⁷⁰⁸ Antonio Benjamim adverte que existem vários discursos sobre a natureza: o discurso filosófico, o econômico e o jurídico. No tocante ao quadro normativo nacional sobre esta espécie vem a destacar três modelos ético-jurídicos básicos e esquematizados no tripé: antropocentrismo puro, antropocentrismo intergeracional e não-antropocentrismo. In: *A Natureza no Direito Brasileiro*: coisa, sujeito ou nada disso. op.cit. p. 82.

⁷⁰⁹ REICHMANN, James B. *Evolution, Animal 'Rights', & the Environment*. Washington, D.C. The Catholic University of America Press, 2000.p. 321

sendo o mais elevado dentre os seres vivos, mas não possui direitos ou privilégios em relação as demais espécies⁷¹⁰.

Apresenta o professor de Filosofia dois tipos de biocentrismo: um rígido, forte, e outro leve. O primeiro indicaria que todas as espécies são de igual valor. O biocentrismo suave reconhece que algumas espécies são mais importantes que outras para a manutenção da biosfera saudável e portanto, gozam de uma maior consideração. A verdade é que James apresenta uma grande dúvida sobre o biocentrismo, aludindo que se pode conduzir a uma fragilidade.

Sônia T. Felipe aponta para a existência de três perspectivas da ética prática contemporânea, consubstanciadas nas correntes antropocêntrica, senciente e biocêntrica. No tocante a primeira corrente, muito já se pontuou anteriormente, sendo necessário se nortear sobre a possibilidade de ampliação da comunidade moral com a inclusão dos animais não humanos. A ética senciente é a aquela que, na comunidade moral, permite o acesso de todos os seres dotados de sensibilidade e consciência⁷¹¹.

A linha biocentrista ao lado da ecocentrista caminha dentro de uma grande corrente, que é o não-antropocentrismo portando, ou seja, as correntes que separam o ser vivo do ser inanimado, reconhecendo especialmente direitos.

Em resposta, pode-se afirmar que o ecocentrismo é uma "linha política de filosofia ecológica que apresenta um sistema de valores centrado na natureza, em oposição ao antropocentrismo"⁷¹². Nesse pensar, o homem passa a ser considerado um membro da natureza como qualquer outro, sendo superando, pouco a pouco, o fundamento antropocêntrico de sua centralidade e superioridade.

Como se verifica, na medida em que as práticas dos animais humanos vão fulminando e provocando um grande abalo contra a natureza e os animais não humanos, o biocentrismo/ecocentrismo vai se solidificando. Nessa mesma medida, o paradigma antropocêntrico vai se fragilizando e erigindo o ecocentrismo, onde a natureza vai se configurando como valor inerente e traz os animais não humanos para o centro das relações éticas e jurídicas.

Paulo Santos Almeida defende que a visão biocentrista desenvolve-se em razão do esfacelamento antropocêntrico que gerou danos profundos em razão do

⁷¹⁰ REICHMANN, James B. *Evolution, Animal 'Rights', & the Environment*. Washington, D.C. The Catholic University of America Press, 2000, 322.

⁷¹¹ Felipe, <http://www.bibliotekevirtual.org/revistas/Metodista-SP/PF/v01n01/v01n01a01.pdf>

⁷¹² Disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ecocentrismo> >

uso ilimitados dos bens naturais que limitados, passariam a dar sinais de esgotamento⁷¹³.

Ainda a respeito do ecocentrismo e do biocentrismo, Almeida afirma que as preocupações com o processo da vida levaram a buscas ontológicas, sobre a essência do ser, vindo a vida a ser valorizada como o valor mais importante do "ecossistema planetário diante das mudanças biotecnológicas"⁷¹⁴. Diz-se que tanto o ecocentrismo como o antropocentrismo "só valoriza os seres humanos concretos individuais não humanos de forma indireta, subordinada, secundária e abstrata, em prol de uma utilidade instrumental exterior à sua integridade individual singular ontológica, em prol de uma alteridade abstrata"⁷¹⁵

Vale verificar o discurso de Paul Taylor⁷¹⁶, em 1989, que publicou um livro intitulado *Respect for nature* (respeito à natureza), e quer responder a uma angustiante indagação: qual seria a justificação racional para se conceber os seres vivos como possuidores de valor inerente? A base de sua ética está no que ele chama de ética ambiental biocêntrica ao afirmar que toda a vida tem valor.

Paul Taylor adota o conceito de valor inerente e a tese de que compete a agentes morais racionais elucidar conflitos morais, quando interesses de diferentes sujeitos estão em jogo, contudo não admite que a solução de qualquer conflito moral tenha somente em conta os interesses do agente humano.

Para Taylor, com sua ética biocêntrica, o que se deve considerar é "o valor inerente à vida de cada indivíduo", e uma vida somente poderia ser eliminada por motivos éticos, jamais por motivos comerciais, estéticos, científicos ou de qualquer natureza antropocêntrica.

Os posicionamentos destes filósofos podem ser enquadrados na categoria de defensores do biocentrismo, os quais podemos citar, dentre outros, Peter Albert David Singer, Tom Regan, que terão suas ideologias revisitadas nesta pesquisa no tópico posterior, relativo ao grande tema da ética para com os animais não humanos.

⁷¹³ ALMEIDA, Santos Paulo de. *Os direitos dos animais: antropocentrismo, tolerância e reflexão jurídico-ambiental*. In, MAGALHÃES, Valéria Barbosa de; Vânia Raal, Vânia (Orgs.), *Reflexões sobre a tolerância: direitos dos animais*, São Paulo: Humanitas, 2010, p – 75

⁷¹⁴ Idem, p. 75.

⁷¹⁵ Disponível em: <<http://doutrinabiocentrismo.blogspot.com.br/2012/04/em-que-se-distingue-o-biocentrismo-de.html>>.

⁷¹⁶ TAYLOR, Paul W. *Respect for Nature: a Theory of Environmental Ethics*. New Jersey. Princeton University Press, 1989.

Por fim, assevera-se que a vida assume posição referencial o que dá lugar a uma nova ética, uma ética planetária⁷¹⁷ e, com isso, assegura-se a existência de direitos dos animais e, mais que isso, defende-se a existência de direitos fundamentais aos animais.

3.2 O DIREITO À CULTURA E ÀS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS

A Constituição Federal garante os direitos culturais, seja ao seu acesso, seja às suas manifestações. O art. 215 dispõe que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso àquelas fontes de cultura, além de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Os direitos culturais estão relacionados dentre os direitos sociais e são expressamente declinados na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), sendo destacados na história humana desde à Revolução Francesa e à sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Mas, o que é cultura? O dicionário Aurélio conceitua cultura como um conjunto formado por comportamentos, crenças, instituições manifestações artísticas e intelectuais que são transmitidas de forma coletiva e traduzem a identidade de uma sociedade⁷¹⁸.

Em verdade, o conceito contido no famoso dicionário não revela a problemática contida no termo cultura, que enseja uma gama de interpretações. Clifford Geertz apresentar um conceito de cultura baseado na visão semiótica, conceituando a cultura como uma teia de significações tecidas pelo próprio homem e que o mantém nela amarrado⁷¹⁹.

Preocupa-se GEERTZ, no que tange à cultura com a questão o obscurecimento das realidades que permeiam os fatos ocorrentes sendo importante o destaque a importância do que se está transmitindo “com a sua ocorrência e através da sua agência”, deduzindo que a cultura não é uma realidade superorgânica, autocontida, com forças e propósitos em si mesma⁷²⁰.

⁷¹⁷ MILARÉ, Edis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, 2005, v.36, p.9-41, out./dez., 2004, p. 16.

⁷¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Míni Dicionário Aurélio*. Editora Positivo. 7.^a ed. Curitiba, 2009, p. 280.

⁷¹⁹ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p. 4.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 107.

Registre-se, neste percurso que para Teixeira Coelho a palavra “cultural” deveria substituir “cultura”, qual demonstraria a qualidade ser “móvel e flutuante”, sendo este traço aquele que permite que a cultura não seja um canal de “aplicação de esquemas teóricos redutores que procuraram estacioná-la não apenas para estudá-la como para transformá-la em instrumento de políticas públicas voltadas para a sustentação do Estado-nação”⁷²¹.

Coelho tece uma sustentada crítica a utilização do termo cultura para observar que “nem tudo é cultura”, acrescentando ainda que o conceito etnológico pode promover uma barbárie sendo por muitas vezes ser necessária a desaquecimento cultural como um fator proeminente a necessidade de ampliar a esfera do ser e a interação⁷²².

Vê-se, pois, que o tema cultura em si mesmo considerado aporta grandes discussões pois nem tudo relativo à cultura arrebatada uma simples interpretação, em razão especial do seu referencial semântico e polissêmico.

Adverte José Luiz dos Santos que os “estudos sistemáticos e detalhados de muitas culturas permitiram destruir os falsos argumentos de concepções preconceituosas”, mas ressalva não se deve ter a ingênua ideia de uma linha de evolução única para as sociedades humanas pois em verdade a cultura não é algo natural, tão pouco é uma decorrência de leis físicas ou biológicas, mas sim é um produto coletivo da vida humana⁷²³.

Por outro ponto de vista, a pós-modernidade apresenta o encontro de diversas culturas revelando o direito à diferença, ao respeito e a tolerância. Eis a questão cultural além da epistemologia monocultural com o surgimento do multiculturalismo restando nítido o questionamento relativo à convivência de diversos interesses muitas vezes conflitantes e contraditórios coabitando em um mesmo espaço⁷²⁴.

Andrea Semprini afirma que, com o multiculturalismo, há um conflito inevitável, uma vez que coloca em questão a diferença e discute o problema da identidade e de seu reconhecimento. Nesse sentido, o fator diferença é substancial a gerir as novas práticas culturais⁷²⁵.

⁷²¹ COELHO, Teixeira, A cultura e seu contrário: cultura, arte e política pós-2001. Iluminuras : Itáu Cultural, São Paulo, 2008, p. 12-18

⁷²² Idem, 20.

⁷²³ SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. 7. ed. São Paulo: Editora Brasiliense 1983, p. 13.

⁷²⁴ SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999, p. 40

⁷²⁵ Idem, p. 170-171.

Há uma grande complexidade, portanto, quando o tema é a cultura. O multiculturalismo é o maior impasse; está registrado quando entram em choque critérios e valores, até mesmo normas jurídicas, que podem defender valores que se opõem e se contrastam e aguardam a ressignificação no espaço social.

Sem dúvida, a complexidade de temas nascidos com o conhecimento ecológico, intervém diretamente no processo cultural para suscitar do ser humano, da sociedade e do estado uma nova reflexão e para “[...] esse novo espírito científico será preciso acrescentar a renovação do espírito da cultura das humanidades [...]” de forma que tudo venha a contribuir para o “[...] abandono do sonho alucinado de conquista do Universo e dominação da natureza [...]”⁷²⁶.

A devastação ambiental veementemente denunciada na década de 60 desconstruiu o mito de que os recursos naturais não se esgotariam, bem assim aniquila a equivocada visão de que a natureza estaria a serviço do homem e, como tal, sem qualquer importância quando o assunto em pauta era o desenvolvimento e o progresso industrial.

Desencadeadas foram também várias abordagens sobre a utilização dos animais nas atividades humana que promovem o conflito de direitos, pois de um lado está o homem com a sua cultura, com a economia, com a religião e, do outro, está a luta contra a crueldade animal.

Procura-se demonstrar a gravidade da desconsideração das questões ambientais e do direito animal e a necessidade do seu trato responsável, culminando com a crítica ao modelo de desenvolvimento adotado pela sociedade.

Sem dúvida, as modificações impressas na Natureza pela ingerência do ser humano, as extinções das espécies acarretaram uns cem números de “fenômenos de desequilíbrios ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a vida em sua superfície. Paralelamente a tais perturbações, os modos de vida humanos individuais e coletivos evoluem no sentido de uma progressiva deterioração e sempre oportunizado a visualização antropocentrismo”⁷²⁷.

Nesse sentido, a notória gravidade sobre a problemática ambientalista passa à agenda política, o que se constitui um dado circunstancial inovador, uma vez que tece e elabora o ambiente enquanto “categoria estratégica e central para se discutir estilos de vida e a estrutura social em um planeta pela primeira vez visto como

⁷²⁶MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 33 e 39.

⁷²⁷ GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. São Paulo: Edições Papirus, 2011. p. 7.

limitado.⁷²⁸ É neste ambiente propício que floresce a causa de proteção aos animais contra a crueldade de que são vítimas.

Os evidentes riscos contra a vida no planeta se avolumam, tragédias são vivenciadas, milhões de espécies animais são extintas, exigindo a adoção de novas práticas, valores e princípios que querem estabelecer uma nova ordem social e estratégias de “produção para reapropriação da natureza e da cultura”⁷²⁹.

A desconstituição do processo de produção e a desaceleração das práticas capitalistas são processos rejeitados a princípio. Posteriormente, vão se constituir em fontes de ponderação a nortear os conflitos socioambientais e paralelamente, também, a das práticas de maus tratos produzidos pela coletividade.

Ora, “é recente, pois, a consciência de que a prosperidade econômica gerada pela industrialização cobra alto preço do meio ambiente”⁷³⁰ Muitas críticas são levantadas na atualidade contra os tipos de desenvolvimento econômico, chegando James Lovelock a idealizar a teoria de que o planeta Terra se constituiria um sistema completo em suas partes, sendo um ser vivo autorregulador. O mesmo autor acrescenta que “[...] se continuarmos deixando as coisas como estão nossa espécie poderá nunca mais desfrutar o mundo viçoso e verdejante que tínhamos faz apenas cem anos.”⁷³¹

Assim, na contemporaneidade, uma nova consciência surge com a pretensão de fomentar e impor uma modificação profunda dos valores culturais, sociais e jurídicos, instigando, sobretudo, o discurso científico a se debruçar concretamente sobre um estatuto ético e moral de cooperação em defesa do meio ambiente.

Nesse sentido, fácil é perceber que na cultura se estabelecem proteções aos novos interesses, sendo que os valores ambientais e de proteção aos animais surgem contra a estrutura do poder fundado na razão tecnológica e na racionalidade econômica.

3.3 POR QUE VEDAR MANIFESTAÇÕES CULTURAIS QUE IMPORTEM EM CRUELDADE AOS ANIMMAIS?

⁷²⁸ LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo. *Sustentabilidade e Educação: um olhar da ecologia política*. São Paulo: Cortez Editora. 2012. p. 17.

⁷²⁹ LEFF, 2007, idem, p. 126.

⁷³⁰ PINZ, Greice Moreira. *A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira*. *Revista de Direito Ambiental*. 2012, p.161.

⁷³¹ LOVELOCK, James. *A vingança de gaia*. Rio de Janeiro: Intrínseca. 2006, p. 65.

O marco ambientalista de primordial importância se revela com a Constituição Federal de 1988 que instaurou um momento divisor de paradigmas ao contemplar no Art. 225, *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Lei Magna apresenta o Meio Ambiente em capítulo próprio e com avançado tratamento jurídico, recepcionando-o em vinte e dois artigos, que direta ou indiretamente, vão assegurar a utilização dos recursos naturais, apresentando a qualidade do meio ambiente como um patrimônio que viabiliza a saúde, o bem-estar e as condições de desenvolvimento do ser humano⁷³².

Verifique-se, inicialmente, que a evolução no trato dado ao meio ambiente no texto constitucional é inovadora e muitos benefícios dela advieram. Sobre a “ecologização” da constituição brasileira destacam-se duas espécies de benefícios: os substanciais e os formais.

Os benefícios substanciais são aqueles que implicam no estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de explorabilidade limitado e condicionado; a ecologização da propriedade e da sua função social; a proteção ambiental como direito fundamental; legitimação constitucional da função estatal reguladora; redução da discricionariedade administrativa e, por fim, a ampliação da participação pública⁷³³.

Indicados, ainda, são os benefícios de ordem formal, ou seja, aqueles que se relacionam com a implementação das normas de tutela jurídico-ecológica: segurança normativa, substituição do paradigma da legalidade ambiental, controle da constitucionalidade da lei e reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais⁷³⁴.

A evolução legislativa sobre a proteção ambiental em sentido amplo quer estampar um novo exercício de cidadania, que se solidificou com o passar dos

⁷³² SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Capacidade de ser parte dos animais não humanos: Repensando os institutos da substituição e representação processual*. Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador: Evolução, 2008, p. 49.

⁷³³ BENJAMIN, Antonio Herman. *A constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira*. In CANOTILLO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (org). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 76.

⁷³⁴ *Ibidem*, p. 77-80.

tempos com a crescente valorização da conduta humana protecionista em relação ao ambiente.

Deste modo, fala-se significativamente no estabelecimento de um processo pedagógico de aprendizado e de ressignificação de valores, o que pode ser entendido positivamente como uma tomada de consciência sobre essas questões, na qual os defensores ambientalistas se empenharão em disseminar suas ideias e propalar a necessidade de adoção de práticas geradoras da vida e defensoras da sustentabilidade do planeta.

Notória é a arrancada ambientalista, que enseja a previsão contida especialmente no inciso VII, do § 1º do art. 225 e vem assegurar a incumbência do Poder Público na proteção da fauna e da flora, vedando, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Silva entende que, a partir da inclusão do Art. 225 na Constituição Federal, houve uma mudança paradigmática constitucional quanto à concepção do princípio da dignidade humana, sendo possível admitir-se uma dimensão ecológica da dignidade humana. Isso significa dizer que este princípio passa a ser visto como um valor universal que assegura, em especial, aos animais não-humanos posições jurídicas subjetivas fundamentais, em caráter tanto defensivo quanto prestacional, tendo como exemplo o mínimo direito de não serem submetidos a crueldade⁷³⁵.

No direito brasileiro, portanto, o ponto de partida para a defesa dos interesses dos animais está no mencionado inciso VII, Parágrafo 1º, do art. 225, da Constituição Federal, que proíbe, “na forma da lei”, as práticas cujo efeito material seja a submissão dos animais à crueldade.

De fato, a Constituição Federal atual, pela primeira vez na história, elevou a proibição da crueldade contra os animais, ao status de preceito constitucional, e face ao princípio da efetividade, não é possível admitir qualquer tipo de exploração institucionalizada dos animais sem violar essa norma constitucional.

Em 1978, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, anuncia que é direitos dos animais "não ser humilhado para simples diversão ou ganhos comerciais", e mais ainda, o de "não ser submetido a sofrimentos físicos ou comportamentos antinaturais".

⁷³⁵ SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Fundamentos do Direito Animal Constitucional*. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/Fundamentos.pdf>>. Acesso em: 29.01 2017

Assim, podemos nos questionar sobre o que seria no Brasil, como um dos países signatários da Declaração dos Direitos dos animais o que é crueldade? No dicionário Aurelio On line⁷³⁶, afirma-se, ainda mais uma vez, retomando diretrizes solidas já abordadas anteriormente, que cruel é adjetivo que consiste em no ato daquele que se compraz em fazer mal, em torturar. Ainda, esclarece sobre o termo que se refere aquele que tortura, que aflige. É a injúria cruel que usa de tirania, de atos doloroso, sanguinolento e insensíveis contra o animal não humano.

A Constituição Federal não se preocupou em conceituar o que seria crueldade, mas o próprio termo por si só já nos oferece um horizonte visível dos atos de crueldade como todos aqueles que provoque dor, sofrimento, stress aos animais, que lhe tire a dignidade de seres vivos, os torne em coisas sem a capacidade de sentir dor.

Aqui, para essa reflexão pode-se citar Panikar ao expressar que “não são apenas direitos do homem, mas são concernentes à totalidade cósmica do universo, onde os animais, os entes dotados de sensibilidade e as criaturas inanimadas estão implicadas na interação com os direitos do homem.”⁷³⁷

A edição do art. 225, §1º, VII da CF/88, que trouxe para o ordenamento jurídico prescrições sobre a proteção da fauna e da flora contra as práticas que imponham risco à sua função ecológica, provoque a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, se constituirá em um marco legal sem precedentes para a sociedade brasileira, e será capaz de desencadear importantes reflexões sobre a tutela jurídica dos animais.

Não pode ser esquecido, como já ressaltado anteriormente que, não obstante ainda imperar na mentalidade da sociedade a errônea visão de submissão dos animais não-humanos ao homem, justificada na equivocada defesa de que estes seres existiriam para satisfazer as necessidades da espécie humana, se objetiva vivenciar uma nova etapa no mundo jurídico onde, gradualmente, esta suposta verdade sócio-jurídica será repensada, para dar lugar a uma valorização moral dos animais não-humanos e afastando todos tipos de crueldade.

A mudança conjuntural que será evidenciada frente às novas posturas que envolverão o tratamento ético dispensado aos animais, permitirá uma conseqüente

⁷³⁶ <http://www.dicionarioweb.com.br/cruel/> visitado em 29 de janeiro de 2017.

⁷³⁷ PANIKKAR, Raimon. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (org). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 232.

reflexão jurídica sobre o tema e acarretará uma avalanche de ações pela defesa de direitos considerados fundamentais dos animais, como a vida, a liberdade e a integridade físico-psíquica.

Animais não humanos detém direitos fundamentais, é o que se defende, e como tal, todos ato que atente contra a liberdade, a integridade física e a vida é por si só atos de crueldade no sentido *lato sensu*.

A normatividade do Art. 225 faz a exigência de uma nova postura do intérprete do Direito frente aos animais não humanos e conduz a identificação de autonomia das discussões ambientalista, pois com elas não se confundem muito embora se irmanem e se completem. Banir a crueldade aos animais não depende pura e simplesmente da edição de novas leis, muito embora sejam necessárias, mas, sobretudo, da conscientização sócio-humana-jurídica-cultural.

3.4 A DIFÍCIL DEFINIÇÃO DA CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS

O tema da crueldade invade este espaço de pesquisa. É preciso saber o que é a crueldade e o que faz dela o nó górdio de todo o sistema de tutela a proteção dos animais. Analisa-se, portanto, o que é crueldade. E, muito mais, a relação da educação com a crueldade, com a cultura e com o direito.

3.4.1 *Em busca de um conceito para crueldade no Direito Animal.*

Segundo o Dicionário Priberam, *crueldade* significa: 1. *A qualidade de cruel; 2. Ato próprio de pessoa cruel. 3. Desumanidade. 4. Barbaridade. 5. Excessivo rigor*⁷³⁸. Como se observa este termo direciona a busca do que é Cruel e o mesmo dicionário, indica ser: “1. *Que goza e fazer sofrer; 2. Insensível; Rigoroso; 4. Severo; 5. Atroz. 6. Doloroso. 7. Pungente.*⁷³⁹”.

O dicionário Aurélio apresenta para o termo *crueldade* alguns significados como qualidade do que é cruel [...]; *ato cruel; crueza [...]; dureza, rigor [...]*⁷⁴⁰. E, para o termo “cruel”, o Dicionário Aurélio, afirma: “1. *Que se compraz em fazer mal, em atormentar ou prejudicar; cruento [...]* 2. *Duro, insensível, desumano, cruento [...]*

⁷³⁸ DICIONÁRIO Priberam. Priberam Informática S.A., 2012. (Formato de Aplicativo)

⁷³⁹ Idem, DICIONÁRIO Priberam, 2012.

⁷⁴⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Positivo, 2004. (Formato on-line).

3. Severo, rigoroso, tirano [...] 4. Que denota crueldade [...] 5. Pungente, doloroso [...]”.

A etimologia da palavra "cruel" indica que advém do latim *crudelis*; esp. fr. *cruel*, it. *crudelis*; significando “de natureza crua, que não sofreu atenuação, bárbara.”. Da mesma forma, "crueldade" é de origem latina, *crudelitate*⁷⁴¹. Como se pode apreender o termo crueldade indica para um ato que se repudia por ensejar, impelir um mal a outrem.

No tocante aos animais, a proteção desencadeou uma crítica, minuciosa e atenta ao que é crueldade, pois este termo é indicado na CF como o indicativo fundamental para a proteção dos animais não humanos. Para se alicerçar o conceito jurídico, deve-se buscar o auxílio na ética e em outras áreas do saber, uma vez que uns variados números de atos podem ser praticados sendo inesgotáveis as hipóteses de da verificação se da ação do homem resulta contra os animais: tormento, prejuízo, desumanidade, insensibilidade, tirania, atrocidade, barbaridade, e que causa dor.

Um dos fortes argumentos para a proteção aos animais e a crueldade reside na dor⁷⁴², ou seja, no critério da “dorência”, que corresponde a uma capacidade que os animais têm para sentirem dor. Para Richard Ryder⁷⁴³, dor é sempre dor, independentemente de quem a experimenta, e, por isso, deve ser constituída com um critério suficientemente forte a atribuição de interesses e de direitos⁷⁴⁴.

Assim, repita-se que, para Ryder, seja quem for que sofrer qualquer espécie de dor merece proteção. Não se pode permitir, tolerar a dor ocasionada a outrem, sendo injustificável tal comportamento. Para ele, não provocar dor em outrem é um dever e os animais não humanos têm o direito de não passarem por sofrimentos

⁷⁴¹NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Tomo I. Rio de Janeiro: s/n, 1955, p. 93-10)

⁷⁴² Nesta pesquisa, não serão aprofundados os conceitos utilizados por Richard Ryder relativamente a dor, sofrimento e nocicepção. Analisa-se, exclusivamente, a dor e o dorente, aquele ser que detendo sistema nervoso central que reage à dor. Ryder adverte que a dor e o sofrimento não exprimem à mesma coisa. A dor nesta construção filosófica inclui todas as formas de sofrimento, físicos, metais e psicológicos que envolvem a ansiedade, aflição etc.

⁷⁴³ Os termos *especismo*, *dorência* e *sofrência* são idealizados na Inglaterra, na Teoria de Richard Ryder, que era um filósofo, um cientista. Estes termos carregam, portanto, novos significados para a filosofia e para a língua portuguesa.

⁷⁴⁴ RYDER, Richard. *The Political Animal: The Conquest of Speciesism*. Jefferson, NC (USA): McFarland, 1998, 2011, p. 23.

indiscriminados, desnecessários. É este direito, não ser submetido a processo de dor, define por si só o sentido de defesa de interesses⁷⁴⁵.

Foi com os estudos levantados por Richard Ryder que o próprio cunhou a palavra “especismo”, nos idos dos anos 70, assim advertindo, afirmando que como racismo ou sexismo, se constituía em um preconceito baseado moralmente irrelevante diferenças físicas⁷⁴⁶.

A tese de Ryder é a de que todas as espécies animais podem sofrer dor e angústia em razão de serem constituídos de sistemas nervosos muito assemelhados aos dos humanos, chegando a defender que a dor e o prazer não podem ser sopesados na mesma balança como os utilitaristas o defendem. Para a dor não existe termômetro.

O dever para Ryder subsiste em não causar qualquer dor ou sofrimento a quem quer que seja de onde nasce o correlato dever de que não se sofra ou se sinta qualquer dor de natureza injustificável. Todo aquele que sente dor ou sofrer deve ser incluso em um único critério, a dorência, pois este é o mal a ser evitado, isto é, a dor.

E, nesse sentido, o filósofo da dor, ainda, defende que o termo senciente é muito elástico, e por isto o dorente merece tratamento moral todo indivíduo que sente dor, todo que sofre. Este aspecto parte da análise teleológica

Para Ryder inadmissível será se tirar da dor provada alguma espécie de benefício, mesmo que de forma indireta, como muito bem traduz Naconecy: “o objetivo ético é reduzir a dor nos outros. [...] relevante é aliviar a dor e não causa-la deliberadamente”⁷⁴⁷.

Ryder chega a apontar que existem duas causas à crueldade, as de origem de psicológicas e as sociais e afirma que é possível se falar em quatro categorias de crueldade cultural, crueldade não intencional, crueldade instrumental e a crueldade deliberada^{748/749}. Tom Regan, vai se debruçar aponta dois sentidos para o termo

⁷⁴⁵ Ryder, Richard. *Animal Revolution: Changing attitudes towards Speciesism*. BasilBlackwell Ltd. 1989, revised edition Berg, Oxford, 2000, p. 66.

⁷⁴⁶ Ryder, Richard. "All beings that feel pain deserve human rights", *The Guardian*, 6 de Agosto de 2005. Acesso em 03 de agosto de 2017.

⁷⁴⁷ NACONECY, Carlos. *Ética & Animais: Um guia de Argumentação Filosófica*. 1ª. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006 p. 189.

⁷⁴⁸ RYDER, Richard M. *Speciesism, painism and happiness: a morality for the twenty-firt century*. Exeter (UK); Imprint Academic, 2011, p. 148/149

⁷⁴⁹ Somente a título de curiosidade a crueldade cultural está relacionada a padrões religiosos, hábitos e valores da cultura. Por crueldade não intencional seria aquela causada sem que o agente tivesse o entendimento, a intenção de provocar qualquer sofrimento. Crueldade instrumental, seria a que tem

crueledade e aduz a existênciade de uma crueledade contra o animal que se perfaz em dois tipos, quais sejam, a crueledade sádica e uma crueledade brutal sendo que estes dois tipos se desenvolvem através de comportamentos ativos ou passivos⁷⁵⁰.

Francione também se refere a termo crueledade e afirma que há uma incompreensão sobre o que é anticrueledade, pois muitas vezes frente as mesmas circunstâncias, ser o ato considerado ou não cruel. Assim, como se vê o abolicionista adverte que as leis anticrueledade abonam a maioria dos tipos de exploração institucionalizada, como se legitimasse o uso dos animais não humanos⁷⁵¹.

Não é sem motivo, que Francione fala de esquizofrenia moral, pois o que se pode compreender como crueledade é muito variável, até mesmo na legislação há disparidade e incongruência, não havendo um conceito exato do que é legalmente um tratamento cruel, ou seja, no que reside a crueledade.

Neste sentido, se estabelece através do princípio de tratamento humanitário um padrão de equilíbrio pelo qual se procura identificar se o uso do animal é necessário, sendo a propriedade sobre o animal o contexto relevante a permitir a utilização destes⁷⁵². Deste modo, “as leis anticrueledade, supostamente proibam a inflação de sofrimento desnecessário aos animais, elas simplesmente não proporcionam nenhum nível significativo de proteção⁷⁵³”.

Francione adverte as leis anticrueledade vão admitir o sofrimento necessário. A crueledade é medida por um outro patamar portanto, tendo por objeto, o interesse do homem e como tal, justificada estaria todo ato cruel⁷⁵⁴.

Tom Regan, vai se debruçar aponta dois sentidos para o termo crueledade e aduz a existênciade de uma crueledade contra o animal que se perfaz em dois tipos,

por objetivos auferir alguma vantagem. Crueledade deliberada é a consciente e proposital, que se tem consciência efetiva do ato maléfico somente provocado por prazer para ver o sofrimento, a dor.

⁷⁵⁰ Regan, Tom. *The case for animal rights*. Los Angeles: University of California Press, 2004, p. 197/198.

⁷⁵¹ FRANCIONE, Gary. *Introdução aos direitos animais: seu filho ou o seu cachorro?* Campinas: Editora da Unicamp; 2013, 122-124

⁷⁵² Idem 124

⁷⁵³ Idem, FRANCIONE, Gary p. 123.

⁷⁵⁴ Neste caso, cita Francione o caso Bowyer v. Morgan, quando o Tribunal sustentou que ferrar um cordeiro com brasa não violava a lei anticrueledade. Muito embora o ato fosse de fato cruel em razão da dor que provocava no animal, era necessário e razoável a identificação, sendo já um costume. FRANCIONE, Gary. *Introdução aos direitos animais: seu filho ou o seu cachorro?* Campinas: Editora da Unicamp; 2013, 127.

quais sejam, a crueldade sádica e uma crueldade brutal sendo que estes dois tipos se desenvolvem através de comportamentos ativos ou passivos⁷⁵⁵.

Se defende, portanto, a correlação entre os termos crueldade e sofrimento desnecessário. A desvinculação da crueldade de toda e qualquer dor apresenta-se impensável frente a justificação continua deste processo.

Francione adverte que somente o sofrimento existe em razão de serem as animais propriedades, ao lado da inexistência de um princípio de igual consideração, que sugestivamente demonstraria que o animal tem um interesse moralmente significativo em não serem submetidos a um sofrimento desnecessário⁷⁵⁶.

Eis a complexidade sobre o tema demonstrado nestes poucos indicativos e que cada vez mais esbarra no judiciário para uma análise delicada e complexa. Levay, esclarece que o Brasil é um dos poucos países do mundo a tratar do tema da crueldade para com os animais em nível constitucional.

O que corresponde juridicamente a crueldade? Visite-se a lei vintenária 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente que no seu art. 32º caput, se vê a prescrição de se constituir crime ao se "praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos"⁷⁵⁷. Então, abuso, maus tratos, ferimentos, mutilações são constitutivos da repelida crueldade no direito pátrio?

Seria este um conceito ou definição sobre a crueldade? Ora, percebe-se de logo e imediatamente que o reconhecimento constitucional de vedação a crueldade passa rigorosamente pela definição do que seja crueldade, interpretação que não contém um referencial exato. Filosoficamente, entre os próprios animalistas existem tantas divergências e será que juridicamente, seria um conceito mais fácil de ser evidenciado.

Gordilho afirma a formação de uma consciência para a superação da doutrina antropocentrista o que se comprova com a inclusão dos elementos naturais na

⁷⁵⁵ Regan, Tom. *The case for animal rights*. Los Angeles: University of California Press, 2004, p. 197/198.

⁷⁵⁶ FRANCIONE, Gary. *Introdução aos direitos animais: seu filho ou o seu cachorro?* Campinas: Editora da Unicamp; 2013, 159.

⁷⁵⁷ LEVAY, Laerte Fernando. Crueldade consentida: A violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada. <https://www.anda.jor.br/2010/04/crueldade-consentida-a-violencia-humana-contra-os-animais-e-o-papel-do-ministerio-publico-no-combate-a-tortura-institucionalizada/>. Acesso em 04. Agosto. 2017.

consideração de interesses morais refreando os interesses humanos imediatos⁷⁵⁸. Talvez, possa-se afirmar que a interpretação sobre o que seja crueldade e o que ela comporta nos direcione ainda mais uma vez para que tipo de direito se provém da tutela jurídica e como ela alcança seus agentes, de forma direta ou indireta.

Quais são as razões de se promover a proteção jurídica contra a crueldade. Seria por si só, a proteção ao patrimônio ou o destinatário deste postulado seria o próprio animal não humano detentor de interesses próprios, dos quais emanam fundamentais direitos a vida, integridade e liberdade?

A vedação constitucional não traduz simplesmente por se ser um destinatário da norma, muito mais que isto ela titulariza um direito, sobre o qual se pode exigir o cumprimento, a obediência, respeito, uma vez que, como leciona Jorge Miranda sobre a titularidade de um direito nasce correlata capacidade de exercício, ou seja sobre a condição de sujeito do direito fundamental corresponde o exercício⁷⁵⁹.

Recorde-se o que pontuou Ingo Sarlet anteriormente “o reconhecimento da fundamentalidade da vida para além da humana implica pelo menos a existência de deveres – fundamentais – de tutela (proteção) desta vida e desta dignidade”. Grande parte da doutrina destaca, Ingo Sarlet, afirma que o direito constitucional brasileiro não outorgou, de forma expressa e direta, aos animais não humanos direitos fundamentais como direitos subjetivos “no sentido de serem estes titulares de direitos desta natureza, o reconhecimento de que vida não humana possui dignidade [...] um valor intrínseco e não meramente instrumental em relação ao homem”⁷⁶⁰.

Não se pode afastar a teses de que uma vez reconhecida a fundamentalidade da vida para além da humana, se conduz necessária, substancial proteção desta própria vida, expressão ímpar de dignidade. Ora, se impõe ao Poder Público um dever de proteger a fauna e a flora, ao tempo que se adverte que toda prática que coloquem em risco sua função ecológica, ou provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, deve ser reprimida. Esta é a ordem, mesmo com

⁷⁵⁸ GORDILHO, Heron José de Santana. *Darwin e a evolução jurídica: Habeas corpus para chimpanzés*. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/darwin.pdf>>. Acesso em: 04 agosto de 2017.

⁷⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I: Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 112.

⁷⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 225/226

a exceção contida com a EC 96/2017, a regra contida é de que atos cruéis devem ser afastados.

Mesmo que se olhe para animais como a parte integrante da fauna e da proteção a ela estabelecida, a vedação a crueldade é um princípio. E, mais esta proteção, como afirma Machado, aos animais não-humanos pressupõe que estes, “devem estar vivos, e não mortos⁷⁶¹”, sendo da mesma forma deprimente pensar-se em “usar os animais”. E, ressalva, ainda, o jurista do Direito Ambiental, que animais não podem continuar a ser considerados coisas, “como no direito antigo, mas seres vivos, integrando o meio ambiente, com proteção constitucional”⁷⁶².

Caso não se queira dar aos animais uma proteção especial por serem sujeitos de direito que se proteja com a de natureza, função ecológica, fauna e flora. Nesta vertente, vale a remissão ao quanto Acórdão 9929, PR, no processo 2006.70.00.009929-0, julgado em 21 de outubro de 2009, perante a Quarta Turma, que teve por Relator o Des. Valdemar Capeletti, conforme transcrição⁷⁶³:

EMENTA

ANIMAIS DE CIRCO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE OPÇÕES DO LEGISLADOR QUANTO AO TRATO E MANTENÇA DE ANIMAIS. PROIBIÇÃO DE QUALQUER FORMA DE MAUS TRATOS A QUALQUER ANIMAL. ILEGÍTIMA INADEQUAÇÃO DAS AÇÕES PÚBLICAS.

A análise do sistema jurídico e a evolução da compreensão científica para o trato da fauna em geral, permitem concluir pela vedação de qualquer mau trato aos animais, não importando se são silvestres, exóticos ou domésticos.

Por maus tratos não se entende apenas a imposição de ferimentos, crueldades, afrontas físicas, ao arrancar de garras, cerrilhar de dentes ou enjaular em cubículos. Maus tratos é sinônimo de tratamento inadequado do animal, segundo as necessidades específicas de cada espécie. *"A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade de equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que são dotados de estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor".*(STJ, Resp 1.115.916, Rel. Ministro Humberto Martins)

Evoluída a sociedade, científica e juridicamente, o tratamento dos animais deve ser conciliado com os avanços dessa compreensão, de modo a impor aos proprietários a adequação do sistema de guarda para respeito, o tanto quanto possível, das necessidades do

⁷⁶¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009., 2009, p. 205.

⁷⁶² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 4, p. 171. Acesso em 01. 08.2017

<http://150.162.138.7/documents/download/7219?jsessionid=7167479B079CB553B05553E50BAB1C88>

⁷⁶³ <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6926893/apelacao-civel-ac-9929-pr-20067000009929-0/inteiro-teor-12723527?ref=juris-tabs>

animal. A propriedade do animal não enseja direito adquirido a mantê-lo inadequadamente, o que impõe a obrigação de se assegurar na custódia de animais circenses, ao menos, as mesmas condições exigíveis dos chamados mantenedores de animais silvestres, mediante licenciamento, conforme atualmente previsto na IN 169/2008.

Na ausência de recursos autárquicos e adequação da conduta pelos responsáveis, deve o órgão ambiental, contemporaneamente, dar ampla publicidade à sua atuação, convocando e oportunizando a sociedade civil auxiliar em um problema que deve, necessariamente, caminhar para uma solução. (Publicado em 03.11.2009)

A ementa deste Acórdão nos direciona a uma diversidade de considerações sobre a crueldade, que podem ser registradas e analisadas como fio condutor para o conceito de crueldade de cunho jurídico, quais podem ser explicados na forma abaixo:

- qualquer mau trato aos animais, ou seja, não importando se são silvestres, exóticos ou doméstico;

- maus tratos não se entende apenas a imposição de ferimentos, crueldades, afrontas físicas, ao arrancar de garras, serrilhar de dentes ou enjaular em cubículos, ou seja, envolve um tratamento diferenciado que se consubstancia como direitos a vida, liberdade e integridade física. São portanto, direitos fundamentais de primeira dimensão. Direitos negativos por que clamam por uma abstenção.

- impor aos proprietários a adequação do sistema de guarda para respeito, o tanto quanto possível, das necessidades do animal. Envolve um novo paradigma que se consubstancia no princípio da dignidade.

Inobstante, neste século XX destaca-se o desenvolvimento de várias correntes que fomentam uma consciência relativamente a interdependência entre todos os seres vivos, ao argumento de que os animais não-humanos devem ser enquadrados como seres sensíveis⁷⁶⁴, portadores de direitos fundamentais, tendo valor pelo princípio da dignidade e portanto, fazem jus a proteção pelo homem⁷⁶⁵.

Sem dúvida é preciso apresentar um conceito mínimo e basilar sobre o que é crueldade, o que seria e como se constituiriam os atos que provocam a dor, angústia

⁷⁶⁴ Projeto de lei PLS 351/2015, foi aprovado na Câmara dos Deputados e depende agora de sanção do Presidente da República. Por este projeto, juridicamente haverá a modificação do status jurídicos dos animais para a seres sensientes e como tal, sujeitos de direito. São animais sensíveis.

⁷⁶⁵ ARGOLO, Tainá Cima. *Animais não humanos encarados como sujeitos de direitos diante do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.svb.org.br/curitiba/artigos/animais.pdf>>. Acesso em: 04 de agosto de. 2017.

ou sofrimento ao animal. Levay, sobre o tema adverte que a crueldade é uma “expressão genérica que contém em si outras modalidades de violência (abusos, maus tratos, ferir e mutilar)”⁷⁶⁶.

Nogueira, afirma que a lei Arouca reconhece que os animais são seres vivos passíveis à dor e ao sofrimento e estabelece alguns proibitivos à provocação a dor nos animais, privilegiando alguns, como os vertebrados, mas inexistente efetiva proibição de se provocar a dor aos animais⁷⁶⁷.

Afirma, inclusive Tagore Silva ser inegável que a formação do conceito jurídico de crueldade esteja em processo de formação mas o dispositivo constitucional possibilita “que situações de risco não provocadas cientificamente, e que pode ser objeto de reprovação, sem ter causado sofrimento, podem ser inseridas na substância deste conceito”⁷⁶⁸

Como se vê, a proteção aos animais, se constitui como um novo paradigma de caráter constitucional, pelo qual se opera a imediata vedação a todo tipo e forma de crueldade, de forma a se afastar a força contra os animais, a opressão, os sofrimentos aos quais podem ser submetidos, não se devendo considerar na ponderação, qualquer outro fator, seja de natureza econômica, cultural e/ou social.

3.5 A CRUELDADE E OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Analisa-se a partir deste momento todo um processo de diálogo entre o que se expõe nesta pesquisa e alguns julgados no Supremo Tribunal Federal e a vertente da crueldade.

3.5.1 A crueldade: a briga de galos e a farra do boi

⁷⁶⁶ LEVAY, Laerte Fernando. *Crueldade consentida: A violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*. <https://www.anda.jor.br/2010/04/crueldade-consentida-a-violencia-humana-contra-os-animais-e-o-papel-do-ministerio-publico-no-combate-a-tortura-institucionalizada/>. Acesso em 04. Agosto. 2017.

⁷⁶⁷ NOQUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. *Direitos Fundamentais dos Animais. A construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos: A construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos*. Arraes Editores; Belo Horizonte, 2012, p. 136.

⁷⁶⁸ SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito Animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. 1. ed. Salvador: Evolução, 2014, p.168.

As brigas de galos, também chamadas como rinhas de galo, se constituem em competições nas quais dois galos são colocados para lutarem, sendo o campeão aquela ave de melhor performance após a batalha.

Afirma-se que a rinha de galos é muito antiga e que ilustrações na China datam de mais de 2.500 anos, sendo também praticadas na Roma antiga Índia, Paquistão e Egito nos tempos remotos. Tal prática se espalhou pela Espanha e adentrou no Brasil, com a colonização Portuguesa⁷⁶⁹.

A rinha de galos logo se difundiu pelo território se popularizando sendo realizada sem oposição ou qualquer vedação legal, quando finalmente o decreto 24.645, de 10 de julho de 1934, que estabeleceu medidas de proteção aos animais trazendo prescrições acerca de ser considerado maus tratos os atos que promovem ou realizam “lutas entre animais da mesma espécie ou de espécies diferentes, touradas e simulacro de touradas, ainda mesmo em lugar privado”⁷⁷⁰.

Felizola sobre as rinhas esclarece que é caracterizada pela colocação em posição de confronto de aves da espécie *gallus-gallus*, equipadas com afiadas lâminas de metal que são forçadas a lutar até quase a morte que as vezes a morte mesmo. Desta forma, “ênfatisa que os animais são preparados e programados para matar ou morrer, sendo-lhes injetadas altas doses de hormônios”.⁷⁷¹

Assim, esta atividade passou a ser considerada como um esporte com aves de raças próprias, e até geneticamente manipuladas para o combate se tornando um costumes e integrante até da cultura em determinados estados do Brasil. Levai, atenta que há durante a disputa a intervenção do homem que acoita o animal e o provoca a digladiar com o outro galo até a morte de um deles⁷⁷².

Ressalva-se que outras formas de rinhas ou brigas entre os animais existem no território nacional como de cães. Aponte-se que a prática passou a ser questionada em diversos estados que procuraram legalizar a prática como esporte, autorizando a realização das apresentações, disputas e campeonatos regulamentando como deveriam ocorrer as brigas de galo.

⁷⁶⁹ <http://jornalanimais.blogspot.com.br/2011/08/brigas-de-galos-crueldade-contra.html>. Visitado em 12.05.2017

⁷⁷⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm

⁷⁷¹ FELIZOLA, Milena Brito. A cultura do entretenimento com animais e o entendimento dos Tribunais pátrios. Revista Brasileira dos Direitos dos Animais; v. 6, nº 9, 2014

⁷⁷² LAEVAL, Laerte Fernando. Direito dos Animais. Campos do Jordão: Mantiqueira; 2004, p. 59

O Estado do Rio de Janeiro editou a lei nº 2895/98. No mesmo sentido, o Estado do Rio Grande do Norte e Santa Catarina, regularizaram a briga de galos através das leis nº 7.380/98 e 11.366/2000, respectivamente. Três leis que versavam sobre o mesmo assunto a rinha, com algumas variantes que não lhes alteravam o significado e as três leis foram enfrentadas por ações diretas de inconstitucionalidade.

A ADI 2514, de Santa Catarina teve como Relator o Ministro Eros Grau e foi julgada procedente a unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal considerando inconstitucional a prática galística.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE "BRIGAS DE GALO". A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

(STF - ADI: 2514 SC, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 29/06/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-12-2005 PP-00004 EMENT VOL-02217-01 PP-00163 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, 42-47)

O julgamento da ADI 3776 RN, ocorreu em 28 de junho de 2007 e o Relator foi o Ministro Cezar Peluso, neste também se compreendeu que a briga de galos estava impregnada de atos cruéis.

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. "Rinhas" ou "Brigas de galo". Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas "rinhas" ou "brigas de galo".

(STF - ADI: 3776 RN, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 14/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00716 RTJ VOL-00202-02 PP-00620 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 104-109 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 118-121)

Veja-se, por fim, o julgamento da ADI contra a lei fluminense:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98)- LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA -

DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32)- MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225)- PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII)- DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE . - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhãs, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade . - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é 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, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

(STF - ADI: 1856 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275)

O Ministro Celso de Mello foi o relator da ADI 1856 RJ, na qual ele argumentou demonstrando que a lei do Rio de Janeiro nº 2.895-98 afrontava a Constituição Federal, especificamente o art. 225, ou seja, havia violação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sendo constatável a crueldade contra os animais.

Pontos muito importantes foram destacados com o direito a preservação da integridade do meio ambiente, anunciado como direito de terceira geração. A necessidade de proteção constitucional a fauna, bem assim a consagração ao postulado da solidariedade e por fim a constatação de que a rinha de galo se descaracterizava como manifestação cultural frente à submissão dos animais à crueldade.

Sábios são os argumentos apresentados neste emblemático julgamento proferido contra a Lei fluminense considera inconstitucional e não há dúvida de que a proteção dos animais constitui um problema recente que não pode ser solucionado com o uso do “tradicional silogismo lógico da aplicação de uma lei ao caso concreto”⁷⁷³.

Ana D’Avila, ancorada na Teoria de Neil MacCormick, adverte que para os casos difíceis o silogismo não se adequa e que para se demonstrar a coerência de uma decisão se faz necessária a constatação de três requisitos: a universalidade, a coerência e a consistência. Muito embora a autora compreenda não ser possível identificar o motivo pelo qual a tese de Celso de Mello foi encampada, inegavelmente ela se tornará um marco referencial, consubstanciando-se em precedente (ADI) que gera segurança jurídica para a aplicação em caso semelhante. Estabelece igualdade impondo coerência, uma vez que não se compreenderá em hipótese semelhante que animais sejam tratados com maus tratos e por fim promove a consistência do sistema.

Não resta dúvida de que, nos três julgamentos procedidos pelo STF, afastou-se a prática desportiva em virtude dos maus tratos e da crueldade exposta aos animais. Não prosperou o argumento de que as manifestações culturais prevaleceriam sobre o direito ao meio. Ademais, parece evidente que os atos de crueldade são afastados por força do mandamento constitucional.

Este precedente será revisitado em muitos outros julgamentos e decisões que envolvem o controle de constitucionalidade e a questão da crueldade. Mas assinala-se que três processos sobre a constitucionalidade de leis sobre o mesmo tema tramitaram e caminharam na “Justiça” e quanto tempo se perdeu nestes julgamentos

⁷⁷³ LOPES, Ana Maria D’Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a 'briga de galos' a partir da teoria de MacCormick. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 10, p. 37-58, 2015 <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/15296/10474>>.

cujas decisões têm efeito *erga omnes* e vinculante, contudo que se restringem a parte dispositiva.

Espera-se do Poder Judiciário que se oportunize a coerência, a consistência e a universalidade não sendo concebível a existência de sentenças contraditórias sobre o mesmo tema, ainda mais na estrutura política federativa deste País. Como se viu anteriormente, um sistema de precedentes fundamenta a universalidade, a consistência e a coerência se e somente si os motivos da decisão são transcendentais. Toda decisão tem de ser efetivamente fundamentada.

Outro importante precedente está no estudo a ser travado recai sobre o julgamento do Recurso Extraordinário n 153.531-8/SC⁷⁷⁴, nota-se a acirrada discussão em torno da possibilidade de se obrigar o Estado de Santa Catarina a proibir a farra do boi, por se tratar de evento que exhibe animais a tratamento cruel e desumano.

O Superior Tribunal de Justiça se ateve a discutir se a manifestação cultural denominada “farra do boi”⁷⁷⁵ constituía-se ou não em ofensa às prescrições contidas no art. 225, inciso VII da CF. A suposta vulneração ao dispositivo que normatizava o banimento a crueldade aos animais foi suscitada por associações de proteção aos animais, quais sejam a Associação de Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos animais, defesa da Ecologia, a Liga de Defesa dos Animais, a Sociedade Zoológica e a Associação Protetora dos Animais.

A Farra do Boi consiste em uma perseguição de bois, por populares e pelas ruas de cidades do Estado de Santa Catarina, que com armas improvisadas, que assustar o animal e atirá-lo ao mar, onde, poderia até, se afogar.

Sabe-se que o Estado de Santa Catarina, polo passivo da relação processual, contestou a Ação Civil Pública aludindo em especial que a manifestação cultural, “folclore regional” denominado “farra do boi”, estava entranhada na população local e assegurou a inexistência da crueldade aos animais, sendo inconcebível a proibição da prática cultural, popular.

A questão, em verdade, se assenta na existência ou não de qual norma deve prevalecer, ou seja, aquela que banirá a manifestação por conter atos de crueldade aos animais ou a de prevalência da manifestação por se compreender que a cultura

⁷⁷⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 29.11.2014

⁷⁷⁵ CHAUHY, Rafaella. *Manifesto pelos Direitos dos Animais*. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 92.

abona a crueldade a que estão expostos os animais, preservando-se incólume a manifestação da sociedade catarinense.

Observa-se, no julgamento do RE, que o Ministro Francisco Rezek votou no sentido de prover o recurso e julgar procedente a ação civil pública.

Em decorrência do pedido de vistas, o Ministro Maurício Corrêa expõe o problema questionando se seria “possível coibir a prática da “ Farra do Boi”, quando a Carta Federal, em seu art 216 possível coibir a prática da "Farra do Boi", quando a Carta Federal, em seu art. 216, pontifica que "constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira"?

Ao questionamento, o Ministro Maurício Corrêa cria oposição ao voto do Ministro Francisco Rezek e manifesta entendimento contrário advertindo que “se por um lado é proibida a conduta que provoque a extinção de espécies ou submetam os animais á crueldade, por outro lado ela garante e protege as manifestações das culturas populares, que constituem patrimônio imaterial do povo brasileiro”.

O impasse revela o grande motor da discussão que se pretende nesse artigo. Afinal, o que deve prevalecer: a normatividade contida no art. 225, VII, ou a do art. 216 ambos da CF? A resposta a esta questão deve ser visualizada com a contínua análise do RE.

Alude o Ministro Maurício Corrêa, não ser possível coibir o folclore regional, pois com fundamento no art. 215 se assegura que "o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, lhe competindo ainda apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais e dessa forma deve ser garantida a prescrição do art. 216”.

Adverte voto divergente, defende a Farra do Boi como uma manifestação popular, uma tradição cultural regionalizada, que expressa a memória de grupos, em especial dos colonizadores açorianos, formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF) em Santa Catarina.

De acordo com o julgado, vê-se que os excessos na prática da "Farra do Boi" devem ser repelidos pelo Estado, através do poder de polícia sem que isso implique na vedação à livre manifestação popular, não sendo viável que a vedação da prática de crueldade a animais fosse superior a um exercício cultural que há mais de

duzentos anos se exerce. Ainda, assegura o Ministro citado, que a apuração de crueldade deve se efetivar através de apuração criminal conforme a lei das Contravenções Penais.

O Ministro Marco Aurélio, quando da sessão de julgamento, enfatiza que “a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso as fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais”, mas esclarece que uma proibição, um dever atribuído ao Estado e como tal, não pode prevalecer a prática cruel em razão de ser considerada uma manifestação popular.

Assim, esclarece o Ministro Marco Aurélio:

A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada "farra do boi", em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997.

Desse modo, a prática popular e cultural que dá origem à crueldade e aos maus tratos aos animais não devem prevalecer, devendo ser coibida no território nacional. É o julgamento Recurso Extraordinário n. 153531/SC, precedente a amparar a prescrição do art. 225, VII CF obrigando o Estado de Santa Catarina a deixar de promover a Farra do Boi.

3.5.2 A crueldade e a vaquejada

A manifestação mais recente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema crueldade aos animais pode ser analisada através da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Federal, em 18/06/2013, perante o Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e “p”; e 103, VI da Constituição Federal, e nos dispositivos da Lei nº 9.868/99, contra a Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. Percorram-se neste imaginário considerações sobre esta prática “desportiva”. Seria cruel o tratamento dispensado aos animais não-humanos?

As vaquejadas podem ser consideradas como eventos que relativiza os princípios de proteção aos direitos dos animais. Em verdade, este capítulo desta

tese se orienta no sentido de buscar elementos em espécie que traduzam a crueldade animal nos eventos das vaquejadas, que sob o amparo diversas legislações se propalam pelo país, inclusive hoje pelo § 7º, do art. 225 CF, acobertados como espécie de entretenimento, uma prática desportiva.

Muitos debates foram e são entabulados entre os que protegem os animais, as entidades e instituições protetivas dos animais e aqueles que exploram esse tipo de atividade, onde as denúncias contra a exploração animal e a crueldade de um lado se coloca frente as teses de que a cultura e a tradição devem prevalecer permitindo-se sem qualquer restrição esses eventos.

Assim, não são considerados tais espetáculos como um mal em si, em virtude das vantagens que proporcionam ao homem o que dá origem a um problema ético-cultural-jurídico diante do descompasso entre o valor e o desvalor da vida dos animais humanos e dos animais-não humanos.

Deparar-se com a hipótese de que da crueldade para com os animais não humanos está amparada sob a égide de leis extravagantes que regulamentam rodeios e espécie similares mas que ofendem na prática preceito constitucional contra a crueldade, esquecendo de que se deve permitir meios que importem no respeito, na solidariedade entre as espécies animais, mas por outro lado evidencia a ineficácia destas leis diante da legitimação de tantas práticas de crueldade.

A hipótese se pauta na possibilidade de conciliação da presença desses animais nesses eventos sem violação a garantia que proteção repudiando qualquer prática que importe em crueldade (conceito subjetivo e por isso difícil de ser aferido) sofrendo limitações de forma a preservar a vida e bons tratos aos animais não humanos, sob a égide da interpretação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O crescimento contínuo das vaquejadas em nosso país, especialmente pelo interior dos nossos Estados, como um tipo de "modalidade esportiva" indica o aumento significativo de práticas de crueldade contra os animais acobertada com o manto da integração, do estímulo a cultura e ao esporte.

O uso de animais para a diversão ou entretenimento data de longo período, desde os tempos mais remotos a exemplo das atividades circenses e ao lado dessas outras se insurgiram como a prática dos rodeios e da indústria das vaquejadas, todas carregando por detrás um forte interesse econômico, próprio das

atividades empresariais desenvolvidas nesse âmbito que englobam uma vasta e substancial cifra em dinheiro, que movimenta acerca de 2 bilhões de dólares.

Fala-se atualmente que em todo seu território nacional realizaram-se no ano passado mais de 1000 rodeios e o Brasil caminha a passos largos para se tornar um polo de rodeios e das vaquejadas dos mais sofisticados, como se a os ditames constitucionais e princípio de interpretação aplicados pelo operador do Direito fossem postos de lado pois os animais não humanos nessas exibições estariam expostos a crueldade, tornando-se dessa forma essa prática num vasto ponto de discussão pelos mais diversos setores sejam sociais, econômicos, culturais e jurídicos.

Registra-se que os maiores eventos de vaquejadas estão no Nordeste, nos Estados do Ceará e da Paraíba e, recentemente, Vaquejadas de monta são organizadas como mega-eventos na Bahia, a citar a Vaquejada de Serrinha, que a cada ano conta com milhares de participantes e foi planejada para receber um público diário de 100.000 mil, intitulando-se nos seus *folders* como a maior vaquejada do Brasil e a de melhor estrutura, com shows de artistas renomados e contou até com o apoio cultural do Estado da Bahia, em suas iniciativas da Secretaria do Turismo e Cultura.

É certo se afirmar que a crueldade contra os animais, durante décadas demonstrem a necessidade de uma especial de atenção para com as causas e reivindicações e isto, representa em si mesmo, uma valorização ética, jurídica e social destes, como já se reportou anteriormente nesta pesquisa, e que dá origem a um problema ético-cultural diante do descompasso entre o valor e o desvalor da vida.

Deparar-se com o problema da crueldade para com os animais não humanos é dar-se conta dos avanços das leis protetivas de cunho nacional e internacional, o que permitiriam melhores condições que importariam no respeito, na solidariedade entre as espécies animais, mas por outro lado evidencia a ineficácia destas leis diante da legitimação de tantas práticas de crueldade.

Em verdade as leis de caráter protetivo deveriam ensejar configuração de novos paradigmas exigindo a revisão de posturas de efetividade dos valores que o Estado de Direito reclama para poder imperar, contudo muitas das vezes sabemos que as normas constitucionais entram em conflito como se discute na seara deste

estudo frente ao embate das normas contidas nos arts. 215, § 1º, e o art. 225, § 1º, VII, ambos da Constituição Federal.

São com infraestruturas de nível e com uma organização empresarial de relevo que crescem os eventos desta natureza onde nas arenas, diante da exuberante riqueza e presença maciça de público a cultura de submissão dos interesses aos animais humanos continua a imperar não se levando em consideração os interesses dos animais não-humanos, mascarando-se cada fase e etapa com demonstrações festivas e de alegria escondendo-se as maldades, as crueldades sobre os animais que sucumbem em sua dignidade.

Nas vaquejadas, utilizados são bovinos, equinos e até caprinos em atos de crueldade, pois seguros pelo rabo esses animais são jogados ao chão, pelos competidores, jovens que desde a tenra idade são criados e educados ignorando o fato de que os animais não humanos são dotados de sentimentos e instintos e que sentem dor.

Esses animais, bois, bezerros, cabras, são irritados em um corredor e depois de terem sido bastante instigados e molestados, já nervosos, inseguros e intranquilos, aberta a cancela postos são a correr, nesse instante a dupla boiadeira, os vaqueiros competidores, em seus cavalos perseguem o animal alcançando-o pelo rabo jogam-no ao chão, devendo preferencialmente cair com as patas para cima. Quando o boi é derrubado na área adequada da arena, o locutor assinala com a expressão: “valeu boi” e os pontos são lançados e computados.

A competição é ganha por aqueles que acumulam mais pontos, aos gritos do público hilariante que muitas vezes observa ferimentos, fraturas ocasionadas nos animais, num placo onde a humanidade aplaude a desumanidade, numa completa inversão de valor. No entanto, as vaquejadas continuam com a maior frequência a cada ano que passa.

Será que a exibição de animais para fins de diversão e entretenimento humano como soe ser a vaquejada, deve ser prática repudiada pelo ordenamento nacional? Este questionamento ainda deve ser respondido mesmo com o advento do § 7 do art. 225 da CF, norma que detém forte cunho inconstitucional e sobre a qual nos últimos instantes deste trabalho se analisará para que não se contamine estes estudos com a omissão.

Leitão, em “A voz dos sem voz”, destaca que o espetáculo é chocante para

uns e enlouquecedor para outros, que podem provocar a morte tanto do cavalo como da rês mutilada que são sacrificados diante da multidão a tiros⁷⁷⁶. Assim, a prática desportiva promove uma avalanche de maus tratos sobre os animais, desde os de ordem psicológica até os físicos, tão aparentes que podem provocar a morte.

Submetidos os animais não-humanos aos interesses dos humanos, nestas práticas ditas desportivas, sucumbem a dor, ao sofrimento que podem ser qualificados como práticas de crueldade, ou não? A pergunta seria respondida com a simples análise do contido no § 7º, do art. 225 da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional 96/2017, de um modo prático e emblemático, mas se contradiz, frente ao que se absorve do julgamento contido na ADI 4983/CE.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tombada foi 4983-Ceará, formulou-se pedido liminar para suspensão imediata da eficácia da referida Lei Estadual, bem como pedido principal para declaração de inconstitucionalidade da lei.

A ação fundou-se na tese de inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Ceará por afronta ao direito fundamental ao meio ambiente, reconhecendo a existência, no entanto, de conflito entre a preservação do meio ambiente e a proteção conferida às manifestações culturais enquanto expressões da pluralidade.

Defendeu o *parquet* a prevalência, no caso, do direito ao meio ambiente, por considerar que a prática da vaquejada - mesmo que considerada como esporte e que movimente milhões de reais - causa, comprovadamente, danos irreversíveis aos animais, expondo-os a maus tratos. Para comprovar as alegações, citou-se laudo técnico produzido, bem como estudo técnico conduzido pela Universidade Federal de Campina Grande/PB.

Ademais, salientou-se que a jurisprudência do STF já havia consolidado o entendimento de que o conflito entre meio ambiente e manifestações culturais, quando exista prática que trate inadequadamente os animais, ainda que dentro de um contexto cultural ou desportivo, deve ser resolvido em prol do meio ambiente, como nos casos concretos da “briga de galo” e da “farra do boi”. Por isso, dentre outras causas, a prática da vaquejada também foi ser declarada inconstitucional, considerando-se o respeito a teoria dos precedentes consolidados sob pena inclusive de se desconstituir a nova ordem processual civil.

⁷⁷⁶ LEITÃO, Geuza. *A voz dos sem voz: Direito dos Animais*. Fortaleza: INESO, 2002, p. 17.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983/CE, foi distribuída e sorteado Relator o Ministro Marco Aurélio Mello, ⁷⁷⁷como já esclarecido, que em 27 de julho de 2013, indeferiu a medida liminar, por entender que pela natureza da discussão se deveria aguardar a decisão definitiva de mérito. Oficiou-se o Governador do Ceará, a Assembleia Legislativa do Ceará, bem como a Advocacia-Geral da União para manifestação e o PGR para parecer.

Em data 26/08/2013 o Governador do Ceará prestou informações, defendendo a constitucionalidade da Lei Estadual impugnada, sob o fundamento de que a vaquejada está totalmente integrada a cultura daquele estado, sendo reconhecida como prática desportiva a décadas, bem como a referida Lei Estadual buscou regulamentar a atividade, para, principalmente, proteger a integridade dos animais participantes. A Assembleia Legislativa do Ceará não prestou informações.

Em 06/09/2013 a AGU apresentou manifestação, alegando, em síntese, preliminarmente inépcia da petição inicial por, supostamente, o autor não ter se desincumbido do ônus da impugnação específica, ao não apontar quais artigos da lei impugnada estariam violando a Constituição Federal. Entretanto, no mérito, pugnou pela procedência da ação, pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual, pelos fundamentos elencados pelo autor, notadamente a jurisprudência do STF que reconhece prevalência da proteção ao meio ambiente sobre práticas culturais e desportivas.

Estas informações são as essenciais para adentrar-se as questões sobre a crueldade. Neste curso processual, adveio a manifestação do Relator Ministro Marco Aurélio, que enfatizou, que na ocasião, naquela Ação, Digno 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”.

Nessa linha, continua o raciocínio intelectual, declarando que havendo prova de maus tratos aos animais, em eventos de natureza cultural ou desportiva, a interpretação sobre a prevalência do direito ao meio ambiente sadio é a conclusão mais acertada.

⁷⁷⁷ Existe na íntegra a voto do Ministro Marco Aurélio de Melo como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essenciais formuladas pelo relator citado.

No caso, asseverou que o autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental.

Insiste em afirmar, o Relator, que há estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

O Ministro Relator, no seu voto, ainda esclarece que o argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade 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 quando submetido a esse tratamento.

Finalmente, ao final de sua longa e meticulosa argumentação, o Ministro relator Marco Aurélio votou pela Inconstitucionalidade da lei, uma vez que o sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 da CF alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

Neste mesmo processo sobre a inconstitucionalidade da lei do Ceará, o Ministro Luiz Barroso⁷⁷⁸ elucida sobre a prática da Vaquejada, advertindo que está se diferenciava da “festa da apartação”, que era realizada nos pátios das fazendas e que pequenos fazendeiros na região Nordeste começaram a promover uma competição de derrubada de bois.

⁷⁷⁸ Existe na íntegra a voto do Ministro Luiz Barroso como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essenciais formuladas pelo relator citado

Afirma, o Ministro Barroso que os vaqueiros vencedores recebiam como prêmio uma quantia em dinheiro e estas são as vaquejadas, que nas últimas décadas cresceram enormemente “como atividade com características de esporte, na qual dois competidores a cavalos perseguem um boi que sai em disparada em uma pista de competição”, após ser solto do “brete”, local onde o boi fica enclausurado antes de iniciar a prova.

O objetivo da competição é o boi ser levado a o chão dentro de um espaço demarcado entre duas linhas feitas geralmente a cal, denominado “faixa”. Afirma ademais que cada um dos vaqueiros tem funções determinadas na competição sendo um o “vaqueiro-esteireiro”, este o é responsável por direcionar o boi ao longo da pista. E o outro será o “vaqueiro-puxador”, aquele que levará o animal ao chão.

Barroso, sobre a vaqueja afirma que já próximo à “faixa”, o vaqueiro-esteireiro “recolhe a cauda do animal” e a “entrega ao vaqueiro puxador”, este o responsável pelo tracionamento da calda e torcendo-a, derrubado será o animal dentro do espaço delimitado.

Assim, adverte o Ministro Barroso, nos dias de hoje, a vaquejada é considerada pela própria Associação Brasileira de Vaquejada, uma “atividade recreativa competitiva, com características de esporte” que se transformou a partir da década de 1990, em um grande evento, atraindo multidões que se interessam não apenas pela competição, mas também pelas atrações do evento, sobretudo pela exibição de artistas musicais regionais e nacionais.

Afirma que não há como negar a ela o caráter de manifestação cultural tradicional, mas que se trata de evento onde a crueldade contra os animais existem e “nenhuma manifestação seria capaz de evitar a prática à que esses animais são submetidos,” e a vedação de crueldade contra os animais deve ser considerada norma autônoma, não podendo a proteção aos animais se dar com vista a preservação do meio ambiente, pois os animais não humanos não pode ser reduzidos “à mera condição de elementos de meio ambiente”.

Para o Ministro Luiz Barroso, “protegem-se os animais contra a crueldade não apenas como uma função da tutela de outros bens jurídicos, mas como um valor autônomo”.

No caso da vaquejada, a crueldade é demonstrada em razão da “gravidade da ação contra o animal está tanto na tração e torção bruscas da cauda do boi,

como também na queda dele. A força aplicada à cauda em sentido contrário à fuga, somada ao peso do animal, evidencia a gravidade da ação praticada contra o boi”⁷⁷⁹.

A crueldade na vaquejada está demonstrada e o animal ao se ver puxado pela cauda sofre dor pois a cauda é “continuação de sua coluna vertebral, possuindo terminações nervosas, não é difícil concluir que o animal sinta dores. [...] elevado peso e à grande velocidade com que é tombado, é muito provável que os bois [...] sofram lesões ao serem levados ao chão”⁷⁸⁰.

A análise sobre a prática de utilização de animais em Vaquejadas com fins para a diversão, agora tida como desportiva, mesmo culturalmente aceita foi considerada ato cruel, e portanto devem ser repelidas, e lei do Ceará declarada inconstitucional é marco para que tantas outras leis sejam assim declaradas⁷⁸¹.

Neste contexto final, este tópico se constitui de primordial interesse asseverar que o Estado Brasileiro dispõe de norma constitucional que não admite quaisquer práticas que revele-se em crueldade aos animais, advertindo que não pode subsistir qualquer prática contra uma determinação de não serem os animais não humanos submetidos aos maus tratos, não havendo como defender uma manifestação cultural contra um dever negativo, que é a abstenção.

⁷⁷⁹ Existe na íntegra a voto do Ministro Luís Roberto Barroso como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos nesta pesquisa.

⁷⁸⁰ ADI 4.983/CE. Voto Ministro Luís Roberto Barroso.

⁷⁸¹ Esta afirmação será analisada ao final desta pesquisa, quando se abri espaço para a análise do §7º do art 225 CF.

CAPÍTULO 4 - A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO A PARTIR DO DIREITO ANIMAL

Como hipótese deste trabalho, pretende-se debruçar sobre o Supremo Tribunal Federal, para investigar se é possível a Suprema Corte Brasileira não levar em consideração em suas decisões a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes. Esta é uma grande inquietação. É um dilema do qual outros podem ser desencadeados, uma vez que, para o caso da não inferência dos efeitos transcendentais nas suas decisões, estaria o Supremo de alguma forma colaborando para a fragilidade dos princípios processuais da coerência e a segurança jurídica essenciais ao sistema de justiça brasileiro que caminha para o fortalecimento de um microsistema de precedentes.

As questões mais problemáticas sobre os vários enredos desta pesquisa foram arduamente examinadas nos capítulos anteriores e como se afirmou na introdução desta tese, não poderiam ser compreendidos como partes autônomas pois entre si dialogam incisivamente. Os contextos e ideias se complementam. O microsistema de precedentes e o angustiante debate sobre a jurisdição constitucional, temas de grandes aportes teóricos doutrinários que muitas vezes defendem posições diversas e até mesmo conflitantes.

Como se vê, a questão é complexa e se espera seu desvelamento através de um complicador, uma vez que utiliza como vertente demonstrativa o direito de proteção aos animais, ou talvez como se queira, a questão animalista. Destarte, quer-se comprovar a falência do sistema de justiça quando ignora a transcendência dos efeitos determinantes nas ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de reconhecimento das inconstitucionalidades. São o controle de constitucionalidade e o papel dos precedentes forte e vinculantes postos a prova diante do estudo de caso, ADI das Vaquejadas, que fomenta profundas transformações da realidade social e ousa chamar a atenção um único fundamento: a força normativa da Constituição.

Assim se desencadeou uma hipótese e uma pergunta de investigação o que nesta pesquisa se denomina dever de inferência do Magistrado-Julgador que frente

ao controle de constitucionalidade, uma vez instigado a se manifestar deve declarar o efeito transcendental dos motivos determinantes, de modo a valorar o sistema de precedentes judiciais, oportunizando-se segurança e coerência.

As perguntas de investigação vêm instigar algumas reflexões, dentre a qual e de fundamental importância está a de se perquirir sobre o valor normativo da Constituição? Este é o primeiro e central problema de investigação e de onde toda argumentação deve emanar. Sem voltar-se aos olhos para a Constituição como fonte de toda normatividade, nada poderá ser construído. Este espírito da constitucionalidade inebria o sistema jurídico e dele se apoderará completamente.

Nesse percurso, Eduardo Garcia de Enterría⁷⁸² muito pode auxiliar, pois a sua “angústia” em traçar o valor normativo da constituição percorre, também, este capítulo, enraizando-se em toda argumentação, pois o que é a Constituição e como compreender o fenômeno constitucional é essencial nos desdobramentos das ideias que se defende.

A jurisdição constitucional exige que se evidencie a constituição muito mais que um mero guia. A que se presta uma constituição? Ao tecer comentários sobre a introdução do sistema concentrado de justiça na Espanha, Enterría, esclarece que a Constituição não pode ser considerada como um simples parâmetro⁷⁸³, sendo norma substancial, com valor normativo imediato e direto.⁷⁸⁴

A visibilidade da Constituição como norma jurídica efetiva, aplicável por si mesma, afeta a todos poderes públicos e aos cidadãos, sem exceção⁷⁸⁵. Por isso, é preciso destacar o valor normativo da constituição, como fundamental referência a conduzir todo o raciocínio que se instaurará, trazendo a tona as referências alinhadas nos capítulos anteriores, quais podem ser retomadas, pois é fonte neste momento comprobatório e solidificante.

Para que preservar o valor normativo da constituição? Não se pode ter dúvida de que a sujeição ou vinculação de todos, cidadãos e poderes públicos, é uma consequência do caráter normativo da Constituição. Esta detém a expressão dos valores superiores do ordenamento jurídico. É da constituição que nasce a

⁷⁸² ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001, p. 257.

⁷⁸³ Idem, ENTERRÍA, Eduardo García, p. 61.

⁷⁸⁴ Ibidem. ENTERRÍA, Eduardo García. P. 62

⁷⁸⁵Ibidem, p. 63.

vinculação, estabelecendo o pacto social e desencadeando por reflexo todas as garantias dos direitos fundamentais.

A constituição submete todos aos seus valores eleitos. É norma suprema pela qual todo o resto está submetido. Não é possível uma atuação legislativa desvinculada da Constituição. Não é possível, para o Judiciário tão pouco para o Executivo e também, para todo e qualquer cidadão, ultrapassar os ditames constitucionais e distanciá-la das escolhas diárias.

A Constituição e não a “lei” é a fonte de todo o direito, no sentido de que todo o arcabouço do ordenamento jurídico esta sustentado na força normativa que emana da Constituição. A ideia que subsiste não pode ser a de que o Juiz é a boca da lei, mas que a Constituição é o fundamento de toda interpretação a conduzir e amparar toda decisão judicial. A lei não está na centralidade do sistema mas na periferia, pois ela somente pode prevalecer na medida que se perfilha aos fundamentos constitucionais.

É o império do neo-constitucionalismo pelo qual se pode tecer considerações sobre a importância da ação de julgar, em especial quando o assunto é a inconstitucionalidade. Inicialmente, é preciso desmitificar o mito de que os Juízes são legisladores⁷⁸⁶ do direito positivo. Eles não o são, pois no exercício das suas funções típicas nasce o correlato dever de se valer de parâmetros de valoração da lei. O juiz deve, assim, se pronunciar sobre o que a Constituição tem como preceito e, mais ainda, obrigado, estará na defesa e observância dos valores constitucionais e do seu conteúdo axiológico.

Esta função de julgar não cria o direito em um sentido formal, não sendo possível a defesa de exercerem os Juízes um múnus igual ao do legislador, usurpando-lhes a função legislativa. Não é caso de usurpação de função, ou disfunção de competência, posto que o magistrado realiza uma atividade de pura “criatividade da função jurisdicional”⁷⁸⁷, pela qual o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo Legislativo,

⁷⁸⁶ Pode o Poder Judiciário ter competência de em matérias especifica legislar. O exercício de funções atípicas, ocorre quando o judiciário encaminha projeto de Lei sobre matéria de sua competência para ser aprovado pelo demais poderes.

⁷⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

que se consubstancia no processo de interpretação e vinculação ao espírito constitucional e nunca além dele⁷⁸⁸.

Adverta-se que não se tem o interesse nesta pesquisa o debate e compreensão sobre no que se pauta a atividade jurisdicional, no constitucionalismo moderno, inobstante a gratuita simpatia aos argumentos esposados por Mauro Cappelletti.

Com os olhos fixos para este fenômeno privilegiado, deve-se compreender a atuação do Julgador e configurá-lo como um legítimo intérprete dos valores substantivos da constituição. Destarte, a função jurisdicional passou, deste modo, a também a incorporar o conceito de uma função criativa integrativa e somente neste aspecto se pode falar em função criativa, que é jurisdicional eminentemente.

Nas últimas décadas, é evidente a mudança de um paradigma constitucional que apresenta para Teoria do Direito, um novo espaço e frutuoso terreno para o redimensionamento dos conceitos de jurisdição constitucional levando a construção de um novo tipo de Juiz a quem cabe extrair os valores constitucionais e assegurar o cumprimento dos conteúdos axiológicos da Constituição. A efetividade é o que se espera.

A jurisdição constitucional não vem para atender ou desatender a qualquer interesse a não ser a própria vigência da Constituição. O Julgador leva em consideração apenas no exercício da jurisdição constitucional a Constituição. Não leva, por exemplo, em conta, os atos de governo e não serve as leis. Os atos de governo e toda a espécie de lei se submetem tão somente a CF, tanto é verdade que a jurisdição constitucional pode e deve afastar todo e quaisquer atos de governo que se colidirem com os valores constitucionais.

O primordial objetivo pois da jurisdição constitucional é garantir a forma normativa da constituição e este é o parâmetro que o julgador deve ter. Inexiste interesses outros a serem salvaguardados pois somente a Constituição é a bússola, a rota verdadeira, o caminho da integridade interpretativa.

A supremacia formal da constituição e por conseguinte a possibilidade de controle decorre da rigidez do texto constitucional. Estes são pilares do controle de constitucionalidade. Deve-se atentar que a adequação da norma somente se perfaz quando dois planos estão satisfatoriamente atendidos, o material e o formal.

⁷⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 17/21.

Para a demonstração do objetivo desta pesquisa será realizada uma sólida argumentação por meio de um estudo de caso. Assim, apresenta-se necessária a análise de um processo que transcorreu no Supremo Tribunal Federal, que obteve grande repercussão de sua decisão e com efeitos que se combatem até a presente data.

O julgamento desta Ação, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra uma lei específica do Estado do Ceará, a ADI 4983, é um instrumento hábil a comprovação que se almeja, compatível com a demonstração dos objetivos, gerais e específicos, que serão destrinchados, ao longo destas ponderações reflexivas e comprobatórias.

Veja-se, ainda mais uma vez a hipótese: A inobservância da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes afeta a coerência e segurança jurídica do sistema de justiça. O objetivo geral é, portanto, demonstrar que no sistema de precedentes que vem sendo gestado no Brasil, deve o Supremo Tribunal Federal adotar em suas decisões no controle concentrado, especialmente, a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes.

1. Ainda, outros objetivos especiais se apresentam sendo preciso analisar o sistema de precedentes no Brasil para destacar a se há valoração na nova sistemática atual sobre o respeito e a vinculação aos precedentes constituídos.
2. Com isto, há de se indicar se a ausência de Declaração da Transcendência dos efeitos pode implicar na fragilidade dos princípios da segurança e coerência jurídicas fundamentais a manutenção e fortalecimento do sistema de Justiça. E, como isto outros interesses surgem que não se esgotam nesta pesquisa, mas que não passaram em branco e serão desbordados e reafirmados.

Inicialmente, nesta pesquisa se compreende a existência de um dever para o julgador correlato ao dever de aplicação dos fundamentos determinantes que transcendem dos julgados, que se denomina dever de inferência do Magistrado-Julgador que frente ao controle de constitucionalidade, uma vez instigado a se manifestar, deve declarar o efeito transcendental dos motivos determinantes, de modo a valorar o sistema de precedentes judiciais, oportunizando-se segurança e coerência. É um interesse a ser comprovado, também.

A comprovação efetuar-se-á com as seguintes etapas:

1. Análise circunstancial sobre os votos da ADI para identificação da *Ratio Decidendi* e *obiter dictum*. Configuração dos motivos determinantes. Serão examinados todos os votos.

2. Transcendência dos motivos determinantes e os julgamentos dos casos posteriores. Efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Brasil como parâmetro a constatação de que o controle constitucionalidade sem a tradição do precedente pode se constituir em falácia.

3. Microssistema de precedentes: o que falam os precedentes. Existem precedentes no Brasil sobre a crueldade contra os animais. No que se consubstancia estes precedentes. Os precedentes antigos.

4. Análise da Reclamação Rcl-25869-1. Comprovação de incoerência e segurança jurídica.

Conforme se pode observar já se observou a questão da crueldade e das Vaquejadas no capítulo anterior, sendo importante ressaltar que este capítulo, tem o restrito interesse na questão constitucional do Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983, sob a qual se identificará a necessidade de aplicação ou não da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes.

Esta ADI 4983-Ce, tinha por escopo a declaração de inconstitucionalidade de lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que pretendia o reconhecimento e a regulamentação da prática da vaquejada como atividade desportiva e cultural.

A ação foi de autoria da Procuradoria Geral da República, tendo por Relator o Ministro Marco Aurélio Mello que compreendeu em seu voto a existência de uma prática incompatível com os preceitos constitucionais de proteção a fauna e ao meio ambiente. Examine-se cada um dos votos dos ministros na ADI 4.983/CE.

DA ANÁLISE DO VOTO MINISTRO MARCO AURÉLIO (VMA) ⁷⁸⁹

PROCEDENTE

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação

⁷⁸⁹ Esta pesquisa apresenta em seus anexos o voto na Íntegra do Julgamento do Ministro Marco Aurélio, do qual foram extraídos estes argumentos analíticos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essenciais formuladas pelo relator.

direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

1VMA. Inicialmente, destacou a ilegalidade no comportamento processual do AGU que ao invés de defender o ato impugnado (a Lei Estadual do Ceará), apresentou manifestação pela inconstitucionalidade da norma, algo incompatível com a sistemática constitucional, no entendimento do Relator, posto que viola frontalmente o art. 103, § 3º da CF.

2VMA. Sobre a preliminar de inépcia da inicial, arguida pelo Governador do Ceará sustentando a formulação de alegações genéricas, entende haver inadequação da via eleita, em razão da necessidade de apreciação de questões fáticas, não procede o que apontado.

2.1 VMA. Afirma, que na petição inicial, os fundamentos jurídicos do pleito vieram expostos de forma analítica, sendo feitas específicas referências aos dispositivos questionados e demonstrados os motivos a levarem à declaração pretendida.

3 VMA. No mérito, afirma que mediante a Lei nº 15.299/2013, o Estado do Ceará regulamentou a prática da vaquejada e esclarece que o artigo 225 da Carta Federal consagra a proteção da fauna e da flora como modo de assegurar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Ainda, esclarece que a discussão envolve direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso. Assinala, que o dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável. A problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito.

3.1 VMA. Em seguida reconheceu o conflito entre meio ambiente e práticas culturais e desportivas (Conflito de normas constitucionais sobre direitos fundamentais – de um lado, o artigo 225, § 1º, inciso VII, e, de outro, o artigo 215). Em relação à proteção ao meio ambiente salientou, o Relator, que o dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável.

3.2 VMA. Fica configurado o confronto com outros direitos fundamentais, tanto individuais, como o da livre iniciativa, quanto igualmente difusos, como o concernente às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, de que trata o aludido artigo 215 do Diploma Maior. Afirma ainda, no julgado que é dever do Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar os conflitos “inevitáveis”.

3.3 VMA. Nos argumentos, ainda, o Relator, expõe sobre a jurisprudência do Supremo, no tocante ao conflito de normas análogo ao caso da vaquejada, 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”.

3.4 VMA. Esclarece no tocante a Farra do que se pretendia a proibição, no Estado de Santa Catarina, da denominada “Festa da Farra do Boi”. Argumenta que aqueles que defenderam a manutenção acreditava ser uma manifestação popular, de caráter cultural, entranhada na sociedade daquela região.

3.5 VMA. Por outro lado, aduz o Relator que os que impugnaram a Farra do Boi verificaram a existência de crueldade intrínseca exercida contra os animais bovinos, que eram tratados “sob vara” durante o “espetáculo”.

3.6 VMA. O relator assentou a inconstitucionalidade da prática, destacando a maldade a que eram submetidos os animais. Esclarece desta forma, o Relator ter votado apontando 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.

3.7 VMA. Elenca o Ministro que foram declaradas inconstitucionais outras leis estaduais porque favoreciam o costume popular denominado “briga de galos”. Vais aludir que na ADI nº 2.514/SC, o relator ministro Eros Grau, declarou inconstitucional lei do Estado de Santa Catarina por autorizar “práticas que submetam os animais à crueldade”.

3.8 VMA. Adverte que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, da relatoria do ministro Celso de Mello, o Tribunal retornou a assentar a inconstitucionalidade de norma – Lei nº 2.895/98 – que permitiu a “competição galística”.

3.9 VMA. Afirma, que 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”.

4 VMA. Assim, o Relator esclarece que havendo prova de maus tratos aos animais, em eventos de natureza cultural ou desportiva, a interpretação sobre a prevalência do direito ao meio ambiente sadio é a conclusão mais acertada.

5 VMA. Deste modo, adverte que no caso subjudice, o autor há laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental.

6 VMA. Apresentou-se estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

7 VMA. Afirma o Relator, que o argumento em defesa da constitucionalidade da norma estadual, no sentido de que a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não pode subsistir. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada.

8 VMA. Esclarece que a atividade 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 quando submetido a esse tratamento.

9 VMA. Ao final, o voto do Relator seguiu a orientação da declaração de Inconstitucionalidade da lei, advertindo que “a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988”

9.1 VMA. Esclarece no julgamento ademais, o sentido da “crueldade” neste contexto, em razão do inciso VII do § 1º do artigo 225 da CF aduzindo que “a tortura

e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada”.

10 VMA. Por fim, ressalva o Relator que “no âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente”.

11 VMA. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará”.

I Consideração VMR _ No voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, as argumentações formuladas e aqui destacadas de forma sintética nos itens 1 a 3.9, demonstra que a sinalização e preocupação de seguir os precedentes judiciais construídos na Casa relativamente a crueldade e práticas culturais.

Atentando-se aos seus preliminares argumentos procura consolidar seu voto de acordo com os precedentes já consolidados no STF, os quais foram constituídos quando dos julgamentos datados em julgada em 29 de junho de 2005 (Briga de Galo) e o julgamento de 26 de maio de 2011 (Farra do Boi).

II Consideração VMR _ Os argumentos explícitos nos itens 4 a 8 analisam as provas e esboçam fundamentos que podem ser caracterizados como *obiter dictum*, ou seja, ditos que contextualizam o julgamento, sem conterem os seus fundamentos essenciais.

III Consideração VMR _ Nos itens 9 e 10, configura-se a *ratio decidendi* e expressam os motivos determinantes do julgado, assim descritos:

- A crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988.

- O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada.

- No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

IV Consideração VMR _ Item 11 - Parte dispositiva, vinculante, com efeito *erga omnes*, que atingiu ao Estado do Ceará, vejamos: “Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicia para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará”

DA VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN (VEF)⁷⁹⁰
IMPROCEDENTE

1 VEF. O Ministro Edson Fachin iniciou o seu voto, apresentando um conceito de vaquejada que o Ministério Público Federal traz como tradição cultural e que haveria um reconhecimento, na inicial, de tratar-se de uma manifestação cultural, apontando para o caput e o § 1º do art. 215 da Constituição Federal.

2 VEF. Em seguida, afirmou que, o § 1º, por si só, já indica uma outra direção, pois o seu dispositivo: “§ 1º prescreve que o “Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

3 VEF. Assim, diz o Ministro Fachin que “atento a essas questões atinentes à eventual crueldade, a petição inicial faz referência a um conjunto de estudos”, mas nenhuma demonstração que cabalmente aproximasse a matéria subjudicie ao caso da farra do boi ou da rinha de galos.

4 VEF. Argumenta que deve-se fazer distinção entre três hipóteses, quais sejam Farra do Boi, vaquejada e rinha de galo. Afirma que no acórdão para o qual O Relator, Ministro Marco Aurélio, tratou da chamada festa da farra do boi, ficou assente, pela prova coletada e trazida ao exame, a existência de crueldade com os animais.

5 VEF, Assim, afirma que não é o caso dos autos e explica que é necessário “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”.

⁷⁹⁰ Existe na íntegra a voto do Ministro Edson Fachin como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essências formuladas pelo Ministro citado.

6 VEF. Sua tese é a de que a vaquejada é manifestação cultural, que encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo §1º.

7 VEF. Afirma o Ministro Fechin que inexistente razão para se proibir o evento e a “competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural” sendo que esta “atividade se constitui um modo de criar, fazer e viver da população sertaneja”.

I Consideração VEF _ Itens 1 a 7 VEF – Voto vencido, pela improcedência.

DO VOTO MINISTRO GILMAR MENDES (VGM)⁷⁹¹ IMPROCEDENTE

1 VGM. O MINISTRO Gilmar Mendes defendeu que a visão aos maus tratos ao boi, no caso da vaquejada, é por demais extremistas e assinala que “a vida vai ficar muito aborrida, quer dizer, vai ficar muito chata”.

2 VGM. Afirma ser engraçado, que no Direito brasileiro, muito embora não se colocado de maneira expressa, “que é a ideia de que a liberdade envolve também o chamado *Selbstentfaltung der Persönlichkeit*, que é a ideia de autodesenvolvimento da personalidade que tem a ver com esses direitos de caráter cultural”.

3 VGM. Quer dizer, como nos manifestamos, enquanto ser, numa dada comunidade? Quer dizer, quebrar uma praxe desta? Pode ser que, nas tradições indígenas, haja festas - e certamente há algumas – que podem ter um dado tipo de prática.[...] Mas “a própria ideia de pluralismo exige que atuemos, aqui, com um *self restraint*, com algum tipo de moderação.”

4 VGM. Assim, prossegue dizendo que a partir de referenciais um tanto quanto abstratos, pode se começar a acabar com práticas que datam a tempos às vezes imemoriais. Ressalvando que contém o Texto Constitucional, no artigo 217, também ajudando no raciocínio sobre o desporto, diz: “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...] IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.”

⁷⁹¹ Existe na íntegra a voto do Ministro Gilmar Mendes como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essenciais formuladas pelo Ministro citado

5 VGM. Afirma ainda que a inconstitucionalidade resultaria em jogar na ilegalidade milhares de pessoas que se dedicam a essa atividade em caráter amador ou profissional sendo que esses números são impactantes. Ademais, afirma que há um grande número de pessoas que se reúnem para ver esse tipo de espetáculo e que a declaração de inconstitucionalidade importa em se retirar dessas comunidades o mínimo de lazer que, “às vezes, se lhes propicia”.

I Consideração VGM _ Itens 1 a 5 – Voto vencido, pela improcedência.

DO VOTO-VISTA MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (VVLRB)⁷⁹²
PROCEDENTE

1 VVLRB. O Ministro Barroso manifesta-se no sentido de que a solução do caso reclama o equacionamento de duas questões principais. A primeira em se detectar se a vaquejada consiste em prática que submete animais a crueldade? E a segunda ainda, que submeta animais a crueldade, seria a vaquejada é protegida pela Constituição, haja vista ser uma manifestação cultural?

2 VVLRB. Afirma o Ministro Barroso, portanto, que essas não são questões que podem ser respondidas a partir apenas de raciocínios jurídicos, uma vez que exigem que se debrucem às questões relativas aos aspectos fáticos da atividade, bem como à ética animal, “um campo que tem ganhado progressiva importância na filosofia moral”.

3 VVLRB. Deste modo, em seu voto o citado Ministro elabora uma grande exposição sobre a prática da vaquejada, quais já foram mencionadas no capítulo anterior, e que neste momento será abstraído da análise pois o que se quer demonstrar são os elementos de caráter constitucional que envolvem a ADI.

4VVLRB.Defende em seu voto o Ministro Barros que a proteção constitucional dos animais contra crueldade no brasil deve levar em consideração a vedação da crueldade como tutela autônoma dos animais

5 VVLRB. Afirma que a Constituição avançou no campo da ética animal, sendo uma das poucas no mundo a vedar expressamente a crueldade contra eles. É tido como inegável avanço na tutela dos animais está previsto no art. 225, § 1º, VII

⁷⁹² Existe na íntegra a voto do Ministro Luís Roberto Barroso es como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essências formuladas pelo relator citado

da CF. A vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente.

6 VVLRB. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em quatro casos envolvendo a colisão entre a proteção de manifestações culturais e a vedação de crueldade contra animais.

6.1 VVLRB. No RE 153.531, esteve em discussão se a manifestação da chamada “farra do boi”, que por maioria de votos, a Segunda Turma entendeu que não, pois a referida prática, ao submeter animais a crueldade, violava o art. 225, § 1º, VII, embora não lhe tenha sido negado o caráter de manifestação cultural.

6.2 VVLRB Nas ADI 1.856 e 2.514, procedentes, respectivamente, dos Estados do Rio de Janeiro e Santa Catarina, esteve a Corte diante da questão sobre se as competições conhecidas como “brigas de galo”, autorizadas por leis estaduais, representariam práticas que submetem animais a crueldade.

6.3 VVLRB. Na ADI 2.514, o relator asseverou em seu voto que “ao autorizar a odiosa competição entre galos, o legislador estadual ignorou o comando contido no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição do Brasil, que expressamente veda práticas que submetam os animais a crueldade”. A Corte decidiu o caso por unanimidade, deixando assentado na ementa que “[a] sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil”.

6.4 VVLRB. Na ADI 3.776 (Rel. Min. Cezar Peluso, j. Em 14.06.2007, DJe 28.06.2007), na qual se questionava lei do Estado do Rio Grande do Norte, também sobre “brigas de galo”, a Corte, novamente por unanimidade, reafirmou sua orientação no sentido da proteção dos animais contra crueldade.

6.5 VVLRB. Na oportunidade, afirmou o Ministro Cezar Peluso ser a postura da Corte “repudiar autorização ou regulamentação de qualquer entretenimento que, sob justificativa de preservar manifestação cultural ou patrimônio genético de raças ditas combatentes, submeta animais a práticas violentas, cruéis ou atroztes, porque contrárias ao teor do art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal”.

7 VVLRB. Assim, para o Ministro a vaquejada deve ser comparada à “farra do boi” e às “brigas de galo”, sendo contudo um desafio pois em nenhum daqueles

casos, havia dúvida de que os animais envolvidos estavam sendo submetidos a crueldade.

7.1 VVLRB. Para o Ministro era tão inequívoca que a Corte não precisou explorar seu significado. A crueldade saltava aos olhos.

8 VVLRB. Assim vai advertir que já na prática da vaquejada, 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.

8.1 VVLRB. Diz o Ministro que para se 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.

8.2 VVLRB. Afirma que o sofrimento físico é, em geral, relativamente fácil de se detectar, pois como regra, gera algum tipo de manifestação explícita de desconforto por parte de quem sente dor, seja um grito, uivo ou convulsão. Ainda, afirma que as lesões corporais nem sempre são externas e imediatamente percebidas. Muitas vezes, determinadas ações provocam lesões internas cuja detecção somente se dará em momento posterior. E, eventualmente, não se manifestará sob a forma de dor, mas pelo mau funcionamento de estruturas, sistemas ou órgão específicos.

8.3 VVLRB. Relativamente, ao sofrimento mental, o Ministro alude que em animais é mais difícil de se determinar, porém, a despeito de não terem a racionalidade humana ou o dom da fala, inúmeros animais manifestam seu estado mental por meio de comportamentos diversos, que vão da excitação à prostração.

8.4 VVLRB. Informa que qualquer ser vivo com desenvolvimento neurológico e capacidade de desenvolver estados mentais pode sofrer. A proteção dos animais contra a crueldade, que vem inscrita no capítulo constitucional dedicado ao meio ambiente, atrai a incidência do denominado princípio da precaução.

8.5 VVLRB. Pelo princípio da precaução na esfera de sua aplicação, mesmo na ausência de certeza científica, isto é, ainda que exista dúvida razoável sobre a ocorrência ou não de um dano, o simples risco já traz como consequência a interdição da conduta em questão. Com mais razão, deve este relevante princípio

jurídico e moral incidir nas situações em que a possibilidade real de dano é inequívoca, sendo certo que existem inúmeras situações de dano efetivo.

8.6 VVLRB. A alegação de crueldade feita na presente ação baseia-se em argumentos e que há inúmeros relatos na rede mundial de computadores de animais submetidos a abusos nas práticas de vaquejada, entre eles o de que os bois são confinados em um pequeno cercado, onde são atormentados, encurralados e açoitados.

8.7 VVLRB. Embora não existam estudos epidemiológicos publicados especificamente sobre a ocorrência de lesões em bois envolvidos em vaquejadas, isso não significa que esses animais não estejam sendo submetidos a crueldade quando suas caudas são torcidas e tracionadas bruscamente pelos vaqueiros, assim como quando são tombados.

8.8 VVLRB. A Procuradoria-Geral da República transcreve na inicial, laudo técnico e a gravidade da ação contra o animal está tanto na tração e torção bruscas da cauda do boi, como também na queda dele.

8.9VVLRB. A força aplicada à cauda em sentido contrário à fuga, somada ao peso do animal, evidencia a gravidade da ação praticada contra o boi, uma vez que a sua cauda não é mero adereço, mas sim a continuação de sua coluna vertebral, possuindo terminações nervosas, não é difícil concluir que o animal sinta dores. Também devido a seu elevado peso e à grande velocidade com que é tombado, é muito provável que os bois envolvidos sofram lesões ao serem levados ao chão. Além disso, não se trata de qualquer queda.

8.10VVLRB. Para que os vaqueiros pontuem, ou, para utilizar o jargão, para “valer o boi”, devem tombar o animal de modo que ele exponha suas quatro patas. Evidentemente, para que isso seja possível, além de ser necessário imprimir maior força na tração e na torção de sua cauda, o animal deve cair lateralmente ou completamente voltado para o chão da pista de competição, o que, muito provavelmente, lhe causa traumas internos.

8.11VVLRB. Poder-se-ia considerar que a vaquejada pode ser regulamentada de modo a evitar que os animais envolvidos sofram. Considero, todavia, que nenhuma regulamentação seria capaz de evitar a prática cruel à qual esses animais são submetidos.

8.11 VVLRB Primeiro, por que a vaquejada é caracterizada pela “puxada do boi” pela cauda. Sendo assim, qualquer regulamentação que impeça os vaqueiros de tracionarem e torcerem a cauda do boi descaracterizaria a própria vaquejada, fazendo com que ela deixasse de existir. Em segundo lugar, como a vaquejada também é caracterizada pela derrubada do boi dentro da chamada “faixa”, regulamentá-la de modo a proibir que o animal seja tombado também a descaracterizaria.

8.12 VVLRB. Deduz o Ministro que a vaquejada é uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos Estados, sobretudo os da região Nordeste do país. Não me é indiferente este fato e lastimo sinceramente o impacto que minha posição produz sobre pessoas e entidades dedicadas a essa atividade. No entanto, tal sentimento não é superior ao que sentiria em permitir a continuação de uma prática que submete animais a crueldade.

8.13 VVLRB. Os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sensientes, têm eles pelo menos o direito moral de não serem submetidos a crueldade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez a inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial: o interesse de não sofrer quando esse sofrimento puder ser evitado.

8.14 VVLRB. Existe uma relevante quantidade de literatura contemporânea sobre bem-estar e direitos dos animais. Trata-se de um domínio em franca evolução, com mudanças de percepção e entronização de novos valores morais. Nesse ambiente de novos valores e de novas percepções, o STF tem feito cumprir a opção ética dos constituintes de proteger os animais contra práticas que os submetam a crueldade, em uma jurisprudência constante e que merece ser preservada.

9 VVLRB. O Ministro acompanhou o relator, julgando o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade procedente, de acordo com os fundamentos aqui expostos, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299, de 8.01.2013, do Estado do Ceará.

10 VVLRB. Propôs a tese de que “manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação

de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada”.

I Consideração VVLRB _ No voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, as argumentações formuladas de modo sintético nos itens 1 a 7.1, demonstra que a sinalização e preocupação de seguir os precedentes judiciais construídos na Casa relativamente a crueldade e práticas culturais. Ressalve-se o exame cauteloso que se abrirá para diagnosticar se os precedentes devem ser acolhidos nos itens 6 a 7.1

A partir do item 6 até 8.1 para consolidar o voto vista haverá argumentos no sentido que é preciso explicar porque seguir os precedentes ou não aplica-los. Seria caso de overruling, distinguishing? Fala em vários precedentes e quer explicar se são adequados a sua aplicação ou não, pois o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado em quatro casos envolvendo a colisão entre a proteção de manifestações culturais e a vedação de crueldade contra animais.

São indicados no julgamento: RE 153.531, ADI 1.856, ADI 2.514, Na ADI 3.776. Nestes julgados adverte o Ministro: A crueldade saltava aos olhos. Portanto, A questão é única: A vaquejada deve ser comparada à “farra do boi” e às “brigas de galo”? O desafio é saber se os animais estão envolvidos em crueldade.

II Consideração VVLRB _ Os argumentos explícitos nos itens 8.1 a 9 analisam as provas e esboçam fundamentos que podem ser caracterizados como *obiter dictum*, ou seja, ditos que contextualizam o julgamento, sem conterem os seus fundamentos essenciais. Se estende a examinar atos de crueldade: No item 8.2 afirma sobre sofrimentos físicos; no item 8.3 reporta-se ao sofrimento mental. No 8.5 clama para o julgamento o princípio da precaução até o item 8.9, quando fala da força para derrubar o boi pela cauda.

III Consideração VVLRB _ Intensidade de argumentos para alicerçar a análise da crueldade. É o dever do Magistrado em justificar a aplicação do precedente demonstrado, o que nesta pesquisa se denominou de Dever de inferência dos Precedentes. O Ministro Barroso justifica isto através da argumentação de se ser prudente e levar a sério”, aqui no caso específico, “a tutela constitucional dos animais contra crueldade”.

Verifique-se e mostra-se particularmente necessário entender o que se compreende por crueldade e como é fundamental determinar se ela ocorre em determinada prática envolvendo animais.

Este enfoque anunciado e destacado no voto pelo Ministro Luís Barroso dá ensejo a uma das comprovações desta tese, que entende ser necessário a confirmação do Princípio da Inferência, pelo qual se constitui para o Magistrado-Julgador o dever de verificar, ser ou não o caso de aplicação de um precedente.

Ao julgador competira sempre e por dever, identificar as hipóteses do caso subjudice e a partir delas, investigar criteriosamente o que a Corte Superior sobre a matéria já construiu. Seja o precedente favorável ou desfavorável a hipótese, ao Julgador cabe reportar-se, e mais, destacar o que é fundamental no precedente e no caso inovador (aqui, é considerado inovador para aplicação da hipótese como tal) que exige o seu seguimento ou que dele se desaparta.

IV Consideração VVLRB _ Nos itens 9 e 10 configura-se a colisão de fundamentos da decisão do relator. É a *ratio decidendi* reafirmada, que se expandem nos motivos determinantes e se enraízam por todo o julgado, assim descritos na tese proposta:

- “manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada”.

V Consideração_ Item 9 – Convalidação da parte dispositiva – Afirma, o Ministro acompanhar o relator, julgando o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade procedente.

DO VOTO MINISTRO TEORI ZAVASCKI (VTZ)⁷⁹³

IMPROCEDENTE

1 VTZ. O Ministro Teori Zavascki, iniciou dizendo que repudia quaisquer maus tratos a animais, lembrando-se das touradas espanholas e portuguesas que transcrevemos integralmente;

“Lembro-me, primeira vez que estive na Espanha, ainda no século passado - faz muito tempo, numa época em que nós não tínhamos tantas oportunidades de assistir a touradas -, de ter ligado a televisão e ficado horrorizado com a covardia humana que é uma tourada espanhola, com

⁷⁹³ Existe na íntegra a voto do Ministro Teori Zavascki es como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essenciais formuladas pelo Ministro citado

todo um rito de crueldade, do começo ao fim, até acabar com a morte do boi. A tourada portuguesa tem uma diferença, o touro acaba não sendo morto no picadeiro, mas também é revestido de uma crueldade enorme.”

2 VTZ. Alude que é chocante certos esportes entre humanos, como é o caso dessas lutas MMA ou lutas de boxe. E se poderia dizer que, em eventos e esportes dessa natureza, pelo menos entre humanos, há um consentimento de participação, mas que importa, de certo modo, abrir mão de um direito inalienável, que é o da integridade física. De tal maneira, frisa o Ministro que lhe causa choque tanto uma coisa como outra.

3 VTZ. Alude, ainda que quanto à vaquejada, “é um esporte ou uma manifestação, uma prática bem característica no nordeste, não apenas no Ceará, mas que é semelhante em alguns outros Estados”. Adverte, pensar que se deve condenar certamente essa vaquejada, ou essas manifestações, na forma descrita no item LII do voto do Ministro Barroso, quando parte do pressuposto de que se cuida de um tratamento cruel ao animal, que necessariamente causa lesão ao animal.

4 VTZ. Todavia, no seu voto esclarece haver uma distinção fundamental entre a vaquejada e a lei do Estado do Ceará, que veio para regulamentar a vaquejada no referido Estado. Entende que o objeto da análise da constitucionalidade, ou não, não é a vaquejada, até porque, como se viu, a vaquejada, como um ato da realidade, pode ser cruel ou pode não ser cruel ao animal.

5 VTZ. Afirma compreender que o objeto da ação no caso e o que se discute diretamente não é a constitucionalidade da vaquejada em si mesma e sim da constitucionalidade da Lei 15.299, de janeiro de 2013, que veio regulamentar a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

I Consideração_ Itens 1 a 5 – Voto vencido, pela improcedência.

DO VOTO MINISTRA ROSA WEBER (VRW)⁷⁹⁴

PROCEDENTE

⁷⁹⁴ Existe na íntegra a voto do Ministra Rosa Weber como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essenciais formuladas pela Ministra.

1 VRW. Na linha de considerar que os maus tratos aos animais são intrínsecos à vaquejada, a Ministra sustentou que, no caso em exame, a constitucionalidade da lei cearense e a Constituição diz que essas manifestações culturais não devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado, no artigo 215, também diz, no artigo 225, § 1º, inciso VII, que são proibidos atos cruéis contra os animais.

2 VRW. Afirma que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas também que ele não tolera crueldade contra os animais. Ou seja, conclui a Ministra que o Estado não incentiva, nem garante manifestações culturais em que sejam adotadas práticas cruéis contra os animais.

3. VRW. Neste sentido a Ministra declina a orientação daquela Casa, no julgamento da Farra do boi, desde 1997 e afirma entender que a violência e a crueldade ao animal são ínsitas à vaquejada. E se a crueldade ao animal é ínsita à vaquejada, enquanto um entretenimento, ela é uma manifestação cultural que, não encontra agasalho no artigo 215 da nossa Constituição.

4 VRW. Ao final em seu voto sustentou o respeito a todas as posições mas o bem protegido nesse inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal possui, está em uma matriz biocêntrica, sendo claro que “a Constituição confere valor intrínseco também às formas de vidas não humanas, no caso, os seres sencientes, como tão bem colocado pelo Ministro Luís Roberto”.

I Consideração VRW _ No voto da Ministro Rosa Weber, as argumentações formuladas e aqui destacas de forma sintética nos itens 1 a 3, demonstram uma sinalização e preocupação de seguir os precedentes judiciais construídos na Casa relativamente a crueldade e práticas culturais e mais uma vez é citada a Farra do Boi como parametro.

Da mesma forma, procura demonstrar no que se enquadra o paradigma ao caso Vaquejada demonstrando os precedentes já consolidados no STF.

II Consideração VRW_ Os argumentos explícitos nos itens 4 analisa as provas e esboçam fundamentos que podem ser caracterizados como *obiter dictum*, ou seja, ditos que contextualizam o julgamento, sem conterem os seus fundamentos essenciais, são, considerações, como a natureza biocêntrica no art. 225, §1º, VII da CF e a afirmação de que os animais são seres sencientes.

III Consideração VRW _ Nos itens 4 configura-se a *ratio decidendi* e expressam os motivos determinantes do julgado, confirmando os indicativos do Voto do Relator, quais podem ser assim descritos, de acordo com o Voto da Ministra Rosa Weber:

- A crueldade aos animais são ínsitas à vaquejada

DO VOTO MINISTRO LUIZ FUX (VLF)⁷⁹⁵
IMPROCEDENTE

1 VLF. O Ministro Fux começou seu voto chamando atenção para o instituto da ponderação de princípios advertindo ser inegável a necessidade de se fazer uma ponderação e que amparo no princípio da unidade da Constituição, não existe um princípio mais importante do que outro.

2 VLF. Frente a aludida colisão de princípios, o Ministro assevera a necessidade de uma ponderação, ou judiciária ou legislativa. Argumenta que o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, que verificou a necessidade de para a realização da vaquejada.

3 VLF. Afirma o Ministro que no caso o debate mundial, entre o veganismo e o vegetarianismo, sendo que num contexto mundial, a percepção sobre a vaquejada só pode ocorrer a título nacional.

4VLF. Finalizou, afirmando que faz opção por aqueles que propugnaram pela possibilidade de exploração dessa atividade cultural, com essas ponderações legislativas que afastam a crueldade da vaquejada.

5VLF. Afirma ao final, o Ministro Fux que não há nada mais cruel do que o meio através do qual o povo se alimenta, com o abate do boi. E, isso é contemplado constitucionalmente como direito social.

I Consideração_ Itens 1 a 5 – Voto vencido, pela improcedência.

⁷⁹⁵ Existe na íntegra a voto do Ministra Luiz Fux como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essenciais formuladas pelo Ministro.

DO VOTO CELSO DE MELLO (VCM)⁷⁹⁶

PROCEDENTE

1 VCM. Afirma o Ministro que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, vai “veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico”, que se justifica em função de sua própria razão de ser e que impede a ocorrência de situações de risco que ameacem todas as formas de vida.

2 VCM. Vai destacar que não só a vida do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais.

3 VCM. O Ministro ainda, reconhece o impacto altamente negativo das práticas de “comportamentos predatórios e lesivos à fauna, seja colocando em risco a sua função ecológica, seja provocando a extinção de espécies, seja, ainda, submetendo os animais a atos de crueldade”.

4 VCM. Esclarece ainda, que existe um típico direito de novíssima dimensão, que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações.

5. VCM. Aduz ser necessário se evitar, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial, comum a todos quantos compõem o grupo social.

6. VCM. Ressalta ademais, sobre a relação com o meio ambiente, relembando a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92.), que oportunizam “direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar”.

7 VCM. Faz ainda um grande acesso ao ordenamento constitucional quer “proteger a integridade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando, com tais objetivos, neutralizar o surgimento de conflitos

⁷⁹⁶ Existe na íntegra a voto do Ministro Celso de Melo como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essenciais formuladas pelo Ministro.

intergeracionais, por isto impôs, ao Poder Público, “dentre outras medidas essenciais, a obrigação de proteger a fauna, vedadas, para tanto, práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies ou, *ainda*, que submetam os animais a atos de crueldade”.

8 VCM. O Ministro Celso de Melo, esclarece sobre as em decisões proferidas desde muito, antes da CF 88 que já registravam que as “*brigas de galos*”, por configurarem *atos de crueldade* contra referidas aves, deveriam expor-se à repressão penal do Estado (RE 39.152/SP, Rel. Min. HENRIQUE D’ÁVILA – RHC 35.762/SP, Rel. Min. AFRÂNIO COSTA, *v.g.*).

9 VCM. Cita o Ministro: “*então reconhecia* o Supremo Tribunal Federal – “*A briga galo não é um simples desporto, pois maltrata os animais em luta (...)*” (RHC 34.936/SP, Rel. Min. CÂNDIDO MOTA FILHO).

10 VCM. É nesta linha que Ministro seguira advertindo e citando:

Nem se diga *que a “vaquejada”* qualificar-se-ia como *atividade desportiva* ou *prática cultural* ou, *ainda*, como *expressão folclórica*, numa patética tentativa *de fraudar* a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, *dentre outros nobres objetivos*, a impedir a *prática criminosa* de atos de crueldade contra animais. O sofrimento desnecessário dos animais *decididamente não constitui expressão de atividade cultural*, pois isso repugna aos padrões civilizatórios que informam as formações sociais contemporâneas, eis que a sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil, como enfaticamente proclamou esta Suprema Corte (ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU, *v.g.*).

11 VCM. Ao fim, concluiu por considerar inconstitucional a prática *da “vaquejada”*.

I Consideração VCM. _ No voto do Ministro Celso de Melo, as argumentações formuladas itens 7,8,9, traçará o raciocínio da Corte Máxima desde os primórdios, procurando subsídios para clamar a aplicação dos precedentes judiciais construídos na Casa relativamente a crueldade e práticas culturais.

Assim, o voto conduz a demonstração de que a Vaquejada se enquadra nos paradigmas já consolidados no STF.

II Consideração VRW_ Os argumentos explícitos nos itens 1 a 6 analisa as provas e esboçam fundamentos que podem ser caracterizados como *obiter dictum*,

ou seja, ditos que contextualizam o julgamento, sem conterem os seus fundamentos essenciais.

III Consideração _ Nos itens 10 e 11, reafirmam a *ratio decidendi* e os motivos determinantes do julgado, assim descritos:

- Nem se dia que a “*Vaquejada* qualificar-se-ia como *atividade desportiva* ou *prática cultural* ou, *ainda*, como *expressão folclórica*, numa patética tentativa de *fraudar* a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna”
- O sofrimento desnecessário dos animais *decididamente não constitui expressão de atividade cultural*.

DO VOTO-VISTA MINISTRO DIAS TOFFOLI (VVDT)⁷⁹⁷
IMPROCEDENTE

1VVDT. Iniciou sua manifestação, o Ministro Dias Toffoli realizando uma retrospectiva histórica sobre a origem da vaquejada, para assegurar que sua tese de que se trata de manifestação cultural e desportiva do povo do Nordeste.

2 VVDT. Afirma que no sertão baiano, a técnica da “derrubada” era aplicada pelos vaqueiros nas caatingas, não por esporte, mas como serviço de campo. Além disto, sobre as características morais diz que têm sido designadas exclusivamente aos homens e mulheres, configurando o antropocentrismo, pensamento que prevalece até hoje em todas as nações sem rejeitar, contudo, o pensamento de que os animais devem ser protegidos.

3 VVDT. Alude que não se olvide que as manifestações culturais esportivas, assim como as religiões, são frutos da sociedade e de seu tempo, mas que é evidente que não se pode admitir a exploração dos animais, nem seu tratamento cruel ou execrável, como esta Corte já decidiu nos julgamentos da ADI nº 1.856/RJ, Relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 26/5/11, relativamente à “briga de galos”; da ADI nº 2.514/SC, Relator o Ministro Eros Grau, julgada em 29/6/2005, relativamente à “farra do boi”, e do RE nº 153.531/SC, Relator o Ministro Francisco

⁷⁹⁷ Existe na íntegra a voto do Ministro Dias Tofolli como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essências formuladas pelo Ministro.

Rezek, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, julgado em 3 de junho de 1997, sobre a mesma atividade.

4 VVDT. Diz que se observe na espécie, elementos de distinguishing a impedir a aplicação ao caso dos precedentes a que me referi e passa a justificar que na “ferra 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.

5 VVDT. Concordou com o Ministro Edson Fachin, que iniciou a divergência, citando-o para finalizar que “O que se entende por processo civilizatório, com a devida vênia, não me parece ser o apagar de manifestações que sejam insculpidas como tradição cultural [...], não há razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país. Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja.”

I Consideração_ Itens 1 a 5 VVDT – Voto vencido, pela improcedência.

II Consideração VVDT _ Os argumentos explícitos nos itens 4 quer analisar as provas e, sobre elas aplicar a técnica do distinguishing, para deixar de aplicar os precedentes da corte sobre o caso crueldade e cultura.

DO VOTO RICARDO LEWANDOWSKI (VRL)⁷⁹⁸

PROCEDENTE

1VRL. Afirma que faz uma interpretação biocêntrica do artigo 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma visão antropocêntrica, que consideram os animais como “coisa”, desprovidos de direitos ou sentimentos.

2VRL. O Ministro alude que o Relator bem destacou que a atividade da vaquejada, aqui impugnada, revela “inequívoco envolvimento de prática cruéis contra bovinos”.

⁷⁹⁸ Existe na íntegra a voto do Ministro Ricardo Lewandowski como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essenciais formuladas pelo Ministro.

2.1VRL. Traz argumentos relacionados à Carta da Terra, que foi subscrita pelo Brasil, asseverando que é como uma espécie de código de ética planetário, semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos, e ressalta “só que voltado à sustentabilidade, à paz, e à justiça socioeconômica”.

3 VRL. O Ministro RICARDO LEWANDOWSKI cita a carta aludindo que “reconhecer que todos os seres vivos são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente do uso humano”, para arrematar que dizer que é preciso, sobretudo no momento em que a própria sobrevivência do Planeta está em xeque, respeitar todos como seres vivos em sua completa alteridade e complementariedade.

4. VRL. Afirma, o Ministro Lewandowski, que o critério para se lidar com o meio ambiente deve ser “*in dubio pro natura*”, em razão dos princípios da precaução e do cuidado.

I Consideração VRL. _ No voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, as argumentações formuladas itens 1,2,3 querem frisar que há necessidade de se fazer uma interpretação biocêntrica do artigo 225 da Constituição Federal

II Consideração VRL_ Nos itens 4, reafirmam a *ratio decidendi* e os motivos determinantes do julgado, assim descrevendo: que a atividade da vaquejada, aqui impugnada, revela “inequívoco envolvimento de prática cruéis contra bovinos”.

DO VOTO MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (VCL)⁷⁹⁹

PROCEDENTE

1 VCL. Adverte a Ministra que vota pela procedência, que considera uma agressão e sofrimento, mesmo considerando-se que a lei tenta preservar, desde 2003, uma situação de cuidado aos animais “para que não houvesse o sofrimento, para que não houvesse nenhum tipo de judiação”.

2 VCL. Alude que não foi isso identificou ou extraiu, fosse assistindo aos eventos, ou lendo a respeito das preparações e por isto, a Ministra, constata que, na verdade, são manifestações extremamente agressivas contra os animais.

⁷⁹⁹ Existe na íntegra a voto do Ministra Carmem Lúcia como anexo, do qual extraídos foram os argumentos expostos de forma sintética. Ressalve-se que serão preservadas na medida do possível expressões essências formuladas pela Ministra.

3VCL. Analisa, a Ministra, que a Constituição dentro de um marco civilizatório que preserva a vida tenta fazer com que “a violência não ultrapasse nem chame mais violência, e é praticado efetivamente.”

4VCL. Assim, a Ministra finaliza, afirmando que não se convenceu dos argumentos no sentido de que, pela legislação, tentou-se exatamente dar um maior cuidado ao treinamento e a um tratamento mais, talvez, cuidadoso com os animais para que não se chegasse a essa situação de agressão.

I Consideração VCL. _ No voto da Ministra Carmem Lúcia, as argumentações formuladas itens 1,2 destacam o seu voto pela procedência, em razão da agressão e sofrimento dos animais.

II Consideração VCL_ Nos itens 4, reafirmam a *ratio decidendi* e os motivos determinantes do julgado, assim descrevendo: são manifestações extremamente agressivas contra os animais.

Estes foram os votos lançados durante o julgamento da ADI 4983/CE, aqui sintetizados em sua essência. Vale a pena registrar a existência de outras circunstâncias que foram apontadas nos votos dos ministros durante o julgamento da ADI das Vaquejadas, como foram as continuções de votos do Ministro Gilmar Mendes, os acréscimos do Ministro Luís Roberto Barroso, quais, em verdade, não modificam a *ratio decidendi*, tão pouco os motivos determinantes, quais serão extraídos a partir da longa análise destes votos proferidos no sentido da procedência da citada ação direta de inconstitucionalidade⁸⁰⁰.

⁸⁰⁰ A título de esclarecimento e para que não se alegue omissão se apresenta um reduzido esboço das manifestações ora referidas, que são a continuação do Ministro Gilmar Mendes, do Ministro Luís Barroso, etc., sendo fiel aos argumentos esboçados. Reafirma-se que são apensadas nestes espaço apenas e puramente por cuidado argumentativo e lealdade na pesquisa, mas que não cooperam na descoberta da *Ratio* e motivos determinantes, como se verificará no bojo da pesquisa. **DO VOTO – CONTINUAÇÃO - MINISTRO GILMAR MENDES (VCGM):** Acrescentou, o Ministro Gilmar Mendes ao seu voto, que a lei é clara, quer dizer, nós temos uma prática generalizada no Nordeste, mas, como disse o Ministro Teori, também muito comum, com alguma variação, em outras partes do País, que atrai um número enorme de pessoas, que acabariam por fazer isso a despeito da nossa declaração. Mas o curioso é que, quando o Estado toma medidas como esta:

"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." Inclusive abre para eventuais aperfeiçoamentos que se possam fazer. Portanto o legislador aqui foi extremamente cauteloso, como já tinha sido apontado até no voto do Ministro Fachin. Aí nós declaramos inconstitucional. Não vamos poder declarar inconstitucional a prática cultural que existe em todos os lugares. Então, quando se tenta imprimir padrões, vamos chamar assim, civilizatórios a esse tipo de prática, agora vamos dizer que a prática é inconstitucional. Na Alemanha houve um caso em que - nessa sensibilidade que muitos mostram e é justa em relação à

proteção dos animais -, num dado momento, o legislador propôs que fosse proibido o negócio, via correios, de animais, porque se dizia que esses animais eram colocados numa estação de trem, remetidos para outra estação de trem e ficavam lá esquecidos. Eram tratados como bagagem e acabavam morrendo, acabavam sendo sacrificados, acabavam sendo maltratados. Quando essa lei entrou em vigor e os correios passaram a recusar a remessa desses bichanos - gatos, cachorros e outros bichos -, os pequenos sitiantes que complementavam a sua renda com essa atividade reclamaram que isso atentaria contra a liberdade de profissão e acabaram na Corte Constitucional. E a Corte Constitucional fez uma análise sobre os fundamentos, as razões legislativas do projeto. Depois fez uma verificação de qual era o índice de mortalidade. Como os correios alemães são bastante organizados, eles tinham lá as anotações dos últimos anos. Chegaram à conclusão de que nada de anormal se passava, nada diferente do que se passava nos próprios criatórios. Por outro lado, o esquecimento de alguém em relação à busca daquele animal na estação também não era de se supor. Pelo contrário, as pessoas ficavam aflitas para buscar o animal encomendado. Feita essa verificação, a Corte concluiu que não havia nenhuma desproporcionalidade na colocação. Ressaltou que se trata de uma questão extremamente importante, porque diz também com a compreensão. “Quer dizer, é fácil fazer o discurso do pluralismo, inclusive do pluralismo cultural, mas tem que ser respeitado o pluralismo. E veja, não se trata de: o pluralismo envolve matar pessoas. Não! Não é disso que se cuida. Matar os animais? Também não! Temos que ter essa abertura mental. Pedindo todas as vênias, portanto, reitero que acompanho o Ministro Fachin e farei juntar voto escrito.”

OBSERVAÇÃO - MINISTRO ROBERTO BARROSO: “Presidente, o debate está de tão alto nível e acho tão importante, porque não é mesmo uma questão singela, e as preocupações trazidas pelo Ministro Gilmar Mendes estão presentes no coração e na mente de todas as pessoas.” Sobre a questão econômica por trás do tema disse que não se sustenta, vez que: “Ninguém quer tirar empregos, ninguém quer eliminar manifestações culturais, estamos apenas refletindo um pouco, em conjunto, como devemos lidar com *standards* éticos, valores morais que, ao longo do tempo, vão se transformando e impactando determinadas práticas. Claro que o emprego não me é indiferente nem a nenhum de nós, mas há regiões do país onde existe uma indústria de sexo com menores, que emprega muita gente, nem por isso me parece bem apoiar esse tipo de atitude.”

VOTO – Reiterativo - MINISTRO EDSON FACHIN: Nada obstante, Senhor Presidente, estou reiterando a divergência, pedindo vênias ao eminente Relator e ao eminente Ministro Luís Roberto Barroso, cujo voto também acutíssimo e sensível traduz uma preocupação que diz respeito a essa travessia de um paradigma exclusivamente antropocêntrico, preocupação essa que também a subscrevo, mas entendo que nessa dimensão, nessa travessia, e também pedindo vênias aos votos da eminente Ministra Rosa Weber e do eminente Ministro Celso de Mello, entendo que, neste caso concreto, estamos a falar de algo que foi reconhecido na própria petição inicial da ação pelo Ministério Público Federal, no sentido de tratar-se de uma manifestação cultural que tem agasalho na Constituição Federal, no inciso II do artigo 216, e que encontra uma legislação de caráter protetivo. E por isso entendi que essa Lei 15.299, do Estado do Ceará, de 2013, parece buscar exatamente coibir o que extrapola e arrosta, e, portanto, vai de encontro com a tutela constitucional que obviamente obsta a crueldade a animais. Por essas razões e mais o que já havia manifestado e todos os relevantes acréscimos feitos a essa manifestação pelos ilustres Ministros que acompanharam a divergência, pedindo vênias ao eminente Relator e aos eminentes Colegas que acompanharam o eminente Ministro Marco Aurélio, eu reitero a divergência como manifestei.

VOTO ACRESCIMO FINAL- MINISTRO GILMAR MENDES: Vê-se, pois, que a vaquejada é uma atividade genuinamente nordestino-brasileira, constituindo tradição de mais de 100 (cem) anos, que faz parte do patrimônio histórico de parcela de concidadãos, na medida em que reflete a manifestação cultural mais popular do ciclo bovino nordestino. Trata-se de evidente conflito de “visões de mundo” entre os que querem a proibição dessa atividade e os que a defendem, cuja resolução não pode recair na aplicação da regra do “tudo ou nada”. De um lado, é certo que não se pode apagar essa história de parcela do povo brasileiro e passar, de repente, a proibir tal prática, tendo em vista que se estará apagando a continuidade do registro histórico, a qual repercute na própria manifestação cultural. Do mesmo modo que o Estado deve coibir a submissão dos animais à crueldade, não se pode desconsiderar o direito de manifestação cultural quando esta, *per se*, é compatível com o âmbito de proteção normativa de proteção dos animais. Por outro lado, se a prática de determinadas condutas no desempenho da atividade possa traduzir nocividade ou crueldade, esta deve ser repelida, cumprindo o disposto no art. 225 da CF. *Data maxima 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

Necessário de faz portanto, a construção da *ratio decidendi* (the rule the case), através do julgado e mais que isto, a explicitação dos *obiter dictum* e, por fim, a identificação os motivos determinantes.

Estas análises se efetuarão a partir deste momento, como forma da comprovação da imprescindível necessidade de serem atribuídos efeitos transcendentais aos julgados na jurisdição constitucional, sobre pena de fragilizar a segurança e a coerência jurídica. Veja-se, portanto.

Nas decisões do Ministro Relator Marco Aurélio e do Ministro Edson Fachins que lançou a divergência, verifica-se qual o foco do embate que no primeiro olhar se consubstancia entre a valoração de dois direitos fundamentais que são o meio ambiente e a cultura. O questionamento envolve um diretriz, após o embate que se estabelece no diagnóstico de ser a prática do desporto caracterizar-se pelos atos de crueldade contra os animais. Será portanto, com firmamento nestes pilares extraída a Ratio Decidendi.

O voto vencedor do Relator Ministro Marco Aurélio e de todos os que seguem seu entendimento haverão de valorar a existência de direitos fundamentais, a prevalência de acordo com as circunstancias e a decisiva análise sobre a crueldade sobre os animais. Neste contexto, mediante o levantamento já esposado anteriormente, no caso subjudice, a *ratio decidendi* pode ser assim descrita:

- A crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988.

Consta na ementa do Acórdão do julgamento da ADI 4983-Ce, exarado pelo Ministro Marco Aurélio que:

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. Existe, portanto, uma quantidade considerável de profissionais que realizam diariamente a prática de treinos e preparação de animais para eventos culturais e “socioesportivos” – tal como a vaquejada – e que dependem financeiramente dessa atividade. Esta Corte não pode fechar os olhos para essa realidade. Além disso, existem mais de 10.000 (dez mil) parques de vaquejadas em praticamente todos os Estados, gerando 200.000 (duzentos mil) empregos direta ou indiretamente, que, de uma hora para outra, estarão à margem do ordenamento jurídico e sem emprego. Concluiu: impedir a prática da vaquejada é aniquilar completamente uma parcela da cultura nordestina e, conseqüentemente, desrespeitar o art. 215 da CF, que possui a mesma densidade constitucional do art. 225 da CF. Assim, acompanhou a divergência para julgar improcedente a presente ação.

- A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade.

Para se construir tal enunciado, os motivos determinantes que caracterizam a *ratio decidendi* são expressas nas seguintes proposições objetivas:

- O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada.

- No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

- Manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada”.

- O sofrimento desnecessário dos animais decididamente não constitui expressão de atividade cultural.

Estes motivos determinantes definem o caso e lhe empreendem um significado de fundamentalidade, ou seja, se tornam os arquétipos construtores da decisão lhe imprimindo identidade, coerência e substância no mundo jurídico. É a prova do dito pelo julgado, que não se encerra no simples exercício do dizer para que impele a corporificação do fazer e lhe oportunizam a aplicação aos casos vindouros.

No tocante aos *obiter dicta*, neste julgamento serão todas as demais considerações que procuram alicerçar o contexto dos motivos determinantes lhe expressando ênfase, destaque e que se encontram declinadas nas considerações efetuadas anteriormente.

Como se verifica, a *ratio decidendi*, envolve a investigação sobre a crueldade, praticada em um evento desportivo, sobre o qual se depura se a manifestação cultural, deve ou não prevalecer.

A parte dispositiva, vinculante do julgado tem efeito *erga omnes*, que atingiu ao Estado do Ceará, vejamos: “Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inícia para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará”.

No julgamento da ADI das Vaquejadas foram utilizadas as orientações formadas em outros precedentes constituídos como no Recurso Extraordinário 153.531, pelo qual se posicionou, o STF contra a Farra do Boi, a considerando uma prática cultural contudo não podendo prevalecer frente a crueldade.

No tocante a Farra do Boi, no RE nº 153.531, decido em 03.06.1997 e publicado no Diário da Justiça de 13/03/1998, a 2ª Turma do STF considerou inconstitucional a prática da farra do boi, tida como cultural, conforme se vê:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi".(STF - RE: 153531 SC, Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 03/06/1997, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388)

Outro julgamento importante que constitui-se precedente está na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1856/RJ, a ADI da Rinha de Galo que teve a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98)- LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32)- MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225)- PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII)- DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE . - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente

manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes . - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhãs, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade . - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitãr todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL . - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (STF - ADI: 1856 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275)

No julgamento da ADI 4983, estes precedentes foram citados como forma de orientar o novo julgado e constituir a *ratio decidendi*, adequada ao caso, indicando-se os novos contextos e abordagens teóricas desenvolvidas. Sabe-se que a eficácia vinculante das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato restringe-se à parte dispositiva do julgado.

Esta tem sido a regra, salvo os casos mencionados no capítulo 2, quando o STF utilizou-se da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes. Não resta dúvida que orientação de seguimento dos motivos determinante, vinculando a todos, se mostra bastante adequada, na medida em que proporcionaria a transcendência dos motivos determinantes.

A teoria que promove a extensão dos efeitos, propondo a vinculação para além da parte dispositiva se coaduna com as mais novas orientações processuais e valoriza a atuação do próprio Tribunal Superior. A Teoria restritiva vem expondo o STF e fragilizando sua atuação e colaborado para a eternizações de debates que parecem cem um sim, e com isto sem a segurança jurídica adequada e esperada pelo cidadão.

O STF decidiu pela declaração de inconstitucionalidade do Estado do Ceará que pretendia a regulamentação da Vaquejada e por aplicar a teoria restritiva, a parte vinculativa do julgado esta expressa na parte dispositiva da decisão, pois se trata de Ação Direta de Inconstitucionalidade, específica do controle concentrado.

Ignora-se os fundamentos determinantes como a “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do CF alcança⁸⁰¹ e que composição dos interesses fundamentais entre a cultura e o meio ambiente, neste caso, foi protegido o último.

Foram motivos determinante para o julgamento de inconstitucionalidade da lei o fato de que em se tratando de manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o espírito constitucional e como tal com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, e como tal todo e qualquer sofrimento desnecessário dos animais decididamente não constitui expressão de atividade cultural, devendo ser afastada a prática desportiva.

A proteção cultural cedeu lugar a proteção contra a crueldade, Veda-se a prática a crueldade, portanto. Mas, incoerentemente vale esta decisão apenas para o Estado do Ceará, foi editada a Lei, o que provoca um grande tumulto jurídico, ainda mais no Brasil, onde os demais Estados da Federação submetidos ao mesmo ordenamento jurídico e submissos a mesma força normativa constitucional podem não obedecer e realizar a Vaquejada, sem que isto seja considerado, especialmente á época do julgamento inconstitucional.

Haveria necessidade de se ingressar com outras tantas ações de inconstitucionalidade contra leis que porventura procurassem regulamentar o esporte em outros Estados, ou em havendo tais eventos esportivos para serem realizados, mesmo havendo declaração de inconstitucionalidade, haveria de ser impedido caso a caso.

A razão disto é única: As ações diretas de inconstitucionalidade não são atribuídos efeitos transcendentais de suas decisões. A verdade, é que estes efeitos inexistem tanto no controle concentrado quanto no difuso, e causa particular perplexidade por se tratar de fiscalização abstrata, pois somente o dispositivo da decisão produz efeito vinculante.

⁸⁰¹ Neste capítulo ainda será analisada a EC 96/2017, que acrescentou o § 7º ao artigo 225, da CF

Na contemporaneidade, em razão do acesso à justiça, a celeridade processual, a coerência, a segurança jurídica e por respeito ao microsistema de precedentes esdruxula e temerosa se torna a aplicação da teoria restritiva e se impõe o seu abandono.

Esta tese, ao longo de sua pesquisa, quer demonstrar portanto, necessária aplicação da Teoria extensiva, da transcendência dos motivos determinantes com a extensão dos limites objetivos e subjetivos das decisões emanadas na fiscalização constitucional, em casos futuros. Muito embora, esteja se falando sobre vaquejada, esta é apenas o objeto demonstrável dos aspectos indesejáveis da inaplicação da Transcendência, pois como se verifica, ocasiona um certo temor, que algo declarado inconstitucional possa valer em uma unidade da Federal e eu outra não!

Cunha defende que havendo aplicação desta teoria, caso o STF declarasse a inconstitucionalidade de uma lei de um Estado, “afundamentação utilizada nessa ação como razão de decidir teria eficácia vinculante *erga omnes* e atingiria todas as leis materialmente iguais de outros Estados, sem a necessidade de se propor novas ações diretas”⁸⁰². Sem dúvida, correto está o posicionamento do Professor Cunha como se comprova através da celeuma oportunizada pelo STF ao não assumir e dar continuidade na aplicação desta teoria.

Uma vez reconhecida a eficácia dos motivos determinantes, todos os juízes e tribunais deverão acatar a decisão e não somente a parte dispositiva ou a parte conclusiva do acórdão, mas também os fundamentos que a determinaram. Com isto, caberia até uma simples Reclamação contra o ato, de natureza administrativa ou judicial, que não observasse a interpretação máxima da Corte de Constitucionalidade, uma vez que a este órgão detém como primordial função zelar pela da jurisdição constitucional não se concebendo que se ofusque, manche e desrespeite a sagrada missão de defender a força normativa da Constituição Federal.

Veja-se, agora, como a não consagração da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes quando do julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade (controle concentrado), pode ocasionar resultados desastrosos, equivocados, errôneos. Isto será demonstrado a partir deste instante, pois é preciso constatar se efetivamente todo o raciocínio utilizado até este momento

⁸⁰² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática.9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 247.

nesta argumentação está correto, pode ser validado, sendo esta defesa ser afirmada.

Para esta comprovação será realizada a “Prova dos nove”⁸⁰³, termo comum relativo as operações matemáticas, que será utilizado por analogia, no sentido da “verificação da operação” desenvolvida ao longo desta tese. Este teste de validade é por demais simples. A “prova dos nove” que se propõe nesta pesquisa, será aferida através de Julgamento da Reclamação 25.869, que teve como Relator o Ministro Teori Zavashk.

Assim, após o Julgamento da ADI 4983, anunciada foi a realização de vaquejada no Estado do Piauí (PI) em parceria com a Associação de Vaqueiros que ocorreria durante a 66ª Exposição Agropecuária nos dias 3 a 11/12/2016.

Associação Brasileira dos Defensores dos Direitos e Bem Estar dos Animais ingresso em Juízo com uma Ação Civil Pública contra a Federação das Associações, Organizações Não Governamentais, Sociedades Protetoras Dos Animais e Sindicatos de Profissionais da Proteção Animal do Estado do Piauí - FAOS PI. Nesta ação civil pública, distribuída a 2ª Vara da Fazenda Pública daquele Estado, não se obteve êxito sendo denegada a tutela provisória de urgência.

Nessas circunstâncias, por evidente análise se deixou de reconhecer o caráter vinculante e geral da decisão proferida pelo STF quando do Julgamento da ADI 4983, em controle concentrado. Nega-se portanto, em primeira instância a transcendência dos motivos determinantes.

Em razão deste julgamento, foi interposta Reclamação que questionou a decisão do juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Teresina (PI), que manteve a vaquejada na programação da 66ª Exposição Agropecuária, e a principal alegação foi a suposta violação do juízo de primeiro grau a decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983, na qual por maioria de votos, se julgou inconstitucional uma lei cearense (Lei 15.299/2013) que regulamenta a vaquejada e pugnaram pela concessão de liminar e conseqüente a cassação do ato impugnado.

O tema central da controvérsia travada, portanto na Reclamação era única e exclusivamente saber se a decisão reclamada ofendeu ou não a autoridade da decisão proferida quando do julgamento da ADI 4983, (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em

⁸⁰³ Pela expressão “prova dos nove”, verifica-se se as operações da soma, subtração, multiplicação e divisão estão corretas.

6/10/2016), quando o STF julgou pela inconstitucional a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará.

O Ministro Teori Zavascki, em 07 de dezembro de 2016, negou seguimento a Reclamação⁸⁰⁴ alegando resumidamente que no caso concreto não estava suficientemente demonstrada a aderência estrita entre o ato reclamado e o decidido por esta Corte no julgamento da ADI 4.983 e ainda que no julgado indicado como paradigma, o que esta Corte efetivamente assentou foi a inconstitucionalidade da lei cearense que regulamentava a vaquejada, não sendo cabível, até o presente momento, extrair conclusão no sentido da proibição de sua prática em todo o território nacional.

Como se constata a ADI 4983 não resiste a prova dos nove, sendo demonstrável sua fragilidade pela não adoção da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes. A prova disto está na anomalia do Julgamento da Reclamação nº 25869, na qual se afirma que em outro Estado do Brasil, no caso o Piauí, se realizaria um Vaquejada e neste não é ilegal a prática desportiva que foi considerada cruel para com os animais.

Como se comprova, uma vez não acolhidos os motivos determinantes em seus efeitos transcendentais, uma nova batalha judicial se formou sobre um mesmo tema, dando ensejo a indesejáveis protelações, incertezas, incoerência e insegurança jurídicas. Como se conceber que uma decisão em controle concentrado de constitucionalidade não proteja com efetividade a Constituição Federal tudo em razão dos modestos efeitos impressos na decisão contidos na teoria restritiva?

Pior será se se perguntar: como algo pode ser inconstitucional em um Estado da Federação brasileira e em outro estado, não o seja? A dúvida premeia o raciocínio com o julgamento da ADI e seus efeitos relativos a parte dispositiva: como a crueldade encontrada em um esporte pode existir em um lugar e em outro não?

Como muito bem alerta Cunha Júnior, em sede de controle de constitucionalidade, os fundamentos resultantes da interpretação do STF devem ser seguidos por todos os Tribunais e autoridades e “nada mais justificável que se aplique, fora da ação direta, o que ficou nela consubstanciado a título de fundamento

⁸⁰⁴ Entre os anexos desta pesquisa encontra-se cópias das principais peças processuais da Reclamação nº 25869

determinante que baseou a decisão”. Adverte, o constitucionalista que este “contexto que contribui para a supremacia e desenvolvimento da ordem constitucional”⁸⁰⁵.

O objeto desta pesquisa poderia se dar por encerrado a partir destes argumentos, uma vez que o título afirma: A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes e o Supremo Tribunal Federal: um estudo a partir do direito animal. Contudo, o diagnóstico apresenta-se favorável a Teoria da Transcendência relativamente a decisão da ADI 4965, que se utilizou como meio para a análise. Entrementes, outros tantos problemas foram gerados a partir deste julgamento que direciona a título meramente investigativo e para que não se reclame de possível omissão, adentra-se nestas considerações, que mas não se pode apresentar o desfecho.

É o princípio da Supremacia o fundamento, a rocha sobre a qual se exerce a fiscalização constitucional e a não observância da decisão do STF, em razão da teoria restritiva, debilita a força normativa da Constituição.

Sobre o fenômeno da transcendência, o Ministro Celso de Melo esclarece que a doutrina vem externando preocupação “consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concorre à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do julgado declaratório de inconstitucionalidade emanado do Supremo⁸⁰⁶”.

Chega Dirley Cunha Júnior a defender que seja eliminada a “intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que em casos concretos, com eficácia geral e vinculante”, o que frente aos efeitos transcendentais no controle concreto, representa uma ousadia muito maior e necessária ⁸⁰⁷

Afinal, quem é o Supremo Tribunal Federal? Eis a pergunta que não pode ficar retida na mente do leitor. É imperioso se repensar na própria estrutura do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal. Assim, é o que se fará a partir deste momento, pois da simples decisão do STF em deixar de

⁸⁰⁵ CUNHA JÚNIOR, Direly. Op.cit, p. 243

⁸⁰⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345.

⁸⁰⁷ CUNHA, Dirley Júnior. O Princípio do “Stare Decisis” e a Decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade. In, Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Organizador: Camargo, Novelino Marcelo. Editora JusPodivm; 2008, p. 300.

abraçar a transcendência dos motivos determinantes no controle de constitucionalidade pode se impelir e se questionar sobre sua própria missão constitucional frente aos resultados de suas decisões.

Em recente artigo, intitulado “O Sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira”, Walber de Moura Agra faz uma afirmação que se carrega para esta pesquisa por importar em um grande fator argumentativo, que logo em seguida será explicado.

Afirma Agra que o STF “não dispõe de legitimidade suficiente para justificar uma maior incidência de suas decisões, mormente quando elas operam uma inovação no ordenamento jurídico, sem contar com o alicerce de estruturas leis que a ampare⁸⁰⁸”

Esta frase no leva a refletir sobre algumas consequências atribuídas a falta de clareza e objetividade do julgado na ADI 4983, que oportunizou a denegação da Reclamação 25869, pois promoveu uma mobilização legislativa para aprovação de Emenda Constitucional que define que não se consideram cruéis modalidades desportivas com animais quando forem manifestações culturais.

Sabe-se que a reclamação constitucional tem por objetivo a garantia da autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Mendes, Coelho e Branco, afirmam que a Reclamação vem preservar a competência do STF sendo uma criação jurisprudencial, tendo adentrado no Regimento Interno do STF em 1957⁸⁰⁹.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que a Reclamação constitucional adquire máxima referência consagrando-se o procedimento com a finalidade específica de preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, letra “I” da CF/88) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, letra “f” da CF/88). Ainda, cabe assinalar que o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o art.103-A, §3º, ao texto constitucional, cabe a reclamação, também, para observância de Súmula Vinculante perante o Supremo Tribunal Federal.

⁸⁰⁸ Agra, Walber de Moura. O Sincretismo da Jurisdição Constitucional Brasileira. In, Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Organizador: Camargo, Novelino Marcelo. Editora JusPodivm; 2008, p. 211

⁸⁰⁹ MENDES, Ferreira Gilmar. COELHO, Mártires Inocência. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. Editora Saraiva; 2008, 0. 1292.

Deste modo, verifica-se que a Reclamação se tornou um meio processual para impedir a desobediência das decisões ou súmulas proferidas pelo STF, pelos órgãos administrativos ou de órgãos jurisdicionais das instâncias ordinárias, tribunais inferiores e juízes, bem como na ocorrência de usurpação da competência da Excelsa Corte.

Neste sentido, foi utilizada a reclamação, como instituto processual adequado para coibir que no Estado do Piauí, se realizasse uma vaquejada, tendo por objeto a decisão do Supremo Tribunal Federal, que por maioria das vezes, na ADI compreendeu pela inconstitucionalidade da lei do Ceará por conta do controle concentrado de constitucionalidade (Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), ou seja, a reclamação constitucional visa garantir o império das decisões proferidas em sede de processo de natureza objetiva, o qual tem como peculiaridade a irradiação de efeito vinculante da decisão emanada e a eficácia *erga omnes*.ao cumprimento das decisões de mérito em especial, na ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

O julgamento da reclamação acima citada, rejeita a utilização da teoria, pois se acolhida fosse o que ficou nela consubstanciado a título de fundamentação, mesmo tendo sido de uma lei de um estado (no caso o Ceará), esta fundamentação teria eficácia vinculante *erga omnes* e atingiria todas as leis materialmente iguais de outros Estados, sem a necessidade de serem propostas novas ações diretas⁸¹⁰.

Isto demonstra a tese que se carrega sobre a necessidade de acolhimento da transcendência dos motivos fundamentais, pois já desde o início desta engenharia processual após a decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado não teria sido ocasionada. Seria o respeito integral a decisão do mais elevado interprete da constituição, que é no Brasil, o Supremo Tribunal Federal.

Alguns fundamentos seriam enaltecidos com a adoção da teoria, como a igualdade na aplicação do direito, a segurança jurídica, economia, celeridade na prestação jurisdicional, eficácia, boa-fé objetiva e publicidade. É a coerência e integridade que emanam do sistema de justiça. Este seria um precedente com uma grande força normativa.

⁸¹⁰ CUNHA, Dirley. Controle de constitucionalidade, 2017, p. 247.

Parece, de fato, uma anomalia e na época do julgamento, assim, se considerou pois no Brasil, um ente da Federação poderia ter a prática da Vaquejada e em outro, não, e esta mesma prática era inconstitucional em um lugar e em outro não.

O impasse do STF em não estender os efeitos transcendentais da decisão de inconstitucionalidade, veio ainda a contribuir para um grande processo de Reação legislativa que se deu com a corrida que através do projeto de lei procura imprimir regularidade a modalidade desportiva da vaquejada.

A Emenda Constitucional 96/2017, publicada em 07 de junho de 2017, veio assim, acrescentar o parágrafo § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 7º 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017)

Apresenta-se neste caso, inexistente dúvida, uma forte reação à decisão do STF, como forma de um “ativismo congressual”. É o efeito *backlash* que promove a criação desta Emenda de natureza constitucional, que prescreve particularmente sobre a prevalência do direito fundamental a cultura sobre o direito fundamental ao meio ambiente.

O STF no conflito destas normas, desde a Farra do Boi e Rinha de Galo, vedava práticas cruéis contra os animais, sendo interessante repontuar que neste conflito entre as normas do art. 225, §1, VII e o art. 215, caput e seu parágrafo primeiro.

Deste modo, com a inusitada Emenda Constitucional passam a não ser consideradas cruéis as práticas desportivas que utilizem animais. Mas, advirta-se para a desobediência às cláusulas pétreas que encontram-se listadas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal.

Assim, está disposto o parágrafo 4º do artigo 60 da Carta Magna que:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Estas cláusulas pétreas segundo Manoel Ferreira Filho são o “cerne essencial do sistema”⁸¹¹ e se apresentam como mecanismos de conservação e manutenção dos maiores valores e ideais do poder constituinte.

O artigo 60 § 4º da Constituição Federal elenca as CP, assim, as verdadeiras limitações materiais ao Poder constituinte derivado reformador. Tais limites impõem até onde o legislador pode alterar a carta maior isto porque nestes incisos temos a própria essência da constituição de forma que altera-los é também modificar o perfil constitucional o que seria inadmissível.

Deste modo, são descritos como valores fundamentais que devem ser respeitados. Ainda, no inciso IV, do art. 60, o constituinte estabelece a vedação a emendas tendentes a abolir os direitos individuais. Contudo, sem dúvida, deve-se interpretar tal dispositivo de modo a estender a proteção dada pelo constituinte também aos direitos fundamentais como um todo.

Sabe-se que os direitos fundamentais são compostos não apenas pelos direitos individuais englobando também outros direitos tais como, os direitos sociais e os coletivos. Portanto, amparados ainda na historicidade dos direitos fundamentais, sempre deverão tais direitos serem ampliados mais nunca abolidos.

A única hipótese em que seria possível conceber uma restrição a algum direito fundamental seria no caso de ampliar um outro direito. Frise-se contudo, que jamais pode-se admitir qualquer inovação que tenda a abolir tais direitos.

Por equilíbrio e honradez, ao que se desenvolveu nesta pesquisa, pode até se cogitar em redução, o que se dará em caráter excepcional, mas sempre que isto oportunize, que importe forçosamente na ampliação de outro direito fundamental.

No caso da Emenda Constitucional 96/2017, é evidente que trata-se de inovação tendente a abolir o direito fundamental ao meio ambiente e por

⁸¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p.169

consequente, aos animais não humanos. Incontestável é a violação ao comando constitucional que restringiu o alcance da norma de proteção ao meio ambiente sem oportunizar uma ampliação.

Não se pode considerar como válida a hipótese de que houve um acréscimo do direito a cultura vê que existem diversas outras formas de se preservar a manifestações culturais sem que isto importe na crueldade e maus tratos aos animais.

Ao longo da história, as manifestações culturais foram se modificando e se adaptando as novas realidades do direito. Certamente, uma vez já considerado cultural os gladiadores, os homens jogados aos leões e porque não numa realidade mais recente a triste luta entre os escravos até que um eliminasse o outro.

Se tais manifestações fossem consideradas apenas do ponto de vista cultural certamente conviveríamos com elas até hoje. Até mesmo a cultura deve ser analisada sob o ponto de vista do direito. De modo que, não se deve isolar a realidade social. Nos dias atuais vivemos uma forte reaproximação do direito com a ética, própria do pós-positivismo.

Desse modo, também devemos considerar a realidade social e não apenas ficar presos no “dever-ser”. Mas, sem dúvidas, a força normativa da Constituição deve ser fator de transformação dessa realidade. Deve-se, portanto, buscar ao máximo o amoldamento da realidade para os valores consagrados na Carta Maior.

Nesse sentido, até mesmo as manifestações culturais devem se adaptar aos novos direitos que são consagrados a cada momento. Até porque uma característica própria da cultura é a sua dinamicidade, ou seja, ela se transforma a todo tempo, refletindo os ideais de uma sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho de pesquisa faz-se conveniente, a apresentação de algumas proposições, como forma de catalogar todos os resultados obtidos que influenciam na verificação e comprovação da tese suscitada e defendida neste percurso investigatório.

Assim, levando-se em consideração os argumentos extraídos nestes capítulos é imperioso registrar que:

1. Nas sociedades contemporâneas, grandes sistemas jurídicos foram estruturados. Há multiplicidade dos direitos e uma variedade de sistemas. Nas sociedades ocidentais dois agrupamentos, duas famílias jurídicas se constituíram. A primeira família de direitos é a romano-germânica (*Common Law*), a outra, a família do *Civil Law*.

2. No sistema *Common Law*, nascem dois sistemas jurídicos; um, mais antigo, relativamente aos ingleses e outro, ao dos americanos. Assim, há *Common Law* inglês e o *Common Law* do Direito dos Estados Unidos da América.

3. O ideal de Constituição prevaleceu na constituição do *Common Law* americano, estadunidense. Os Estados Unidos da América são detentores de um sistema misto entre o *Common Law* e o *civil law*. A constituição Americana proclama a autonomia entre as unidades da federação, o que se deve ao método descentralizado de colonização.

4. Na tradição do *Common Law* não existem as regras de precedentes. O caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, que a Casa dos Lordes (*House of Lords*) reconheceu a obrigatoriedade de vinculação ao precedente. Com isto a *ratio decidendi* uma vez declarada passou a vincular os tribunais inferiores e os demais súditos.

5. O *Judge-make law* contempla o modelo do papel do juiz, no direito inglês, como um tipo de legislador. A teoria dos precedentes vinculantes apresenta que a força vinculativa está no princípio elaborado na decisão, ou seja, no *holding*, na *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é tida como o coração da teoria dos precedentes.

6. O poder judiciário, durante a revolução francesa, foi encarado com reservas, uma vez que os Juízes estavam desvinculados das ideias revolucionárias da Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade. A imagem era a de Montesquieu e o Juiz era de atuar como um "boca-da-lei".

7. O termo *stare decisis* que se traduz no brocado "*stare decisis et non quieta movere*", ou seja, na determinação de que deve-se manter a decisão que se solidifica ("mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido").

8. No *stare decisis*, os juízes obedecem ao sistema de precedentes. A garantia, integridade, unidade e coerência são princípios deste sistema. O objetivo primordial constitui na previsibilidade dos julgamentos.

9. A vinculação ao precedente produz a estabilidade do direito sendo o *case law* percurso da ciência do direito com o fito de promover a certeza, estabilidade e segurança dos direitos.

10. Precedente horizontal é o dever de vinculação do tribunal às suas próprias decisões, mantendo íntegro o sistema de justiça. Chama-se de autoprecedente.

11. Precedente vertical é o dever de subordinação das cortes e tribunais inferiores as decisões previamente estabelecidas.

12. *Common Law* e *Stare Decisis* são duas realidades próprias e se estabelecem como independência frente às conjecturas de suas origens e processos de formação.

13. O sistema jurídico brasileiro tem suas raízes no *Civil Law*. No *civil law*, as regras de direito são concebidas como regras de conduta, relacionadas aos dilemas de justiça e da moral. O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, indica um caminho de respeito ao sistema de precedentes judiciais.

14. A estabilidade promove o respeito às decisões tomadas, não admitindo a arbitrariedade da modificação unilateral e desmotivadas. Estabilidade não importa em engessamento, pois a alteração pode ocorrer mas de forma razoável em razão alteração dos motivos que a determinaram.

15. Com a segurança nascem dois pilares, a estabilidade e a previsibilidade. A decisão previsível nasce da interpretação sendo abominável o julgamento de casos análogos de forma diferenciada.

16. A estabilidade implica na manutenção e no respeito as decisões tomadas, não admitindo a arbitrariedade da modificação unilateral e desmotivadas.

17. A luta pelo fortalecimento do microssistema de precedentes vem se fortalecendo. São fatores como o tempo e as denúncias sobre as mazelas da morosidade que dão ensejo aos crescentes argumentos em seu favor. Reformas foram introduzidas como no incidente de Uniformização da jurisprudência, pelo qual cada vez mais vai se anunciar a busca da previsibilidade e estabilidade, finalidades perseguidas para a efetividade do direito.

18. O Poder Judiciário através dos julgamentos de suas cortes superiores, tem promovido autêntica interpretação das normas constitucionais, provocando o respeito às decisões e fortalecendo o sistema de justiça. A coerência normativa mantém íntegros os princípios e valores de ordem superior.

19. A Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, é a reforma do Judiciário que dentre outras coisas, tratou das mudanças na estrutura do Poder Judiciário apresentando as modificações na estrutura e composição dos tribunais judiciais, instituiu o Conselho Nacional de Justiça e determinou a inserção do art. 5, LXXVIII, na Constituição Federal, que versa sobre o tempo no processo.

20. Muitos argumentos se consolidam em favor da força dos precedentes, muito embora existem teses contrárias à força vinculante e que afirmam ser incompatíveis. Apresentam-se argumentos como o impedimento ao desenvolvimento do direito, a estagnação das decisões, a impossibilidade concreta de isonomia substancial, o desrespeito ao princípio da separação dos poderes, a transgressão a independência do juiz, ao princípio do juiz natural e até ao acesso à justiça.

21. A não aplicação do precedente importa em desrespeito a igualdade, uma vez que os casos iguais exigem julgamentos uniforme. O sistema de Justiça valoriza a uniformidade e o respeito à produção das Cortes Superiores, em especial no Brasil o STF e STJ.

22. A força vinculante dos precedentes afirma a coerência e fomenta a segurança jurídica. Valorem-se os princípios da previsibilidade e estabilidade.

23. Os 12 (doze) primeiros artigos do CPC disciplinam as regras fundamentais para o processo que, em verdade, não se exaurem e nem se encerram em si mesmas ou nestes dispositivos. Existem regras que estão na CF e não foram prescritas neste diploma legal de 2015.

24. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Precedente constitui a primeira decisão de uma tese jurídica. Precedentes são modelos de julgados sobre casos que adquirem força e se impõem observância para outras decisões.

25. Não existe uma classificação dos precedentes de uma forma categórica. Pode-se falar em categorias de precedentes. São elementos dos precedentes a *ratio decidendi*, *obiter dicta*. Através desta análise se pode defender a força vinculante e a eficácia dos seus fundamentos.

26. A necessidade de aplicação de um precedente converge a determinação dos seus elementos constitutivos, quais sejam: *ratio decidendi*, *obiter dictum*.

27. *Ratio decidendi* deve ser compreendida como os fundamentos jurídicos que embasam a decisão, se constituindo na opção hermenêutica, a tese jurídica que apresentam a solução de determinado caso concreto, sem os quais a norma individual não teria sido formulada naquele sentido.

28. A *holding* implica na *rule of law*, um precedente, é o elemento substancial para a aplicação do princípio do *stare decisis*.

29. A força obrigatória proporciona a segurança jurídica. A *Ratio decidendi*, assim, estabelece uma generalização das razões consideradas como orientações necessárias e suficientes, pelo julgador, para decidir um caso.

30. O *obiter dicta*, (*dictum*) são os argumentos jurídicos auxiliares da motivação da decisão, que dão ensejo a juízos normativos acessórios, provisórios, secundários.

31. Não se extrai do *dictum*, um argumento essencial, mas apenas um demonstrativo não determinante. São afirmações e comentários que muito embora constituam o bojo motivacional da decisão não detêm fundamento determinante. Não contém poder vinculante, mas pode constituir-se como elemento persuasivo.

32. A *ratio decidendi* é uma norma necessária que representa uma economia de esforços, seja para magistrados ou advogados que não desperdiçam suas forças como a demonstração de mesmos argumentos que recaem sobre as mesmas causas.

33. Existem técnicas ou circunstâncias para a aplicação dos precedentes. O precedente judicial deve ser seguido. Deve-se verificar a necessidade de superação do precedente ou de sua revogação. Estas técnicas são elaboradas para investigação da obrigatória continuidade de aplicação do precedente. Deve-se aferir se o precedente foi ultrapassado, e para tanto surgem dois métodos: *Distinguishing* e o *Overruling*.

34. *Distinguish* é método que consiste em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *ratio decidendi*. Existem outras técnicas de superação das precedentes como o *overruling* e o *overriding*. O *overruling* se dá a revogação do precedente, por conseguinte se dará a substituição do precedente por outro precedente. A revogação do precedente pode ser tácita ou expressa. É o que se chama de transformação do precedente.

35. A palavra “constituição” tem muitos significados e pode ser analisada sobre o enfoque de diversos sentidos, com sociológico, político e jurídico. É importante destacar o sentido positivo que revela a vontade política do Estado.

36. Pode ser considerada como a norma fundamental que encerra o sentido de validade das garantias dos direitos fundamentais. A Constituição pode ser compreendida como uma norma jurídica fundamental, rígida e suprema, sendo estes os elementos que a distinguem das leis comuns.

37. ADI 1662/SP justifica a aplicação da transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos seus princípios. Assim, os fundamentos da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

38. O efeito vinculante nasce do papel político-institucional exercido pelo Tribunal Constitucional, que tem por função zelar pela observância da Constituição. Assim, é dever se preservar o alcance do efeito vinculante das decisões que não está limitado à sua parte dispositiva, devendo ser considerados os fundamentos determinantes.

39. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a necessidade de aplicação sobre a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes. Como se

observou pronunciamentos existiram no sentido de sua aplicação, mas de fato a doutrina não se recepcionou com no ordenamento jurídico brasileiro.

40.O efeito vinculante está expresso na parte dispositiva do acórdão, como fonte de segurança jurídica. O CPC prescreveu que os motivos determinantes do acórdão não fazem coisa julgada. Mas, tal dispositivo veio atrair para si olhares duvidosos em razão da sobreposição de conceitos relativamente a coisa julgada e efeito vinculante. Neste sentido, o constitucionalismo surgiu como movimento político e filosófico encerrando a ideal de liberdade humana. As Constituições brasileiras observam as garantias individuais e direitos fundamentais.

41.A Constituição carrega um aspecto de transformação na medida em que prever valores, fomenta opções políticas fundamentais que servem de limite e vínculo da maioria e desta forma, garantindo a concretização dos direitos fundamentais.

42.A constituição, mãe de um ordenamento jurídico de um Estado, é o centro axiológico que norteia a formação das demais normas que o compõe. Sendo assim, para a aplicação de qualquer norma e verificação de sua validade deve-se analisar prima facie a sua concordância com os direitos garantidos pela Constituição.

43.Deste modo o constitucionalismo, em uma de suas acepções, representa justamente, o movimento jurídico, político e sociológico no qual se erguem as constituições.

44.Por sua vez, o Neoconstitucionalismo representa o momento mais contemporâneo das constituições marcado pela valorização do conteúdo material das constituições, consolidando, especialmente a sua forma normativa, a superioridade, com uma preponderância dos princípios e valores constitucionais.

45.O Neoconstitucionalismo revela o valor normativo da constituição e veda ao retrocesso e por isto a rigidez constitucional é um elemento básico, devendo ser observado que as mudanças do texto constitucional não podem afetar as cláusulas pétreas.

46.A Constituição é a norma jurídica dotada de imperatividade, pelo que deve ser aplicada em todas as relações independentemente de outras normas e por isto tem um status superior, a qual todas as demais normas se submetem. Assim, a constituição é definitivamente o centro axiológico do qual irradiam as demais normas de dado ordenamento.

47.A declaração de inconstitucionalidade é fundamental, não havendo como se permitir a manutenção de normas que se afastam dos comandos normativos constitucionais. A declaração de inconstitucionalidade advém do reconhecimento da invalidade de uma norma sendo por conseguinte, estancados seus efeitos e sua eficácia

48.O Ordenamento jurídico tem como referência a Constituição e suas diretrizes são de fundamental a observância em razão da unidade e da ordem. O Controle judicial de Constitucionalidade das leis deve ser compreendido como um dos instrumentos de maior valor para o direito constitucional e para a Ciência política.

49.Considerando a constituição como norma suprema é que surge a necessidade de compatibilização da harmonização das demais normas com as normas constitucionais.

50.O controle de constitucionalidade implica na verificação da adequação, do objeto ao paradigma. Defender-se a Constituição somente é viável através do seu controle, sendo uma exigência, expressa ou implícita, a competência um ou mais órgãos para realizá-la.

51.O Supremo Tribunal Federal repele a tese de lei inconstitucional superveniente por compreender que haveria impossibilidade do pedido. Não se pode falar de tal espécie no direito brasileiro. A inconstitucionalidade é vício, desvalor relacional.

52.Pode-se afirmar que existem três modelos de controle de constitucionalidade: o político, o social e o misto e pode ser, por isto mesmo, exercido por diversos órgãos, pertencentes ou não ao Poder Judiciário.

53.O Brasil adota os dois critérios: o difuso no controle em concreto e o concentrado no controle em abstrato. O controle de constitucionalidade difuso é a modalidade mais antiga de controle do Direito Brasileiro, tendo nascido sob inspiração do modelo estadunidense. Neste tipo, o controle da constitucionalidade é exercido por todos os integrantes do Poder Judiciário, ou seja, qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da lei no caso em exame.

54.O Controle difuso é concreto, sendo a causa de pedir, ou seja deve ser resolvido de forma incidental a fim de garantir o pedido que se busca no caso concreto. Examina a constitucionalidade de uma norma concretamente.

55. Na década de 60, ao controle de constitucionalidade é incorporada a modalidade concentrada, passando-se a um sistema combinado. Até então, a jurisdição constitucional no Brasil era tipicamente difusa, e com a Emenda Constitucional de 16/65, incorpora o controle concentrado.

56. O modelo concentrado por sua vez é o próprio pedido da ação, razão pela qual é denominada Ação de cumho objetivo uma vez que não envolve lide nem partes. Desta forma, existirá um órgão específico competente para a sua apreciação, qual seja o Supremo Tribunal Federal. Neste caso, far-se-á uma análise da norma abstratamente tendo esta decisão efeitos erga omnes, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e devendo ser respeitado pela administração Pública. Não há vinculação em tese do Poder legislativo sob pena de restar configurado a fossilização do ordenamento jurídico.

57. A inconstitucionalidade tem efeito declaratório, com efeitos ex tunc, ou seja, o ato é declarado nulo. Esta é a sua natureza é a atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, que manteve a posição do direito estadunidense relativamente a natureza do comando sentencial no controle judicial de constitucionalidade. O caráter declaratório se revela na mera circunstância do ato sentencial não dispor de nenhum acréscimo à norma ou ato que será considerado fora dos parâmetros constitucionais.

58. Há uma exceção às regras e aos princípios, se aponta como tal, a natureza constitutivo-negativa, quando na hipótese de inconstitucionalidade interventiva, pois além de ser declaratória, a sentença deve restabelecer a ordem do Estado ou Município, que sofreu a intervenção.

59. Na modalidade concentrada, o controle é exercido por um Tribunal Superior e o objetivo da ação é a própria declaração da inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo.

60. A Constituição Federal afirma que Supremo Tribunal Federal é o guarda da Constituição, cabendo-lhe, processar e julgar, originariamente as matérias consignadas taxativamente no art. 102, I da CF. Esta competência originária advém da complexidade e essencialidades caracteristicamente constituintes destas matérias, portanto, é rol exaustivo.

61. Os historiadores observam que o Supremo teve origem nas Casas de relação criadas durante o período Colonial e na Casa de Suplicação e sem dúvida

foi graças a doutrina constitucional americana que se outorgou ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da federação.

62.O Supremo Tribunal Federal não pode ser compreendido em sua natureza como uma Corte Constitucional frente ao imenso leque de competências como a de processar e julgar *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção dentre outros, o que descaracteriza a sua ação como constitucional.

63.Com a Emenda Constitucional 45, que o País sofre uma grande mudança na estrutura do Poder Judiciário, alterando-se os dispositivos 5, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 134 e 168 da CF.

64.A modulação dos efeitos temporais possibilita a alteração do termo inicial da produção dos efeitos da súmula vinculante, transportando para o futuro a produção dos efeitos pelo fato de não se possível a aplicação retroativa à data da proposição ou mesmo anterior a ela.

65.A Reversão Jurisprudencial por Reação Legislativa se constitui como fenômeno pelo qual, após referendado por um Tribunal, uma opção interpretativa em favor de um ponto polêmico de grande conteúdo sócio-político, se insurge o poder político, que em autentico processo de reação contraria a decisão judicial proferida, tendo por objetivo sanar, impossibilitar e até conceder por sua ação uma outra interpretação diametralmente oposta a constituída no julgado do Tribunal.

66.O efeito *backlash* ocasiona dúvidas sobre benefícios da jurisdição constitucional, quando o assunto são os direitos fundamentais. No caso, no direito constitucional americano como se vê em *Roe v. Wade*, *Furman v. Georgia*, *Obergefell v. Hodges* e *Brown v. Board Education*.

67. No Brasil, destacam-se dois casos de reversão legislativa como as do julgamento da ADI 5105/DF e da ADI 4983/CE, no Julgamento das Vaquejas.

68.A Constituição de Portugal de 1911 é a primeira na Europa a consagrar um sistema de fiscalização jurisdicional difuso. Com a Constituição de 1976, o Legislador Constituinte Português, manteve o controle judicial, difuso e concreto e também, faz permanecer o controle político, criado Leis constitucionais da Revolução, de responsabilidade do Conselho da revolução.

69. A constituição Portuguesa estrutura bem seu controle limitando seu objeto. A fiscalização constitucional portuguesa frente ao artigo 277 incide sobre normas

judiciais. Este controle sobre atos dos poderes públicos não é parcela de competência do Tribunal.

70.O Constituinte brasileiro conheceu e absorveu em parte elementos da Constituição Portuguesa de 1976, saboreou dos seus institutos, extraíndo um néctar vindo a “importar” a modalidade do controle de inconstitucionalidade por omissão.

71.Lamentável o fato do legislador pátrio não ter tido o empenho em se debruçar sobre aquele arcabouço constitucional, primoroso na formação na teoria fiscalizadora, deixando para trás a oportunidade de incorporar a técnica e metodologia impressas pelo legislador português neste aspecto.

72. Atualmente, vários debates estão sendo em torno da ética, inclusive, no que diz respeito à perspectiva comportamental dos animais não humanos. Alguns ramos os ignoram por completo, ao passo que outros entendem que os animais não humanos como entes de consideração moral, revelando posições díspares.

73. Além desse embate ético, outras áreas do conhecimento, incluindo-se o Direito, passaram a examinar com critérios e objetividade a relação do ser humano com o animal não humano, surgindo novas teorias e concepções que vão desconstituindo paradigmas estabelecidos e construindo-se outros novos.

74. A crise dos paradigmas atinge todas as áreas do conhecimento, bem como também sobre o fenômeno jurídico e desencadeia revoluções científicas, a partir de um conceito de que um paradigma mais antigo pode ser total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior, e permite o constante debruçar-se sobre um objeto de pesquisa.

75. Necessário que alguns termos, ideologias e correntes ligadas ao Direito Animal devam estar por demais solidificados e esclarecidos. Assim, o são com as correntes do antropocentrismo, biocentrismo, ecocentrismo, e com o termo especismo.

76. Enfatize-se que os animais não humanos podem ser considerados como são sujeitos de Direito, e como tal, podem reivindicar os direitos, inclusive os relativos a defesa de seus próprios interesses fundamentais, vida, integridade física e liberdade.

77. Quando o tema é a cultura, aponte-se a realidade do multiculturalismo, por meio do qual se constata o grande impasse quando entram em choque critérios e valores e até mesmo normas jurídicas, que podem defender valores que se

opção.

78. Com a Constituição Federal de 1988 se instaurou um momento divisor, um novo paradigma é construído, como se verifica ao se contemplar no Art. 225, *caput*, que prescreve o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

79. Os animais não humanos tem proteção, sendo vedada a crueldade no inciso VI do § 1º do art. 225. A norma constitucional carrega aspecto biocentrista e esta tutela reclama uma nova dimensão para os direitos fundamentais.

80. O § 7º do art. 225, acrescido à CF pela EC 96/2017, não deixa para traz os avanços expressos nos precedentes constituídos pelos julgados sobre a causa animalista pelo Supremo Tribunal Federal.

81. O precedente a ser destacado recai sobre o julgamento do Recurso Extraordinário n 153.531-8/SC, onde nota-se a acirrada discussão em torno da possibilidade de se obrigar o Estado de Santa Catarina a proibir a farra do boi, por se tratar de evento que exhibe animais a tratamento cruel e desumano.

82. A prática popular e cultural que dá origem a crueldade e maus tratos aos animais não devem prevalecer, devendo ser coibida no território Nacional. É o julgamento Recurso Extraordinário n. 153.531-8/SC, precedente a amparar a prescrição do art. 225, VII CF obrigando o Estado de Santa Catarina a deixar de promover a Farra do Boi.

83. Este caso já alertava para o conflito entre as normas constitucionais que versam sobre Direitos fundamentais, neste caso, a cultura e o meio ambiente.

84. A CF garante o pleno exercício dos direitos culturais, das manifestações culturais e determina que o Estado proteja as manifestações culturais populares como se pode ver no art. 215, *caput* e parágrafo primeiro.

85. Neste embate, o meio ambiente, pelos precedentes judiciais emanados dos julgamentos que enfrentaram a temática da proteção aos animais e das tradições culturais, (Recurso Extraordinário 153531/SC e Ação Direta de Inconstitucionalidade 1856/RJ), consolidaram o entendimento pela vedação a práticas cruéis.

86. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas que não enseje práticas de crueldade. Ainda sobre a jurisprudência, a manifestação mais recente do

Supremo Tribunal Federal sobre o tema crueldade aos animais pode ser analisada através da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Federal, em 18/06/2013, perante o Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e “p”; e 103, VI da Constituição Federal, e nos dispositivos da Lei nº 9.868/99, contra a Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural.

87. Neste julgamento ainda não existia o acréscimo do § 7 do art. 225 CF e como tal a vaquejada foi considerada prática cruel e declarada a nulidade da lei do Ceara 15.299/2013, afastando-se deste modo a prática esportiva.

88. Deste modo, sobre a prática de utilização de animais em Vaquejadas com fins para a diversão, agora tida como desportiva, mesmo culturalmente aceita foi considerada ato cruel, sendo repelidas lei do Ceará, Importante ressaltar, que a época do julgamento da ADI das Vaquejadas, o Estado Brasileiro dispunha de norma constitucional que não admitia quaisquer práticas que se revelassem em crueldade aos animais.

Estes 88 fragmentos conclusivos, relativamente aos três primeiros capítulos desta tese, constituem-se como âncoras hipotéticas comprobatórias deste trabalho de pesquisa que se debruçou sobre o Supremo Tribunal Federal, para investigar se é possível a Suprema Corte do Brasil não levar em consideração em suas decisões proferidas no processo de fiscalização constitucional a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes.

Desta forma, o harmônico agrupamento das proposições laboriosamente arquitetadas nos três primeiros capítulos de conteúdos aparentemente tão repletos de disparidade, mas que, em verdade, não o são; pois, foram organizadamente cotejados, com o único intuito de comprovar que a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes consolida a missão do Supremo Tribunal Federal no seu elevado dever de preservar a força normativa da Constituição, como se declinou no quarto capítulo.

Acredita-se que há precípua necessidade de se atorar a Teoria dos efeitos Transcendentais nas decisões proferidas no controle concentrado de Constitucionalidade. Ressalve-se que adotar precedentes e que as vinculações aos seus efeitos não importam no engessamento do direito que pode ser revisitado pelos mecanismos hábeis para sua modificação.

Nasce para o Julgador um dever no seu papel ao decidir quando o assunto é a jurisdição constitucional. Não se trata de mera liberalidade em razão da especificidade e relevância do tema constitucional. O Juiz deve sempre inferir, articular e atribuir efeitos transcendentais às decisões do controle de constitucionalidade. Tudo isto valora a ação do Julgador que baliza a aplicação do precedente ao caso concreto, posto que viola o espírito do microssistema a utilização automática sem que se proceda a análise criteriosa e vigilante das condições e fatos individuais e característicos de modo a se adequar o caso anterior ao atual.

A ausência do dever de inferência do Julgador aos efeitos transcendentais quando das decisões no controle de constitucionalidade oportuniza o descrédito no papel e de sua atuação, fragilizando o próprio Supremo Tribunal Federal que deixa de constituir-se como guardião da Constituição Federal.

Mesmo no sistema do Civil law a estruturação de um forte sistema de precedentes beneficia o sistema de justiça. Traz prestígio a atuação dos Magistrados e serve de novos parâmetros, redefinindo o conteúdo das normas, reelaborando seus significados em vista das insurgentes possibilidades investigativas, extraídas com do processo de diálogo crescente do espírito constitucional com os novos saberes, com a identificação teológica do caso concreto.

Este é o terreno fértil no qual o *civil law* tem se permitido, no Brasil, absorver das engrenagens do *Common Law* e do *stare decisis*, readaptando-as a sua conjuntura processual, reimprimindo um novo caráter ao seu microssistema de precedentes. O sistema de justiça se oxigena com a insurgente tarefa criativa do julgador, qual se perfaz, assim, em autêntico artífice e participe permanente da defesa dos Direitos Fundamentais instituídos, preservando as sólidas raízes Estado Constitucional Brasileiro.

Nas ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de reconhecimento das inconstitucionalidades/constitucionalidades são produzem efeitos *erga omnes* e vinculante, e como tal, se retira do ordenamento o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição e neste processo deve ser considerada a eficácia transcendente da fundamentação e não somente, efeitos restritivos que abrangem o dispositivo da sentença.

Destarte, entra em rota falimentar todo o ordenamento jurídico quando ignora a transcendência dos efeitos determinantes, assim foi demonstrado, invertendo-se a ordem constitucional, promovendo o esfacelamento da Corte constitucional brasileira.

O respeito aos precedentes e a transcendência foram postos a prova mediante o estudo da ADI das Vaquejadas, que ousou chamar a atenção um único fundamento: a força normativa da Constituição. Repita-se, qual foi aniquilado pelos atos que se sucederam a declaração de inconstitucionalidade.

Ora, quando o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a Lei do Ceara Lei nº 15.299/2013, que regulamentava a atividade da “vaquejada” como prática desportiva e cultural, no Estado do Ceará por violar a Constituição Federal em seu art. 225, §1, inciso VI que vedava práticas que submetessem os animais a crueldade, consolidava precedentes prestigiando e robustecendo o sistema jurídico. Não resta dúvida.

Contudo, através do julgamento da Reclamação constata-se, de forma contundente, a rejeição, a transcendência dos motivos, quais, se por ventura tivessem sido acolhidos, imprimiria grande eficácia a decisão, salvaguardando especialmente a força normativa da constituição, uma vez que a decisão do STF vincularia, ao caso futuro, todos os órgãos e autoridades, o que não ocorreu.

Ao lado da festejada preservação da supremacia da constituição, outros valores seriam também mantidos e denotariam respeito ao ordenamento, como a segurança jurídica a previsibilidade das decisões, a uniformidade do direito e coerência jurídica e a igualdade. Além disto, seria mantido incólume a própria função institucional atribuída ao STF.

Acresça-se a estas conclusões o fato de que, após o julgamento da ADI 4983/CE, uma avalanche legislativa se instaurou contra a decisão do Supremo, se deflagrando um enfático processo de reversão que deu origem a Emenda Constitucional 96/2017, vindo a ser introduzido novo parágrafo ao art. 225 da Constituição Federal, o 7º com a prescrição de que não devem ser considerados cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 da CF.

A hipótese de superação legislativa não macula o julgado contido na ADI das Vaquejadas. A verdade é que a emenda 96/17 ofende direito fundamental, e como tal

se reveste como inconstitucional na medida em que deixou de atentar para o artigo 60, §4, IV da CF.

O efeito Backlast foi tormentoso, e como tal, depôs contra o Estado de Direito na medida em que violou os direitos e as garantias individuais, na forma prescrita no art. 60, §4º, IV CF. As cláusulas pétreas foram esquecidas e desrespeitadas, o que desencadeia uma desintegração das normas e de toda estrutura constitucional consolidada e sem a qual o Estado não pode sobreviver.

A decisão de inconstitucionalidade preferida na ADI 4965 das Vaquejadas permite aduzir o quanto é necessária a atuação sólida, coerente e eficaz do Supremo Tribunal Federal. Através dela, se contribui para elevação de um processo efetivo e a Jurisdição constitucional é um dos mais importantes instrumentos que dispõe o STF na sua missão de guarda dos valores constitucionais.

Estes episódios, estes acontecimentos após a decisão da ADI 4965, (reclamação, reação legislativa, etc.), podem de fato existir; contudo, a falta de reconhecimento da eficácia vinculante somente a parte dispositiva, sem se agregar os próprios fundamentos determinantes, sem dúvida, fragilizam a ação do STF, macula o sistema de justiça com a incoerência, eternizam discussões ‘na justiça’ e nada contribuem a evolução da hermenêutica constitucional.

Não se espera isto nestes tempos atuais, princípios imperam, como a segurança jurídica, integridade sistêmica. Se exige com ênfase, com o advento do Código de Processo Civil, que haja fundamentação dos julgados e, isto passa a denotar a responsabilidade do julgador cada vez maior, com a decisão proferida em cada caso concreto, uma vez que esta pode se estender para além deste caso e enraizar-se nos semelhantes, dando-lhe sustento.

Um novo período se desencadeia no controle de constitucionalidades e irradia luz para os julgamentos futuros aprimorando o sistema jurídico e lhe imprimindo autoridade, caso seja reconhecida a transcendência dos efeitos.

Que Supremo Tribunal Federal cumpra o seu papel, sem temor, com identidade, imprimindo em seu agir um caráter primordial: o de ser protagonista na efetividade da constituição. É preciso, portanto, que o Pretório excelso se comporte e se reestruture como autentica Corte Constitucional esvaziando-se de funções que não lhe acrescem o verdadeiro valor na promoção do Estado de Direito, em favor da democracia e dos direitos fundamentais.

O sistema Brasileiro abomina a instabilidade e o cidadão exige a igualdade. A previsibilidade e a estabilidade devem ser convoladas em todas as ações do Poder Judiciário sob pena de esmiuçar a ação do julgador, que ao descrédito sempre será levado. É preciso consolidar a tese da força vinculante dos precedentes, é necessário lutar pela a eficácia transcendental dos fundamentos no controle de constitucionalidade. É a ordem jurídica que o reclama.

Por fim, não sendo o objetivo desta pesquisa defender ou não as Vaquejadas, entende-se que não se poderá encerrar todo este discurso sem apontar um desfecho, um espaço reservado sobre o tema e ofertar um parecer particular desta pesquisadora.

Assim, no tocante as Vaquejadas, malgrado a lastimável afronta aos direitos fundamentais, com a Emenda Constitucional 96/ 2017, estas não perderam a sua índole, não deixaram de ser um mal em si mesmo. São nítidos palcos da crueldade contra os animais não humanos. Provam a existência da dor e o sofrimento, desproposita e, portanto, inconcebível.

Alerte-se por cautela: a lei não mudará a realidade sobre a vaquejada, não disfarçará o mal, não acobertará nada, absolutamente nada que o espírito da cidadania não acolha. Uma vez contaminadas, as leis, serão, mais cedo ou mais tarde, expurgadas do ordenamento jurídico. A força normativa da constituição nasce para estar a serviço do cidadão no respeito aos seus direitos fundamentais fomentando a integridade sistêmica em todas suas dimensões.

O ser humano em seu caminho vem permitindo o enraizamento de uma nova consciência que revela o alargamento da cidadania, pois ela, quando cidadania aniambiental é uma ponte para uma nova convivência planetária, onde, também, os animais não humanos são convocados a partilhar deste novo estágio de vida. Uma cidadania para muito além dos humanos e se revela na compreensão de que todos os seres vivos são chamados a atuarem como partícipes dos destinos do Universo.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Berenice Gehlen. O que é Educação Ambiental. *Definições de Educação Ambiental*. 2005. Disponível em: <<http://www.apoema.com.br/definicoes.htm>>.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira. In: *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. NOVELINO, Marcelo. Salvador: JusPodium, 2008.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

ALMEIDA, Santos Paulo de. Os direitos dos animais: antropocentrismo, tolerância e reflexão jurídico-ambiental. In: MAGALHÃES, Valéria Barbosa de; Vânia Raal, Vânia (Org.), *Reflexões sobre a tolerância: direitos dos animais*. São Paulo: Humanitatas, 2010.

ANDREWS, Neil. *O Moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

ARAÚJO, Fernando. *A hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

ARGOLO, Tainá Cima. Animais não humanos encarados como sujeitos de direitos diante do ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://www.svb.org.br/curitiba/artigos/animais.pdf>>.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC*. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos (Coordenador Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: JusPodium, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentias e controle das políticas públicas*.(s/d)

BARBERIS, Maurício. "Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo na Moral. <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11446/10489>>.

BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 1, n. 4, p.34-43, 1 abr. 1968 (p. 37).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5 Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARRETO JÚNIOR, Jurandir Antônio Sá. *Entre o ser e o dever ser: reflexão sobre a natureza do direito e do estado na teoria pura do direito de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentias e controle das políticas públicas*.(s/d)

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito Constitucional Contemporâneo Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva; 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Supremo Tribunal Federal, Legitimidade e Corte Constitucional. In: Revista Direito e Liberdade, Mossoró, V. 8, n.1. 07/11/2011, Disponível em: <[HTTP: http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/25/12](http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/25/12)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconellos e. *A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo: Bioética e Biodireito. Ano 1, v. 1, nº 2. jul. 2001. São Paulo.

_____. Antonio Herman. *A constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira*. In CANOTILLO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (org). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmo em busca da iluminação*. São Paulo: Linear B, 2008.

BLACKSTONE, William. Commentaries on the law of England (fac-símile da 1a. edição, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

BOBBIO, Norberto. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. *Ecologia: grito da terra, grito dos pobres*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996.

_____. *Princípio da compaixão e cuidado: encontro entre Ocidente e Oriente*. Editora Petrópolis: Vozes, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A Quinta Geração de Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 01.08.2017, p. 86.

BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, Coimbra, 2010.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio Passos. *Coisas julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticos e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2009.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Byant. *Acesso a Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. porto Alegre: Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume II, 4ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARVALHO, Kildere Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição*. Direito constitucional positivo. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CAVALIERI, Paola. *The animal question: Why nonhuman animals deserve human rights*. Translated by Catherine Woollard. Oxford University Press, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASTRO, Flavia Lages de. *Historia do Direito Geral e do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2007.

CLAUS, Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CHAUHY, Rafaella. *Manifesto pelos Direitos dos Animais*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

COELHO, Teixeira, *A cultura e seu contrário: cultura, arte e política pós-2001*. Iluminuras : Itaú Cultural, São Paulo, 2008.

COMANDUCCI, PAOLO. *Formas de (Neo) constitucionalismo un Análisis Metateórico*. In, CARBINELL, Miquel. Neoconstitucionalismo(s)..Editorial Trotta SA, 2009.

CORDOVIL, Anaiva Oberst. *Direito animal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*. Coimbra: Almedina, 2002.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Jurisdição Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014.

CROSS, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Azevedo, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Curso Direito constitucional*. 5. Ed. rev. ampl. E atual. Salvador: JusPodiv, 2011.

D'AMBROSIO, Ubiratan. *Transdisciplinaridade*. São Paulo. 2ª ed. Editora Palas Athena. 2001.

D'AMICO, Pietro. *Common Law*. Torino: G. Giappichelli, 2000.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Matéria Efeito vinculante: prós e contras*, In, especial sobre a Reforma do Judiciário na Revista Consulex nº 3 de 31.3.1997.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DELGADO, José Augusto. O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Genebaldo Freire. *Educação Ambiental: princípios e práticas*. São Paulo; Gaia, 2004.

DIAS, João Luís Fisher. *O Efeito Vinculante: o Efeito Vinculante: Dos precedentes jurisprudenciais e Das súmulas dos Tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DICIONÁRIO Priberam. Priberam Informática S.A., 2012. (Formato de Aplicativo)

DIDIER, Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. atualizada, Editora JusPodium, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: 3 ed. Editora JusPodium, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Súmula Vinculante*. In: *Revista Forense*, Salvador, n. 434, jul./set., 1999.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>.

DROMI, José Roberto. La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “porvenir”. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord). El Derecho Público de Finales de Siglo: Una Perpectiva Iberoamericana. Madri: Fundación BBV, 1997.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de *Civil Law*. In: *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Cood. MARINONE, Luiz Guilherme. Salvador: JusPodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. 13ª. ed. Trad. Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Milão: Presença, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FELIPE, Sônia T. *Justiça como equidade: fundamentação e interlocuções polêmicas* (kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Editora Insular, 1998.

FELIPE, Sônia T. *Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas*. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2014.

_____. *A moral tradicional e o especismo elitista*. Agencia de Notícias de Direitos Animais (ANDA), São Paulo.

_____. Antropocentrismo, sensiosentrismo, ecocentrismo, biocentrismo. Agencia de Notícias de Direitos Animais (ANDA).

_____. *Fundamentação ética dos direitos animais*. Revista Pensata Animal, n. 11, maio de 2008. Disponível em: <<http://olharanimal.org/fundamentacao-etica-dos-direitos-animais/>>. Acesso em 10 agosto 2016.

_____. *Agência e paciência moral: razão e vulnerabilidade na constituição da comunidade moral*

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CEoQFjAC&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.ufsc.br%2Findex.php%2Fethic%2Farticle%2Fdownload%2F24542%2F21801&ei=GZYsUq-qEISa9gS8qIH4DQ&usq=AFQjCNGIboJWvZqBMxhpkHoM2WaZimvE_w&sig2=j24yznFWopU1RUbBldiKg>. Acesso em: 02 ago. 2017.

_____. *Crítica ao especismo na ética contemporânea*; a proposta do princípio da igualdade como princípio da igual consideração de interesses. Disponível em: <https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=18ec314643&view=att&th=140caa2e651c485b&attid=0.1&disp=inline&realattid=f_hky3ziy00&safe=1&zw&saduie=AG9B_P8CHh75_0kvq9wMlgcfEaLg&sadet=1378469633052&sads=TnwmzT0Z8hxROiZYHBYXyEv7adg&sadssc=1>. Acesso em: 04 ago. 2017.

FELIZOLA, Milena Brito. *A cultura do entretenimento com animais e o entendimento dos Tribunais pátrios*. Revista Brasileira dos Direitos dos Animais; v. 6, nº 9, 2014.
FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed. 5ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A Proteção aos Animais e o Direito: O Status Jurídico dos Animais como Sujeitos de Direito*, Curitiba: Juruá Editora, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª Ed. Ver. Atual e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O Poder Constituinte*. 4. Ed. Ver. Atual e amp. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

FINSEN, Lawrence; FINSEN, Susan. *The animal rights movement in america: from compassion to respect*. New York: Twayne Publishers, 1994.

FOX, Michael Allen. In, BEKOFF, Marc; MEANEY, Carron A. (Eds), *Encyclopedia of animal rights and animal welfare*. Westport, Connecticut: Greenwood Press.

FRANCIONE, G. L. *Introduction to animal rights: Your child or the dog?* Philadelphia: Temple University Press, 2000.

_____. *Rain Without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*. Filadelfia. Temple University Press, 1966.

_____. *Introdução aos direitos animais: seu filho ou o seu cachorro?* Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Litigância e sociedade*. – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 263, p. 13-34, maio/ago. 2013. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2083216?origin=JSTOR-pdf>. Acesso em: 04.03.2016. Traduzido por Tatiana Mesquita. Revisão técnica de Izabel SaengerNuñez.

GALGANO, Francesco. *Il precedente giudiziario in civil law*. in F. Galgano (a cura di), *Atlante didirittoprivatocomparato*, Bologna, 2006.

_____. *L'interpretazione del precedente giudiziario*, Contratto e impresa.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3. ed., 2001.

GOODHART, Arthur L. *The Ratio Ratio decidendi of a Case*. In: *JURISPRUDENCE in Action: a pleader's Anthology*. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953.

_____. *Determining the ratioreatio decidendi of case*. *Essays in Jurisprudence and the common law*. Cambridge: University Press, 1931.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução, 2008.

_____. *Darwin e a evolução jurídica: Habeas corpus para chimpanzés*. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/darwin.pdf>>.

GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. *Before (and after) Roe v. Wade: New questions about backlash*. *Yale Law Journal*, Yale, v. 120, n. 8, 2011. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/feature/before-and-after-roe-v-wade-new-questions-aboutbacklash>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2ª. ed. rev. e atual. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. *Prima lezione di diritto*. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.

GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. São Paulo: Edições Papyrus, 2011.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica europeia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JACOBI, Pedro. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742003000100008>.

JUNG, Carl Gustav. Os arquétipos e o inconsciente coletivo. Tradução Maria Luíza Appy, Dora Mariana R. Ferreira da Silva 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: *Hart Lecture at Georgetown Law Center, March 31, 2011 – Speaker's Notes*. Disponível on-line: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, São Paulo Prespectiva, 1998.

LAGO, A. A. C. Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e a três conferências ambientais das Nações Unidas. Brasil. Thesaurus Editora. 2007.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

_____. *A essência da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEFF, Enrique. *Sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Vozes. 2007.

LEITÃO, Geuza. *A voz dos sem voz: Direito dos Animais*. Fortaleza: INESO, 2002.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 8ª. ed. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEVAI, Fernando Laerte. *Direito dos Animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira; 2004, p. 59.

_____. *Cultura da violência: antropocentrismo e subjugação de animais*. In, MAGALHÃES, Valéria Barbosa de; Vânia Raal, Vânia (Orgs.), *Reflexões sobre a tolerância: direitos dos animais*, São Paulo: Humanitas, 2010.

_____. *Crueldade consentida: A violência humana contra os animais e o papel do Ministério Público no combate à tortura institucionalizada*. 2011.
LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. "Questões ambiental e educação: contribuições para o debate". *Ambiente e Sociedade NEPAM/UNICAMP*, Campinas, ano II, n. 5, 135-153, 1999. Acesso em: 14.11.2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X1999000200010&script=sci_arttext.

LINZEY, Andrew; REGAN, Tom. *Animals and christianity: a book of readings*. Eugene: Wipf and Stock Publishers. 1990.

LIPOVETSKY, G. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2 ed., trad. Alfredo GallegoAnabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a 'briga de galos' a partir da teoria de MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 10, p. 37-58, 2015. <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/15296/10474>.

LOSANO, Mario Gomes. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo. *Sustentabilidade e Educação: um olhar da ecologia política*. São Paulo: Cortez. 2012.

LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo. LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo. LAYRARGUES, Philippe Pomier. CASTRO, Ronaldo Souza de (orgs). *Pensamento complexo, dialética e educação ambiental*. São Paulo: Cortez Editora, 2006.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

LOVELOCK, James. *A vingança de gaia*. Rio de Janeiro: Intrínseca. 2006.

LOSANO, Mario Gomes. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad.: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira*.

LYOTARD, Jean François. *The Postmodern condition: a report on Knowledge*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

_____. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 4, p. 171. Acesso em 01.08.2017. <http://150.162.138.7/documents/download/7219;jsessionid=7167479B079CB553B05553E50BAB1C88>

MAIA, Antônio Cavalcante. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconsitucionalismo*. In Revista de Direito do Estado, ano 2, n. 5, jan/mar. 2007.

MACCORMICK, D. Neil and SUMMERS, Robert S.(org). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e AshgatePubliBlich Limited, 1997.

MACCORMICK, Donald Neil. *Rhethoric and therule of law: a theoryof legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Why cases have rationes and what these are*. In, Precedent in Law.

MAIA, Antônio Cavalcante. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconsitucionalismo*. In Revista de Direito do Estado, ano 2, n. 5, jan/mar 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma Corte Constitucional*. Publicado no Jornal Gazeta Mercantil em 05.01.2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009.

_____. *Sobre a Convergência (e divergência) entre Civil Law e Common Law*. In.. Asensi, Felipe Dutra; Paula, Daniel Giotti de (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI: v. 2*. Rio de Janeiro: Campus, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 2015. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no processo de controle de constitucionalidade abstrato de normas*. Revista Jurídica Virtual, vol. I, n. 4, agosto de 1999.

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067/1050>. Visitado em 18/05/2017.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica sem eficácia após o Novo Código de Processo Civil*. <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3596/2842>. Acessado em 01 de abril de 2017.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade jurídica dos grandes primatas*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. MARRYMAN, John Henry. *Sobre a Convergência (e divergência) entre civil Law w Common Law*. In, Asensi, Felipe Dutra; Paula, danielGiotti de. (Coor.) *Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI: v.2*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MILARÉ, Edis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, 2005, v.36, p.9-41, out./dez., 2004.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente doutrina, jurisprudência - Glossário*. 4. ed.rev.ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Direito do ambiente. A Gestão Ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T.II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I: Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Manual de Direito Constitucional – Preliminares: o Estado e os Sistemas Constitucionais*, tomo I, 9.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

_____. *Sobre o Direito Constitucional Comparado*. In: *Revista "Direito e Justiça"*, v. II, 1981/1986.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. *Revista dos Tribunais*: São Paulo: 2012.

MOLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOORE, Michael S. "Precedent, induction, and ethical generalization". In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. *Revista dos Tribunais*: São Paulo: 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2^a. ed. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOORE, Michael S. "*Precedent, induction, and ethical generalization*". In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MULLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na Republica Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 3, 2005.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Tomo I. Rio de Janeiro: s/n, 1955.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. Ed. rev., amp. e atual. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. *Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. JusPodivm, 2017.

_____. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: 2010.

_____. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 199, set./2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis (1928). 14 American Bar Association Journal - ABAJ, p. 71-77. Apud SOUZA, M. A. D.

OLIVEIRA, Gabriel Dias de. A teoria dos direitos dos animais humanos e não-humanos de Tom Regan.

ONU. Resolução n. 33/73. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/367/12/IMG/NR036712.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 01.08. 2017.

OSTERMANN, Fernanda. *A epistemologia de Kuhn*. *Cad.cat.ens.fis.*, v.13, n.3: p.184-196, dez.1996.

PANIKKAR, Raimon. *Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?* In: BALDI, César Augusto (org). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedente. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (d.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Hanover: Dartmouth, 1997.

PINZ, Greice Moreira. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Ambiental*.

PLUCKNETT, Theodore F.T. *A concise history of the Common Law*. London: Butterworth&Co. (publishers), 1956.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo. Saraiva, 2002.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006.

_____. *The case for animal rights*. Los Angeles: University of California Press, 2004.

REIGOTA, Marcos Antonio dos Santos. Cidadania e Educação Ambiental. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0102-71822008000400009

REICHMANN, James B. *Evolution, Animal 'Rights', & the Environment*. Washington, D.C. The Catholic University of America Press, 2000.

RYDER, Richar. All beings that feel pain deserve human rights. 2005.

_____. *The Political Animal: The Conquest of Speciesism*. Jefferson, NC (USA): McFarland, 1998, 2011.

_____. *Animal Revolution: Changing attitudes towards Speciesism*. BasilBlackwell Ltd. 1989, revised edition Berg, Oxford, 2000.

_____. *Speciesism, painism and happiness: a morality for the twenty-firt century*. Exeter (UK); Imprint Academic, 2011.

_____. All beings that feel pain deserve human rights, *The Guardian*, 6 de agosto de 2005. <https://www.theguardian.com/uk/2005/aug/06/animalwelfare>. Acesso em 03 de outubro de 2017.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROLLIN, Bernard. *Animal rights & human morality*. 3 ed. New York: Prometheus Books, 2006.

ROUANET, Luiz Paulo; CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (Org.). *Ética e direitos dos animais*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2016.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidadee da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SANCHÌS, Luis Prieto. *“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”*. Neoconstitucionalismo(s). Miquel Carbonell [coord] 9 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. 7. ed. São Paulo: Editora Brasiliense 1983.
SANTOS, Boaventura de Sousa (et. al). *Proposta de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra, setembro 2009.

_____. Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas Sociedades contemporâneas. revista brasileira de Ciências Sociais.n 30.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Law Series, 2002.

_____. *Precedent*. University of Virginia Scholl of Law: 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 18 abr 2017.

_____. *Precedent*. University of Virginia Scholl of Law: 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2001 [1932].

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru: EDUSC, 1999.

SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, 1995.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SIAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 284-319, 2002.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula Vinculante: Teoria e Prática da Decisão Judicial com base em Precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, Maria Alice da; KUHNNEN, Tânia Aparecida. Direitos e cuidado para a proteção da autonomia prática de animais não humanos. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*, v. 12, n. 1, jan.- jun. 2015.

SILVA, Olmiro Ferreira da. *Direito ambiental e ecologia: aspectos filosóficos contemporâneos*. 1. ed. Barueri: Manole, 2003.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito Animal e Ensino Jurídico: formação e autonomia de um saber pós-hmanista*. Evolução Editora. Salvador, 2014.

_____. Tagore Trajano de Almeida. *Capacidade de ser parte dos animais não humanos: Repensando os institutos da substituição e representação processual*. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador: Evolução, 2008.

_____. *Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual*. ed. Salvador: Evolução, 2011.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2008.

_____. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de: Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial á súmula vinculante*. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States (New York State)*. In, MACCORMICK, D. Neil and SUMMERS, Robert S.(org). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, março 2007, p. 436.

http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu:80/students/orgs/crcl/vol42_2/CRCL422.pdf . Acesso em: 18 jul. 2017.

STEFANELLI, Lúcia Cristiane Juliato. *O Direito em defesa dos animais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2016. TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. *Revista de Processo* n. 199, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Revista de Processo. São Paulo, vol. 199, set./2011.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional – 14ª. ed.* 2016, Saraiva, São Paulo.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAYLOR, Paul W. *Respect for Nature: A Theory of Environmental Ethics*. New Jersey; Princeton University Press, 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 57 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Tradução de Róbson Ramos dos Reis et al. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora vozes, 1999.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

ZANETI, Jr., Hermes. *A Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)*. Leituras Complementares de Processo Civil, 6. ed. Revista e Ampliada. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

ZANETI JR., HERMES. *O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual.: Salvador: JusPodivm, 2016.

WAMBAUGH, Eugene. *The study o cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2.ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: desastre ou solução?* Revista de Processo, n. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr/2000.

WEIL, Zoe. *O poder e a promessa da educação humanitária*. Tradução de Elisângela Batista. São Paulo: Instituto Nina Rosa, 2013.

WISE, Steven M. *Drawing the line: science and the case for animal rights*. Cambridge, EUA: Perseus Books, 2002.

WISE, Steven M. *Animal rights, one step at a time*. In: SUSTEIN, Cass R; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). *Animal rights: current debates and newdirectiones*. Oxford University Press, 2004.

WISE, Steven M. Drawing the line: science and the case for animal rights. Cambridge, EUA: Perseus Books, 2002.

WOLKER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. rev.e atualizada. São Paulo:Saraiva, 2001 WOLKER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANEXOS

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 13.03.98
EMENTÁRIO Nº 1 9 0 2 - 0 2

03/06/97

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 153.531-8 SANTA CATARINA

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO

RECORRENTE: APANDE-ASSOCIACAO AMIGOS DE PETROPOLIS PATRIMONIO
PROTECAO AOS ANIMAIS E DEFESA DA ECOLOGIA E OUTROS

ADVOGADO: JOSE THOMAZ NABUCO DE ARAUJO FILHO E OUTRO

RECORRIDO: ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO: ILDEMAR EGGER

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO -
RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS -
CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno
exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a
difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do
inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda
prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento
discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi".

A C O R D ã O

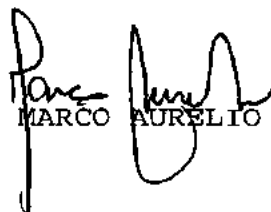
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os
Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na
conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por
maioria de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos
termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Maurício
Corrêa.

Brasília, 3 de junho de 1997.

NÉRI DA SILVEIRA

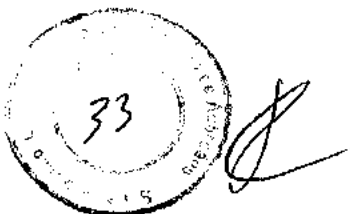
-

PRESIDENTE


MARCO AURÉLIO

-

REDATOR
PARA O ACORDÃO



04/02/97

SEGUNDA TURMA
389

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 153.531-8 SANTA CATARINA

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO

RECORRENTE: APANDE-ASSOCIAÇÃO AMIGOS DE PETROPOLIS PATRIMÔNIO
PROTEÇÃO AOS ANIMAIS E DEFESA DA ECOLOGIA E OUTROS

ADVOGADO : JOSE THOMAZ NABUCO DE ARAUJO FILHO E OUTRO

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : ILDEMAR EGGER

R E L A T Ó R I O

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK: - Nestes termos o Subprocurador-Geral Paulo de Tarso Braz Lucas narra a espécie e sobre ela opina:

"Trata-se de recurso extraordinário, admitido na origem, que a ASSOCIAÇÃO AMIGOS DE PETRÓPOLIS - PATRIMÔNIO, PROTEÇÃO AOS ANIMAIS, DEFESA DA ECOLOGIA, a LDZ - LIGA DE DEFESA DOS ANIMAIS, a SOZED - SOCIEDADE ZOOLOGICA EDUCATIVA e a APA - ASSOCIAÇÃO PROTETORA DOS ANIMAIS, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, formalizam contra o v. acórdão de fls. 167/178, alegando vulneração ao disposto no art. 225, § 1º, inciso VII, da Carta Magna em vigor.

A demanda teve início com a propositura pelas recorrentes de ação civil pública, na forma da Lei nº 7.347, de 24.7.85, tendo como escopo obter a condenação do ESTADO DE SANTA CATARINA a proceder à proibição da 'DENOMINADA FESTA DA farra do boi e ou manifestações assemelhadas por ATOS E MEDIDAS FORMAIS E PRÁTICAS, como OBRIGAÇÃO DE FAZER'.



Embora referindo-se à notoriedade dos fatos, as recorrentes acostaram à inicial diversos documentos supostamente comprobatórios não só da crueldade da referida prática, mas também da sua repercussão negativa no exterior.

O recorrido contestou a ação (fls. 58/68), arguindo preliminares de inépcia da inicial e de carência da ação, além de negar, quanto ao mérito, não só que a 'farra do boi', manifestação cultural bastante entranhada em significativas parcelas da sociedade, seja uma prática intrinsecamente cruel ou violenta, como também que estivesse configurada a omissão do Poder Público estadual, que adotou várias iniciativas para coibir os excessos. Daí ter requerido a juntada de cópias de recortes 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 sobre a matéria em exame.

As ora recorrentes ofereceram réplica (fls. 110/112) e o Ministério Público local opinou pela procedência da ação (fls. 114). Em seguida, a sentença foi logo prolatada (fls. 116/122). O MM. Juiz a quo, embora discorrendo amplamente, sob vários prismas, em torno da aludida manifestação folclórica, chegando mesmo, dessa forma, a investir sobre o mérito, julgou 'AS AUTORAS CARECEDORAS DA



AÇÃO ante a manifesta impossibilidade jurídica do pedido', deixando de condená-las ao pagamento das verbas de sucumbência 'por reconhecer o conteúdo moral da postulação'.

Daí a sua apelação (fls. 124/127), que, devidamente processada na instância primeira (v. contra-razões de fls. 130/136 e parecer de fls. 138) e tão logo submetida ao crivo do **parquet** perante o E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (v. parecer de fls. 144/160 no sentido de seu improvimento), resultou no acórdão impugnado, cuja ementa foi assim redigida:

'AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AJUIZAMENTO CONTRA O ESTADO DE SANTA CATARINA. PEDIDO CONSISTENTE NA PROIBIÇÃO DA PRÁTICA, NOS MUNICÍPIOS, DISTRITOS, SUBDISTRITOS E OUTRAS LOCALIDADES DA FAIXA LITORÂNEA CATARINENSE, DA DENOMINADA FARRA DO BOI. PRESENÇA MARCANTE DO ESTADO ATRAVÉS DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR, COM A FINALIDADE DE DISCIPLINAR O FOLGUEDO POPULAR, SEM MAUS TRATOS AOS ANIMAIS. SOLICITAÇÃO, ADEMAIS, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO DO CONCURSO DE CIENTISTAS SOCIAIS PARA ESTUDO E SOLUÇÃO DO PROBLEMA QUE SE LOCALIZA APENAS EM SEGMENTO DA POPULAÇÃO DE ORIGEM AÇORIANA. INCONFIGURAÇÃO DE OMISSÃO DO ESTADO NA ÁREA EM QUE CUMPRE ATUAR. INDISPENSÁVEL, POR OUTRO LADO, NÃO CONFUNDIR ESSA TRADIÇÃO, DE ORIGEM AÇORIANA, CONHECIDA SOB A DENOMINAÇÃO DE TOURADA À CORDA OU BOI



NA VARA, COM A VIOLÊNCIA DESCRITERIOSA INFLIGIDA NOS PRÓPRIOS BOIS. O ERRO AQUI PRATICADO, CONFIGURATIVO DE CONTRAVENÇÃO, UMA VEZ EXPUNGIDO DESSE CONTEXTO, POR MEIOS PREVENTIVOS OU REPRESSIVOS, NÃO JUSTIFICA A PROIBIÇÃO DESSA MANIFESTAÇÃO POPULAR, DESDE QUE SE MANTENHA FIEL À FEIÇÃO TRADICIONAL DO BOI NA VARA, SEM A MENOR VIOLÊNCIA OU INFLIÇÃO DE MALEFÍCIOS À ALIMÁRIA. RECURSO DESPROVIDO PARA, ALTERADO O DISPOSITIVO DA SENTENÇA, JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO.'

Note-se que, embora improvida a apelação, o dispositivo da sentença foi alterado, por ter o E. Tribunal a quo concluído que, 'em verdade, está mais do que evidenciado que, pelas referências sobre o mérito, era de ser julgado improcedente o pedido, mormente quando se reconheceu a inexistência de omissão por parte do Estado na função de prevenir e reprimir os atentados à Lei'.

Em que pese a atualidade e relevância do tema, inegavelmente merecedor das mais profundas reflexões, num mundo em que a humanidade cada vez mais se conscientiza da necessidade de inibir a sua ação predatória sobre os demais elementos da natureza, o presente recurso não se mostra apto ao conhecimento, já que encontra óbice insuperável no enunciado da Súmula 279 desse Pretório Excelso, firme manifestação do entendimento jurisprudencial que se



crystalizou no sentido de que 'para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário'.

É certo que as recorrentes, na petição de interposição, tentaram formular uma solução que viabilizasse o recurso, argumentando nos seguintes termos:

'Não se diga que a espécie envolve a apreciação de matéria de fato, o que refoge ao âmbito do recurso extraordinário, porque há casos, como lembra Francisco Campos, em parecer sobre o cabimento de certo recurso extraordinário, em que 'o fato está de tal maneira entrelaçado com o direito, que sobre este não poderá manifestar-se o Tribunal sem entrar na indagação do fato com que o direito se acha associado de tal maneira, que o pronunciamento sobre o direito envolve, necessariamente, o pronunciamento sobre o fato' (Direito Constitucional, vol. II, 1956, p. 189).'

Conforme se pode conferir na obra citada, aquele eminente publicista ali tratou da seguinte hipótese, **in verbis**:

'A Constituição, art. 141, §16, dispõe, com efeito, que



'É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro'.

A Constituição assegura, deste modo, ao proprietário o direito a uma justa indenização; a equivalência entre a indenização e o valor da propriedade é, assim, uma garantia constitucional. Para que esta garantia se torne efetiva, pela intervenção do Poder Judiciário, não poderá este ferrar-se ao exame do fato da correlação entre o valor da propriedade e o **quantum** da indenização proposta, pois o direito, no caso, consiste, precisamente, na equivalência entre os dois valores — o da propriedade e o da indenização. Se o Supremo Tribunal Federal não entra no exame da questão de fato, sob pretexto de que no recurso extraordinário a sua competência incide tão somente ou de maneira exclusiva sobre a questão de direito, ele não poderá decidir a questão de direito, pois esta se reduz precisamente à questão de saber se, no caso, a indenização foi justa, pois o direito assegurado na Constituição não é o direito a uma indenização qualquer, mas a uma justa indenização. Como saber se a indenização é justa, se o Supremo Tribunal não entra no exame da correlação existente entre a indenização e o valor da propriedade?'



Conquanto seja formalmente bem posto e à primeira vista sedutor tal entendimento, ao que parece, jamais foi aceito pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 80.934-SE, Relator Exmo. Sr. Min. Leitão de Abreu, RTJ 85/563 e RE nº 102.436-4-RJ, Relator Exmo. Sr. Min. Francisco Rezek, DJ 8.11.85), o que é inteiramente compreensível se se considerar que, diante da natureza tridimensional do Direito, em que se integram fato, valor e norma, sempre há um entrelaçamento entre estes elementos, não sendo possível particularizar uma hipótese em que esse entrelaçamento se dê em maior ou menor grau, embora se possa distinguir entre a apreciação da prova e a valoração ou valorização desta.

E na espécie sequer há discussão sobre o valor da prova, tratando-se de mera tentativa das recorrentes no sentido de que esse Colendo Tribunal, sob o pretexto de aferir suposta vulneração ao preceito do art. 225, §1º, VII, da Carta Magna em vigor, revolva fatos e provas, concluindo, em sentido oposto ao que concluiu o E. Tribunal a quo, em primeiro lugar que a prática da 'farra do boi' é necessariamente cruel e violenta e, em segundo, que o Poder Público estadual tem sido omissos a respeito. Semelhante pretensão infelizmente não pode ser acolhida.

Pelo exposto, somos pelo não conhecimento do recurso extraordinário."

É o relatório.



04/02/97

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 153.531-8 SANTA CATARINAV O T O


O SENHOR MINISTRO FRANCISCO REZEK - (Relator): Diz a Constituição de 1988, em seu art. 225, que incumbe ao poder público:

"VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que — indo ao que interessa — submetam os animais a crueldade."

As instituições proponentes da ação civil pública, ora recorrentes ao Supremo, invocaram essa norma ante a Justiça de Santa Catarina dizendo daí tirar clara a proibição de qualquer prática cujo efeito material seja a submissão de animais a crueldade. Outra norma não lhes parece necessária, e o que a ação civil pública pretende é a iniciativa do poder público no sentido de coibir aquela prática.

Atentei de início, na interpretação da regra constitucional, à qualificativa "na forma da lei". Imaginei uma possível crítica à ação onde se dissesse que da própria Carta da República não se tira diretamente um comando que obrigue a autoridade catarinense a agir como pretendem as instituições recorrentes, porque isso deveria ser feito na forma da lei. Ora, a ação é dirigida ao Estado e, portanto, ao legislador também. Ao Estado como expressão do poder público. O que se quer é que o Estado, se necessário, produza, justamente para honrar esse "na forma da lei", o regramento normativo capaz de coibir a prática considerada inconsistente com a norma fundamental.

Não vi assim nenhuma espécie de falha no encadeamento normativo. Pode-se, efetivamente, invocar o inciso VII do §1º do art. 225 da Carta para, em ação civil pública, compelir o poder



público a, legislando ou apenas agindo administrativamente, conforme lhe pareça apropriado, coibir toda prática que submeta animais a tratamento cruel.

Tive como necessário, para o exame correto do caso, resistir a duas tentações. Este é um daqueles processos em que determinadas sombras metajurídicas vêm ao espírito do juiz e importam risco grave. Talvez tenham levado o juízo de primeiro grau a dizer que o pedido era juridicamente impossível, coisa que o Tribunal de Santa Catarina desabonou, corrigindo o dispositivo para, afinal, dizer que o pedido fora idoneamente formulado por partes legítimas, e haveria de ter seu valor reconhecido no domínio ético, mas era improcedente no mérito.

As duas tentações que podem rondar o julgador e que devem ser repelidas para um correto exame da controvérsia são, primeiro, a consideração metajurídica das prioridades: por quê, num país de dramas sociais tão pungentes, há pessoas preocupando-se com a integridade física ou com a sensibilidade dos animais? Esse argumento é de uma inconsistência que rivaliza com sua impertinência. A ninguém é dado o direito de estatuir para outrem qual será sua linha de ação, qual será, dentro da Constituição da República, o dispositivo que, parecendo-lhe ultrajado, deva merecer seu interesse e sua busca de justiça. De resto, com a negligência no que se refere à sensibilidade de animais anda-se meio caminho até a indiferença a quanto se faça a seres humanos. Essas duas formas de desídia são irmãs e quase sempre se reúnem, escalonadamente. Não nos é dado o direito de tentar ridicularizar o pedido, de amesquinhá-lo com esse gênero de argumento, sobretudo porque os sofrimentos que ainda hoje, para nosso pesar, em nossa sociedade se infringem a seres humanos, não são assumidos como institucionais: constituem algo de que todos se envergonham e que em muitos casos a lei qualifica como crime. Aqui estamos falando de outra coisa, de algo que é assumido e até chamado de "manifestação cultural". Por isso a

ação não se dirige contra marginais, mas contra o poder público, no propósito de fazê-lo honrar a Constituição.

Há uma segunda tentação metajurídica, e não me absterei de mencioná-la. As entidades autoras são geograficamente situadas no Estado do Rio de Janeiro. A prática alvejada ocorre no Estado de Santa Catarina: dentro da Federação, um daqueles de mais aprimorado nível de convivência social, onde até problemas como o da distribuição da renda são um pouco menos perversos do que na média. Temos nesta sala três antigos presidentes e o atual presidente da Justiça Eleitoral do Brasil, e sabemos que no domínio da prática cívica é de lá que vai, para os demais Estados, o melhor exemplo: o índice virtualmente nulo de fraudes e de incidentes, o maior dinamismo, perfeccionismo e expediência no processo apuratório.

A tentação a que me refiro é a de também desautorizar o pedido porque vindo de uma parte do país onde há prioridades sociais mais urgentes. A enfrentar o pedido com escassa boa vontade e tentar de algum modo empanar seu brilho, dir-se-ia que sua origem geográfica não o abona: na proximidade imediata das instituições ora recorrentes há problemas mais graves, e na proximidade imediata da "farra do boi" não faltam pessoas e instituições idôneas para reagir contra eventuais afrontas à Constituição. Também esse argumento não me convence em absoluto. Somos, embora Estado federal, uma civilização única, subordinada a uma ordem jurídica central. A qualquer brasileiro, em qualquer ponto do território nacional, assiste o direito de querer ver honrada a Constituição em qualquer outro ponto do mesmo território. Sabemos ademais, identificar aquilo que responde pelo justificado prestígio de Santa Catarina. Não são, seguramente, os responsáveis pela prática da "farra do boi".

Tardei a submeter este caso ao julgamento da Turma, na esperança de que isso se resolvesse sem uma decisão judiciária, de que ficasse claro que o poder público tomou providências no sentido de coibir qualquer ação agressiva à lei fundamental, e de que sobrou uma autêntica manifestação cultural, eliminados todos os seus



aspectos cruéis ou reprováveis. Infelizmente isso não aconteceu. A cada ano do calendário a prática se caracterizou mais e mais como cronicamente violenta, e não apenas pontilhada de abusos tópicos.

Não tem razão o Ministério Público cujo exame, neste caso, me pareceu não compreensivo de todos os aspectos do processo e que virtualmente se limitou a entender que em nome da Súmula 279, que proíbe em recurso extraordinário o reexame de prova, este era de não ser conhecido. Sumariando a tese do Ministério Público, a instância de origem disse que não há nada de errado nessa prática, mas apenas abusos tópicos, a que o poder público está atento. O Supremo Tribunal Federal teria então que revolver fatos e provas para desautorizar essa narrativa e, havendo-a desautorizado, prover o recurso extraordinário. Não, não é assim. Os fatos, neste caso, são, como naquele modelo de Francisco Campos, inexoravelmente identificados ao direito que se discute. Além do mais, os fatos são de uma gritante notoriedade, que ultrapassa nossas fronteiras; poucas coisas são tão tristemente notórias quanto o ritual da chamada "farra do boi" e o que nela acontece no litoral catarinense a cada ano.

O acórdão recorrido, embora corrigindo um erro — a qualificação do pedido como juridicamente impossível —, entendeu-o improcedente com dois argumentos. Primeiro, isso não seria uma prática cruel ou violenta, mas uma "manifestação cultural". Há abusos sim, mas os abusos não seriam a regra, seriam a exceção. E a segunda matriz da decisão do Tribunal de Justiça é a tese de que o poder público estaria atento. O Tribunal reconhece que a "manifestação cultural" conduz à crueldade dos abusos, mas o poder público está atento...

Sei que este feito, sobretudo quando se queira dar extremo rigor aos limites do recurso extraordinário, comporta dificuldades. Mas me parece que poucas vezes nos defrontamos com situação de fato tão clara e tão notória quanto a de que aqui se cuida.



Em que consiste essa prática, 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, narradas por sacerdotes de Santa Catarina e por instituições comprometidas com o primado da Constituição no que se refere à proibição da crueldade para com os animais.

Não posso ver como juridicamente correta a idéia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso.

Bem disse o advogado da tribuna: manifestações culturais são as práticas existentes em outras partes do país, que também envolvem bois submetidos à farra do público, mas de pano, de madeira, de "papier maché"; não seres vivos, dotados de sensibilidade e preservados pela Constituição da República contra esse gênero de comportamento.

Abstraídas as considerações metajurídicas que poderiam levar à crítica irônica da ação e, agora, do recurso extraordinário, o que temos é um claro caso de ação civil pública idônea, como a prevê a lei, para um fim legítimo. Foi ela ajuizada, dentro da unidade da nossa cultura e da nossa ordem jurídica, por instituições de certo ponto do país que, por acaso, se sensibilizaram primeiro e primeiro entenderam que a Justiça poderia socorrer a causa da Constituição. Claros os fatos, como se passam a cada ano, essa prática se caracteriza como ofensiva ao inciso VII do art. 225 da Constituição, de tal modo que a ação civil pública deveria ter sido considerada procedente para que se determinassem às autoridades do Estado de Santa Catarina as providências cabíveis.

Meu voto é no sentido de prover o recurso extraordinário para, conseqüentemente, julgar procedente a ação civil pública, nos exatos termos em que proposta na origem.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

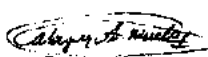
RECURSO EXTRAORDINARIO N. 153531-8

ORIGEM : SANTA CATARINA
RELATOR : **MIN. FRANCISCO REZEK**
RECTE. : APANDE-ASSOCIACAO AMIGOS DE PETROPOLIS PATRIMONIO
PROTECAO AOS ANIMAIS E DEFESA DA ECOLOGIA E OUTROS
ADV. : JOSE THOMAZ NABUCO DE ARAUJO FILHO E OUTRO
RECDO. : ESTADO DE SANTA CATARINA
ADV. : ILDEMAR EGGER

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Francisco Rezek (Relator) conhecendo do recurso e lhe dando provimento para julgar procedente a ação, nos termos do pedido inicial, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou pela recorrida o Dr. José Thomaz Nabuco de Araújo Filho e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mardem Costa Pinto. 2ª. Turma, 03.12.96.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira.
Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.


Wagner Amorim Madoz
Secretário

03/06/97

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 153531-8 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. FRANCISCO REZEK
RECORRENTE: APANDE-ASSOCIACAO AMIGOS DE PETROPOLIS PATRIMONIO
PROTECAO AOS ANIMAIS E DEFESA DA ECOLOGIA E OUTROS
ADVOGADO: JOSE THOMAZ NABUCO DE ARAUJO FILHO E OUTRO
RECORRIDO: ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO: ILDEMAR EGGER

V O T O V I S T A

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: O eminente Ministro FRANCISCO REZEK, ao apreciar a questão posta nos autos - a "Farra do Boi" -, votou no sentido de prover o recurso extraordinário para, conseqüentemente, julgar procedente a ação civil pública, nos exatos termos em que proposta na origem. Eis os motivos formadores de sua convicção:

"O acórdão recorrido, embora corrigindo um erro maior, a meu ver - a consideração de que se estava diante de um pedido juridicamente impossível -, entendeu-o improcedente com dois argumentos: primeiro, isso não é uma prática cruel ou violenta, mas uma manifestação cultural. Há abuso sim, mas os abusos não seriam a regra, seriam a exceção, e o Poder Público está atento. A segunda matriz da decisão do Tribunal de Justiça é de que o Poder Público estaria atento. O Tribunal reconhece que é uma manifestação cultural que conduz a crueldade a abusos, mas o Poder Público está atento.

(...) Não posso ver como juridicamente correta a tese de que numa prática dessa natureza, a Constituição não é alvejada, porque aí, ao contrário do que estima o

Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não existe uma manifestação cultural com abusos avulsos; existe uma prática evidentemente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso.

Não sei o que dizem a propósito as Constituições da Espanha, de Portugal e de alguns outros países até mesmo na nossa vizinhança, mas provavelmente nada estatuem de semelhante ao inciso VII do art. 225 da nossa Carta, porque, de outro modo, determinadas práticas lá correntes e não pifiamente minoritárias como a farra do boi, mas abrangentes de quase toda a sociedade, dificilmente poderiam prosseguir na sua existência, pois todos as reconhecem como práticas cronicamente violentas. Nenhum espanhol nega que a tourada o é. A verdade é que, em práticas do gênero da farra do boi, inspirada em alguma coisa também da Península Ibérica, assim como sucede na tourada à maneira portuguesa, em que não se mata necessariamente o animal ao fim do espetáculo, não descaracteriza em absoluto a violência e a crueldade que caracterizam todo o ritual do espetáculo.

Já tive, num passado remoto, ocasião de ouvir de espanhóis a afirmativa de que, ao sentir deles, o ritual português da tourada acabaria sendo mais cruel ainda porque não se liquida, numa única sessão, o animal pela morte, mas pode-se submetê-lo, ao longo de muitos anos, à continuidade dessa prática. Enfim, são evidentemente práticas cruéis, são práticas violentas. Assim são aqueles ocorrentes em determinados países, sobre os quais esta Casa não tem jurisdição, sobre os quais nos falece autoridade. Mas essa é também, e ao meu ver notoriamente, a característica dessa prática que os autores do recurso extraordinário e da ação civil pública pretenderam coibir.

De tal modo, Sr. Presidente, que não tenho como conviver com a tese de que aquilo que se nos defronta é uma manifestação cultural. Bem disse o ilustre advogado da tribuna: manifestações culturais são as práticas existentes em outras partes do País, que também envolvem bois submetidos à fobia do público, mas de pano, de madeira, de "papier machê", não de seres vivos, dotados de sensibilidade e preservados pela Constituição da República desse gênero de comportamento."

2. Certo de que a prática da "Farra do Boi" se caracteriza como ofensiva ao inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, concluiu o Relator seu voto no sentido do provimento do extraordinário.

3. **Pedi vista dos autos e os trago a julgamento.**

4. Preceitua o art. 225 da Constituição Federal que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". E o seu parágrafo primeiro prescreve que, "para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público":

"(omissis).

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."

5. E esta prescrição constitucional não passou ao largo, por ocasião do julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, "verbis":

"(...) na hipótese em apreço o mau trato infligido a bois, com maior ou menor requinte de crueldade, no contexto daquele acontecimento, tradicionalmente deflagrado em dias da semana santa, a começar, de modo geral, na quarta-feira, prolongando-se até o sábado de Aleluia (...), não importa, de modo algum, em danos relacionados com qualquer uma daquelas áreas tuteláveis à luz do direito.

(...)Seria, entretanto, preciosismo demasiado não compreender, a despeito do "nomem juris da actio", o escopo das recorrentes que era, em última análise, compelir o Estado de Santa Catarina a desencadear providências tendentes a obstar, por inteiro, essa prática, considerada por muitos como um folgado sazonal e por outros uma expressão popular de natureza folclórica.

(...) Não resta a menor dúvida que, sendo públicos e notórios os maus tratos, se o Estado, através de seu poder de polícia, mantém-se inerte, em sua função preventiva e repressora, cabe ao Poder Judiciário, se a tanto provocado - *nemo judex ex officio* -, prover a respeito, impelindo-o à prática de atos voltados a obstar o procedimento contrário a preceito constitucional, segundo o qual, resta terminantemente proibido a prática que submeta animais à crueldade (art. 225, § 1º, VII)."

6. **Indago:** seria possível coibir o folclore regional denominado "Farra do Boi", com fundamento no preceito constitucional supramencionado, quando a Constituição Federal em seu art. 215, § 1º, assegura que "o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos

direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais" e "protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional"? É possível coibir a prática da "Farra do Boi", quando a Carta Federal, em seu art. 216, pontifica que "constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira"? Penso que não.

7. Não há antinomia na Constituição Federal. Se por um lado é proibida a conduta que provoque a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, por outro lado ela garante e protege as manifestações das culturas populares, que constituem patrimônio imaterial do povo brasileiro.

8. Na coletânea sobre a *Farra do Boi - Introdução ao Debate*, publicada pela Imprensa Oficial do Estado de Santa Catarina, em artigo da autoria de Vitor Antônio Peluso Junior, a que deu o título de *Farra do Boi: a posição do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina*, à página 35, diz ele:

"Antigo costume ibérico que ainda hoje permanece em algumas cidades da Espanha e Portugal, a tourada à corda foi transportada para o Arquipélago dos Açores, onde pelo menos na Ilha Terceira sobrevive, em que pese o elevado grau de mudanças sócio-econômicas culturais que ali ocorreram na segunda metade deste século.

Na sua obra "História e Tradição dos Açores" editado pelo Instituto Açoriano de Cultura, em 1986, Valdemar Mota nos dá notícia dessas manifestações folclóricas que seriam modalidade regional de prática continental conhecida como "tourada à vara larga", feitas em recintos fechados, com toureiro de ocasião" (p.44). Segundo descrição do escritor

terceirense, o animal é amarrado pelos chifres ou pelo pesçoço 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 amarrado é solto por ruas estreitas, arremetendo-se contra audaciosos toureiros que exercitam manobras utilizando guarda-chuvas e peças de vestuário, sem portarem quaisquer armas.

Esse costume é tão arraigado na Terceira que o especializado "Semanário Madrileño de Tauromaquia" dedicou uma edição em agosto de 1973 às touradas à corda nos Açores. Essa matéria, segundo depoimento de Valdemar Mota (ob. cit. pp.45/46) traz fartos elementos sobre esta manifestação folclórica, cuja prática conta com o apoio das autoridades e de todo o povo. Deve-se ressaltar que nas fontes consultadas, não se registra ocorrência de maldades praticadas contra os animais, além da violência intrínseca de fazê-los objeto de folguedos. Vitorino Nemésio, açoriano da Ilha Terceira, grande artista das letras portuguesas, captou essa forma primitiva de jogo, quando escreveu em seu famoso "Corsário das Ilhas" (Livraria Bertrand, Lisboa, 2ª ed. P. 83) que a "alma da Terceira encontrou no toiro preso o pretexto para a sua expansão ruidosa e pueril". Foi essa a tradição passada para o litoral catarinense pelos povoadores que para cá vieram em meados do século XVIII."

9. Em seguida anota, na mesma página, que migraram para o litoral catarinense 6.000 açorianos, suplantando, em muito a população ali existente, e por isso diz ser razoável que tenham trazido e transplantado para essa região suas mais diversas facetas da cultura de que eram portadores, acrescentando que, em face do isolamento que viviam, era normal que mantivessem as suas tradições.

10. Em outra obra pertinente ao tema, **Dionísio em Santa Catarina - Ensaio sobre a Farra do Boi**, organizado por Rafael José de Menezes Bastos e publicada pela Fundação Catarinense de Cultura, editora DAUSC, página 119, adverte Eugênio Pascele Lacerda:

"Na realidade, o povo do litoral catarinense é pescador e agricultor, descende dos portugueses açorianos, tem consigo

uma visão do mundo peculiar; um universo cultural que deve ser pesquisado, não reprimido. No caso da farra, são pegadas e correrias de boi pelo mato afora, em época santa; depois o boi é tornado objeto sacrificial, oferecido como hóstia repartida aos consortes. A farra do boi é uma prática cultural resistente. Está ligada à raízes rituais, pilares da história da humanidade. Diz respeito aos sacrifícios rituais com funções de celebração, condenação ou encantamento. Podemos buscar suas origens rituais nos cultos de Mithra na Pérsia ou nos cultos dionisíacos da Grécia Antiga. Isso reclama explicação em linguagem antropológica."

11. Como se depreende, a manifestação popular dissentida pelos autores é uma tradição cultural regionalizada, e, como manifestação cultural há de ser garantida e assegurada pelo Estado (art. 215 e § 1º, da CF), pois é patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa a memória de grupos - os açorianos - formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF).

12. Como ressaltado pelo aresto recorrido, se há excessos na prática da "Farra do Boi", cumpre ao Estado, através do seu poder de polícia exercer sua função repressora, ao judiciário, se a tanto for provocado em razão da inércia do Poder Público, prover a respeito, impelindo-o à prática de atos voltados a obstar o procedimento contrário a preceito constitucional, segundo o qual, resta terminantemente proibida a prática que submeta animais à crueldade (art. 225, § 1º, VII).

13. E tais providências têm sido expendidas pelo Poder Público. Exemplo dessa iniciativa, no sentido de prevenir ou reprimir tal prática, reconhecidamente contravencional, tem sido, além da mobilização da Polícia Civil e da Polícia Militar, a formação de uma "Comissão de Estudos da Farra do Boi", que leva às várias comunidades onde esse espetáculo já se encontrava arraigado "uma mensagem de não-violência, de auto-fiscalização e de não abolição à

brincadeira". Essa Comissão reconheceu a "Farra do Boi" como tradição cultural de Santa Catarina e esclareceu que a violência não é característica da Farra do Boi em si, e não se constitui como regra e sim como exceção; a farra do boi organizada não constitui contravenção penal.

14. Peço licença para transcrever o que consta do acórdão recorrido, colacionado às fls. 174 a 177, a respeito do resultado da reunião realizada com Secretários do Estado, Polícia Civil e Militar, dentre outros órgãos estaduais, e que foi ofertado ao público:

"1. O Governo não vai reprimir a "Farra do Boi", mas sim a violência como qualquer outra atuação passível de punição legal.

2. O Governo vai estimular os "mangueirões" como alternativa capaz de evitar possíveis danos aos animais, às pessoas e ao patrimônio público e particular" (fls.86).

E acrescenta o relatório:

"A Farra do Boi" é uma manifestação social e cultural das populações açorianas. Deve ser encarado do ponto de vista da dinâmica social de um povo e dos processos culturais que historicamente deram forma a seu modo de vida. É, portanto, um fato dinâmico, que influi na vida das pessoas e por gerações se mantêm. Encarar a "Farra do Boi" como contravenção, como fenômeno de violência e tortura, ou como algo que deve ser banido, é julgar não a farra em si, mas as populações envolvidas como "atrasadas", "selvagens", "canibais", "ignorantes", e que por isso também estão sendo banidas de seu direito de preservar suas tradições. Esse processo é que se costuma identificar, em antropologia, como etnocida.

Indagado sobre como a Espanha moderna convive com a tradição do toureiro, idêntica em suas origens (ibéricas) à farra do boi, praticada no litoral catarinense, ANTONIO GADES, o maior dançarino flamengo do mundo, em sua estada em Florianópolis, no ano de 1988, respondeu sem titubear, depois de exaltá-la: Não se pode criticar uma cultura sem senti-la.

2. Será preciso explicar cientificamente o rito do boi. Uma tradição ritual que ao longo da história se manifestou de

diversas formas em vários povos. É um culto certamente mediterrâneo, que se desenvolveu por toda a península ibérica; tem forte conotação religiosa, pois o boi na farra é símbolo do paganismo e por isso é "violado" e transubstanciado em alimento. Na farra do boi, Homem, Deus e Natureza se entrelaçam de modo peculiar, fazendo espelhar a visão do mundo de todo um grupo social. Será preciso então estudar as origens, as influências que adquiriu, a forma contemporânea, o seu aspecto como ritual, suas ligações com o sagrado e o profano, suas conotações sócio-econômicas e suas utilidades políticas.

"Farra do Boi" só existe em Santa Catarina, dizem os jornais de todo o Brasil. Ora, justamente por esse motivo é que há necessidade de se aprofundar nos estudos, por se constituir num fenômeno sócio-cultural. Talvez só aqui em Sana Catarina existem esses costumes originários dos Açores, o que mereceu um estudo e preservação dessas comunidades autênticas.

3. Sob este ponto de vista, trazemos à tona a necessidade de conhecer não apenas a farra do homem, mas o homem que faz a farra. Que homem é esse? Como caracterizar as comunidades litorâneas onde esse ritual de farra acontece? A opinião pública, os valores dominantes e os meios de comunicação exorcisaram o ritual do povo que o praticou. É preciso não acentuar esse divórcio situando a questão em termos sociológicos e antropológicos; pesquisando a realidade social das populações açorianas onde insere não apenas a farra do boi, mas o terno de reis, o boi de mamão, as rendas, o mar, Navegantes, o Divino, a pesca e todo um modo cultural de ser.

Essa é uma premissa fundamental: trata-se de conhecer culturalmente quem faz a farra, pois o Povo do Boi por ele se manifesta, fazendo emergir elementos que caracterizam a sua identidade sócio-cultural." (fls. 87/88)

15. Senhor Presidente, a Constituição Federal em seu artigo 225 ao garantir que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Estado e ao povo a sua defesa e assegurar, já agora no inciso VII, que não se deva submeter os animais à crueldade, erigiu uma norma cogente de cumprimento obrigatório, ou seja, como a dizer que os animais não devem ser tratados com perversidade - como aliás da mesma forma o fez para a preservação da cultura popular, no artigo 215 -, dogma esse que não pode ser confundido com matéria

estritamente de fato, levando-se em conta virtual ocorrência de maus tratos com animais, ai sim matéria de natureza penal.

16. Ora, subverter um preceito constitucional que estabelece a vedação da prática de crueldade a animais - por ser regra geral -, para o fim de produzir efeitos cassatórios do direito do povo do litoral catarinense a um exercício cultural com mais de duzentos anos de existência, parece-me que é ir longe demais, tendo em vista o sentido da norma havida como fundamento para o provimento do recurso extraordinário. Não vejo como, em sede extraordinária, se aferir que as exacerbações praticadas por populares na realização desse tipo de cultura, que implicam em sanções contravencionais, possam ser confundidas com essa prática cultural que tem garantia constitucional. Isso é uma questão de polícia e não de recurso extraordinário. Está dito na Lei das Contravenções Penais, em seu artigo 64, que tratar animais com crueldade ou submetê-los a trabalho excessivo, constitui contravenção penal passível de prisão simples.

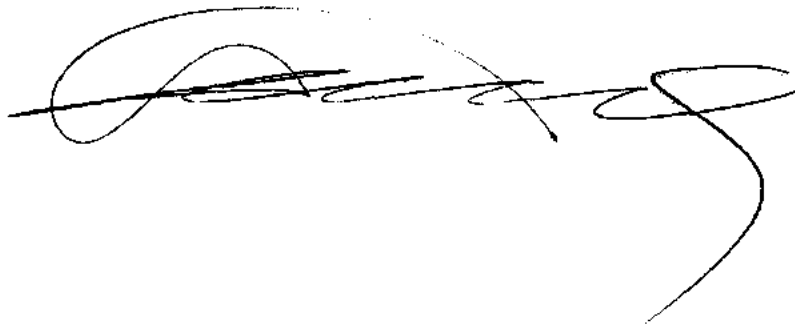
17. Por fim, há que se acrescentar que o pedido formulado na inicial, e que se prevalecer o provimento do recurso, sem sombra de dúvida vai é mesmo significar a "proibição pelo Estado de Santa Catarina da denominada farra do boi e ou manifestações semelhantes", circunstância que estará a dizer que o Supremo Tribunal Federal vai acabar com esse folguedo, que se reduz à matéria exclusivamente de prova, e cujo resultado pode ser inclusive inócuo, pela inexistência de sanção para por em ação o provimento recursal.

18. Não posso, Senhor Presidente, a pretexto da existência desse princípio constitucional aqui invocado, descuidar-me da matéria de fato que preexiste a este recurso, ou seja, a de um farto noticiário que, apenas segundo as recorrentes, dá conta da prática de crueldade com animais, e que, dada a natureza dessa via, não tenho

condições de revolver. Esta é uma questão meramente de fato que deve envolver o aparato policial para o seu combate e não o provimento do extraordinário para por termo a outro bem que é garantido constitucionalmente.

19. Desta forma, como costume cultural, não há como coibir a denominada "Farra do Boi", por ser uma legítima manifestação popular, oriunda dos povos formadores daquela comunidade catarinense. Os excessos, esses sim, devem ser reprimidos, para que não se submetam o animal a tratamento cruel. Mas esta é outra história.

20. Por estes fundamentos, seguro de que os autos cuidam de uma **quaestio facti** e não de uma **quaestio iuris**, principalmente de natureza constitucional, e de que a manifestação cultural é garantida e protegida pela Constituição Federal (art. 215 e § 1º, CF) - aí sim estar-se-ia violentando a Constituição Federal, caso se provesse o apelo - , não conheço do extraordinário.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.

03/06/97

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 153531-8 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, uma coisa é o aspecto formal; outra, é o costume transportado dos Açores para o Brasil. Confesso a V. Exa. que não tenho meios de examinar se esse costume - discrepante, ou não, da razoabilidade - é algo diverso da realidade brasileira, é o que presenciamos nos últimos anos, pela mídia sobre a prática perpetrada em Santa Catarina.

Se, de um lado, como ressaltou o eminente Ministro Maurício Corrêa, a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais - e a Constituição Federal é um grande todo -, de outro lado, no Capítulo VI, sob o título "Do Meio Ambiente", inciso VII do artigo 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado:

"Art. 225. (...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."

Senhor Presidente, é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada "farra do boi", em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997. O Jornal da Globo mostrou um animal ensangüentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no interior.

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal.

Senhor Presidente, peço vênia ao Ministro Maurício Corrêa, para acompanhar o Ministro-Relator Francisco Rezek, conhecendo e provendo o recurso.

É o meu voto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - A matéria está amplamente debatida. Compreendo que se deduzem, convenientemente, nos votos do eminente Ministro-Relator e do ilustre Ministro Maurício Corrêa, as duas análises cabíveis da controvérsia. O acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina viu, na denominada "farra do boi", manifestação cultural antiga, restrita, é exato, a faixa determinada do território catarinense, mais precisamente, àquela em que se faz notada a influência da imigração açoriana.

Examinando os aspectos de tempo em que ocorre a manifestação desse fenômeno, de sua reedição anual em período mais ou menos certo, a Corte a quo teve como caracterizada, aí, qual referi, manifestação cultural.

O recurso traz, todavia, ao exame do Supremo Tribunal Federal esses fatos, assim como estão definidos no acórdão, e não cumpre a este Tribunal reexaminá-los. De tal maneira, assim como estão descritos os fatos, nos autos e no aresto, e qualificados pela Corte de origem, qual manifestação cultural, hão de ser visualizados na perspectiva do ordenamento constitucional.

No ponto, duas vertentes de exame da matéria põem-se: de um lado, a que contribuiria para a sustentação do acórdão no art. 215 da Constituição quando, dispondo sobre a cultura, estipula:

J. Néri

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

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

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais."

No caso, não há lei local fixando datas comemorativas; isso decorre dos costumes e das práticas reiteradas a cada ano dessas manifestações que o acórdão considera como culturais, definindo-as como uma expressão de cultura popular. Quando a Constituição assegura, no art. 215, "... o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional...", não é possível deixar de compreender esse dispositivo na perspectiva dos princípios maiores da Constituição, dos fundamentos básicos da organização da República, que estão no art. 1º da Lei Maior:

"Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I) - a soberania;
- II) - a cidadania;
- III) - a dignidade da pessoa humana;
- IV) - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V) - o pluralismo político."

O art. 3º, da Lei Magna, à sua vez, estabelece, entre os princípios fundamentais do Estado brasileiro:

J. M. S.

"Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional, assim como previsto no art. 215, suso transcrito. Essa é uma vertente de entendimento da matéria sob o ponto de vista constitucional.

Há, entretanto, outra, de assento constitucional também, com base no art. 225 da Lei Magna, invocada no recurso. Reza o art. 225:

"Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

.....
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."

Há, sem dúvida, nesses dispositivos do art. 225, nítida integração com os princípios e valores dos arts. 1º e 3º da Constituição, enquanto definem princípios fundamentais da República.

Ora, penso que a Constituição, nesse dispositivo, não só põe sob o amparo do Estado tais bens, mas dele também exige que efetivamente proíba e impeça ocorram condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, como está no § 3º do art. 225:

“§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Nessa norma, não é possível, por igual, deixar de ver o que se contém na parte final do inciso VII do art. 225 da Constituição, quando veda a prática de atos que submetam animais a crueldade. Isso está no dever do Estado coibir.

Entendo, dessa maneira, que os princípios e valores da Constituição em vigor, que informam essas normas maiores, apontam no sentido de fazer com que se reconheça a necessidade de se impedirem as práticas, não só de danificação ao meio ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, mas, também, que provoquem a extinção de espécies ou outras que submetam os animais a crueldade. A Constituição, pela vez primeira, tornou isso preceito constitucional, e, assim, não parece que se possam conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como a denunciada nos autos, com esses princípios, visto que

elas estão em evidente conflito, em inequívoco atentado a tais postulados maiores.

Não cabe, decerto, ignorar, como referiu o Sr. Ministro Maurício Corrêa, em seu douto voto, que se cuida de manifestações que encontram raízes no tempo e das quais participam camadas significativas do povo, em determinadas épocas. Disso decorre serem manifestações difíceis para o Estado coibir. Mas, ao STF, enquanto guarda da Constituição, cumpre proclamar tal exigência maior, eis que a quaestio juris está adequadamente discutida em via recursal apropriada ao exame desse tema, em face da Constituição. Ora, é de entender, destarte, que o acórdão recorrido, invocando o que se contém no art. 215 da Constituição e a prática reiterada do costume, torna inviável a aplicação do art. 225, VII, in fine, da Lei Maior. Não se pode deixar de ver, na decisão, desse modo, ofensa a esse preceito da Constituição, o que bastante se faz para que o recurso extraordinário possa ser efetivamente conhecido.

Dele conhecendo, dou-lhe provimento, para julgar a ação procedente e, em consequência, determinar que o Estado de Santa Catarina, em face do que dispõe o art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição, adote as providências necessárias a que não se repitam essas práticas consideradas atentatórias à regra constitucional aludida.

Com essas breves considerações, peço vênias para acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator.

J. Néri

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 153531-8

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR PARA O ACORDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE. : APANDE-ASSOCIACAO AMIGOS DE PETROPOLIS PATRIMONIO
PROTECAO AOS ANIMAIS E DEFESA DA ECOLOGIA E OUTROS

ADV. : JOSE THOMAZ NABUCO DE ARAUJO FILHO E OUTRO

RECDO. : ESTADO DE SANTA CATARINA

ADV. : ILDEMAR EGGER

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Francisco Rezek (Relator) conhecendo do recurso e lhe dando provimento para julgar procedente a ação, nos termos do pedido inicial, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou pela recorrida o Dr. José Thomaz Nabuco de Araújo Filho e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mardem Costa Pinto. 2ª. Turma, 03.12.96.

Decisão: Por maioria, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Relatará o acórdão o Senhor Ministro Marco Aurélio (art 38, IV, b do RISTF). Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. 2ª. Turma, 03.06.97.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Carlos Alberto Cantanhede
Secretário



26/05/2011

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO. (A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO. (A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.

LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE.

- A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da "farra do boi" (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes.

- A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.

- Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que

ADI 1.856 / RJ

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, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga ("gallus-gallus"). Magistério da doutrina.

ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL.

- Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade, julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 26 de maio de 2011.

CELSO DE MELLO - RELATOR

26/05/2011

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO. (A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO. (A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, que, proposta pelo Procurador-Geral da República, tem por finalidade questionar a validade jurídico-constitucional da Lei estadual nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro (fls. 02/04).

A Lei fluminense nº 2.895/1998 foi editada com o objetivo de legitimar a realização de exposições e de competições entre aves não pertencentes à fauna silvestre, possuindo o seguinte conteúdo normativo (fls. 05/06):

"LEI Nº 2.895, DE 20 DE MARÇO DE 1998.

AUTORIZA A CRIAÇÃO E A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES (FAUNA

ADI 1.856 / RJ

**NÃO SILVESTRE) PARA PRESERVAR E
DEFENDER O PATRIMÔNIO GENÉTICO DA
ESPÉCIE GALLUS-GALLUS.**

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,
Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado
do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica autorizada a criação e a realização de exposições e competições entre aves das Raças Combatentes em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, cuja regulamentação fica restrita na forma da presente Lei.

Art. 2º - As atividades esportivas do galismo inerentes a preservação de aves das Raças Combatentes serão realizadas em recintos e/ou locais próprios nas sedes das Associações, Clubes ou Centros Esportivos denominados rinhadeiros.

Art. 3º - Todas as Associações, Clubes ou Centros Esportivos seguirão as normas gerais da presente Lei, e, supletivamente, cabendo a FEDERAÇÃO ESPORTIVA E DE PRESERVAÇÃO DO GALO COMBATENTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, na forma estatutária, elaborar regulamentos anuais desta atividade esportiva, de forma a viabilizar a preservação desta espécie nos campeonatos realizados anualmente nas Sedes das Associações.

Art. 4º - A devida autorização para a realização dos eventos (exposições e competições) programadas anualmente pelas Associadas, será obtido por requerimento à autoridade competente local da Guarnição e ou Agrupamento de Incêndio (Corpo de Bombeiro) sob a forma de um Alvará (Certificado de Registro) após ter sido efetuado o pagamento da(s) taxa(s) ao erário.

Art. 5º - Os locais onde se realizarão os eventos deverão ser vistoriados anualmente pela autoridade competente antes de fornecer o Alvará como medida preventiva de proteção e segurança dos sócios frequentadores.

Art. 6º - Um médico veterinário e ou assistente capacitado atestará antes das competições, o estado de saúde das aves que participarão do evento.

ADI 1.856 / RJ

Art. 7º - Em se tratando de competições internacionais com aves vindas do exterior, haverá um período mínimo de 72 horas para uma observação médica, mesmo que as aves venham acompanhadas de atestado de saúde.

Art. 8º - Fica terminantemente vedada a prática desta atividade em locais próximos a Igreja, Escola ou Hospital, se observando a distância mínima de 80 metros a fim de resguardar o silêncio, a ordem e o sossego público.

Art. 9º - Nos locais onde se realizam as competições é vedada a permanência de menores de 18 anos, a não ser quando acompanhadas dos pais ou responsáveis diretos.

Art. 10 - A Federação Esportiva e de Preservação do Galo Combatente do Estado do Rio de Janeiro normatizará em 30 dias, contados da vigência desta Lei, o ingresso e a autorização para funcionamento de Associações, Clubes ou Centros Esportivos.

Art. 11 - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 20 de março de 1998." (grifei)

O autor da presente ação direta sustenta a inconstitucionalidade de referido diploma normativo, ênfatizando que tal regra - ao "autorizar a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre)" (fls. 02) - ofendeu o preceito inscrito no art. 225, "caput", c/c o seu § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

Eis, em síntese, os fundamentos que, invocados pelo eminente Procurador-Geral da República, buscam justificar a

ADI 1.856 / RJ

pretensão de inconstitucionalidade ora deduzida na presente sede de controle normativo abstrato (fls. 02/04):

"(...) Com efeito, sem embargo da motivação que estaria a revestir a edição do diploma normativo cuja validade jurídico-constitucional é ora questionada na presente ação direta de inconstitucionalidade, o certo é que é inegável que a Lei Estadual nº 2.895/98 possibilita a prática de competição que submete os animais a crueldade, como é cediço dizer em se tratando de rinhas de brigas de galos, em flagrante violação ao mandamento constitucional proibitivo de práticas cruéis envolvendo animais.

Sucedê que, ao contrário de buscar proteger a fauna e a flora como medida para tornar efetivo o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e observar a vedação, na forma da lei, das práticas que submetam os animais a crueldade, atuou o legislador estadual fluminense ao largo da norma programática constitucional.

Revela-se, portanto, a antinomia entre o disposto na lei estadual e o texto constitucional, na medida em que se afastou o legislador estadual da observância ao princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente (art. 225, 'caput'), que torna compulsória a atividade dos órgãos e agentes estatais, não sendo despidiendo citar, a título de ilustração, o magistério do Ilustre Professor JORGE BUSTAMANTE ALSINA, para quem 'Corresponde al Estado adoptar las disposiciones o normas administrativas que regulen tales actividades en vista de la preservación del ambiente, que le corresponde en ejercicio de los poderes de policía inherentes a la Nación y a las provincias para proteger la vida, la propiedad, la seguridad la moralidad y la salud de los habitantes (...) ('in', DERECHO AMBIENTAL - Abeledo-Perrot-Buenos Aires, p. 61/62)." (grifei)

ADI 1.856 / RJ

A Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, ao prestar as informações que lhe foram solicitadas, manifestou-se pela improcedência da presente ação direta, propugnando, em consequência, pelo reconhecimento da plena validade constitucional da norma ora impugnada (fls. 38/41):

"Em atendimento ao Ofício n° 336/P, solicitando informações para instruir a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 1856, que tem por objeto a LEI ESTADUAL N° 2895, de 20.03.98, encaminhamos a V. Ex.ª cópia do inteiro teor do processo legislativo que teve origem no PROJETO DE LEI N° 1285/95, dando origem à lei acima referida (DOC. I).

Além da descrição do aludido processo legislativo, oportuno se nos parece enfatizar que, 'in casu', ao se positivarem regras, em lei bem fundamentada em seus diferentes aspectos, preocupação houve, por parte desta Casa Legislativa, em regulamentar-se atividade que, a partir da sua promulgação, passa-se a controlar e a fiscalizar, oficialmente, diversas associações e federações esportivas do setor, sob autorização e supervisão do Poder Público, exercida em locais apropriados, assegurada a observância de regras de estrita segurança.

É inegável que, sob o ponto de vista social, trata-se de um forte fator de integração de comunidades do interior deste Estado, como de resto ocorre em outros Estados, a gerar, inclusive, um apreciável número de empregos, sendo que no Rio de Janeiro há, aproximadamente, 100 (cem) rinhas e mais de 70 (setenta) centros esportivos.

Sem prejuízo dessas primeiras considerações, cumpre-nos enfatizar que, no plano jurídico, ao se promover o cotejo da lei estadual, nesta via impugnada, com o preceito do art. 225, 'caput' c/c § 1º, inciso VII, da lei fundamental, verifica-se que afronta incorre à norma que se extrai desse texto.

Com efeito e segundo os ensinamentos do emérito Prof José Afonso da Silva ('in' 'Direito Ambiental Constitucional', Malheiros, São Paulo, 2ª ed., 1995, p. 128 'usque' 129), ao tecer comentários sobre esse

ADI 1.856 / RJ

dispositivo constitucional, assevera que a Constituição de 1988 não mais comete competência exclusiva da União para legislar sobre caça, pesca e fauna, porém como competência concorrente entre ela, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, inciso VI), limitando-se a legislação federal a estabelecer normas gerais sobre a matéria. Enquanto a dos Estados e Distrito Federal, a estabelecer normas suplementares daquelas.

Objeto de proteção, observa o ilustre Professor de São Paulo, é a fauna como componente do ecossistemas.

Em sentido lato, prossegue, a palavra fauna refere-se ao conjunto de todos os animais de uma região ou de um período geológico, abrangendo aí a fauna aquática, a fauna das árvores e de solo (insetos e microorganismos) e a fauna silvestre (animais de pêlo e de pena).

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.

Ainda que se admitisse, 'ad argumentandum tantum', que estivesse o galo combatente incluído na fauna silvestre, mesmo assim não há como prosperar a pretensão na inicial deduzida.

Nesse sentido, cumpre aduzir, ao se perquirir o conteúdo semântico, o sentido normativo contido na expressão: '(...) vedada as práticas que (...) submetam os animais a crueldade', destacada na peça vestibular, verifica-se que o seu sentido é o de coibir práticas em que há ação do homem contra o animal, assim como ocorre na caça, no tiro ao pombo, na conhecida farra do boi.

Na hipótese do chamado 'galismo' as aves lutam sem qualquer interferência direta do homem; brigam por seu espírito atávico, nada havendo a forçá-las a combater.

Assim e sob o ponto de vista sistemático, não se vislumbra na Carta Magna qualquer regra a restringir ou mesmo vedar a atividade regulada no referido diploma

ADI 1.856 / RJ

legal estadual, sendo certo que, ante as circunstâncias históricas, que informaram a origem do preceito constitucional não se referem ao galismo, porém à chamada 'farrá do boi', repita-se, este era o fim perseguido pelo legislador constituinte.

Quer quanto à sua letra, quer quanto ao seu espírito, a 'ratio' que se extrai é a conformação da lei impugnada à Constituição Federal, não se vislumbrando, sob o ponto de vista dogmático, qualquer violação.

Não se pode olvidar, ainda, que, segundo o princípio da conservação das normas legais - princípio de interpretação das leis e atos normativos infraconstitucionais -, existindo duas ou mais interpretações de um preceito legal, deve optar-se pelo sentido constitucionalmente admissível, que permita a conservação da norma legal. Esta não deve ser invalidada ou declarada ineficaz, enquanto puder ser interpretada conforme a Constituição.

Em síntese, incorre qualquer mácula, sob o prisma jurídico, na lei nº 2895/98, podendo-se, quando muito, questionar o ato legislativo no plano meramente filosófico, se este fosse o plano em que debatida fosse a questão posta.

Entretantes e admitindo-o, ainda uma vez tão-só para efeito de debate, mesmo assim não há como prosperar a pretensão na inicial deduzida, pois o legislador estadual deparou-se, no exercício de atividade discricionária político-legislativa, com duas opções: a) permanecer inerte, nada regulamentando; ou b) disciplinar a atividade.

Preferiu-se a segunda, posto que o controle, a finalização da atividade se constituem em atos que materializam o exercício regular do poder de polícia, na verificação da normalidade da atividade, consoante as normas legais e regulamentares pertinentes.

Em face de tais razões, esperamos e confiamos que:

a) não se conceda a liminar postulada, ante a manifesta ausência, 'in casu', dos seus pressupostos;

b) seja julgado improcedente o pedido, ante a inquestionável constitucionalidade da Lei nº 2895/98." (grifei)

ADI 1.856 / RJ

O Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, ao pedir a improcedência da presente ação direta, apoiou-se, em síntese, nas seguintes informações (fls. 52/55):

"Cabe enfatizar a inépcia da inicial, já que o autor, sob a sumária argumentação que lhe parece ser suficiente para sustentar o pedido, não indica quais os dispositivos da Lei impugnada entende serem frontalmente contrários à Constituição Federal, assim como não fundamenta, de forma especificada, porque cada um dos dispositivos, do ato impugnado são inconstitucionais.

.....
Ademais, guardando o mesmo defeito, por outro ângulo, a inépcia da exordial emerge, também, da falha oriunda da 'narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão' (art. 295, parágrafo único, inciso II do CPC).

Ora, se é que o nódulo do pedido é lastreado na possível crueldade com animais, não se tratando de hipótese submetida à ficção legal que assim qualifique a conduta determinada, só pode ser constatada mediante a produção de prova, o que em sede de controle concentrado e 'abstrato' de constitucionalidade é inadmissível.

Com a devida vênia as deformidades do pedido recomendam o não conhecimento da Ação Direta, como comandam os incisos I a III do art. 295 do Código de Processo Civil.

.....
(...) não se enxerga na lei atacada onde ela possa agredir o meio ambiente, ou como ela desprotegeria a fauna, prejudicaria a função ecológica, provocaria extinção de espécies ou submeteria animais à crueldade por práticas que, de acordo com os dispositivos citados da Constituição, sejam definidas 'na forma da lei'.

A natureza limitada da eficácia do comando constitucional impescinde da definição de quais são essas práticas que, ademais, uma vez fixadas, se transgredidas, ensejariam uma hipótese de 'ilegalidade' e 'não' de 'inconstitucionalidade'.

A indefinição deixa ao léu e sob o crivo do contexto probatório saber-se, por exemplo, se a prática de corridas de cavalos poderia ser enquadrada como

ADI 1.856 / RJ

conduta a ser programaticamente combatida, ante a falta de tipificação legal, levando à subjetividade, a conceitos fluídos e pouco palpáveis, à arbitrariedade, ao abuso de poder e aí sim à flagrante contrariedade do texto constitucional onde prevê que nenhuma conduta terá comando senão o da lei (art. 5º, II, da CF), assim como ao seu mais importante princípio norteador de todo o resto do sistema: a democracia (art. 1º da CF).

Não há, pois, no texto impugnado, ofensa direta ao texto constitucional, que ao contrário do alegado, traz em si regras de preservação e de poder de polícia, para a segurança de eventos que envolvem a participação de grande número de indivíduos, ordenando uma das formas de convívio social.

.....
Espera-se, por fim, como conseqüência das informações prestadas, que esse Pretório Excelso não conheça da ação, por força da preliminar levantada ou, se ultrapassada, o que se cogita em honra do princípio da eventualidade, que, no mérito, a julgue improcedente." (grifei)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao deferir o pedido de medida cautelar formulado pelo autor da presente ação direta, decidiu, por unanimidade de votos, "suspender, até final julgamento da ação direta, a execução e a aplicabilidade da Lei nº 2.895, de 20/03/1998, do Estado do Rio de Janeiro", fazendo-o em acórdão assim ementado (fls. 120):

"CONSTITUCIONAL. MEIO-AMBIENTE. ANIMAIS: PROTEÇÃO: CRUELDADE. 'BRIGA DE GALOS'.

I. - A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre 'galos combatentes', autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento

ADI 1.856 / RJ

cruel, o que a Constituição Federal não permite: C.F., art. 225, § 1º, VII.

II. - *Cautelar deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro.*"

O eminente Advogado-Geral da União, acolhendo as manifestações da Assembléia Legislativa e do Governador do Estado do Rio de Janeiro, opinou pela improcedência do pedido (fls. 87/95).

O Ministério Público Federal, no entanto, em pronunciamento da douta Procuradoria-Geral da República, opinou pela procedência do pedido, fazendo-o com apoio em parecer que está assim ementado (fls. 97/103):

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional e Ambiental. Lei Fluminense nº 2.895, de 20 de março de 1998, que regulamentou a 'rinha de galos' como esporte. Preliminar de inépcia rejeitada. Desnecessária a impugnação específica e individualizada de cada dispositivo da lei atacada. Inconstitucionalidade presente em todo o texto legal e demonstrada pelo autor. Mérito. Artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal. A proibição de submissão de animais a práticas cruéis abrange todos exemplares da fauna, ainda que domesticados e em cativeiro. Parecer pela procedência da ação." (grifei)

Este é o relatório, de cujo texto a Secretaria remeterá cópia a todos os eminentes Senhores Ministros deste Egrégio Tribunal (Lei nº 9.868/99, art. 9º, "caput"; RISTF, art. 172).

ADI 1.856 / RJ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):
Preliminarmente, Senhor Presidente, **impõe-se ressaltar** que a petição inicial formulada pelo eminente Procurador-Geral da República, **diferentemente** do alegado nas informações prestadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, **não se reveste** do vício da inépcia.

Com efeito, a petição inicial em questão **observa**, de maneira exata, a **estrutura formal** que deve orientar a elaboração dessa peça processual, respeitando, inteiramente, a exigência que hoje se contém no art. 3º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que assim dispõe:

"Art. 3º. A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações."
(grifei)

No caso, a petição inicial - com que se viabilizou a instauração do processo de controle normativo abstrato - impugna a validade constitucional da Lei fluminense nº 2.895/1998, indica a norma de parâmetro por ela alegadamente transgredida (CF, art. 225, § 1º,

ADI 1.856 / RJ

VII), estabelece a situação de antagonismo entre o diploma normativo em questão e o texto da Constituição da República, fundamenta as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor, expondo-as de maneira intelegível, para, afinal, postular o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da legislação editada pelo Estado do Rio de Janeiro, delimitando, desse modo, o âmbito material do julgamento a ser pronunciado pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe assinalar, por oportuno, que, em casos virtualmente semelhantes ao que ora se registra nestes autos (ADI 30/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.157-MC/BA, Rel. Min. MOREIRA ALVES), o Supremo Tribunal Federal afastou a alegada inépcia da inicial, como o evidencia julgamento consubstanciado, no ponto, em acórdão assim ementado:

" (...) ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL: INOCORRÊNCIA.

- Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de ato emanado do Tribunal Superior Eleitoral, (a) indica, de forma adequada, as normas de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre esse ato estatal de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o

ADI 1.856 / RJ

reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da resolução questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal."

(RTJ 195/812-816, 814-815, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Impende asseverar, ainda, que, diversamente do sustentado nas informações prestadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, o fato de a inicial estar baseada na "crueldade" não indica, só por si, que a verificação da constitucionalidade (ou da inconstitucionalidade) necessite de prova, especialmente na hipótese em exame ("briga de galos"), em que as aves, todos o sabemos, sofrem ferimentos quando em combate.

Com tais considerações, entendo que a petição inicial elaborada pelo eminente Procurador-Geral da República não se qualifica como peça processual inepta, revelando-se, ao contrário, instrumento juridicamente idôneo e formalmente apto a viabilizar a instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Inacolhível, de outro lado, a alegação de inépcia sustentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro (fls. 52/55) e pelo Advogado-Geral da União (fls. 87/95), quando afirmam que se

ADI 1.856 / RJ

impunha, ao Procurador-Geral da República, impugnar a validade constitucional de cada um dos 11 (onze) artigos da lei fluminense ora em exame.

Tenho para mim que assiste plena razão à douta Procuradoria-Geral da República, quando, ao refutar essa alegação de inépcia, expende a seguinte manifestação (fls. 97/103):

"Inicialmente, a preliminar aduzida pelo primeiro requerido deve ser rejeitada.

O autor requereu a declaração da inconstitucionalidade da lei estadual n.º 2895/98, fundamentando seu pedido na contrariedade ao artigo 225, § 1.º, inciso VII, da Constituição Federal. A inconstitucionalidade argüida pelo autor estaria presente em todo o diploma legal, sendo desnecessária a impugnação específica e individualizada de cada dispositivo da lei apontada como inconstitucional, como afirma o primeiro requerido." (grifei)

Com efeito, o exame do diploma normativo ora questionado evidencia que o Estado do Rio de Janeiro, com a edição de referida lei, objetivou disciplinar a "briga de galos", estabelecendo, no texto da legislação em causa, diversas regras destinadas a viabilizar e a regular competições entre aves das Raças Combatentes em todo o território estadual, determinando os locais em que tais atividades poderão, ou não, ser realizadas, impondo, ainda,

ADI 1.856 / RJ

a atestação, por médico veterinário (ou assistente capacitado) do "estado de saúde das aves que participarão do evento", com especial regulação das competições internacionais "com aves vindas do exterior", proibida, sempre, a permanência de menores de 18 anos, quando desacompanhados dos pais ou responsáveis diretos, o que demonstra que todos esses preceitos legais foram concebidos com um só propósito: o de minudenciar a regulamentação da prática de "competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie gallus-gallus", que constitui a própria razão de ser da Lei fluminense nº 2.895/1998.

O autor da presente ação direta, ao sustentar a inconstitucionalidade da "briga de galos", porque incompatível com a cláusula constitucional que protege os animais contra a crueldade, questionou, em sua globalidade, a Lei nº 2.895/1998, editada pelo Estado do Rio de Janeiro, pelo fato de, reconhecida a sua invalidade jurídica, não poder subsistir em sua integralidade, eis que, insista-se, todas as regras constantes acham-se instrumentalmente vinculadas e funcionalmente vocacionadas a tornar viável e operacional, naquela unidade da Federação, uma prática que o ordenamento positivo brasileiro considera ilícita e criminosa, como

ADI 1.856 / RJ

resulta claro do art. 32 da Lei n° 9.605/1998, que contém, no ponto, a seguinte cláusula de tipificação penal:

"Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Penal - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal." (grifei)

É por tal motivo que as diversas regras que compõem o diploma legislativo em causa somente se justificam se consideradas em razão da globalidade da lei estadual em questão, pois mencionadas regras sequer subsistiriam senão em face da finalidade última a que aderem e em função da qual foram concebidas: a realização de "competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre)...".

Dai a completa desnecessidade da impugnação, artigo por artigo, do diploma legislativo em referência.

Cabe reconhecer, por isso mesmo, a inteira correção formal da impugnação, que, deduzida pelo eminente Procurador-Geral da República, dirige-se a todo o complexo normativo com que o Estado

ADI 1.856 / RJ

do Rio de Janeiro disciplinou, no plano local, a prática da "briga de galos".

Feitas tais observações, passo a julgar o fundo da presente controvérsia constitucional, instaurada em razão da evidente inconstitucionalidade da Lei nº 2.895/1998, editada pelo Estado do Rio de Janeiro.

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, que contém prescrição normativa cujo teor está assim enunciado:

"Art. 225.....

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua

ADI 1.856 / RJ

função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade." (grifei)

Vê-se, daí, que o constituinte objetivou, com a proteção da fauna e com a vedação, dentre outras, de práticas que "submetam os animais a crueldade", assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral, consoante ressalta o magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, "Curso de Direito Ambiental Brasileiro", p. 20/23, item n. 4, 6ª ed., 2005, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Direito Ambiental Constitucional", p. 21/24, itens ns. 2 e 3, 4ª ed./2ª tir., 2003, Malheiros; JOSÉ ROBERTO MARQUES, "Meio Ambiente Urbano", p. 42/54, item n. 4, 2005, Forense Universitária, v.g.).

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 periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja

ADI 1.856 / RJ

integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais.

Resulta, pois, da norma constitucional invocada como parâmetro de confronto (CF, art. 225, § 1º, VII), o sentido revelador do vínculo que o constituinte quis estabelecer ao dispor que o respeito pela fauna em geral atua como condição inafastável de subsistência e preservação do meio ambiente em que vivem os próprios seres humanos.

Evidente, desse modo, a íntima conexão que há entre o dever ético-jurídico de preservar a fauna (e de não incidir em práticas de crueldade contra animais), de um lado, e a própria subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro.

Cabe reconhecer, portanto, Senhor Presidente, o impacto altamente negativo que representaria, para a incolumidade do patrimônio ambiental dos seres humanos, a prática de comportamentos predatórios e lesivos à fauna, seja colocando em risco a sua função ecológica, seja provocando a extinção de espécies, seja, ainda, submetendo os animais a atos de crueldade.

ADI 1.856 / RJ

Dai a enorme importância de que se revestem os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política que traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas.

Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206, Rel. Min. CELSO DE MELLO), com apoio em douta lição expendida por CELSO LAFER ("A Reconstrução dos Direitos Humanos", p. 131/132, 1988, Companhia das Letras), de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Direito Ambiental Brasileiro", p. 138/141, item n. 3, 19ª ed., 2011, Malheiros) - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo

ADI 1.856 / RJ

desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial, comum a todos quantos compõem o grupo social.

Vale referir, Senhor Presidente, neste ponto, até mesmo em face da justa preocupação revelada pelos povos e pela comunidade internacional em tema de direitos humanos, que estes, em seu processo de afirmação e consolidação, comportam diversos níveis de compreensão e abordagem, que permitem distingui-los em ordens, dimensões ou fases sucessivas resultantes de sua evolução histórica.

Nesse contexto, e tal como enfatizado por esta Suprema Corte (RTJ 164/158-161), impende destacar, na linha desse processo evolutivo, os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que realçam o princípio da liberdade.

Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), de outro lado, identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, pondo em relevo, sob tal perspectiva, o princípio da igualdade.

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes

ADI 1.856 / RJ

de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (CELSO LAFER, "Desafios: Ética e Política", p. 239, 1995, Siciliano).

Cumpra rememorar, bem por isso, na linha do que vem de ser afirmado, a precisa lição ministrada por PAULO BONAVIDES ("Curso de Direito Constitucional", p. 481, item n. 5, 4ª ed., 1993, Malheiros), que confere particular ênfase, dentre os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado:

"Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua

ADI 1.856 / RJ

afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. **Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.**" (grifei)

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Direito Ambiental Brasileiro", p. 138/141, item n. 3, 19ª ed., 2011, Malheiros) - tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade.

A questão do meio ambiente, hoje, especialmente em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), passou a compor um dos tópicos mais expressivos da nova agenda internacional (GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, "Direito Ambiental Internacional", 2ª ed., 2002,

ADI 1.856 / RJ

Thex Editora), particularmente no ponto em que se reconheceu, ao gênero humano, o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar.

Extremamente valioso, sob o aspecto ora referido, o douto magistério expendido por JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Direito Ambiental Constitucional", p. 69/70, item n. 7, 7ª ed., 2009, Malheiros):

"A 'Declaração de Estocolmo' abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um 'direito fundamental' entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de 'direitos a serem realizados' e 'direitos a não serem perturbados'.

.....
O que é importante (...) é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: 'a qualidade da vida'." (grifei)

ADI 1.856 / RJ

Dentro desse contexto, Senhor Presidente, emerge, com nitidez, a idéia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo irrenunciável que se impõe - sempre em benefício das presentes e das futuras gerações - tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Polícia do Meio Ambiente", "in" Revista Forense 317/179, 181; LUÍS ROBERTO BARROSO, "A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira", "in" Revista Forense 317/161, 167-168, v.g.).

Na realidade, Senhor Presidente, o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, atribuído à própria coletividade social.

O reconhecimento desse direito de titularidade coletiva, tal como se qualifica o direito ao meio ambiente

ADI 1.856 / RJ

ecologicamente equilibrado, constitui, portanto, uma realidade a que não mais se mostram alheios ou insensíveis, como precedentemente ressaltado, os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais e as formulações normativas proclamadas no plano internacional, como enfatizado por autores eminentes (JOSÉ FRANCISCO REZEK, "Direito Internacional Público", p. 223/224, item n. 132, 1989, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Direito Ambiental Constitucional", p. 46/57 e 58/70, 7ª ed., 2009, Malheiros).

O ordenamento constitucional brasileiro, para conferir efetividade e proteger a integridade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando, com tais objetivos, neutralizar o surgimento de conflitos intergeracionais, impôs, ao Poder Público, dentre outras medidas essenciais, a obrigação de proteger a fauna, vedadas, para tanto, práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies ou, ainda, que submetam os animais a atos de crueldade.

Vale relembrar a precisa abordagem doutrinária sobre o tema da proteção à fauna que o ilustre Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. DANIEL R. FINK, expôs ao tratar da relação jurídica ambiental e da questão pertinente à exigência de sustentabilidade (JOSÉ ROBERTO MARQUES, "Sustentabilidade e Temas

ADI 1.856 / RJ

Fundamentais de Direito Ambiental", p. 117, item n. 4.1, 2009, Millennium):

"Proteção da fauna e flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem sua extinção ou submetam os animais à crueldade (inciso VII). Fauna e flora são importantes componentes do meio ambiente natural, biológico, que têm sido objeto de especial proteção de diversas normas ambientais. São, sem dúvida, o aspecto mais visível do meio ambiente e para os quais o leigo se remete quando pensa no tema. Há gradações das restrições estabelecidas nas leis ambientais sobre esses temas. Há proteções parciais e absolutas. Proibição absoluta já vem impressa no próprio dispositivo, que não permite práticas que ameacem sua função ecológica, possam provocar sua extinção ou submetam os animais à crueldade. As proibições relativas dependerão do grau de importância que determinadas espécies ou ecossistemas têm para a vida, qualidade de vida e meio ambiente." (grifei)

Cabe assinalar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, 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 art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República:

"COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no

ADI 1.856 / RJ

que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado 'farra do boi'." (RE 153.531/SC, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO - grifei)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE 'BRIGAS DE GALO'."

A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte.

Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente."

(ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU - grifei)

"INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei n° 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. 'Rinhas' ou 'Brigas de galo'. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas 'rinhas' ou 'brigas de galo'." (ADI 3.776/RN, Rel. Min. CEZAR PELUSO - grifei)

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 (RE 39.152/SP, Rel. Min. HENRIQUE D'ÁVILA - RHC 35.762/SP, Rel. Min. AFRÂNIO COSTA, v.g.), eis que - como então reconhecia o Supremo Tribunal Federal -

ADI 1.856 / RJ

"A briga galo não é um simples desporto, pois maltrata os animais em luta..." (RHC 34.936/SP, Rel. Min. CÂNDIDO MOTA FILHO - grifei).

Cumpr ressaltar que esse entendimento jurisprudencial, no sentido de que as "brigas de galos" constituem atos de crueldade contra os animais, reflete-se, por igual, no magistério doutrinário (ALEXANDRE GAETA, "Código de Direito Animal", p. 60/61, 2003, Madras; DIOMAR ACKEL FILHO, "Direito dos Animais", p. 84, item n. 8.5, 2001, Themis; EDNA CARDOZO DIAS, "Inconstitucionalidade e Ilegalidade das Rinhas de Galo", "in" Fórum de Direito Urbano e Ambiental, p. 2.041, ano 3, n. 8, nov./dez. 2004, Editora Fórum; EDNA CARDOZO DIAS, "A Tutela Jurídica dos Animais", p. 182/198, item n. 5.5.1, 2000, Mandamentos; HELITA BARREIRA CUSTÓDIO, "Crueldade Contra Animais e a Proteção Destes como Relevante Questão Jurídico-Ambiental e Constitucional", "in" Revista de Direito Ambiental, p. 60/61, item n. 2.3, ano 2, julho-setembro de 1997, v.g.), valendo reproduzir a lição de LÍLIA MARIA VIDAL DE ABREU PINHEIRO CADAVEZ ("Crueldade Contra os Animais: Uma Leitura Transdisciplinar à Luz do Sistema Jurídico Brasileiro", "in" Revista Direito e Justiça, vol. 34, nº 1, p. 113/115, item n. 3.3.1, jan./jun., 2008, edIPUCRS):

"Destacamos, neste estudo, as denominadas 'brigas de galo', pois são de atual repercussão no meio jurídico e social (...). Há tentativas de legalizar

ADI 1.856 / RJ

esta prática no Brasil, sob a justificativa de ser 'uma conduta que faz parte da manifestação cultural de várias regiões' e 'uma realidade existente e enraizada na sociedade'.

Nesta prática, os animais são provocados pelo homem, que os coloca na arena para uma luta até a morte de um deles. Envolve atos de crueldade. Para esse momento de luta, os galos são preparados, cortando-lhes cristas e barbelas sem o uso de anestesia. O bico e as esporas são reforçados com aço inoxidável, e a luta não termina enquanto um deles não morrer na rinha.

Frete ao tema, Helita Barreira Custódio nos declara que, de acordo com o conceito constitucional de ato cruel, consideram-se crueldade contra animais os espetáculos violentos como lutas entre estes seres até a exaustão ou a morte, além de outras condutas referidas pela autora. Na mesma linha, Édis Milaré cita, entre outras, a briga de galo como uma prática de crueldade para com a fauna, pois nela o 'conceito de cruel condiz com a idéia de submeter o animal a um mal desnecessário'.

A nossa Constituição Federal de 1988 proíbe as práticas que submetam os animais à crueldade. A vedação constitucional abrange, portanto, as 'brigas de galo', pois, nas palavras de Érika Bechara: 'alguém ousará sustentar que brigas de galo são necessárias ao bem-estar coletivo?' Esse, inclusive, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (...).

.....
Para José Rubens Morato Leite, a posição do Supremo Tribunal Federal, (...) referente às 'brigas de galo', estabelecendo a dicção correta do dispositivo constitucional que veda a crueldade contra os animais, impediu que 'a integridade ideológica do texto constitucional cedesse à sedutora opção que insiste em compreender práticas dessa natureza como expressões legítimas do patrimônio cultural específico de algumas comunidades [...]'

Segundo Paulo Affonso Leme Machado, com a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n° 9.605/ 98), as atividades que fazem os animais enfrentarem-se em lutas ou disputas passaram a caracterizar o crime do art. 32 da Lei n° 9.605/98, visto anteriormente neste trabalho. As 'brigas de galo' são consideradas práticas cruéis contra os animais. Este é, também, o entendimento do

ADI 1.856 / RJ

Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como se pode ver abaixo:

'EMENTA: Administrativo. Meio Ambiente. Rinha de Galos. À vista de recente jurisprudência do Pretório Excelso, é lícito considerar a briga de galos como prática de crueldade para com os animais. Competição Esportiva, Crueldade contra Animal. Interdição de Estabelecimento. Prática Abusiva, Prejuízo, Fauna. Licitude, Autuação, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA).'

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão mais recente, datada de 11 de abril de 2005, julgou, por unanimidade, **inconstitucional a Lei nº 310-01/2001, de 27 de novembro de 2001, do Município de Fazenda Vilanova que autoriza 'a criação e realização de exposição e competição de aves das raças combatentes exóticas com licenciamento do IBAMA, a fim de preservação dessas espécies'. A seguir, a Ementa:**

'EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional. Ambiental. Rinha de Galos. É manifestamente inconstitucional, por afronta aos artigos 8º e 13, 'caput' e inciso V, da CE, e artigos 22, inciso I, e 30, incisos I e II, da CF, lei municipal que permite a realização de exposições e competições entre 'aves de raça combatentes exóticas', seja porque compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, não podendo o ato normativo municipal descriminalizar conduta tipificada no art.32 da Lei dos Crimes Ambientais, seja porque se insere também na competência dos Municípios promover a proteção ambiental, coibindo práticas que submetam os animais à crueldade. Ação direta julgada procedente. Unânime.'

A Relatora do Acórdão, Desembargadora Maria Berenice Dias, diz que a Lei nº 310-01/2001, do Município de Fazenda Vilanova, quando autoriza competições entre 'aves combatentes', ela 'autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento

ADI 1.856 / RJ

cruel, o que as Constituições Federal e Estadual não permitem'. Refere, também, que as 'brigas de galo' são punidas como crime, conforme o disposto no art. 32, da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).

Embora não tenha constituído objetivo deste trabalho o estudo da legislação Estadual e Municipal referente a proibição da crueldade em animais, cumpre-nos referir a nossa recente lei municipal proibitiva das 'brigas de galo' e cães, a Lei nº 9.770, de 17 de junho de 2005. Ela estabelece no seu art. 1º: 'ficam proibidas as rinhas de galo e de cães no Município de Porto Alegre'.

Com base no exposto, podemos concluir que as 'brigas de galo' constituem práticas consideradas cruéis frente a nossa atual Constituição Federal. Não se inserem, portanto, no critério das práticas absolutamente necessárias ao seres humanos visto anteriormente, pois submetem o animal a um mal completamente desnecessário. O reconhecimento da constitucionalidade e da legalidade desta prática importa em 'fraude à Constituição'. Não se pode permitir tais práticas fundamentadas somente no significado cultural ou recreativo que possam eventualmente representar." (grifei)

Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, que a Lei nº 2.895, de 20/03/98, editada pelo Estado do Rio de Janeiro - de teor essencialmente idêntico ao da Lei catarinense nº 11.366/2000, declarada inconstitucional pelo Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU -, está em situação de conflito ostensivo com a norma inscrita no art. 225, § 1º, VII, da Constituição da República, que, insista-se, veda a prática de crueldade contra animais e que tem, na Lei nº 9.605/98 (art. 32), o seu preceito incriminador, eis que pune, a título de crime ambiental, a inflição de maus-tratos contra animais.

ADI 1.856 / RJ

Impende assinalar que a proteção conferida aos animais pela parte final do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição abrange, consoante bem ressaltou o eminente Ministro CARLOS VELLOSO, em voto proferido, em sede cautelar, neste processo, tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto constitucional, em cláusula genérica, vedou qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.

Não vejo razão para modificar esse entendimento, Senhor Presidente, pois ele se ajusta, com absoluta fidelidade, à orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou a propósito do significado que resulta do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

Na realidade, e como registra a doutrina (BRUNO AURÉLIO GIACOMINI ROCCO, "Algumas Considerações sobre o Convívio entre o Homem e os Animais", "in" Revista de Direitos Difusos, vol. 11/1.421, item n. 5, fevereiro/2002, Esplanada-ADCOAS; DANIELLE TETÛ RODRIGUES, "Tutela da Fauna: Reflexões sobre a Tutela Penal Brasileira", "in" Boletim Informativo Juruá 315, p. 13, 16 a 28 de fevereiro/2002; ERIKA BECHARA, "A Proteção da Fauna sob a Ótica

ADI 1.856 / RJ

Constitucional", p. 22/23, item n. 2.3, 1ª ed., 2003, Juarez de Oliveira; LUIZ REGIS PRADO, "Direito Penal Contemporâneo", p. 327, item n. 4, 2007, RT, v.g.), os animais domésticos, como os galos, acham-se abrangidos pelo conceito genérico de fauna, o que permite estender, na linha da jurisprudência desta Corte, também às aves utilizadas em "briga de galos", a proteção estabelecida no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

É relevante observar, ainda, como anteriormente mencionado, que a proibição de práticas cruéis contra os animais, notadamente as concernentes às "brigas de galos", também encontra apoio na legislação ambiental, com especial destaque para a Lei nº 9.605, de 12/02/1998, que tipifica, como crime, as seguintes condutas:

"Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal." (grifei)

A "ratio" subjacente a essa orientação - que também traduz a posição dominante na jurisprudência dos Tribunais em geral - encontra apoio no próprio magistério da doutrina (PAULO

ADI 1.856 / RJ

AFFONSO LEME MACHADO, "Direito Ambiental Brasileiro", p. 887/888, 19ª ed., 2011, Malheiros), cuja análise, a propósito de tal matéria, põe em destaque as seguintes considerações:

"Preceitua a CF, no art. 225: '§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade'.

Os animais fazem parte da fauna; e, portanto, incumbe ao Poder Público protegê-los (art. 225, § 1º, VII, da CF). Essa proteção, como dever geral, independe da legislação infraconstitucional. Três tipos de práticas ficaram proibidos, e essas vedações terão sua maior eficácia 'na forma da lei', ainda que a Constituição Federal já atue a partir de seu próprio texto.

A Constituição Federal determinou que estão vedadas as práticas que submetam os animais a crueldade. O STF vem decidindo, com admirável coerência, pela proteção dos animais em casos que se tornaram paradigmáticos, como a 'farra do boi', em Santa Catarina, e a decretação da inconstitucionalidade de leis estaduais que permitiam rinhas de galos.

Uma das concepções sobre a crueldade mostra-a como a insensibilidade que enseja ter indiferença ou até prazer com o sofrimento alheio. A Constituição Federal, ao impedir que os animais sejam alvo de atos cruéis, supõe que esses animais tenham sua vida respeitada. O texto constitucional não disse expressamente que os animais têm direito à vida, mas é lógico interpretar que os animais a serem protegidos da crueldade devem estar vivos, e não mortos. A preservação da vida do animal é tarefa constitucional do Poder Público, não se podendo causar sua morte sem uma justificativa explicitada e aceitável." (grifei)

ADI 1.856 / RJ

Vale reproduzir, neste ponto, fragmento da douta manifestação, exarada nos autos da Apelação Cível nº 479.743/PE (TRF/5ª Região), da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. WELLINGTON CABRAL SARAIVA:

"44. Em petição encaminhada, anos atrás, ao Procurador-Geral da República, pugnou a advogada Edna Cardozo Dias, membro da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos do CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE (CONAMA), pelo ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei no 2.895, de 20 de março de 1998, do Rio de Janeiro, por permitir a prática ilegal e inconstitucional de rinha de galo naquele Estado. Na provocação, a advogada relatou a perversidade que envolve tal competição:

'Da Preparação à Rinha - Por volta de um ano o galo já está preparado para a briga e passará por sessenta e nove dias de trato. No trato, o animal é pelinchado - o que significa ter cortadas as penas de seu pescoço, coxas e debaixo das asas -, tem suas barbelas e pálpebras operadas. Iniciou, pois, uma vida de sofrimento, com o treinamento básico. O treinador, segurando o animal com uma mão no papo e outra no rabo, ou então, segurando-o pelas asas, joga-o para cima e deixa-o cair no chão para fortalecer suas pernas. Outro procedimento consiste em puxá-lo pelo rabo, arrastando-o em forma de oito, entre suas pernas separadas. Depois, o galo é suspenso pelo rabo, para que fortaleça suas unhas na areia. Outro exercício consiste em empurrar o animal pelo pescoço, fazendo-o girar em círculo, como um pião. Em seguida, o animal é escovado para desenvolver a musculatura e avivar a cor das penas, é banhado em água fria e colocado ao sol até abrir o bico, de tanto cansaço. Isto é para aumentar a resistência.

[...]

O galo passa a vida aprisionado em gaiola pequena, é privado de sua vida sexual normal, só

ADI 1.856 / RJ

circulando em espaço maior nas épocas de treinamento...

Chega a hora do galo ser levado às rinhas. Depois da parelha (escolha dos pares), vem o topo, que é a aposta entre os dois proprietários. São, então, abertas as apostas e as lambujas. Os galos entram no rodo calçados com esporas postiças de metal e bico de prata (o bico de prata serve para machucar mais ou substituir já perdido em luta). A luta dura 1h 15min, com quatro refrescos de 5min. Se o galo é 'tucado' (recebe golpe mortal) ou é 'meio-tucado' (está nocaute), a platéia histórica aposta lambujas, que são apostas com vantagens para o adversário.

Se o galo ficar caído por 1m o juiz autoriza o proprietário a 'figurar' o galo (tentar colocá-lo de pé). Se ele conseguir ficar de pé por 1m a briga continua. Se deitar é perdedor. O galo pode ficar de 'espavorido' quando leva uma pancada muito dolorosa e abandona a briga.

Se a briga durar 1h15m sem um deles cair há empate e topo perde a validade. Faz[em]-se apostas até sobre o refresco.

Galo carreirinha é aquele que percorre o rodo correndo até cansar o outro que está correndo atrás dele para depois abatê-lo. Galo canga é aquele que cruza o pescoço dele com o outro, forçando para baixo até que o adversário perca a postura de briga. O galo velhaco é aquele que, no meio da briga, entra por debaixo das pernas do adversário, quando está sendo atacado e depois o pega de emboscada.

Tudo isto comprova que as brigas de galos são cruéis e só podem ser apreciadas por indivíduos de personalidade perversa e sádicos." (grifei)

Nem se diga que a "briga de galos" qualificar-se-ia como atividade desportiva ou prática cultural ou, ainda, como expressão folclórica, numa patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, dentre

ADI 1.856 / RJ

outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais.

"A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil", como enfaticamente proclamou esta Suprema Corte (ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU), que, por mais de uma vez, também rejeitou a alegação de que práticas como a "briga de galos" e a "farra do boi" pudessem caracterizar manifestações de índole cultural, fundadas em usos e em costumes populares verificados no território nacional, como bem destacou, em douto voto, o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA (RE 153.531/SC, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO):

"No ponto, duas vertentes de exame da matéria põem-se: de um lado, a que contribuiria para a sustentação do acórdão no art. 215 da Constituição quando, dispondo sobre a cultura, estipula:

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

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

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.'

.....

ADI 1.856 / RJ

A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional, assim como previsto no art. 215, suso transcrito. Essa é uma vertente de entendimento da matéria sob o ponto de vista constitucional.

Há, entretanto, outra, de assento constitucional também, com base no art. 225 da Lei Magna, invocada no recurso. Reza o art. 225:

'Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

.....
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.'

Há, sem dúvida, nesses dispositivos do art. 225, nítida integração com os princípios e valores dos arts. 1º e 3º da Constituição, enquanto definem princípios fundamentais da República.

Ora, penso que a Constituição, nesse dispositivo, não só põe sob o amparo do Estado tais bens, mas dele também exige que efetivamente proíba e impeça ocorram condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, como está no § 3º do art. 225:

'§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.'

Nessa norma, não é possível, por igual, deixar de ver o que se contém na parte final do inciso VII do

ADI 1.856 / RJ

art. 225 da Constituição, quando veda a prática de atos que submetam animais a crueldade. Isso está no dever do Estado coibir.

Entendo, dessa maneira, que os princípios e valores da Constituição em vigor, que informam essas normas maiores, apontam no sentido de fazer com que se reconheça a necessidade de se impedirem as práticas, não só de danificação ao meio ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, mas, também, que provoquem a extinção de espécies ou outras que submetam os animais a crueldade. A Constituição, pela vez primeira, tornou isso preceito constitucional, e, assim, não parece que se possam conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como a denunciada nos autos, com esses princípios, visto que elas estão em evidente conflito, em inequívoco atentado a tais postulados maiores.

Não cabe, decerto, ignorar (...), que se cuida de manifestações que encontram raízes no tempo e das quais participam camadas significativas do povo, em determinadas épocas. Disso decorre serem manifestações difíceis para o Estado coibir. Mas, ao STF, enquanto guarda da Constituição, cumpre proclamar tal exigência maior, eis que a 'quaestio juris' está adequadamente discutida em via recursal apropriada ao exame desse tema, em face da Constituição. Ora, é de entender, destarte, que o acórdão recorrido, invocando o que se contém no art. 215 da Constituição e a prática reiterada do costume, torna inviável a aplicação do art. 225, VII, 'in fine', da Lei Maior. Não se pode deixar de ver, na decisão, desse modo, ofensa a esse preceito da Constituição, o que bastante se faz para que o recurso extraordinário possa ser efetivamente conhecido.

Dele conhecendo, dou-lhe provimento, para julgar a ação procedente e, em consequência, determinar que o Estado de Santa Catarina, em face do que dispõe o art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição, adote as providências necessárias a que não se repitam essas práticas consideradas atentatórias à regra constitucional aludida." (grifei)

ADI 1.856 / RJ

Igual percepção sobre o tema foi revelada pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, no julgamento do mencionado RE 153.531/SC, de que se tornou Relator p/ o acórdão:

"Se, de um lado (...), a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais - e a Constituição Federal é um grande todo -, de outro lado, no Capítulo VI, sob o título 'Do Meio Ambiente', inciso VII do artigo 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado:

'Art. 225. (...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.'

(...) é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada 'farra do boi', em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. (...).

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal. (...)." (grifei)

ADI 1.856 / RJ

Esse mesmo entendimento, por sua vez, é perfilhado por PAULO AFFONSO LEME MACHADO ("Direito Ambiental Brasileiro", p. 885, 19ª ed., 2011, Malheiros), que, em magistério irrepreensível, acentua serem ofensivas ao ordenamento positivo brasileiro as referidas práticas, ainda que alegadamente amparadas em contexto histórico, cultural e/ou folclórico:

"Atos praticados ainda que com caráter folclórico ou até histórico, como a 'farra do boi' estão abrangidos pelo art. 32 da Lei 9.605/98, e devem ser punidos não só quem os praticam, mas também, em co-autoria, os que os incitam, de qualquer forma. A utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de festas ou dos chamados 'rodeios' ou 'vaquejadas', tipifica o crime comentado, pois concretiza maus-tratos contra os animais. O emprego do 'sedém' - aparelho com tiras e faixas de couro, fortemente amarrado na virilha do animal, com finalidade de comprimir seus órgãos genitais e forçá-lo a saltitar e corcovear - caracteriza o crime do art. 32 da Lei 9.605/98. Da mesma forma, e sem qualquer dúvida, todas as atividades que fizerem os animais enfrentar-se em luta ou disputa. As 'brigas de galo' são consideradas atos de crueldade contra animais." (grifei)

Finalmente, cumpre rememorar as razões expostas, em douto parecer, pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. FLÁVIO GIRON, ao opinar pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, em manifestação aprovada pelo eminente Chefe da Instituição (fls. 97/103):

"Quanto ao mérito, a Constituição Federal foi clara ao estabelecer, em seu artigo 225, que 'todos têm

ADI 1.856 / RJ

direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações'.

Observe-se que a ação é dirigida ao Estado como expressão do poder público, e, portanto, dirigida também ao legislador para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Acrescenta, ainda, ao mencionado dispositivo constitucional o § 1º, inciso VII, estabelecendo ser incumbência do Poder Público proteger a fauna e a flora, onde serão vedadas, na forma da lei, as práticas que colocarem em risco sua função ecológica, provocarem a extinção de espécies ou submeterem os animais a crueldade.

Com o intuito de dar maior efetividade ao cumprimento desse dever do Estado em garantir um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, foi sancionada a Lei nº 9.605, de 12/2/98, denominada de 'Lei dos Crimes Ambientais' que tipifica como crime praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir, mutilar, praticar quaisquer atos de crueldade contra os animais. Note-se que a Constituição Federal protege todos os animais, sem discriminação de espécie ou categoria. Nesse diapasão, vale ressaltar a lição do eminente jus-ambientalista Édis Milaré ('in' 'Direito do Ambiente', Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 228):

'Como dissemos anteriormente, entende-se por fauna o conjunto dos animais que vivem numa determinada região, ambiente ou período geológico. Aqui se incluem os animais, sejam domesticados ou não, da fauna terrestre e da fauna aquática.

Assim, afasta-se, desde já, a idéia de que a fauna resume-se à silvestre, ou seja, aos animais não domesticados, habitantes de áreas onde ocorram formações florestais presumivelmente isentas de interferência humana, sendo que cada qual ocupa seu nicho e desempenha papel fundamental para o equilíbrio das inter-relações naturais das espécies de determinado ecossistema.

A Constituição da República de 1988, ao determinar em seu art. 225, § 1º, VII, ao Poder Público a incumbência de proteger a fauna, submeteu

ADI 1.856 / RJ

ao manto da Lei todos os animais indistintamente, vez que todos os seres vivos têm valor, função e importância ecológica, seja como espécie seja como indivíduo.' (...)

A tese de que os animais domesticados não estão abrangidos pela proteção constitucional não se sustenta, pois não faz sentido que o legislador constituinte tenha resolvido permitir que essa 'categoria' da fauna possa ser objeto de crueldade.

Por fim, causa espécie a afirmação de que os galos lutam sem a 'interferência humana', mas por simples 'espírito atávico'. As informações de entidades ambientalistas (fls. 15/23) deixam claro que há todo um processo de preparação e condicionamento dos animais para o combate. Tal processo é conduzido por um treinador, cujos métodos, segundo tais informações, submetem o animal a uma rotina estafante, que não pode ser considerado mero espírito combativo, como quer fazer crer a segunda requerida. É patente a participação humana na preparação desses animais para a rinha.

No presente caso, na hipótese de 'briga de galos', a crueldade é gritante. Segundo informações de entidades que visam a proteção dos animais (fls. 15/23), o espécime sofre maus-tratos desde a época em que é treinado para as chamadas 'rinhas', e, quando efetivamente participam das lutas, os animais brigam até a exaustão ou até a própria morte. (...).

De fato, as 'brigas de galos' constituem verdadeira forma de tratar com crueldade esses animais, e a lei estadual impugnada, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre 'galos combatentes', autoriza e disciplina a submissão desses espécimes a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite.

Cumpra também frisar que a rinha de galos é objeto de apostas, sendo o proprietário do galo vencedor recompensado. Logo, seria ingenuidade imaginar a ausência de ação humana em tal atividade, pois deve-se inferir que os proprietários dessas aves sempre terão em mente o lucro possível pela vitória, logo, as aves sempre deverão demonstrar maior 'afinco' nos treinamentos, aumentando as probabilidades de prêmio na competição.

.....

ADI 1.856 / RJ

Isto exposto, opina o Ministério Público Federal, por seu órgão, pela procedência da ação, para ser declarada a inconstitucionalidade da Lei fluminense n° 2.895, de 20 de março de 1998." (grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas e considerando, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, julgo procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n° 2.895, de 20 de março de 1998, editada pelo Estado do Rio de Janeiro.

É o meu voto.

26/05/2011**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, sem querer polemizar, vou assentar o meu voto divergente em razão da leitura que faço do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal:

“Art. 225

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei(…)”

Eu entendo, com a devida vênia, que a legislação ordinária é a que tem competência para estabelecer essa proteção e a sua respectiva gradação. E ela já existe, inclusive; é a legislação criminal ambiental.

Mantendo coerência com o que tenho sustentado aqui em outros casos, voto no sentido de que essa ponderação é do legislador, e não do Judiciário. Peço vênia para julgar improcedente a ação, registrando o brilhante voto proferido pelo eminente relator a quem cumprimento.

26/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Senhor Presidente, diante dessa intervenção, também quero dizer algo, ainda que rapidamente.

A referência que o inciso VII do § 1º do artigo 225 faz à lei é num outro sentido; ela tem uma outra qualidade: não é para que a proibição da crueldade somente se dê a partir da edição da lei. Eu não encaro como uma norma de eficácia limitada, na linguagem de José Afonso da Silva, ou de eficácia complementar, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos na minha própria companhia.

Se prestarmos bem atenção ao texto, *data venia*, vamos perceber que esse dispositivo não vem isolado; ele não veio num piscar de olhos do constituinte, digamos assim, de rompante; ele faz parte de todo um contexto constitucional, que principia com o próprio preâmbulo da nossa magna Carta, que fala de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. E fraternidade aqui evoca, em nossas mentes, a idéia de algo inconvivível com todo tipo de crueldade, mormente aquelas que desembocam em derramamento de sangue, mutilação de ordem física e, até mesmo, na morte do ser torturado.

Aliás, eu até diria que uma Constituição promulgada explicitamente sob a proteção de Deus é absolutamente repelente desse tipo de autoexecução de animais entre si - porque é um autoexecução de animais entre si.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Este Egrégio Plenário já **proclamou** que a sujeição da vida animal a experiências de crueldade, **além** de aviltante, **qualifica-se** como conduta absolutamente incompatível com o

*Supremo Tribunal Federal***ADI 1.856 / RJ**

texto da Constituição da República.

Por isso mesmo, **dentre** as várias medidas que o Poder Público tem que adotar, por efeito de seu dever constitucional de proteção à fauna, está a de impedir, por exemplo, que se legitimem (e que se efetivem) práticas de crueldade contra animais, hoje tipificadas como crime ambiental.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É para isso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Essa cláusula vedatória traduz direta emanção do próprio texto da Constituição da República (art. 225, § 1º, inciso VII, "in fine").

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Da própria Constituição.

É como penso. Até porque esse tipo de crueldade caracteriza verdadeira tortura. Isso é uma tortura, e a Constituição proíbe a tortura, às expressas, no inciso III do artigo 5º.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Fiz o meu voto sem querer polemizar, porque a minha questão não se opõe aos valores que os votos estão pautando como premissa. É só uma questão de saber a quem é delegada, pela Carta, essa ponderação.

Lê-se, no inciso sétimo: "na forma da lei". Portanto, entendo que essa ponderação é do legislador, do Congresso Nacional e dos parlamentos,

ADI 1.856 / RJ

nas unidades da Federação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sem dúvida que, no conteúdo, Vossa Excelência concorda; é perfeito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Agora, eu só quero terminar dizendo o seguinte: essa crueldade, caracterizadora de tortura, manifesta-se no uso do derramamento de sangue e da mutilação física como um meio, porque o fim é a morte. O jogo só vale se for praticado até a morte de um dos contendores, de um dos galos, que são seres vivos. Quer dizer, é um meio. Derramar sangue e mutilar fisicamente o animal não é sequer o fim. O fim é, verdadeiramente, a morte de cada um deles; a briga até a exaustão e a morte. E não se pode perder a oportunidade para que a Suprema Corte manifeste o seu repúdio, com base na Constituição, a esse tipo de prática, que não é esporte nem manifestação de cultura; aliás, como bem ressaltado no voto do Ministro Peluso, anteriormente - no magnífico voto que Vossa Excelência produziu -, e, agora, no magistral voto do Ministro Celso de Mello.

Eu acompanho Sua Excelência o Relator.

26/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, pela ordem, Senhor Presidente, só para reafirmar essa leitura do Ministro Celso de Mello.

Hodiernamente não se pode imaginar uma lei que não perpassse pelo tecido normativo da Constituição Federal. Então, nós temos princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, princípios fundamentais da Constituição Federal e princípios setoriais.

Com relação ao meio ambiente, no meu modo de ver, este aqui é o princípio-regra, que, inclusive, supera regras infraconstitucionais, quando dispõe, dentre as obrigações da defesa a todos, a defesa do meio ambiente:

"VII - proteger a fauna e a flora," - excluída a expressão vedadas na forma da lei - "vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade".

A Constituição tem normatividade suficiente para, ela própria, proibir essa prática. E nós estamos em sede de confronto entre uma legislação local e a Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A ausência de lei não pode significar nesse contexto autorização para torturar um ser vivo, até porque da tortura de um galo para a tortura de um ser humano é um passo. Então, não podemos deixar de coibir, com toda a energia, esse tipo de prática.

26/05/2011**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, apenas duas palavras sobre a matéria. Há o precedente citado pelo relator alusivo a Santa Catarina, mais precisamente à Farra do Boi.

Estamos no controle concentrado de constitucionalidade e, se formos ao preceito da Carta Federal, veremos que a vedação remete-se à lei.

Penso que o diploma local padece de um vício de forma, porque, na minha óptica, o trato da matéria teria que se dar no âmbito federal. A lei local, ao invés de vedar, autoriza a denominada "competição galística". E surge a problemática: o preceito, no que remete a lei "cuidar das vedações", é autoaplicável? Tenderia a responder de modo negativo à colocação feita pelo Ministro Dias Toffoli. No caso, mediante lei é que se teria que dispor a respeito.

Assento o vício de forma na disciplina da matéria.

26/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, gostaria, primeiro, de louvar o brilhante voto do Ministro Celso de Mello, que repassou toda a jurisprudência e mostrou o significado dessa decisão, dos seus reflexos, inclusive, em outros tipos de prática.

Às vezes estamos contextualizados em situações de violência, e muito provavelmente este tipo de prática provoca a falta de sensibilização ou mesmo um fenômeno de dessensibilização em relação a práticas violentas.

Eu também fiquei a pensar a propósito da observação do Ministro Dias Toffoli. Eu me lembro que nós usamos, na própria dogmática hoje dos direitos fundamentais, os precedentes aqui referidos, especialmente aquele em que acabou redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, o da Farra do Boi, em que se colocou a questão do aspecto cultural e a ideia de preservação dos animais. E ali o Tribunal foi muito enfático no sentido da proibição, entendendo que havia uma prática cruel em relação aos animais.

Também me parece que aqui é difícil - talvez o tema deva continuar a merecer reflexão e esforços no sentido de o aprimoramento da fundamentação -, a partir do próprio texto constitucional, alegar-se simplesmente que, na ausência de uma disciplina federal - tal como cogita o Ministro Marco Aurélio -, pudesse o legislador estadual autorizar esse tipo de prática.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Essa prática.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Até porque as aves não têm Estado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E criaria um perigoso tipo de paraíso fiscal. Essa prática migraria para o Estado onde houvesse autorização, o que seria, na verdade, a maximização da crueldade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A lei aqui é de reforço

ADI 1.856 / RJ

proibitivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De fato, o texto impõe uma reserva legal, mas é tão claro no que diz respeito à proteção que, na ausência de lei, ficaria o Poder Público impedido de ter medidas protetivas?

26/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu até vou, diante da manifestação do eminente Ministro Marco Aurélio e das ponderações que agora faz Sua Excelência o Ministro Gilmar Mendes, aderir ao fundamento do voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido da inconstitucionalidade formal da lei, haja vista a existência de legislação federal proibitiva já vigente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

O art. 64 da Lei das Contravenções Penais foi revogado pela Lei nº 9.605, de 12/02/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas motivadas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dentre as quais a prática de crueldade contra animais silvestres, domésticos ou domesticados, sejam eles nativos ou exóticos, como resulta claro do art. 32 de referido diploma legislativo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):**

Devo observar que o art. 32 da Lei nº 9.605/98 qualifica-se como preceito incriminador que incide nos casos de inobservância ou de transgressão à regra constitucional (CF, art. 225, § 1º, inciso VII), promulgada com o objetivo

ADI 1.856 / RJ

de proteger a fauna, **vedando** práticas que, **além de colocarem** em risco a sua função ecológica **ou ensejarem** a própria extinção das espécies, **também submetam** "os animais à crueldade".

O que me parece relevante, portanto, é que práticas de crueldade **contra** animais constituem, **agora, crimes** de natureza ambiental, **não mais configurando** meros ilícitos contravencionais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não há mais contravenção.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Passou a ser crime, foi superado.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):
É o que, **agora, prescreve, em cláusula de tipificação penal, a nova Lei de Crimes Ambientais, consubstanciada na Lei nº 9.605/98.**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não altera o raciocínio de Sua Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O raciocínio é o mesmo.

ADI 1.856 / RJ

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós estamos discutindo o que é pior: se é a inconstitucionalidade formal ou a material.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Há lei federal. Havendo lei federal, realmente não caberia ao Estado autorizar algo que está vedado por ela. Então, pelo fundamento do Ministro Marco Aurélio, no sentido de que realmente é formal a inconstitucionalidade, eu voto pela procedência da ação.

26/05/2011

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A menção que o art. 225, § 1º, da Constituição faz "ao poder público" traduz referência genérica que abrange todas as entidades políticas que compõem o Estado Federal brasileiro, a significar que a cláusula vedatória inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Lei Fundamental alcança, além da União Federal, também os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, considerado o fato de que cláusulas proibitivas qualificam-se como normas impregnadas de eficácia plena e de aplicabilidade direta e imediata.

Ou, em outras palavras, o Estado brasileiro, em qualquer das dimensões políticas em que se pluralizam as comunidades jurídicas que o integram, tem a incumbência de impedir a prática de crueldade contra animais.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, nós chegamos ao requinte de discutir se matar o galo com lei ou sem lei é inconstitucionalidade formal ou material, mas todo mundo está de acordo que nem se pode matar o galo nem a lei é inconstitucional.

ADI 1.856 / RJ

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ministro Gilmar Mendes, eu tenho relido ultimamente o livro de Vossa Excelência "Curso de Direito Constitucional" e, em várias passagens - se eu estiver equivocado, Vossa Excelência me corrija -, quando a Constituição diz Poder Público, está dizendo Estado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Pessoa jurídica estatal, compreendendo União, Estado, Distrito Federal e Município.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nesse ponto é que eu queria chegar. Na linha do que já argumentou o eminente Relator aqui, já no *caput* do artigo está claro que há um dever de proteção.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Que se impõe, na verdade, ao Poder Público como um todo. Daí a minha pergunta: Não poderia, eventualmente, o Ministério Público atuar, como eventualmente atuou no caso?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Vale lembrar, por oportuno, que esse dever de proteção à fauna, constitucionalmente imposto ao Poder Público, tem sido implementado, jurisdicionalmente, por iniciativa do Ministério Público, que se vale, para tanto, do mecanismo processual da ação civil pública.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso. Ou o Judiciário tomar medidas, na ausência de uma disciplina legal específica?

26/05/2011**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, fazendo essa reflexão e prometendo continuar nesse esforço, também vou acompanhar o eminente Relator, até porque está alicerçado na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tanto no caso específico, porque há uma lei idêntica já declarada inconstitucional, como naquele outro caso referido – o da Farra do Boi –, que tem outras conotações.

26/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro Gilmar Mendes, se Vossa Excelência me permite intervir – não, evidentemente, para servir de fundamento, porque não seria o caso, mas para pensar -, acho que a regulamentação não está apenas proibida pelo artigo 225; acho que a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A partir da tortura.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mais primitivas e irracionais do ser humano. Noutras palavras, a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuem o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Excelência, é exatamente essa intervenção que eu pretendia fazer, porque há um movimento mundial nesse sentido. Proibiram-se agora as touradas em Barcelona. A Europa está preocupada com o tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros. Por quê? Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E como um espetáculo público!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente. E não apenas daqueles que participam desse espetáculo degradante, desse suposto esporte, mas também daqueles que indiretamente são atingidos por ele, pelos gritos dos animais e dos

ADI 1.856 / RJ

participantes.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Basta ouvir dizer, eu já me indigno quando ouço falar disso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sem dúvida nenhuma.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Brigas de galos ou de cães - não importa o gênero escolhido **pelos infratores** da lei - traduzem condutas delituosas e aviltantes, **não podendo**, por isso mesmo, ser toleradas por qualquer autoridade pública, muito menos por esta Suprema Corte, **incumbida** de fazer prevalecer a autoridade da Constituição da República, **notadamente** no ponto em que esta **proíbe atos de crueldade** contra animais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Também.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Em todo sentido. O mundo já está cheio de fontes de violência. Se não coibirmos algumas delas, não sabemos onde vamos parar.

26/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856 RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, só uma palavrinha que acho importante aqui, até um pouco na linha do que o Ministro Gilmar Mendes disse.

O *caput* do artigo 225 remete a algo que eu acho que é um passo adiante no constitucionalismo brasileiro, que são os deveres da sociedade. No voto do Ministro Celso de Mello, ele enfatiza que alguns consideram - e aí não são juristas, são coletividades, comunidades - um desporto, uma atuação folclórica.

E o *caput* diz:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever (...)"

Então, nós sempre temos falado no constitucionalismo como deveres do Estado, e deixamos de lado uma sociedade democrática, para formar esse Estado democrático.

Eu acho que o § 1º, ao se referir à vedação que o Poder Público deve impor, é exatamente no sentido de que, se a coletividade sozinha não conseguir fazer com que o folclore e a cultura seja produção em benefício da vida e da dignidade, incumbe ao Estado vedar práticas que conduzam a isso. É uma tônica que, a meu ver, precisamos dar; não é o Estado que tem de ficar proibindo ou impondo às pessoas condutas que dignifiquem, mas a sociedade é que deve fazer isso. A sociedade tem de ser democrática para termos um Estado verdadeiramente democrático, na linha do que Vossa Excelência acaba de se referir. Quer dizer, há tanta

ADI 1.856 / RJ

violência, mas a violência, que parte de cada um, precisa ser coibida só nos excessos.

Acho que a interpretação do Ministro Celso de Mello, que eu acompanho às inteiras, é exatamente de um constitucionalismo social, neste sentido: a incumbência é da sociedade. O Poder Público tem de atuar não o tempo todo, entrando na casa da gente ou na vida da gente, mas cada um de nós, na nossa casa, sendo digno.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.856

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 26.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

06/10/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO
ADV.(A/S)	: ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade.

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

A C Ó R D Ã O

ADI 4983 / CE

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 6 de outubro de 2016.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

12/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO
ADV.(A/S)	: ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Procurador-Geral da República busca a declaração de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, da Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural.

Os dispositivos impugnados têm a seguinte redação:

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 deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

ADI 4983 / CE

§ 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.

Assevera ter instruído a ação com representação formalizada pela Procuradoria da República no Estado do Ceará.

Sustenta o conflito entre normas constitucionais – aquela que assegura o direito ao meio ambiente, artigo 225, e a que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, artigo 215. Afirma ser necessário dar maior peso, na espécie, à preservação do meio ambiente. Consoante articula, a lei impugnada não encontra respaldo no Texto Maior, violando o disposto no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta.

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,

ADI 4983 / CE

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”.

Ressalta que, diferentemente do que acontecia no passado, os bovinos são hoje enclausurados, açoitados e instigados. Segundo aduz, isso faz com que o boi corra “quando aberto o portão”, sendo, então, conduzido pela dupla de vaqueiros competidores, até uma área assinalada com cal, agarrado pelo rabo, que é torcido até ele cair com as quatro patas para cima e, assim, ser finalmente dominado. Indica laudo técnico, conclusivo, subscrito pela Doutora Irvênia Luíza de Santis Prada, a demonstrar a presença de lesões traumáticas nos animais em fuga, inclusive a possibilidade de a cauda ser arrancada, com conseqüente comprometimento dos nervos e da medula espinhais, ocasionando dores físicas e sofrimento mental.

Reporta-se a estudo da Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, revelador de lesões e danos irreparáveis sofridos também pelos cavalos utilizados na atividade, considerado percentual relevante de ocorrência de tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica. Afirma, ante os dados empíricos, implicar a vaquejada tratamento cruel e desumano às espécies animais envolvidas.

Diz que o Supremo usa a técnica da ponderação para resolver conflitos específicos entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, predominando entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais e esportivos. Cita precedentes – relacionados à “briga de galos”: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, relator ministro Celso de Mello, julgada em 26 de maio de 2011, e nº 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, apreciada em 29 de junho de 2005; ligado à “farra do boi”: Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, relator ministro Francisco Rezek, acórdão por mim redigido, apreciado em 3 de junho de 1997.

ADI 4983 / CE

Frisa que a solução adotada nesses precedentes, no sentido de prevalência da norma constitucional de preservação do meio ambiente e correspondente imposição de limites jurídicos às manifestações culturais, deve ser observada na espécie, presente a crueldade dispensada aos animais.

Sob o ângulo do risco, assevera a possibilidade de ocorrência de danos irreversíveis haja vista estarem submetidos a tratamento cruel. Postulou a concessão de liminar para suspender a eficácia da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará. No mérito, requer a declaração de inconstitucionalidade desse diploma legal.

Acionei o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868, de 1999, determinando fossem solicitadas informações ao órgão responsável pelo ato questionado bem como colhidos a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República.

O Governo do Estado do Ceará pronunciou-se em duas oportunidades. Na primeira, discorreu sobre a importância histórica da vaquejada. Defendeu a constitucionalidade da norma atacada, porquanto, ao regulamentar o esporte, teria protegido os bens constitucionais ditos violados, impondo a prática adequada do evento e estabelecendo sanções às condutas de maus-tratos aos bovinos. Afirmou obrigar a lei a adoção de medidas protetivas da integridade física e da saúde dos animais. Sustentou haver sido a vaquejada reconhecida como “prova de rodeio” pela Lei federal nº 10.220, de 11 de abril de 2001, e os praticantes do esporte, atletas profissionais. Aduziu cuidar-se de direito cultural amparado pelo artigo 215 da Carta da República, além de servir de incentivo ao turismo e fonte de empregos sazonais, de alta relevância para a economia local.

Na segunda, apontou, preliminarmente, a inépcia da inicial, ante a veiculação de alegações genéricas, e a inadequação da via eleita, em virtude de a proclamação pretendida depender da apreciação de questões fáticas. Alegou a ausência de impugnação quanto à aludida Lei federal nº 10.220, de 2001, por meio da qual a vaquejada foi classificada como rodeio, o que impediria a apreciação do pedido formulado nesta ação

ADI 4983 / CE

considerada a impossibilidade de assentar a inconstitucionalidade da norma da União por arrastamento. Quanto ao mérito, salientou que a vaquejada faz parte da cultura da região, revelando patrimônio histórico do povo nordestino, direito fundamental coletivo previsto no artigo 216 da Carta de 1988. Ressaltou a impropriedade da defesa apriorística do meio ambiente natural em detrimento do cultural, devendo tal análise ser realizada diante do caso concreto. Destacou que a legislação questionada atende à exigência de desenvolvimento econômico sustentável. Enfatizou não se confundir a vaquejada com os casos de “brigas de galo” e “farra do boi”, pois inexistem crueldade com os animais, como ocorria nos mencionados eventos declarados inconstitucionais pelo Supremo.

Embora oficiada, a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará não apresentou manifestação.

A Advocacia-Geral da União diz da procedência do pedido. Explicita que a prática da vaquejada, embora deva ter o reconhecimento como valor cultural, expõe os animais a maus-tratos e crueldade. Aduz estar presente conflito entre os artigos 225, § 1º, inciso VII, e 215 do Diploma Maior, tendo o Supremo julgado a favor da proteção ao meio ambiente, quando reveladas situações de tratamento cruel a animais, ainda que dentro do contexto de manifestações culturais. Articula caber a observância dessa jurisprudência no caso concreto.

A Procuradoria Geral da República reitera as razões expostas na inicial para opinar pela acolhida do pleito.

Admiti a Associação Brasileira da Vaquejada – ABVAQ na qualidade de terceira.

É o relatório.

12/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O pedido versa a inconstitucionalidade de lei do Estado do Ceará por meio da qual a vaquejada foi regulamentada como prática desportiva e cultural.

Antes de examinar as questões preliminares e de mérito envolvidas, faço registro quanto à posição assumida pelo Advogado-Geral da União. Confesso, mais uma vez, não poder silenciar a respeito, tendo em conta o texto da Carta da República.

A atuação do Advogado-Geral recebeu disciplina diversa da atinente ao Procurador-Geral da República, em relação ao qual a Carta, no § 1º do artigo 103, prescreve que “deverá ser previamente ouvido” no controle abstrato de constitucionalidade, tendo, como fiscal da lei, campo para pronunciar-se, mesmo em ação que haja formalizado, a favor do acolhimento do pedido formulado ou contra este. Com todas as letras, o § 3º do aludido preceito constitucional não dá margem ao curador para atacar o curatelado. Como disse Carlos Roberto de Alckmin Dutra, “o caráter cogente da norma está evidente em sua própria redação” (DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224) – o papel da Advocacia-Geral da União, a justificar a atuação, é o de proteção ao ato normativo impugnado.

O Advogado-Geral da União não trouxe ao processo peça defendendo a lei questionada. Ao contrário, deu parecer no sentido de o Tribunal declará-la incompatível com o Diploma Maior. Deixou, portanto, de cumprir o preceito constitucional.

PRELIMINARES

O Governador do Estado do Ceará arguiu a inépcia da inicial,

ADI 4983 / CE

sustentando a formulação de alegações genéricas, a inadequação da via eleita, em razão da necessidade de apreciação de questões fáticas, e a impossibilidade de exame do pedido, porque deixou de ser impugnada a Lei federal nº 10.220, de 2001, por meio da qual a vaquejada foi classificada como rodeio.

Não procede o que apontado. Na petição inicial, os fundamentos jurídicos do pleito vieram expostos de forma analítica, sendo feitas específicas referências aos dispositivos questionados e demonstrados os motivos a levarem à declaração pretendida. O crivo atinente à inconstitucionalidade há de ser feito em abstrato, considerada a relação da lei atacada com o versado no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta, e não em concreto, presentes as relações subjetivas envolvidas.

No tocante à falta de interesse, a ausência de impugnação da Lei federal nº 10.220, de 2001, não prejudica o julgamento do pedido formulado nesta ação, haja vista a aludida norma não ser suficiente a autorizar a prática se proclamada a inconstitucionalidade do ato local. Independentemente de o pleito envolver ou não o Diploma da União, o eventual reconhecimento da pecha quanto à regência ocorrida no estado-membro se mostrará suficiente à proibição do evento.

MÉRITO

Mediante a Lei nº 15.299/2013, o Estado do Ceará regulamentou a prática da vaquejada, na qual dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar um touro, puxando-o pelo rabo dentro de uma área demarcada. O Procurador-Geral acusa a exposição dos animais a maus-tratos e crueldade, enquanto o Governador do estado defende a constitucionalidade da norma, por versar patrimônio cultural do povo nordestino. Há, portanto, conflito de normas constitucionais sobre direitos fundamentais – de um lado, o artigo 225, § 1º, inciso VII, e, de outro, o artigo 215.

O artigo 225 da Carta Federal consagra a proteção da fauna e da flora como modo de assegurar o direito ao meio ambiente sadio e

ADI 4983 / CE

equilibrado. Cuida-se de direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado “de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523). Como direito de todos, a manutenção do ecossistema também a esses incumbe, em benefício das gerações do presente e do futuro. O indivíduo é considerado titular do direito e, ao mesmo tempo, destinatário dos deveres de proteção, daí por que encerra verdadeiro “direito-dever” fundamental (CRUZ, Branca Martins da. Importância da Constitucionalização do Direito ao Ambiente. In: BONAVIDES, Paulo, *et all* (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Cesar Asfor Rocha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 202).

Quanto a se fazer presente essa via de mão dupla, não existe nem pode existir controvérsia. O dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável. A problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito. Ante essa circunstância, não raro fica configurado o confronto com outros direitos fundamentais, tanto individuais, como o da livre iniciativa, quanto igualmente difusos, como o concernente às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, de que trata o aludido artigo 215 do Diploma Maior. Cumpre ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 25.284, de minha relatoria, relativo à criação da “Reserva Extrativista Verde para Sempre”, depois de afirmar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,” o qual impõe “ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, apontei que, considerado o disposto no artigo 225, “conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último”. O comportamento decisório do Supremo diante da necessidade de ponderar o direito ao meio ambiente com os direitos individuais de naturezas diversas tem sido o de dar preferência ao interesse coletivo.

ADI 4983 / CE

Mais controvertido apresenta-se o conflito do direito ao meio ambiente com outros coletivos, como o do pleno exercício dos direitos culturais, exatamente o que ocorre na situação concreta.

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”.

ADI 4983 / CE

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.

Cabe indagar se esse padrão decisório configura o rumo interpretativo adequado a nortear a solução da controvérsia constante deste processo. A resposta é desenganadamente afirmativa, ante o inequívoco envolvimento de práticas cruéis contra bovinos durante a vaquejada.

Consoante asseverado na inicial, o objetivo é a derrubada do boi pelos vaqueiros, o que fazem em arrancada, puxando-o pelo rabo. Inicialmente, o animal é enclausurado, açoitado e instigado a sair em disparada quando da abertura do portão do brete. Conduzido pela dupla de vaqueiros competidores vem a ser agarrado pela cauda, a qual é torcida até que caia com as quatro patas para cima e, assim, fique finalmente dominado.

O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas. O ato repentino e violento de tracionar o boi pelo rabo, assim

ADI 4983 / CE

como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam atuação a implicar descompasso com o que preconizado no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta da República.

O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade 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 quando submetido a esse tratamento.

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará.

É como voto.

12/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, examinei a matéria e, com a devida vênua do eminente Relator, cheguei à conclusão oposta. Parece-me que o tema que está vertido para o exame dos ilustres Pares, não obstante tenha a complexidade que o Ministério Público Federal suscitou ao início, e, com essa premissa, estamos - creio - de acordo, evidencia-se a questão a partir de uma afirmação que colho da página 6 da própria petição inicial.

O Ministério Público Federal, na página 6 da inicial, diz: A vaquejada, mantendo a tradição cultural à técnica, ...

Portanto, há um reconhecimento, na própria petição inicial, de tratar-se de uma manifestação cultural. E, nesse sentido, esse reconhecimento parece-me atrair o **caput** e o § 1º do art. 215 da Constituição Federal.

O § 1º, por si só, já indica, no meu modo de ver, uma outra direção. Sendo do seu dispositivo:

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

Esse é o texto da Constituição. Portanto, o que se entende por processo civilizatório, com a devida vênua, não me parece ser o apagar de manifestações que sejam insculpidas como tradição cultural. Ao contrário, 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. E se encontra, no nosso modo de ver, umbilicalmente ligada a uma noção mais ampla do que se tenha por meio ambiente, como está na obra de Paulo Natalício Weschenfelder, que está no voto que proponho ao colegiado.

Portanto, a partir do que consta da petição inicial e desse dispositivo da Constituição, com a devida vênua, concluo, no caso, por reconhecer a

ADI 4983 / CE

constitucionalidade, portanto, julgando improcedente o pedido, tal como manifestado pelo Ministério Público Federal.

E, atento a essas questões atinentes à eventual crueldade, a petição inicial faz referência a um conjunto de estudos. Não obstante alguns publicados, há disposição desses trabalhos na *internet*, mas não há, junto com a inicial, nenhuma demonstração que, no nosso modo de ver, restasse cabal para aproximar essa matéria do caso da farra do boi ou da rinha de galos.

No nosso modo de ver, há uma distinção entre essas três hipóteses, e, no acórdão para o qual foi Relator o ilustre Ministro Marco Aurélio, que tratou da chamada festa da farra do boi, ficou assente, pela prova coletada e trazida ao exame, a existência de crueldade com os animais. E não me parece que, neste caso, tenha havido.

Portanto, permitam apenas indicar, então, num breve parágrafo que sintetiza o nosso modo de ver:

O presente caso precisa ser analisado sob um olhar que alcance a realidade advinda da população rural. 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.

Sendo a vaquejada manifestação cultural, como alias está na própria petição inicial, encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo §1º, e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país.

Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja. Eu estou citando essa expressão criar, fazer e viver, que se encontram nos exatos termos do inciso II, do art. 216 da Constituição Federal.

Por essas razões e pela distinção que indico aqui nessa proposição de voto entre a chamada farra da festa do boi e a rinha de galos, estou, com a devida vênia do eminente Relator, Senhor Presidente e ilustre Pares,

ADI 4983 / CE

propondo julgamento improcedente do pedido contido na presente.

12/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu gostaria de cumprimentar Vossa Excelência e cumprimentar também o cuidadoso voto do Ministro Marco Aurélio. Mas dizer, desde logo, que a manifestação do Ministro Marco Aurélio me assustou um pouco, porque eu também não via a possibilidade de se fazer uma aplicação daqueles precedentes anteriores, tanto da farra do boi, quanto o da rinha de galo, a esta situação.

E ainda que, em algum casos, nós possamos ter situações em que há possível lesão ao animal, talvez a medida não devesse ser a de proibição da atividade, tendo em vista exatamente esse forte conteúdo cultural, mas pensar em medidas que, como foi dito da tribuna pelo Doutor Almeida Castro, contribuíssem para cumprir o desiderato preconizado pelo próprio legislador. Medidas que suscitam a ideia de um dever de proteção que compete ao Poder Público em geral no zelo que se deve ter para com o meio ambiente, a fauna, a flora, os animais, em suma.

Então, a mim, parece-me que, se levarmos todas essas questões a ferro e fogo, certamente teremos que dizer que o animal não está no estado natural, por exemplo, quando participa ou quando é obrigado a participar destas situações: a Festa do Peão, em Barretos; a corrida de cavalos.

Em suma, a vida vai ficar muito aborrida, quer dizer, vai ficar muito chata. É engraçado, no Direito brasileiro, não se colocou isso de maneira expressa - tenho insistido nisso - , mas aparece no artigo 2º da Lei Fundamental de Bonn como um desdobramento da lei de Weimar, da Constituição de Weimar, que é a ideia de que a liberdade envolve também o chamado *Selbstentfaltung der Persönlichkeit*, que é a ideia de autodesenvolvimento da personalidade que tem a ver com esses direitos de caráter cultural. Quer dizer, como nos manifestamos, enquanto ser, numa dada comunidade? Quer dizer, quebrar uma praxe desta? Pode ser

ADI 4983 / CE

que, nas tradições indígenas, haja festas - e certamente há algumas - que podem ter um dado tipo de prática. Nós sabemos também que, nesse âmbito, talvez não fossem condizentes com determinados parâmetros que consideramos dignos do nosso processo civilizatório. Mas a própria ideia de pluralismo exige que atuemos, aqui, com um *self restraint*, com algum tipo de moderação.

A mim, 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. Como se está dizendo, isso já vem das práticas dos tempos reinóis do Brasil Colônia e há registros na própria literatura, tentativas até mesmo de regulação do clássico Câmara Cascudo.

Em suma, então temos que agir como uma certa moderação sob pena de estimularmos, inclusive em casos desse tipo de reação e de prática cultural, a clandestinidade. O que se está buscando aqui é exatamente a regulação adequada. E a atuação do Ministério Público, ao meu ver, tal como já foi sustentado, deveria ser no sentido de contribuir para o aprimoramento de forma conforme e condizente com os ditames modernos de proteção ao meio ambiente, à fauna, à flora, etc.

De modo que, assim, também vou pedir vênias, Presidente, ao Ministro Marco Aurélio, mas a mim, parece-me que é iluminada, neste momento - sem dizer que seja obscuro o voto de Vossa Excelência, Ministro Marco Aurélio -, a manifestação do Ministro Fachin porque ela traz aspectos importantes que me lembram o meu mestre, Professor Peter Häberle, a propósito de Constituição como cultura. E foca um outro aspecto importante: o artigo 215.

Lembro-me que temos uma série de considerações a propósito desse tema. O próprio Texto Constitucional - e aqui fala da tentativa de desenvolvimento do desporto -, no artigo 217, também ajudando no raciocínio sobre o desporto, diz:

"Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

(...)

ADI 4983 / CE

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional."

Veja que, neste ponto, nós temos um tipo de desporto. Eu me lembro que o Ministro Moreira Alves, em tom de certa troça, revelando um pouco de bom humor, dizia que esse esporte de base nacional, tal como era conhecido, talvez fosse o jogo de bicho, e com uma certa associação, especialmente quando os bicheiros tinham que fugir da polícia. Aqui 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.

De modo que eu entendo que, se essa legislação carece de alguma censura, há de ser na sua execução, a necessidade de um eventual aperfeiçoamento, de eventuais medidas que se possam tomar no sentido de se reduzirem as possibilidades de lesão aos animais, mas não me parece que seja o caso de declarar a inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade resultaria em jogar na ilegalidade milhares de pessoas que se dedicam a essa atividade em caráter amador ou profissional - esses números são impactantes -, pessoas que se reúnem para também ver esse tipo de espetáculo. Quer dizer, retirar dessas comunidades o mínimo de lazer que, às vezes, se lhes propicia.

De modo que a mim me parece que essa decisão teria consequências extremamente danosas para todo um sistema regional de cultura. E volto a dizer: se, e claro, não se tem garantia de que não haverá lesão ao animal, embora a lesão não seja a regra, diferentemente do que acontece com a ferra 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. A mim me parece, então, que essa deveria ser a solução tal como preconizado pelo Ministro Fachin, a quem saúdo pelo belíssimo voto.

12/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu apenas gostaria - sem votar ainda - de dizer aos eminentes Pares, como venho do Tribunal de Justiça de São Paulo, queria registrar que a jurisprudência do nosso Tribunal paulista é muito vasta no sentido de proibir qualquer tipo de instrumento que possa causar lesões aos animais nas vaquejadas.

Há inúmeros e inúmeros acórdãos. Eu mesmo participei de vários julgamentos, numa Câmara de Direito Público que integrei, onde se proibia esporas com rosetas cortantes, o famoso sedém, que é aquela tira de couro que é apertada sobre os rins dos animais, choques elétricos e o uso de outros instrumentos contundentes.

Em São Paulo, como se sabe, a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos, famosa, continua ocorrendo, mas sem que se provoque lesões ou ferimentos ou sofrimento nos animais. Talvez a Corte possa, eventualmente, chegar a um meio termo, ao invés de se proibir inteiramente ou permitir sem restrições esse tipo de prática, quiçá, chegar a um ponto em que se vede o sofrimento dos animais e se permita a continuidade desse esporte.

12/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

VISTA

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, eu gostaria de antecipar meu pedido de vista.

Ouvi, com grande interesse e impressionado, o voto do eminente Ministro Marco Aurélio e ouvi o contraponto do eminente Ministro Luiz Edson Fachin.

Como quase todos aqui, estudei Direito - até cruzei com alguns bois e vacas no caminho, mais vacas do que bois, até porque meu pai tinha uma fazendola que produzia leite -, mas acho que aqui há uma implicação cultural relevante, e há uma implicação relevante de saber se há crueldade e o nível de crueldade. E esta não é uma questão de escolha, nem de ponderação em abstrato, esse é um fato da vida. Portanto, eu gostaria de me instruir melhor sobre a real situação de fato, porque, evidentemente, se há uma manifestação cultural legítima que causa dramática crueldade ao animal, eu não teria dúvida de me manifestar contra. Se há uma manifestação cultural que não causa, como regra, um sofrimento irrazoável ao animal, eu acho que a visão deve ser diferente. E não me sinto, nesse momento e nesse ponto de observação, em condições de arbitrar esse conflito de interesses, na verdade, essa colisão de bens constitucionais.

Então, por essa razão, Presidente, eu gostaria de pedir vista, menos por uma questão de direito, mais por um questão da fato. Mas gostaria de ouvir, independentemente disso, o eminente Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu vou, evidentemente, aguardar, como sempre, o voto profícuo do Ministro Luís Roberto Barroso. Mas, a respeito do que Vossa Excelência destacou, que a Corte eventualmente pudesse chegar a um meio-termo, eu também não entendo de vaquejada, não sei que tipo de regra se poderia estipular.

Há esportes de confronto regulados pela lei que se encartam dentro da autorização do titular do bem jurídico ofendido, como os esportes de

ADI 4983 / CE

contato em geral. São regulados, são esportes que são engendrados entre seres humanos e que são regulados, mas com regras que levam a que não se ultrapasse o limite da razoabilidade.

Então, como o Ministro Luís Roberto vai levar em consideração todos os fatos e pediu vista, eu também somente gostaria de destacar, como Vossa Excelência sugeriu um meio-termo, que nós estamos enfrentando uma lei, a inconstitucionalidade de uma lei, que vem exatamente ao encontro da Constituição Federal. Ou seja, é uma lei que privilegia as tradições culturais, mas, ao mesmo tempo, muito embora o peão seja considerado um profissional por uma lei federal e a vaquejada seja considerada um esporte pela lei federal - que não essa -, essa própria lei faz uma ponderação desses valores, no meu modo de ver. Muito embora, na parte fática, eu não tenha esse conhecimento que, aqui, o Ministro Marco Aurélio explicitou, mas ela impõe que ficam obrigados os organizadores do evento - da vaquejada - a adotar medidas de proteção e integridade física do público, do vaqueiro e do animal. E estabelece, aqui, algumas regras sancionatórias, quando há uma lesão ao animal.

Então, eu tenho que, para mim, **mutatis mutandis**, nós temos que levar em consideração também essa prática que Vossa Excelência se referiu, porque aqueles pinotes que o cavalo dá nos rodeios, eles custam caro ao animal. É uma técnica que é bastante sacrificante para o animal. De sorte que tudo isso nós temos que... eu só estou trazendo esse elemento para que Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu achei interessante a analogia nos esportes de contato que realmente há uma - digamos - autorização do contendor, mas, aqui, no caso do boi, eu teria dificuldade de aplicar a analogia.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas faz as vezes do representante do boi, o Estado. O Estado é representante do boi, que evita que ele seja sacrificado, foi basicamente isso que eu fiz.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu peço vista, Presidente, para me informar e colher, talvez, opiniões técnicas e aí voltamos a discutir.

ADI 4983 / CE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Agradeço a Vossa Excelência o cuidado que sempre tem em analisar melhor a matéria, a matéria realmente é controversa.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983

PROCED. : CEARÁ

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ

ADV.(A/S) : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

ADV.(A/S) : ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente o pedido formulado na ação direta, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, que o julgavam improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavaski. Falou, pelo requerente, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ, os Drs. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4.107, e Vicente Martins Prata Braga, OAB/CE 19.309. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 12.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: PROTEÇÃO DE MANIFESTAÇÕES CULTURAIS VERSUS VEDAÇÃO DE CRUELDADE CONTRA ANIMAIS.

1. A vedação de práticas que submetam animais a crueldade, prevista no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, constitui proteção constitucional autônoma, devendo-se resguardar os animais contra atos cruéis independentemente de haver consequências para o meio-ambiente, para a função ecológica da fauna ou para a preservação das espécies.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos de colisão entre as normas envolvendo, de um lado, a proteção de manifestações culturais (art. 215, *caput* e § 1º) e, de outro, a proteção dos animais contra o tratamento cruel (art. 225, § 1º, VII), tem sido firme no sentido de interditar manifestações culturais que importem crueldade contra animais. Nessa linha: RE 153.531, Rel. Min. Francisco Rezek. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 03.06.1997, DJ 13.03.1998; ADI 2.514, Rel.

ADI 4983 / CE

Min. Eros Grau, j. em 26.06.2005, DJ 02.12.2005; ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 14.06.2007, DJe 28.06.2007; ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.05.2011, DJe 13.10.2011.

3. Na vaquejada, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada, necessariamente com as quatro patas para cima como exige a regra, é inerentemente cruel e lesiva para o animal. Mesmo nas situações em que os danos físicos e mentais não sejam visíveis de imediato, a olho nu, há probabilidade de sequelas graves que se manifestam após o evento. De todo modo, a simples potencialidade relevante da lesão já é apta a deflagrar a incidência do princípio da precaução.

4. É permitida a regulamentação de manifestações culturais com características de entretenimento que envolvam animais, desde que ela seja capaz de evitar práticas cruéis, danos e riscos sérios. No caso da vaquejada, torna-se impossível a regulamentação de modo a evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática.

5. Pedido em ação direta de inconstitucionalidade julgado procedente para declarar inconstitucional lei estadual que regulamenta a vaquejada como prática esportiva e cultural.

ADI 4983 / CE

I. A HIPÓTESE

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto a Lei nº 15.299, de 08.01.2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. O ato impugnado possui o seguinte teor:

“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 deve 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

ADI 4983 / CE

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.”

2. Em síntese, o requerente alega violação ao art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, que, ao dispor sobre o meio ambiente, veda práticas que “submetam os animais a crueldade”. A peça inicial discorre sobre a prática da vaquejada, reconhecendo o caráter histórico desta atividade considerada esportiva e culturalmente fundada na região Nordeste do Brasil. Por outro lado, transcreve laudo técnico e estudo reveladores da ocorrência de lesões sofridas em bois e cavalos usados nas competições. Conclui, que, ante os relatos técnicos, a vaquejada consiste em prática que submete animais a crueldade.

3. O Governador do Estado do Ceará se manifestou em duas oportunidades. Na primeira delas, defendeu a constitucionalidade do ato impugnado. Na segunda, arguiu, preliminarmente, a inépcia da inicial, baseando-se nos argumentos de que a alegação de inconstitucionalidade teria sido genérica e de que a via eleita seria inadequada, pois, segundo entende, o pedido formulado dependeria da apreciação de questões fáticas.

4. Embora instada a se manifestar, a Assembleia Legislativa estadual não prestou informações.

5. Já o Advogado-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência parcial do pedido. Eis a síntese da manifestação:

“Constitucional. Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará,

ADI 4983 / CE

que regulamenta a vaquejada como atividade desportiva e cultural. Alegação de ofensa ao artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República, que impõe ao Poder Público o dever de proteção da fauna, vedadas as práticas que submetam os animais a crueldade. Preliminar. Inobservância do ônus da impugnação específica. Mérito. A submissão dos animais a situações de maus-tratos não encontra amparo na Constituição da República, mesmo que realizada dentro do contexto de manifestações culturais. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela procedência do pedido formulado pelo requerente.”

6. O Procurador-Geral da República reiterou as razões expostas na inicial, manifestando-se pela procedência integral do pedido, em parecer que recebeu a seguinte ementa:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará. Vaquejada como prática cultural e atividade desportiva. Preliminar. Alegação de pedido genérico. Não configuração. Relação entre fundamentos fáticos e jurídicos e o pedido. Ação que ataca todo o diploma legal, por inconstitucionalidade em bloco. Mérito. Situação notória de maus tratos a animais. Prática inconstitucional, ainda que realizada em contexto cultural. Direito ao meio ambiente. Necessidade de proteção da fauna. Procedência. Parecer pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido.”

7. A Associação Brasileira de Vaquejada – ABVAQ foi admitida no feito como *amicus curiae*.

8. O eminente relator, Min. Marco Aurélio, julgava procedente o pedido. Em seu voto, assim se pronunciou:

“O ato repentino e violento de tracionar o touro pelo rabo, assim como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de

ADI 4983 / CE

estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam ação a implicar descompasso com o que preconizado no art. 225, § 1º, inciso VII, da Carta da República. (...) Inexiste a mínima possibilidade de o touro não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento”.

9. O eminente Ministro Edson Fachin, por sua vez, abriu divergência ao votar pela improcedência do pedido, assentando em seu pronunciamento:

“Sendo a vaquejada manifestação cultural, encontra proteção expressa na Constituição (art. 215, *caput* e § 1º) e não há razão para se proibir o evento e competição que reproduzem e validam tecnicamente a atividade de captura própria do trabalho de vaqueiros e peões desenvolvida na zona rural deste grande país.

(...) A vaquejada... visa apenas à dominação do animal mediante técnicas tradicionais que são passadas de pai para filho ao longo do tempo, sem, contudo, impingir-lhe sofrimento que ultrapasse o necessário ao atingimento do objetivo mencionado”.

10. O Ministro Gilmar Mendes também antecipou seu voto acompanhando a divergência.

11. Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão.

II. PRELIMINAR

12. Rejeito, de início, as preliminares de inépcia da inicial arguidas, e o faço nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio. As impugnações feitas pela requerente são suficientes e a ausência de impugnação da Lei federal nº 10.220/2001 não impede a análise da

ADI 4983 / CE

constitucionalidade da lei questionada na presente ação, “haja vista”, como bem pontuou o Relator, “a aludida norma não ser suficiente a autorizar a prática se proclamada a inconstitucionalidade do ato local. Independentemente de o pleito envolver ou não o Diploma da União, o eventual reconhecimento da pecha quanto à regência ocorrida no estado-membro se mostrará suficiente à proibição do evento”.

III. MÉRITO: AS QUESTÕES JURÍDICAS, FÁTICAS E ÉTICAS EM DISCUSSÃO

13. A solução do caso reclama o equacionamento de duas questões principais: *(i)* a vaquejada consiste em prática que submete animais a crueldade? *(ii)* Ainda que submeta animais a 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. Antes de mais nada, porém, é pertinente uma breve explicação sobre a própria prática questionada. É o que se passa a fazer.

Parte I

A VAQUEJADA

I. A PRÁTICA DA VAQUEJADA

14. A origem das vaquejadas remonta às práticas pecuárias nordestinas dos séculos XVII e XVIII.¹ Àquela época, as fazendas de pecuária bovina não tinham sua extensão delimitada por cercas. Por essa razão, vaqueiros eram convocados por fazendeiros para separar seus bois e vacas que se misturavam aos de outras fazendas. Essa prática era conhecida como “apartação”. Com o passar do tempo, essa atividade

1 Luís Câmara Cascudo. *A Vaquejada Nordestina e sua Origem*. Fundação José Augusto: Natal, 1976.

ADI 4983 / CE

tornou-se um evento festivo, atraindo a comunidade local. Por volta da década de 1940, vaqueiros de alguns Estados da região Nordeste começaram a divulgar suas habilidades na lida com o rebanho, por meio de uma atividade que ficou conhecida como “corrida de morão”.² Ela se diferenciava da “festa da apartação” por ser realizada nos pátios das fazendas, já agora delimitadas e cercadas. Após alguns anos, pequenos fazendeiros de várias partes da região Nordeste começaram a promover uma competição de derrubada de bois, na qual os vaqueiros vencedores recebiam como prêmio uma quantia em dinheiro. Essas competições passaram, então, a ser chamadas de vaquejadas.

15. Nas últimas décadas do século passado, a prática evoluiu, tornando-se uma atividade com características de esporte, na qual dois competidores a cavalos perseguem um boi que sai em disparada em uma pista de competição, após ser solto do “brete”, local onde o boi fica enclausurado antes de iniciar a prova. O objetivo da dupla é derrubar o boi dentro de um espaço demarcado entre duas linhas feitas geralmente a cal, denominado “faixa”. Após o animal ser solto, os dois vaqueiros competidores correm paralelamente entre si e lateralmente ao boi, um de cada lado. Cada um deles tem funções determinadas. O “vaqueiro-esteireiro” é responsável por direcionar o boi ao longo da pista, emparelhando-o com o “vaqueiro-puxador”. Próximo à “faixa”, o vaqueiro-esteireiro recolhe a cauda do animal e a entrega ao vaqueiro-puxador, para que este, tracionando-a e torcendo-a lateralmente, derrube o boi dentro do espaço demarcado.

16. Como estabelece o Regulamento Geral de Vaquejada, aprovado pela Associação Brasileira de Vaquejada: *“Só será válida a queda do boi, se o mesmo, ao cair, voltar, em algum momento, as quatro patas para cima, ou lateralmente e, ao levantar-se (considerando “levantar-se” como o momento em que o boi retoma o contato das extremidades de suas 4 (quatro) patas com o solo, ou seja, o casco, de cada uma delas, tocar o solo e, se firmar*

2 Celestino Alves. *Vaqueiros e Vaquejadas*. Natal: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 1986.

ADI 4983 / CE

completamente) estiver com as mesmas entre as duas faixas de pontuação". Além disso, "A queda do boi só valerá se em algum momento o mesmo soltar as quatro patas, ou seja, mostrar os cascos lateralmente". Diz ainda o regulamento: "Se, após cair e antes de se firmar, o boi, ficar com, no máximo, metade (50%) ou menos, para fora da segunda faixa, será permitido aos competidores trabalhar a fim de reposicionar o animal entre as faixas, desde que não haja pisoteamento do bovino." Se o boi, quando tombado, ficar por um instante com as quatro patas voltadas para cima, o juiz declara ao público "Valeu boi!", bordão usado para sinalizar que a dupla de vaqueiros ganhou pontos. Se, pelo contrário, o boi não voltar as quatro patas para cima ao ser derrubado, ele declara "Zero boi!", e a dupla não pontua.

17. Nos dias de hoje, a vaquejada é considerada pela própria Associação Brasileira de Vaquejada, uma "atividade recreativa-competitiva, com características de esporte". A partir do início da década de 1990, a vaquejada se transformou em um grande evento, atraindo multidões que se interessam não apenas pela competição, mas também pelas atrações do evento, sobretudo pela exibição de artistas musicais regionais e nacionais. Nesses eventos, com duração geralmente de três dias, são ofertados prêmios em quantias elevadas de dinheiro, a serem repartidas entre os vaqueiros que vencem disputas em distintas categorias. Apesar da sua modernização, considerando a ampla proteção das culturas conferida pela Constituição em seu art. 215, não há como negar a ela o caráter de manifestação cultural tradicional.

18. Mas o fato de a vaquejada ser uma manifestação cultural não a torna imune ao contraste com outros valores constitucionais. E, com efeito, trata-se de prática que tem sido objeto de crescente questionamento e crítica por parte dos defensores dos direitos dos animais. A esse propósito, é de relevo assinalar sua proibição, por meio de lei, em Barretos³, cidade brasileira mundialmente conhecida pela Festa do Peão de Boiadeiro, considerada por muitos o maior festival de

3 Lei municipal nº 4.446/2010: "Art. 2º. Fica expressamente vedada a realização de qualquer tipo de prova de laço e/ou vaquejada".

ADI 4983 / CE

práticas esportivas ligadas à pecuária brasileira.

19. De outra parte, embora tenham se multiplicado os críticos, a vaquejada tem inúmeros defensores, existindo inclusive uma associação nacional de apoio e regulamentação da prática, que figura nesses autos como *amicus curiae*. Todos eles enfatizam não apenas o aspecto da tradição cultural como também sua relevância para as economias locais. O tema não é banal e envolve uma evidente tensão entre bens jurídicos tutelados constitucionalmente: de um lado, a proteção de manifestações culturais populares (art. 215, *caput*, e § 1º, CF) e, de outro, a proteção dos animais contra a crueldade (art. 225, § 1º, VII, CF).

20. Antes de analisar as questões constitucionais envolvidas no caso, é oportuno abrir um tópico para reflexão acerca das profícuas discussões que têm-se desenvolvido no âmbito da ética animal. Nesse domínio, antecipe-se desde já, tem-se evoluído para entender que a vedação da crueldade contra animais, referida no art. 225, § 1º, VII da Constituição, já não se limita à proteção do meio-ambiente ou mesmo apenas a preservar a função ecológica das espécies. Em outras palavras: protegem-se os animais contra a crueldade não apenas como uma função da tutela de outros bens jurídicos, mas como um valor autônomo.

Parte II

O DEBATE NA ÉTICA ANIMAL SOBRE BEM-ESTAR E DIREITOS DOS ANIMAIS

I. BREVE NOTA SOBRE A EVOLUÇÃO DAS ATITUDES DOS HOMENS EM RELAÇÃO AOS ANIMAIS

21. A história da relação entre homens e animais no ocidente é inegavelmente marcada pela dominação, controle e

ADI 4983 / CE

exploração.⁴ Por muito tempo, permaneceu quase inquestionada a visão tradicional de que todas as criaturas foram criadas para o bem do homem, sujeitas a seu domínio e destinadas a seu uso e necessidades. Embora estudiosos contemporâneos possam apontar hoje narrativas bíblicas conflitantes, os teólogos do início da era moderna, de modo geral, não tinham dificuldades para interpretar o relato bíblico da criação divina como fundamento para o domínio do homem sobre as demais espécies. Das escrituras eles extraíam a conclusão segundo a qual o único propósito dos animais era servir ao homem, para cujo benefício foram feitas todas as demais criaturas existentes.

22. Mas os escrúpulos quanto ao tratamento de outras espécies como submissas ao homem eram colocados de lado pela firme convicção não apenas religiosa de que havia uma diferença ontológica entre a humanidade e outras formas de vida. Na história da filosofia ocidental, argumentos antropocêntricos elaborados por intelectuais reputados exerceram grande influência no pensamento a propósito da posição dos animais entre os homens. Esses argumentos têm suas raízes em Aristóteles, São Tomás de Aquino, Descartes e Kant. As distintas visões desses filósofos sobre a posição dos animais estavam ligadas por uma lógica subjacente: a de que apenas os seres humanos são dignos de consideração moral, pois somente eles são dotados de racionalidade e são moralmente responsáveis. Consequentemente, para esses pensadores, os animais não mereciam a mesma consideração moral que os humanos devem uns aos outros ou, para os mais extremados, não seriam eles merecedores de consideração alguma.

23. Mas foi a doutrina cartesiana da singularidade humana a tentativa mais radical de acentuar a diferença entre o homem e as demais espécies. Tratava-se da tese de que os animais são meros seres autômatos, tais como as máquinas, completamente incapazes não apenas de raciocinar, mas de experimentar prazer ou dor, de modo que as

⁴ Cf., sobretudo, Richard Ryder. *Animal Revolution: Changing Attitudes Towards Speciesism*. London: Bloomsbury Academic, 2000.

ADI 4983 / CE

reações que produziam após serem instigados seriam meros reflexos ou espasmos, sem qualquer relação com a ideia de consciência. Esta visão, que legitimava o tratamento degradante e a imposição de sofrimentos aos animais,⁵ é hoje largamente superada. Aliás, embora tenha sido dominante por longo período, contou com notáveis opositores ao longo da história.⁶ De modo que a ideia de que os humanos têm pelo menos algumas obrigações para com os animais não pode ser considerada nova, embora tenha se sofisticado muitíssimo no século passado, como se verá a seguir.

II. O EMBATE ENTRE AS CORRENTES DO BEM-ESTAR E DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

24. Pode-se dizer que o movimento moderno para a defesa dos animais teve sua origem em 1824, com a criação da *Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, na Inglaterra. Mas até o final da década de 1960, prevalecia a ideia segundo a qual não havia nada inerentemente errado com o uso de animais para a alimentação, experimentação e entretenimento de seres humanos, se os benefícios totais decorrentes dessas práticas superassem o sofrimento dos animais utilizados e desde que se garantisse que eles não fossem submetidos, desnecessariamente, a crueldade.

25. Entretanto, um grupo de filósofos criado, em 1970, na Universidade de Oxford, para investigar por que a condição moral dos animais não humanos era necessariamente inferior à dos seres humanos, deu início a um movimento em defesa dos animais provido de maior vigor intelectual e de mais avançado conhecimento científico. A partir de então, vários trabalhos foram publicados ao redor do mundo, com

5 Keith Thomas. *Man and the Natural World*. New York: Oxford University Press, 1996, caps. 1 e 2.

6 Cf. Gary Steiner. *Anthropocentrism and Its Discontents: The Moral Status of Animals in the History of Western Philosophy*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005.

ADI 4983 / CE

especial destaque ao seminal *Animal Liberation*, de Peter Singer, em 1975, e da publicação, em 1983, de *The Case for Animal Rights*, do também filósofo Tom Regan. Ambas as obras são representativas de uma clara polarização presente no movimento em defesa dos animais. Essa polarização se dá entre aqueles que advogam medidas voltadas ao bem-estar desses seres e os que defendem que animais têm, eles próprios, direitos morais.

26. A primeira dessas visões sustenta que a capacidade de sofrer e de sentir prazer é suficiente para se reconhecer que animais têm interesses. Assim, se um ser sofre, não haveria qualquer justificativa moral para se deixar de levar em conta esse sofrimento. Mas caso um ser não seja capaz de sofrer e de sentir prazer, não haveria nenhum interesse a ser protegido. Portanto, a *senciência* – termo utilizado na literatura especializada para dizer que um ser tem capacidade de sentir dor e prazer⁷ – seria o único atributo necessário para a consideração dos interesses dos animais.⁸ Por essa razão, pelo menos o interesse de não sofrer dos animais sencientes deveria ser assegurado. Com efeito, os que apoiam essa linha de entendimento, embora não reivindiquem o reconhecimento ou a atribuição de direitos aos animais não humanos, sustentam que as formas mais comuns de utilização desses seres não são justificáveis, já que os alegados benefícios de seu uso não se comparam ao sofrimento que a maioria experimenta. Diante disso, defendem reformas legislativas e a implementação de ações que vedem a crueldade e que sejam voltadas ao bem-estar dos animais no uso humano deles em laboratórios, fazendas, indústria alimentícia, entretenimento etc.

27. Já o movimento dos direitos dos animais sustenta que a sua utilização pelo homem em laboratórios, em fazendas, em entretenimentos ou mesmo na natureza selvagem, é errada como questão de princípio. Como consequência, deveria ser abolida, e não apenas

7 Muitas vezes tomada como sinônimo de sensibilidade, a *senciência*, entretanto, com ela não se confunde. Organismos unicelulares, vegetais e até mesmo termômetros apresentam sensibilidade, mas não *senciência*.

8 Peter Singer. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004.

ADI 4983 / CE

regulamentada, uma vez que qualquer sofrimento animal seria moralmente injustificado. Defensores dessa posição fundamentam a titularidade de direitos dos animais baseados não apenas na possibilidade de esses seres sofrerem, mas por considerarem que eles também possuem algumas capacidades que seres humanos têm, sendo, por essa razão, “sujeitos-de-uma-vida.”⁹ Diferentemente do movimento do bem-estar animal, a visão baseada nos direitos sustenta que os benefícios humanos são todos irrelevantes para determinar como os animais deveriam ser tratados. Assim, nenhum ganho decorrente do uso de animais – seja na forma de dinheiro, conveniência, prazer gastronômico ou avanço científico, por exemplo – seria justificado e moralmente aceitável.

28. Portanto, enquanto a vertente do bem-estar pode ser vista como um utilitarismo aplicado aos animais, a visão baseada nos direitos é uma extensão aos animais da ideia kantiana de que os seres humanos devem ser tratados como um fim em si mesmos, nunca como um meio.

III. A CONCILIAÇÃO ENTRE AS CORRENTES DO BEM-ESTAR E DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

29. O embate entre aqueles que defendem o reconhecimento de direitos aos animais e aqueles que buscam defender apenas medidas que assegurem o bem-estar das demais espécies sencientes é intenso. Mas, nele, não há vencedores nem perdedores. Ambos os lados contribuem para a formação de uma nova consciência sobre a necessidade de se atribuir aos animais um valor moral intrínseco.

9 O conceito de sujeitos-de-uma-vida, criado por Tom Regan, refere-se a todos os seres que possuem capacidades sensoriais, cognitivas, conotativas e volitivas. Tom Regan. *A Case for Animal Rights*. Berkeley University of California Press, 2004, p. XVI. Na doutrina brasileira, cf. Fábio Corrêa Souza de Oliveira. *Estado Constitucional Ecológico: Em Defesa dos Direitos dos Animais (Não-Humanos)*. *Âmbito Jurídico*, v. 58, 2008.

ADI 4983 / CE

Portanto, embora suas posições filosóficas sejam opostas em aspectos fundamentais, é possível afirmar que intelectuais de ambos os lados têm um objetivo em comum: inspirar as pessoas a repensar a posição moral dos animais e incentivá-las a mudar seus valores e a questionar seus preconceitos quanto ao tratamento que dispensam a eles. Não é preciso escolher um dos lados para enfrentar a questão ora em exame.

30. Nos dias atuais, a maioria das pessoas concorda que não se deve impor sofrimento aos animais. E até mesmo muitos dos que criticam a ideia de direitos dos animais geralmente consideram práticas cruéis como abomináveis e reivindicam normas jurídicas que as proíbam. Além disso, embora a maioria das pessoas resista à ideia radical de abolição de qualquer tipo de exploração animal pelo homem, ainda assim muitos defendem que o Poder Público deve regulamentar as práticas que envolvam animais. É imperativo reconhecer que isso tudo já sinaliza valioso avanço no processo civilizatório. É possível que se chegue algum dia a uma concepção moral dominante que conduza à abolição de todos os tipos de exploração animal. Porém, independente disso, não se deve desprezar o avanço representado pela possibilidade de regulamentação de muitas práticas envolvendo animais com vistas a evitar ou diminuir seu sofrimento e a garantir seu bem-estar.

31. É preciso reconhecer, no entanto, que o apoio à regulamentação do uso de animais em algumas práticas atrai críticas de parte dos intelectuais que defendem a imediata abolição da exploração animal.¹⁰ Alguns deles consideram que reformas que visam o bem-estar animal são mais prejudiciais que reforma nenhuma e que, como as leis voltadas ao bem-estar não provocam a imediata abolição, então todas elas devem ser rejeitadas. Essa visão é excessivamente radical. É difícil concordar com a ideia de que a benevolência para com os animais possa

10 Muitas dessas críticas provêm do teórico Gary Francione e daqueles que concordam com suas ideias abolicionistas e contrárias a regulamentações voltadas ao bem-estar animal. Cf. Gary Francione. *Rain Without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*. Philadelphia: Temple University Press, 1996, p. 78 e ss.

ADI 4983 / CE

ser um obstáculo contra possíveis avanços da causa. Regulamentações voltadas ao bem-estar dos animais contribuem para a formação de uma mentalidade e de uma cultura favoráveis aos avanços nessa área. E, conseqüentemente, não se deve concluir que uma ética do bem-estar seja rival de uma ética de direitos.

32. No tópico seguinte, pretende-se demonstrar que o constituinte fez uma avançada opção ética no que diz respeito aos animais. Ao vedar “práticas que submetam animais a crueldade” (CF, art. 225, § 1º, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio-ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios.

Parte III

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ANIMAIS CONTRA CRUELDADE NO BRASIL

I. A VEDAÇÃO DA CRUELDADE COMO TUTELA AUTÔNOMA DOS ANIMAIS

33. A Constituição de 1988 trouxe um capítulo específico sobre o meio ambiente, como parte da Ordem Social. No *caput* do art. 225 previu-se que “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...), impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. Trata-se de direito que tem sido reconhecido como de caráter fundamental, por sua importância em si e por ser pressuposto essencial de outros direitos fundamentais, constantes do Título II da Constituição, como o direito à vida e à saúde. Autores há que o associam diretamente à dignidade humana e ao mínimo existencial.¹¹

11 Cf., entre outros, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer. *O Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 4ª ed. São Paulo: Revista

ADI 4983 / CE

34. Embora a norma constitucional presente no art. 225, *caput*, tenha feição nitidamente antropocêntrica, a Constituição a equilibra com o biocentrismo por meio de seus parágrafos e incisos. É por essa razão que é possível afirmar que o constituinte não endossou um antropocentrismo radical, mas sim optou por uma versão moderada, em sintonia com a intensidade valorativa conferida ao meio ambiente pela maioria das sociedades contemporâneas. Além disso, o fato de a Constituição Federal de 1988 ser a primeira entre as constituições brasileiras a se importar com a proteção da fauna e da flora é bastante representativo dessa opção antropocêntrica moderada feita pelo constituinte.

35. A Constituição também avançou no campo da ética animal, sendo uma das poucas no mundo a vedar expressamente a crueldade contra eles. Esse inegável avanço na tutela dos animais está previsto no art. 225, § 1º, VII, onde a Constituição assevera que é dever do Poder Público *“proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade”*. Entretanto, a maior parte da doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm interpretado essa tutela constitucional dos animais contra a crueldade como dependente do direito ao meio ambiente, em razão da sua inserção no art. 225. Penso, no entanto, que essa interpretação não é a melhor pelas razões que se seguem.

36. Primeiramente, essa cláusula de vedação de práticas que submetam animais a crueldade foi inserida na Constituição brasileira a partir da discussão, ocorrida na assembleia constituinte, sobre práticas cruéis contra animais, especialmente na *“farra do boi”*, e não como mais uma medida voltada para a garantia de um meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Em segundo lugar, caso o propósito do

dos Tribunais, 2014, p. 77 e ss.

ADI 4983 / CE

constituinte fosse ecológico, não seria preciso incluir a vedação de práticas de crueldade contra animais na redação do art. 225, § 1º, VII, já que, no mesmo dispositivo, há o dever de “*proteger a fauna*”. Por fim, também não foi por um propósito preservacionista que o constituinte inseriu tal cláusula, pois também não teria sentido incluí-la já havendo, no mesmo dispositivo, a cláusula que proíbe práticas que “*provoquem a extinção das espécies*”.

37. Portanto, a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie.

38. Como se constatará a seguir, nenhuma das práticas envolvendo animais analisadas por esta Corte era capaz, por si só, de desequilibrar o meio-ambiente, colocar em risco a função ecológica da fauna ou provocar a extinção de espécies. Todas elas, porém, submetiam a crueldade os animais envolvidos e, por essa única razão, foram declaradas incompatíveis com a Constituição Federal.

II. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

39. A aplicação do dever fundamental de não submeter animais a crueldade tem sido considerada problemática quando está em questão uma alegada manifestação cultural, como é o caso dos autos. Isto é particularmente verdadeiro em sistemas jurídicos como o brasileiro,

ADI 4983 / CE

cuja Constituição, ao mesmo tempo em que tutela animais contra práticas que os submetam a crueldade, reconhece o direito a manifestações culturais, não excluindo, *a priori*, aquelas que os envolvem.

40. Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes ao redor do mundo têm enfrentado essa tensão, inclusive em casos semelhantes envolvendo bois e touros, embora as decisões não venham sendo tomadas na mesma direção. Dois casos servem para ilustrar o ponto. Recentemente, a Suprema Corte da Índia banuiu o *Jallikattu*, uma prática que remonta ao século III a.C, e que consiste na tentativa de controlar touros segurando-os pelos chifres. Ao decidir pela inconstitucionalidade, declarou a Corte Indiana que os animais têm direitos contra a crueldade, mesmo quando ela é infligida em práticas culturais imemoriais.¹² Já a Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional a proibição da prática da tourada na cidade de Bogotá, sob o fundamento de que tal proibição violava a liberdade de expressão artística dos participantes.¹³

41. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em quatro casos envolvendo a colisão entre a proteção de manifestações culturais e a vedação de crueldade contra animais. No RE 153.531, esteve em discussão se a manifestação pretensamente considerada cultural, chamada “farra do boi”, encontraria respaldo na Constituição. Por maioria de votos, a Segunda Turma entendeu que não, pois a referida prática, ao submeter animais a crueldade, violava o art. 225, § 1º, VII, embora não lhe tenha sido negado o caráter de manifestação cultural. O caso recebeu a seguinte ementa:

“COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não

12 Animal Elfare Board of India v. A. Nagaraja & Ors. (Civil Appeal No. 5387 of 2014).

13 Sentencia T-296/13.

ADI 4983 / CE

prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi". (RE 153.531 Rel. Min. Francisco Rezek. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 03.06.1997, DJ 13.03.1998).

42. Nas ADI 1.856 e 2.514, procedentes, respectivamente, dos Estados do Rio de Janeiro e Santa Catarina, esteve a Corte diante da questão sobre se as competições conhecidas como "brigas de galo", autorizadas por leis estaduais, representariam práticas que submetem animais a crueldade. Na ADI 2.514 (Rel. Min. Eros Grau, j. em 26.06.2005, DJ 02.12.2005), a primeira entre as duas a ser julgada, o relator asseverou em seu voto que *"ao autorizar a odiosa competição entre galos, o legislador estadual ignorou o comando contido no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição do Brasil, que expressamente veda práticas que submetam os animais a crueldade"*. A Corte decidiu o caso por unanimidade, deixando assentado na ementa que *"[a] sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil"*.

43. A lei catarinense questionada na ADI 1.856, diferentemente da fluminense, não apenas autorizava a referida prática, mas traçava um completo regime de regulação, prevendo, entre outras coisas, o reconhecimento da legalidade da briga de galo, incentivando-a amplamente na condição de atividade econômica. A Corte decidiu, também por unanimidade, que *"[a] promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da "farra do boi" (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico."* Merece destaque a seguinte parte da ementa:

"Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador

ADI 4983 / CE

a autoridade da Constituição da República, é **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, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”)**” (ADI 1.856. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.05.2011, DJe 13.10.2011) (Grifou-se)

44. Já na ADI 3.776 (Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 14.06.2007, DJe 28.06.2007), na qual se questionava lei do Estado do Rio Grande do Norte, também sobre “brigas de galo”, a Corte, novamente por unanimidade, reafirmou sua orientação no sentido da proteção dos animais contra crueldade. Na oportunidade, afirmou o Ministro Cezar Peluso ser a postura da Corte *“repudiar autorização ou regulamentação de qualquer entretenimento que, sob justificativa de preservar manifestação cultural ou patrimônio genético de raças ditas combatentes, submeta animais a práticas violentas, cruéis ou atroztes, porque contrárias ao teor do art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal”*.

45. Como se observa, as atividades já declaradas inconstitucionais por esta Corte – “farra do boi” e “brigas de galos” – são manifestações culturais com características de entretenimento e não de outra natureza, como, por exemplo, a de caráter religioso. Esse não é o tema em questão na presente ação e, portanto, não será enfrentado. Por outro lado, a vaquejada também possui características de entretenimento, por ser ela uma “atividade recreativa-competitiva, com características de esporte”, como a própria Associação Brasileira de Vaquejada a define. Com efeito, tendo em vista o caráter das práticas analisadas até aqui por esta Corte e a necessidade de se manter na maior extensão possível os interesses albergados nas normas constitucionais em colisão, considero mais apropriado assentar que do sopesamento entre elas decorre o

ADI 4983 / CE

seguinte enunciado de preferência condicionada¹⁴: *manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada.*

46. 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 seção seguinte é dedicada a esse desafio.

III. A CRUELDADE CONTRA ANIMAIS

47. O termo *crueldade* está associado à ideia de intencionalmente causar significativo sofrimento a uma pessoa ou a outro ser senciente. O sofrimento pode ser físico ou mental. O sofrimento físico inclui a dor, que pode ser aguda ou crônica, ligada a lesões de efeitos imediatos, duradouros ou permanentes. Já o sofrimento mental assume

14 Como afirma Robert Alexy, “de acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas [geradas pelo sopesamento] decorrem regras, que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalecente. Nesse sentido, a fundamentação de enunciados de preferência é uma fundamentação de regras relativamente concretas, que devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais”. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 165.

ADI 4983 / CE

formas variadas, que compreendem a agonia, o medo, a angústia e outros estados psicológicos negativos.¹⁵ A crueldade, nos termos do art. 225, § 1º, VII da Constituição, consiste em infligir, de forma deliberada, sofrimento físico ou mental ao animal.

48. Como intuitivo, o sofrimento físico é, em geral, relativamente fácil de se detectar. Como regra, ele gera algum tipo de manifestação explícita de desconforto por parte de quem sente dor, seja um grito, uivo ou convulsão. É certo, porém, que as lesões corporais nem sempre são externas e imediatamente percebidas. Muitas vezes, determinadas ações provocam lesões internas cuja detecção somente se dará em momento posterior. E, eventualmente, não se manifestará sob a forma de dor, mas pelo mau funcionamento de estruturas, sistemas ou órgão específicos.

49. Já o sofrimento mental em animais é mais difícil de se determinar. Porém, a despeito de não terem a racionalidade humana ou o dom da fala, inúmeros animais manifestam seu estado mental por meio de comportamentos diversos, que vão da excitação à prostração. Qualquer ser vivo com desenvolvimento neurológico e capacidade de desenvolver estados mentais pode sofrer. A proteção dos animais contra a crueldade, que vem inscrita no capítulo constitucional dedicado ao meio-ambiente, atrai a incidência do denominado princípio da precaução. Tal princípio significa que, na esfera de sua aplicação, mesmo na ausência de certeza científica, isto é, ainda que exista dúvida razoável sobre a ocorrência ou não de um dano, o simples risco já traz como consequência a interdição da conduta em questão. Com mais razão, deve este relevante princípio jurídico e moral incidir nas situações em que a possibilidade real de dano é inequívoca, sendo certo que existem inúmeras situações de dano efetivo.

50. À luz de todas essas considerações e fixadas as

15 Neville C. Gregory. *Physiology and Behaviour of Animal Suffering*. Oxford: Blackwell, 2004, p. 1

ADI 4983 / CE

premissas necessárias, passo a analisar os aspectos da prática contestada nos autos.

Parte IV
ANÁLISE DA VAQUEJADA

I. VAQUEJADA E CRUELDADE

51. 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.

52. De fato, há inúmeros relatos na rede mundial de computadores de animais submetidos a abusos nas práticas de vaquejada, entre eles o de que os bois são confinados em um pequeno cercado, onde são atormentados, encurralados e acoitados. Também há relatos de uso de luvas com pequenos pregos para não deixar escapar a cauda do animal quando apanhada, a introdução de pimenta e mostarda via anal, choques elétricos e outras práticas abomináveis caracterizadoras de maus-tratos. Entretanto, não é possível afirmar que animais usados em vaquejadas por todo país sejam submetidos a esses tipos de tratamento, embora seja de se estranhar que animais pacatos, como são os bois, saiam sempre em disparada após serem soltos.

53. Porém, ainda que tais atos cruéis eventualmente ocorram, eles podem ser evitados mediante fiscalização e punição, já que estão abrangidos pelo art. 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº.

ADI 4983 / CE

9.605/1998), devendo ser punidos não só quem os pratica, mas também, os que os incitam. Nesse ponto, portanto, não cabe ao Judiciário concluir pela crueldade da prática da vaquejada baseando-se na ocorrência de eventuais atos já considerados crimes pela legislação brasileira e, portanto, passíveis de fiscalização pelo Estado e pelo Ministério Público. Além disso, não é evidente que a vaquejada não possa ter lugar sem os supostos atos de crueldade apontados. O mesmo, contudo, não pode ser tido em relação às demais duas alegações.

54. Praticamente não há pesquisas sobre lesões em cavalos envolvidos em vaquejadas. Em um único estudo realizado no Hospital Veterinário da Universidade Federal de Campina Grande, relataram-se 110 equinos de vaquejada com afecções traumáticas do sistema locomotor no período de 1999 a 2008. As afecções de maior incidência foram tendinite e tenossinovite (17,27%), exostose (12,27%), miopatias (9,8%), fraturas (9,3%) e osteoartrite társica (8,18%). Eis o relato conclusivo da pesquisa cujo trecho abaixo também foi transcrito na inicial:

“As observações do estudo permitem concluir que: nas condições da pesquisa, tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica são as afecções locomotoras traumáticas prevalentes em equinos de vaquejada; tendinite e tenossinovite são as afecções locomotoras traumáticas de maior ocorrência em equinos de vaquejada; osteoartrite társica primárias e secundárias, são as mais ocorrentes em equinos adultos de maior idade, exploradas em vaquejadas e, conforme as evidências referenciadas; o percentual das ocorrências de afecções locomotoras traumáticas em equinos de vaquejada constitui-se um dado de conotação clínica relevante”.

55. É possível considerar a potencialidade da vaquejada para provocar sofrimento aos equinos usados pelos vaqueiros, ante a gravidade da ação, ou seja, o esforço físico intenso dispendido durante as

ADI 4983 / CE

provas. Contudo, mesmo que se alegue que os equinos envolvidos não estejam sendo submetidos a sofrimento ou que a prática da vaquejada possa ter lugar sem que ocorram lesões nos cavalos usados pelos vaqueiros, a terceira alegação de crueldade praticada na vaquejada a torna, por si só, uma prática cruel.

56. Embora não existam estudos epidemiológicos publicados especificamente sobre a ocorrência de lesões em bois envolvidos em vaquejadas, isso não significa que esses animais não estejam sendo submetidos a crueldade quando suas caudas são torcidas e tracionadas bruscamente pelos vaqueiros, assim como quando são tombados. A Procuradoria-Geral da República transcreve na inicial laudo técnico emitido pela Professora Titular da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade São Paulo, Irvênia Luiza de Santis Prada, Mestre e Doutora em Anatomia dos Animais Silvestres e Domésticos pela mesma Universidade. Afirma ela:

“Ao perseguirem o bovino, os peões acabam por segurá-lo fortemente pela cauda (rabo), fazendo com que ele estanque e seja contido. A cauda dos animais é composta, em sua estrutura óssea, por uma seqüência de vértebras, chamadas coccígeas ou caudais, que se articulam umas com as outras. Nesse gesto brusco de tracionar violentamente o animal pelo rabo, é muito provável que disto resulte luxação das vértebras, ou seja, perda da condição anatômica de contato de uma com a outra. Com essa ocorrência, existe a ruptura de ligamentos e de vasos sangüíneos, portanto, estabelecendo-se lesões traumáticas. Não deve ser rara a desinfecção (arrancamento) da cauda, de sua conexão com o tronco. Como a porção caudal da coluna vertebral representa continuação dos outros segmentos da coluna vertebral, particularmente na região sacral, afecções que ocorrem primeiramente nas vértebras caudais podem repercutir mais para frente, comprometendo inclusive a medula espinhal que se acha contida dentro do canal vertebral. Esses processos patológicos são muito dolorosos, dada a conexão da medula

ADI 4983 / CE

espinhal com as raízes dos nervos espinhais, por onde trafegam inclusive os estímulos nociceptivos (causadores de dor). Volto a repetir que além de dor física, os animais submetidos a esses procedimentos vivenciam sofrimento mental.

A estrutura dos eqüinos e bovinos é passível de lesões na ocorrência de quaisquer procedimentos violentos, bruscos e/ou agressivos, em coerência com a constituição de todos os corpos formados por matéria viva. Por outro lado, sendo o “cérebro”, o órgão de expressão da mente, a complexa configuração morfo-funcional que exhibe em eqüinos e bovinos é indicativa da capacidade psíquica desses animais, de aliviar e interpretar as situações adversas a que são submetidos, disto resultando sofrimento”.

57. Além de todas essas possíveis lesões, a quebra da cauda, também chamada de “maçaroca”, parece não ser incomum nas vaquejadas. Essa possibilidade fica evidente, quando se lê, por exemplo, o disposto no regulamento do “V Circuito ANQM de Vaquejada e IV Circuito Universitário ANQM de Vaquejada – Vaquejada”. Confira-se:

“20. Caso o rabo ou a maçaroca do boi parta-se no momento da queda, e o boi não cair o mesmo será julgado de acordo com os critérios abaixo, tanto na fase de classificação como na fase final.

I- Primeira Quebra: Caso o boi não caia a dupla competidora terá direito a um boi extra;

II- Segunda Quebra e demais: O boi será julgado, como ficar.

OBS: Se o rabo ou a maçaroca do boi quebrar com o boi em pé, este não será computado e o competidor terá direito a um boi extra, mas se o boi cai (*sic*) em seguida, o boi será julgado como ficar.”

58. Muito da dúvida sobre se o boi usado na vaquejada

ADI 4983 / CE

realmente sofre decorre do fato de ele nem sempre manifestar reação anormal após ter sua cauda bruscamente tracionada e torcida ou mesmo após levantar-se do tombo. Mas essa intuição é equivocada. Primeiro, porque muitos animais não expressam sofrimentos como nós humanos, que, geralmente, reagimos imediatamente. Segundo, porque nem sempre as dores decorrentes dos traumas sofridos por animais são imediatas. É o que se descobre em livros especializados em fisiologia e comportamento de animais em sofrimento:

“Nem todas as formas de traumas são imediatamente dolorosas. Em muitos casos, a dor é desenvolvida dentro de uma hora após o trauma, mas, em outros, ela pode demorar até nove horas para ser sentida. Dores decorrentes de cortes e dilaceração geralmente são desenvolvidas após uma hora do trauma. Já as dores provocadas por torções geralmente levam mais de uma hora para serem sentidas. Se o trauma for profundo, a maioria das espécies experimenta a dor prontamente. Isso ocorre com fraturas, esmagaduras e amputações. Nos casos de fraturas, onde não houve dor imediata há a sensação de dormência”.¹⁶

59. Portanto, no caso do boi envolvido na vaquejada, ou a dor provocada é sentida imediatamente após a prova, pela provável ruptura dos ligamentos e vasos sanguíneos ou pela luxação das vértebras, como informa o laudo técnico acima, ou o animal a sentirá apenas horas depois. Mesmo no caso de desinfecção ou de quebra da cauda do boi, é possível que logo após sua ocorrência, o animal não sinta dor, mas a sensação de dormência, por se tratar de fratura. A dor certamente virá depois.

60. Por último, a intuição também é equivocada, devido ao fato de os animais não expressarem a dor apenas por meio de

16 Neville C. Gregory. *Physiology and Behaviour of Animal Suffering*. Oxford: Blackwell, 2004, p. 96.

ADI 4983 / CE

vocalizações. Quando sentem dores imediatamente ou não após o trauma, os animais podem expressá-las por meio de tensões musculares, alteração do ritmo respiratório, elevação da pressão arterial, lentidão, insônia, mordidas, lambidas e arranhões no próprio corpo, retração ou ruminância.¹⁷ Essas reações podem ter lugar independentemente da severidade do sofrimento. Além disso, a determinação das mudanças de comportamento em animais como respostas para a dor é dificultada pelo fato de que animais da mesma espécie podem ter diferentes reações. Como dito anteriormente, em casos onde não há evidências fisiológicas ou comportamentais, não se pode atestar a presença ou ausência de sofrimento com absoluta certeza. E mesmo na presença de tais evidências, nem sempre é possível determinar a intensidade dele.

61. No caso da vaquejada, a gravidade da ação contra o animal está tanto na tração e torção bruscas da cauda do boi, como também na queda dele. A força aplicada à cauda em sentido contrário à fuga, somada ao peso do animal, evidencia a gravidade da ação praticada contra o boi. Uma vez que a sua cauda não é mero adereço, mas sim a continuação de sua coluna vertebral, possuindo terminações nervosas, não é difícil concluir que o animal sinta dores. Também devido a seu elevado peso e à grande velocidade com que é tombado, é muito provável que os bois envolvidos sofram lesões ao serem levados ao chão. Além disso, não se trata de qualquer queda. Para que os vaqueiros pontuem, ou, para utilizar o jargão, para “valer o boi”, devem tombar o animal de modo que ele exponha suas quatro patas. Evidentemente, para que isso seja possível, além de ser necessário imprimir maior força na tração e na torção de sua cauda, o animal deve cair lateralmente ou completamente voltado para o chão da pista de competição, o que, muito provavelmente, lhe causa traumas internos.

17 Neville C. Gregory. *Physiology and Behaviour of Animal Suffering*. Oxford: Blackwell, 2004, p. 99-102.

ADI 4983 / CE

II. DA IMPOSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA VAQUEJADA

62. Poder-se-ia considerar que a vaquejada pode ser regulamentada de modo a evitar que os animais envolvidos sofram. Considero, todavia, que nenhuma regulamentação seria capaz de evitar a prática cruel à qual esses animais são submetidos. Primeiro, por que a vaquejada é caracterizada pela “puxada do boi” pela cauda. Sendo assim, qualquer regulamentação que impeça os vaqueiros de tracionarem e torcerem a cauda do boi descaracterizaria a própria vaquejada, fazendo com que ela deixasse de existir. Em segundo lugar, como a vaquejada também é caracterizada pela derrubada do boi dentro da chamada “faixa”, regulamentá-la de modo a proibir que o animal seja tombado também a descaracterizaria.

63. Não desconsidero que há hoje os chamados “rabos artificiais”. Mas esse artefato, por si só, não é capaz de evitar que o animal sofra, já que ele é preso à própria cauda, que continua a sofrer estiramentos, tensões e lesões, causando dores incalculáveis aos animais. Além disso, o animal continuará tendo que ser derrubado. Portanto, estamos diante de uma prática que só poderia ser regulamentada descaracterizando-a de tal modo a sacrificar sua própria existência. Por essa razão, embora a lei questionada obrigue a organização da vaquejada a adotar medidas de proteção à saúde dos animais¹⁸ ou estabeleça punição ao vaqueiro que “se exceder no trato com o animal, ferindo ou maltratando-o de forma intencional”¹⁹, entre outras questões, a regulamentação feita por ela é nitidamente insuficiente. E isso por uma simples razão: é impossível regulamentar essa prática de modo a evitar que os animais envolvidos, especialmente bois, sejam submetidos à

18 “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”.

19 “Art. 4º. § 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”.

ADI 4983 / CE

crueidade.

64. Reconheço que a vaquejada é uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos Estados, sobretudo os da região Nordeste do país. Não me é indiferente este fato e lastimo sinceramente o impacto que minha posição produz sobre pessoas e entidades dedicadas a essa atividade. No entanto, tal sentimento não é superior ao que sentiria em permitir a continuação de uma prática que submete animais a crueldade. Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles pelo menos o direito moral de não serem submetidos a crueldade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez a inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial: o interesse de não sofrer quando esse sofrimento puder ser evitado.

65. 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.

66. Gostaria de fazer uma última observação. Embora os animais sofram e se importem com seu sofrimento, na luta por seu bem-estar ou mesmo por reconhecimento de direitos, eles estão em grande desvantagem comparados a nós humanos. É que, diferentemente de movimentos por reconhecimento de direitos a seres humanos ocorridos ao longo de nossa história, os animais não podem, eles próprios, protestar

ADI 4983 / CE

de forma organizada contra o tratamento que recebem. Eles precisam dos humanos para isso. E não é difícil encontrar motivação psicológica e justificação moral para fazê-lo. Basta ter em conta que a condição humana com eles compartilha a sensibilidade, a capacidade de sofrer, de sentir dor e, portanto, o interesse legítimo de não receber tratamento cruel.

67. Existe uma relevante quantidade de literatura contemporânea sobre bem-estar e direitos dos animais. Trata-se de um domínio em franca evolução, com mudanças de percepção e entronização de novos valores morais. O próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro – “bens suscetíveis de movimento próprio” (art. 82, *caput*, do CC) – revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão. Nesse ambiente de novos valores e de novas percepções, o STF tem feito cumprir a opção ética dos constituintes de proteger os animais contra práticas que os submetam a crueldade, em uma jurisprudência constante e que merece ser preservada.

CONCLUSÃO

68. Diante do exposto, acompanho o relator, julgando o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade procedente, de acordo com os fundamentos aqui expostos, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299, de 8.01.2013, do Estado do Ceará, propondo a seguinte tese: *manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada.*

69. É como voto.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO
ADV.(A/S)	: ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO -
Presidente, antes de elaborar o meu voto, assisti a algumas dezenas de vídeos, todos à disposição de quem quiser entrar na internet. Em todos, não tive nenhuma dúvida de que há lesão ao animal e prática de crueldade, independentemente do que se escreva no papel. Estou falando da vida real, do que os olhos veem e o coração sente, basta ver o filme.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ**VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, não estive presente quando começou este julgamento, portanto não tive oportunidade, naquela época, de ouvir o voto do Ministro-Relator nem o do Ministro Fachin, que foi divergente. Mas, agora, ouço esse belíssimo voto do Ministro Barroso, que merece todos os encômios.

Quero dizer, desde logo, que particularmente tenho verdadeiro horror por tratamentos cruéis a animais e a pessoas. Lembro-me, primeira vez que estive na Espanha, ainda no século passado - faz muito tempo, numa época em que nós não tínhamos tantas oportunidades de assistir a touradas -, de ter ligado a televisão e ficado horrorizado com a covardia humana que é uma tourada espanhola, com todo um rito de crueldade, do começo ao fim, até acabar com a morte do boi. A tourada portuguesa tem uma diferença, o touro acaba não sendo morto no picadeiro, mas também é revestido de uma crueldade enorme.

Quero dizer também que, até hoje, para mim é chocante certos esportes entre humanos, como é o caso dessas lutas MMA ou lutas de boxe. E se poderia dizer que, em eventos e esportes dessa natureza, pelo menos entre humanos, há um consentimento de participação, mas que importa, de certo modo, abrir mão de um direito inalienável, que é o da integridade física. De tal maneira que, a mim, me causa choque tanto uma coisa como outra.

Quanto à vaquejada, que é um esporte ou uma manifestação, uma prática bem característica no nordeste, não apenas no Ceará, mas que é semelhante em alguns outros Estados - conheço bem o que acontece no Rio Grande Sul, trata-se de uma atividade comum, corriqueira, praticamente incorporada aos hábitos populares -, penso que se deve condenar certamente essa vaquejada, ou essas manifestações, na forma descrita no item LII do voto do Ministro Barroso, quando parte do pressuposto de que se cuida de um tratamento cruel ao animal, que

ADI 4983 / CE

necessariamente causa lesão ao animal.

Todavia, neste caso, peço licença para acompanhar a divergência, porque me parece que se deve fazer uma distinção fundamental entre a vaquejada e a lei do Estado do Ceará, que veio para regulamentar a vaquejada no referido Estado. Nós estamos, aqui, numa ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, o objeto da análise da constitucionalidade, ou não, não é a vaquejada, até porque, como se viu, a vaquejada, como um ato da realidade, pode ser cruel ou pode não ser cruel ao animal.

De modo que, aqui, não se está discutindo diretamente - pelo menos numa ação direta nem seria cabível - a constitucionalidade da vaquejada em si mesma. Nós estamos discutindo, aqui, a constitucionalidade da Lei 15.299, de janeiro de 2013, que veio regulamentar a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Temos que considerar, neste julgamento, o princípio da legalidade, que é o princípio básico do artigo 5º, inciso II, da Constituição:

"II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

E o princípio da legalidade é um princípio um tanto paradoxal no nosso sistema, porque, ao mesmo tempo, é um princípio que consagra a liberdade - ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa - e é um princípio que autoriza a limitação da liberdade ao dizer que a lei pode limitar a liberdade. E deve-se aplicar isso em relação às manifestações culturais e esportivas. Elas são livres, a não ser que haja uma lei proibindo.

Aqui, o que se diz - e esse é o pressuposto da linha básica essencial dos votos que defendem a inconstitucionalidade da lei, eu diria a inconstitucionalidade da vaquejada - é o pressuposto de que isso é uma prática cruel. A pergunta que se faz é a seguinte: a vaquejada, se não fosse cruel, seria inconstitucional? Parece-me que a resposta seria negativa, necessariamente com base nesse argumento. Então nós temos vaquejadas cruéis e temos vaquejadas não cruéis.

ADI 4983 / CE

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Essa é a nossa divergência. Eu acho que torcer o rabo de um touro, em alta velocidade, e fazê-lo ficar com as quatro patas para cima é inerentemente cruel e não há alternativa. Quando nós votamos aqui - eu era advogado - pesquisas com células-tronco embrionárias, uma das posições era: eu admito as pesquisas com células-tronco embrionárias desde que não se destrua o embrião congelado. Se fosse possível seria bom, mas não era possível. De modo que eu acho que não há como se derrubar um touro que é instigado, em alta velocidade, torcendo-o pelo rabo, para ficar com as quatro patas para cima, sem crueldade inerente.

De modo que, entendendo o ponto de vista do Ministro Teori, eu só gostaria de pontuar a divergência. A meu ver, não é possível uma vaquejada não cruel.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo. Como eu disse, Senhor Presidente, nós não estamos aqui julgando a inconstitucionalidade, ou não, da vaquejada; nós estamos discutindo aqui a constitucionalidade, ou não, de uma lei do Estado do Ceará, que diz o seguinte:

"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 deve 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

ADI 4983 / CE

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."

Eu comecei falando no princípio da legalidade porque, se nós declararmos a inconstitucionalidade dessa lei, vamos ter a vaquejada sem essa lei no Estado do Ceará, como ocorre em outros Estados. No meu entender, essa lei, bem ou mal, desnaturando ou não a vaquejada (pode-se até dizer que essa lei, se for aplicada, vai desnaturar a vaquejada, pode-se até dizer isso) mas a lei - e esse é o meu convencimento - busca evitar justamente a forma de vaquejada cruel. O que eu quero dizer, em suma, é que ter esta lei é melhor do que não ter lei alguma sobre vaquejada. Sem esta lei, vamos ter vaquejada cruel.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A própria lei, em um preceito, reconhece o sofrimento, no que prevê a exclusão do cavaleiro

ADI 4983 / CE

que impingir sofrimento desproporcional. Então o sofrimento "comum" pode ocorrer.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O curioso aqui é que talvez devêssemos aprofundar essa análise, por exemplo, para corrida de cavalo, porque ali, de vez em quando, temos a quebra de perna do próprio animal, além de ele ter sido treinado e adestrado para essa finalidade. O cavalo não nasceu necessariamente para correr. Então, temos de ampliar esse universo. A mim, me parece até preconceituosa, discriminatória essa abordagem. Vai continuar na ilegalidade. Sabemos, por exemplo, que a farra do boi continua a existir em Santa Catarina, a despeito da decisão do Supremo, porque não se consegue colocar polícia para impedir esse tipo de coisa. Agora, faz-se um julgamento de caráter simbólico.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu gostaria de dizer que, na corrida de cavalo, a grande distinção é a seguinte: há atividades em que o risco e a crueldade são inerentes e atividades em que o risco e a crueldade são contingentes. O cavalo que participa da corrida de cavalo é um puro-sangue inglês condicionado fisicamente e alimentado para aquela atividade da qual geralmente ele escapa ileso, ao passo que, na vaquejada, a crueldade contra o boi é inerente à atividade .

Eu aqui peço todas as vênias ao Ministro Teori Zavascki, por quem tenho carinhosa e elevada admiração, como todos sabem, mas vaquejada é um conceito, portanto já está implícito o que acontece: o touro é torcido pelo rabo e derrubado no chão. Senão, se nós utilizarmos futebol e qualificarmos futebol como alguma coisa diferente de ter que colocar uma bola dentro do gol, bom, tudo bem, mas vaquejada é um conceito que tem um significado. E o processo civilizatório nos impõe nos opormos historicamente a práticas, ainda que imemoriais, quando elas sejam erradas.

O fato de que há transgressão, Ministro Gilmar, eu entendo o

ADI 4983 / CE

argumento, também me preocupo com o argumento da ineficácia da decisão, mas acontecem homicídios, acontecem estupros, o sistema jurídico não consegue imunizar todos os crimes, mas nem por isso nós deixamos de nos pronunciar contra. Eu lamento que haja ilegalidade, lamento que haja caixa dois, porém continuo sendo contra.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu agradeço. Ministro Teori Zavascki, Vossa Excelência completa o voto, por favor.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, para completar e resumir, eu penso que se deve distinguir a constitucionalidade da vaquejada como prática cruel, e a constitucionalidade desta lei. Eu não vejo inconstitucionalidade nesta lei na forma como ela está colocada. Por isso eu vou pedir vênica para acompanhar a divergência.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, começo louvando o belíssimo voto do Ministro Marco Aurélio e, agora, o voto-vista do Ministro Luís Roberto, que vem ao encontro do meu sentimento e da minha compreensão sobre a matéria. Não deixo de louvar os votos divergentes - tenho o maior respeito -, mas entendo que é longo o caminho da humanidade e lento o avanço civilizatório. Temos que avançar de alguma forma, ainda que a passos lentos, e quem sabe, desejando, na linha do que foi defendido pelo Ministro Luís Roberto, que esses passos não sejam necessariamente tão lentos assim.

Ministro Teori, também estive em Madri e assisti, no século passado, a touradas. Não consegui passar da segunda tourada, sobretudo diante do delírio da multidão cada vez que o pobre touro quase virava uma massa sangrenta. De qualquer sorte, no caso em exame, a constitucionalidade da lei cearense, na minha visão, se a Constituição diz que essas manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado, no artigo 215, também diz, no artigo 225, § 1º, inciso VII, que são proibidos atos cruéis contra os animais. Então ela está dizendo, na minha leitura, com clareza solar, em primeiro lugar, que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas também que ele não tolera crueldade contra os animais. Ou seja, concluo eu, o Estado não incentiva, nem garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais. E essa é a orientação desta Casa. O Recurso Extraordinário 153.531, o precedente, tem a seguinte ementa:

"COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que

ADI 4983 / CE

acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado 'farra do boi'."

Relator Ministro Francisco Rezek, redator para o acórdão Ministro Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgado em 3 de junho de 1997.

No caso da vaquejada, debruçando-me sobre os inúmeros memoriais que recebemos, seja da OAB Seção do Ceará, seja da União Internacional Protetora dos Animais Seção de São Paulo, eu retiro:

Isso porque, na denominada vaquejada, dois vaqueiros galopam em velocidade no encalço de um animal em fuga, que tem sua cauda tracionada e torcida para que tombe ao chão - e há de ficar com as quatro patas para cima. O gesto brusco de tracionar violentamente o animal pela cauda pode lhe causar luxação das vértebras, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, estabelecendo-se, portanto, lesões traumáticas com o comprometimento, inclusive, da medula espinhal, como atesta parecer concedido à União em 1999 pela especialista em neuroanatomia - aqui já mencionada pelo eminente Ministro Luís Roberto -, a professora doutora Irvênia Luiza de Santis Prada, médica-veterinária, professora titular emérita da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo.

Diante dessa conceituação - e aqui também peço todas as vênias ao Ministro Teori, é o meu ponto de divergência com Sua Excelência -, entendo que a violência e a crueldade ao animal são ínsitas à vaquejada. E se a crueldade ao animal é ínsita à vaquejada, enquanto um entretenimento, ela é uma manifestação cultural que, como disse o Ministro Marco Aurélio, não encontra agasalho no artigo 215 da nossa Constituição.

Eu tenho, Senhor Presidente, um voto escrito, mas não vou me alongar, porque já houve esse amplo debate. Todas as posições são igualmente respeitáveis, mas eu insisto que o bem protegido nesse inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal possui, a meu juízo, uma matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco também às formas de vidas não humanas, no caso, os seres sencientes, como tão bem colocado pelo Ministro Luís Roberto.

ADI 4983 / CE

Renovando o meu pedido de vênua à divergência, eu acompanho o voto do eminente Relator, declarando a inconstitucionalidade da lei cearense.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, longo é o caminho da humanidade e lento o avanço civilizatório, mas é preciso avançar, ainda que a passos lentos, ou, de preferência, não tão lentos assim. Como visto, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República em face de lei do Estado do Ceará que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural.

Acompanho o eminente Relator na rejeição à preliminar de inépcia da inicial e passo ao exame do mérito, com a transcrição desde logo dos dispositivos impugnados:

LEI N.º 15.299, DE 08.01.13 (D.O. 15.01.13)

REGULAMENTA A VAQUEJADA COMO PRÁTICA DESPORTIVA E CULTURAL NO ESTADO DO CEARÁ.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ.

Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu de imediato sanciono a seguinte Lei:

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 deve 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.

ADI 4983 / CE

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.

PALÁCIO DA ABOLIÇÃO, DO GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza, 08 de janeiro de 2013.

A controvérsia, diagnosticada com propriedade pelo Ministro Relator, está no embate entre dois preceitos constitucionais: a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, com a vedação de crueldade contra os animais, consagrada pelo artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta Política, e o direito às manifestações culturais previsto em seu artigo 215.

Tais comandos em confronto, a exigirem cuidadosa análise para a solução da lide, inclusive sob a ótica da sua dimensão normativa, ostentam a seguinte dicção, *verbis*:

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

[...]

ADI 4983 / CE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

[...]

Ponto que, enquanto a norma do artigo 215 assegura o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, sem determinar as formas de alcance do bem jurídico tutelado, a norma do inciso VII do § 1º do artigo 225 veda expressamente práticas que submetam os animais à crueldade.

Nessa linha, se a Constituição diz que as manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado e também proíbe atos cruéis contra os animais, a Constituição está, com clareza solar, dizendo que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas não tolera crueldade contra os animais. Isso significa que o Estado não incentiva e não garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais.

Essa a orientação do Supremo Tribunal Federal, produzida no RE nº 153.531, cuja ementa transcrevo:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225

ADI 4983 / CE

da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. (RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388)

Colho, por outro lado, dos memoriais, especificamente no apresentado pela União Internacional Protetora dos Animais, Seção de São Paulo, UIPA, que “na denominada vaquejada, dois vaqueiros galopam, em velocidade, no encalço de um animal em fuga, que tem sua cauda tracionada e torcida para que tombe ao chão. O gesto brusco de tracionar, violentamente, o animal pela cauda pode lhe causar luxação das vértebras, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, estabelecendo-se, portanto, lesões traumáticas com o comprometimento, inclusive, da medula espinhal, como atesta parecer concedido à UIPAa, em 1999, pela especialista em neuroanatomia Prof.^a Dra^a Irvênia Luiza de Santis Prada, médica veterinária, Professora Titular Emérita da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo”.

A crueldade com o animal é ínsita, pois, à vaquejada, e por isso, enquanto entretenimento, não é manifestação cultural que encontra agasalho no art. 215 da CF. Ao contrário, é com ele incompatível, porque não é possível coibir tal crueldade por meio de regulamentação, no caso da vaquejada.

Colocadas tais premissas, avanço para análise da porosidade conceitual contida no artigo 225, § 1º, VII para identificar como a Carta da República Federativa do Brasil encaminha a definição do ato de crueldade. Nossa Lei Fundamental, ao vedar a prática de atos que submetam os animais à crueldade, foca na conduta cruel. Portanto, a questão está na ilicitude do comportamento externo, conforme assevera Patryck Ayala¹, ou seja, não é preciso demonstrar o sofrimento para

1 AYALA, Patrick de Araújo. O Novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental do Brasil. *In*: Direito Constitucional Ambiental do Brasil. CANOTILHO, J. J.

ADI 4983 / CE

constatar o ato cruel, apesar de que basta assistir um dos inúmeros vídeos da prática da vaquejada disponibilizados na internet para identificar claramente o medo e o sofrimento do animal. Dessa forma, o ato é cruel por si só, até mesmo porque, como assinala magistério doutrinário citado, não há como estabelecer identidade semântica entre as palavras crueldade e sofrimento. É possível partir de bases objetivas para definição de crueldade, mas a definição de sofrimento envolve “elementos de avaliação bastante mais limitados e restritivos”, ao menos segundo os instrumentos que a Ciência do Direito hoje disponibiliza. Desse modo, a Constituição adota “técnica distinta daquela que, hipoteticamente, poderia ser o resultado de uma norma de proibição de produzir sofrimento”, ou seja, proibindo a crueldade estabelece a proteção do bem jurídico bem estar do animal de modo indireto. Sendo assim, o constituinte não oferece a opção de ponderar a dor ou o sofrimento do animal.

Verifico tal dinâmica na Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Transcrevo o artigo 32, dispositivo com foco na prática da conduta nociva ao meio ambiente:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. Ideia da necessidade do meio.

Ninguém – em sã consciência - questiona que abusar, maltratar, ferir e mutilar são ações cruéis, e a Lei nº 9.605/98 é clara a esse respeito. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar o significado da expressão crueldade. No RE nº 153.531, entendeu-se que a

Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 435.

ADI 4983 / CE

farra da boi é uma “prática abertamente violenta e cruel”, conforme voto do Ministro Francisco Rezek. Na ADI nº 1856, de relatoria do Ministro Celso de Mello, na ADI nº 2514, Relator Ministro Eros Grau e na ADI nº 3776, Relator Ministro Cear Peluso, concluiu-se pela natureza perversa da “briga de galos”, competição entre galos combatentes comprometedora da integridade do animal, a evidenciar prática de crueldade contra a fauna.

Esta Casa, consoante a jurisprudência alinhada, associa, pois, com pertinência, o ato cruel ao ato de violência. Na minha visão, o ato de pressionar – ou, no mínimo, enclausurar - o corpo do animal bovino entre os corpos de dois outros animais (cavalos, cuja integridade também resta comprometida com a prática), puxando-o pelo rabo - parte estruturante de seu corpo que representa a extensão da espinha dorsal - até que caia, é flagrantemente violento. Nessa linha de entendimento, Patryck Ayala, na obra citada, ao analisar os precedentes desta Corte:

“A evidência da violência – independentemente de qualquer demonstração científica ou prova concreta do sofrimento infligido aos animais – e a reprovação cultural da prática, que não se encontra sob os consensos culturais protegidos pela Constituição brasileira, constituíram razões suficientes para motivar a proibição das práticas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a violação à proibição constitucional.”²

Ricardo Cavalcante Barroso³, ao exame do cenário jurídico da vaquejada, lista exemplos de condutas escancaradamente cruéis. Transcrevo:

- “a) uso de choque elétrico para conduzir e dirigir o animal;
- b) uso de chicote, tabica, relho ou outro petrecho

² Op. cit. p. 442.

³ BARROSO, Ricardo Cavalcante. Cenário Jurídico atual da vaquejada e a omissão dos órgãos do SISNAMA. *In*: RFUA, Belo Horizonte, ano 14, n. 79, p. 66-74, jan./fev. 2015.

ADI 4983 / CE

equivalente na condução do cavalo ou uso de espora, cortadeira, brida, freio ou equivalente, a ponto de o machucar ou causar sangramento;

c) uso de luva inadequada que facilita a decepção do chumaço de pelos do final da cauda, conhecido como maçaroca;

d) confinamento de bois em curral ou outros lugares em número que impeçam a movimentação livre do animal, deixando-os sem água e alimento por longos períodos.”

Logo, não é necessário o resultado sangue e morte para identificar determinada conduta como cruel ou violenta. Reitero que o foco determinado pela Constituição é o ato cruel em si mesmo, e por isto não é apropriado examinar o sofrimento, tampouco graduá-lo. A Carta Maior - como um todo unitário e coerente - não agasalha a prática de crueldade e a vaquejada é pratica evidentemente violenta que submete os animais nela envolvidos à crueldade.

O atual estágio evolutivo humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito. A pós-modernidade constitucional incorporou um novo modelo, o do Estado Socioambiental de Direito, como destacam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, com pertinente citação, em suas reflexões, de Arne Naess que reproduzo:

“O florescimento da vida humana e não humana na Terra tem valor intrínseco. O valor das formas de vida não humanas independe da sua utilidade para os estreitos propósitos humanos.”

A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada.

O bem protegido pelo inciso VII do § 1º do artigo 225 da

ADI 4983 / CE

Constituição, enfatizo, possui matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco às formas de vida não humanas e o modo escolhido pela Carta da República para a preservação da fauna e do bem-estar do animal foi a proibição expressa de conduta cruel, atentatória à integridade dos animais. Conferir legitimidade à lei do Estado do Ceará, em nome de um hábito que não mais se sustenta frente aos avanços da humanidade, é ferir a Constituição Federal. Ademais, rechaçar a vaquejada não implica suprimir a cultura da região que possui tantas formas de expressão importantes e legítimas identificadas na dança, na música, na culinária, ou seja, o núcleo essencial da norma inserta no artigo 215 da Constituição permanece incólume.

Por todas estas razões, acompanho o Ministro Relator, para **declarar inconstitucional** a Lei nº 15.299/13 do Estado do Ceará, julgando procedente o pedido desta ação direta.

É como voto.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, estudantes que aqui compareceram, que Vossa Excelência mencionou no início da sessão.

Senhor Presidente, com relação às preliminares, acompanho o Ministro Marco Aurélio, até para ganharmos tempo e as superarmos, enfrentando a questão de mérito.

Nós temos dois dispositivos constitucionais: o que garante a todos o exercício dos direitos culturais; e o artigo 225, que protege a fauna e a flora.

"VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."

Então, num primeiro plano, é inegável que nós temos que fazer aqui uma ponderação. Pelo princípio da unidade da Constituição, não há princípio mais importante do que outro; são ponderáveis à luz do caso concreto. E, neste particular, eu também me alinho a essa questão formal que foi colocada no debate de hoje pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, antecedido pelo voto do Ministro Marco Aurélio.

Eu anotei, para repetir exatamente as precauções adotadas pelo legislador estadual. Ora, se nós temos uma colisão de princípios, de duas uma: ou o Judiciário faz a ponderação, ou a ponderação é legislativa. Se a ponderação é legislativa, no meu modo de ver, o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, porque o legislador avaliou todas as condições dessa prática desportiva - porque é considerada uma competição - e verificou que, com esses cuidados, é possível a realização da vaquejada.

Então, no meu modo de ver, a exclusão da crueldade a que se refere a Constituição está exatamente na ponderação que fez o legislador, muito

ADI 4983 / CE

embora eu compreenda que essa competição implica em puxar o rabo do boi e colocá-lo de quatro.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - A briga de galo também tinha lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, eu queria narrar aqui algumas etapas e, depois, vou dizer no que isso decorre:

Nascem os bezerros; nos próximos dois anos, o boi leva a vida que pediu a Deus - estou lendo um artigo chamado "Como o boi vira filé". Aí ele vai engordando. O abate se aproxima e a engorda é acelerada. Os bois são castrados e, para não perder peso, passam quase 3 meses sem andar. Mas a ração é de primeira: capim, cereais, melaço de cana, vitaminas e sais.

Depois, o boi tem que apresentar mais ou menos 450 kg e, se apresentar menos, ele é morto. Ao atingir esse peso, o animal é enviado ao matadouro. A viagem é estressante. O animal urina e sua mais do que o normal e chega a perder até 3% do peso.

Uma hora antes do abate, os bois são examinados. Quem passar no teste vai para a fila do abate. Os doentes são mortos separadamente. Se a doença for grave, a carcaça é incinerada.

Normalmente, há curvas para que os animais não saibam o que está acontecendo. E, nas paredes, dispositivos antiempaque dão choques leves ou emitem ruídos. Um banho evita que a sujeira contamine a carne.

Tiro certo.

No boxe de atordoamento, o animal recebe um tiro com pistola de pressão – ou um dardo que perfura o cérebro – e desmaia. A partir daí, para que não corra o risco de acordar, o boi deve ser morto em no máximo 3 minutos.

Uma portinhola se abre e o animal cai desacordado numa espécie de esteira. Ele será içado pelas patas para ficar com o pescoço para baixo.

Primeiro, um corte na pele do pescoço. Depois, é só esticar o braço e chegar à jugular: o boi está oficialmente morto. Durante 3 minutos, seus

ADI 4983 / CE

20 litros de sangue escorrerão numa canaleta para ser vendidos a fábricas de ração para cães e gatos.

Sem prejuízo. Além do boi virar filé, vaca sem filho vai para a Bolívia, boi doente vira vela - fazem vela com o produto do boi doente.

Senhor Presidente, é assim que se alimenta a humanidade, e a Constituição Federal estabelece que a alimentação é um direito social, inalienável. Eu pergunto a Vossas Excelências, no plano empírico: existe meio mais cruel de tratamento do animal do que o abate tradicional no Brasil, que não é vedado pela Constituição?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência não está preconizando que sejamos, todos, vegetarianos!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vou colocar para Vossa Excelência isso, porque Vossa Excelência tocou num ponto importantíssimo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Em algum lugar do futuro seremos todos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência tocou num ponto importantíssimo. O debate mundial, hoje, Ministro Marco Aurélio - eu particularmente não como carne vermelha, mas como peixe e frango -, pesquisei aqui, é o veganismo e o vegetarianismo, que enfrentam exatamente esses impasses. Aqui, a vaca sofre esse abate; na Índia, a vaca é sagrada. Então, não dá para fazer, num contexto mundial, a percepção sobre a vaquejada, que é algo estritamente nacional.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - De sorte, Senhor Presidente, que, diante desses votos brilhantes que antecederam a minha intervenção, vou fazer uma opção por aqueles que propugnaram pela possibilidade de

ADI 4983 / CE

exploração dessa atividade cultural, com essas ponderações legislativas que afastam a crueldade da vaquejada, levando-se ainda em consideração que, com toda essa humanização, não há nada mais cruel do que o meio através do qual o povo se alimenta, com o abate do boi. E isso é contemplado constitucionalmente como direito social.

Por todos esses fundamentos, Senhor Presidente, pedindo vênias àqueles que votaram contrariamente, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO
ADV.(A/S)	: ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ

VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, o tema que nós estamos aqui a discutir é muito maior do que se pode imaginar. Se formos ao livro dos livros, a Bíblia, ao mundo judaico-cristão, o Antigo Testamento descreve o pacto de Deus com Abraão, no momento em que Deus pede a Abraão para sacrificar seu único filho, Isaac, e Abraão não vacila e o leva até a local designado por Deus. Mas, em seguida, Deus diz a Abraão: - Você demonstrou sua fé, não precisa sacrificar seu filho, pode substituir por aquele cabrito que está ali engalfinhado num arbusto, sacrifique aquele cabrito. E Abraão, então, leva para a pedra o cabrito, e não sacrifica seu filho. E Deus abençoa Abraão.

Aquele foi o pacto que acabou, no mundo ocidental, com a pena de morte, com o sacrifício humano. Esse é um grande pacto civilizatório que a mitologia da Bíblia nos ensina: nenhum ser humano tem, nem por ordem divina, o direito de matar outro ser humano. Esse é um grande pacto civilizatório. E aqui foi dito da necessidade da evolução do pacto civilizatório.

Na mitologia, podemos ir a Joseph Campbell. Ele nos descreve que

ADI 4983 / CE

todas as sociedades têm, do ponto de vista cultural, alguns mitos, quais sejam: o mito do dilúvio - que é comum a todos os continentes, a todas as civilizações antigas -, o mito da virgem que pariu o Salvador - também comum a várias culturas - e o mito do sacrifício dos seres humanos ou de animais. Mas, ao longo do tempo, na evolução do processo civilizatório, substituiu-se o sacrifício humano pelo sacrifício animal.

Por isso, Senhor Presidente, penso ser necessário verificar se o tratamento normativo dado pela lei impugnada vai ao encontro de uma disciplina de tratamento mais evoluída desta prática tão comum aos Estados do nordeste do país.

Por isso, sem prejuízo de que algum Colega queira adiantar o voto, eu vou pedir vista dos autos para estudá-lo sob esses outros aspectos.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço licença ao eminente Ministro DIAS TOFFOLI, Senhor Presidente, para antecipar o meu voto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pelo contrário, será um prazer para iluminar minha opinião.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênua, Senhor Presidente, para, acompanhando o voto do eminente Relator, julgar procedente a presente ação direta e, em consequência, declarar a inconstitucionalidade do diploma normativo cearense objeto de impugnação nesta sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

A Constituição da República, ao proclamar o direito fundamental da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, contém prescrição normativa cujo teor está assim enunciado:

"Art. 225.....

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

.....
VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."
(grifei)

ADI 4983 / CE

Vê-se, daí, que o constituinte, com a proteção da fauna e com a vedação, entre outras, **de práticas que “submetam os animais a crueldade”**, objetivou assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, **que traduz** conceito amplo e abrangente **que compreende as noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral**, consoante ressalta o magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, p. 20-23, item n. 4, 6ª ed., 2005, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Direito Ambiental Constitucional”, p. 21-24, itens ns. 2 e 3, 4ª ed./2ª tir., 2003, Malheiros; JOSÉ ROBERTO MARQUES, “Meio Ambiente Urbano”, p. 42-54, item n. 4. 2005, Forense Universitária, v.g.).

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 periclitare todas as formas de vida**, não só a vida do gênero humano, **mas, também**, a própria vida animal, cuja integridade **restaria comprometida** por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais.

Resulta, pois, da norma constitucional invocada como parâmetro de confronto (CE, art. 225, § 1º, VII), o sentido revelador do vínculo que o constituinte **quis estabelecer** ao dispor que o respeito pela fauna em geral **atua como condição inafastável** de subsistência e preservação do meio ambiente **em que vivem** os próprios seres humanos.

Evidente, desse modo, a íntima conexão que há **entre** o dever ético-jurídico **de preservar** a fauna (**e de não incidir em práticas de crueldade contra animais**), **de um lado**, **e a própria subsistência** do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, **de outro**.

ADI 4983 / CE

Cabe reconhecer, portanto, Senhor Presidente, o impacto *altamente* negativo que representaria, **para a incolumidade** do patrimônio ambiental dos seres humanos, **a prática** de comportamentos predatórios e lesivos à fauna, *seja colocando* em risco a sua função ecológica, *seja provocando* a extinção de espécies, *seja*, ainda, **submetendo os animais a atos de crueldade**.

Daí a enorme importância de que se revestem os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política **que traduzem**, na concreção de seu alcance, **a consagração constitucional**, em nosso sistema de direito positivo, **de uma das mais expressivas** prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas.

Essa prerrogativa, que se qualifica *por seu caráter de metaindividualidade*, **consiste** no reconhecimento **de que todos têm direito** ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **com apoio** em douta lição expendida por CELSO LAFER (“A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131-132, 1988, Companhia das Letras), **de um típico direito de novíssima dimensão**, **que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano**, circunstância essa **que justifica** a especial obrigação – **que incumbe** ao Estado e à própria coletividade (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 138-141, item n. 3, 19ª ed., 2011, Malheiros) – de defendê-lo e de preservá-lo **em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam**, no seio da comunhão social, *os graves conflitos intergeracionais* marcados pelo **desrespeito** ao dever de solidariedade **na proteção** da integridade desse bem essencial, **comum** a todos quantos compõem o grupo social.

ADI 4983 / CE

Cabe assinalar, Senhor Presidente, **que os direitos de terceira geração** (ou de **novíssima** dimensão), que materializam **poderes de titularidade coletiva** atribuídos, *genericamente*, e **de modo difuso**, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, **consagram** o princípio da solidariedade e **constituem**, *por isso mesmo*, **ao lado** dos denominados direitos *de quarta geração* (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), **um momento importante** no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, **qualificados** estes, *enquanto valores fundamentais indisponíveis*, como prerrogativas **impregnadas** de uma natureza **essencialmente** inexaurível, **consoante proclama** autorizado magistério doutrinário (CELSO LAFER, “Desafios: Ética e Política”, p. 239, 1995, Siciliano).

Cumpr **rememorar**, *bem por isso*, **na linha** do que vem de ser afirmado, **a precisa lição** ministrada por PAULO BONAVIDES (“Curso de Direito Constitucional”, p. 481, item n. 5, 4ª ed., 1993, Malheiros), **que confere** particular ênfase, **dentre** os direitos de terceira geração (ou de **novíssima** dimensão), **ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado**:

“Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.” (grifei)

ADI 4983 / CE

A preocupação com o meio ambiente – *que hoje transcende* o plano das presentes gerações, **para também atuar** em favor *das gerações futuras* (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 138-141, item n. 3, 19ª ed., 2011, Malheiros) – **tem constituído**, por isso mesmo, **objeto** de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, **ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional** de cada Estado soberano, **projetam-se** no plano **das declarações internacionais**, que refletem, *em sua expressão concreta*, o **compromisso** das Nações **com o indeclinável respeito** a esse direito fundamental *que assiste a toda a Humanidade*.

A **questão** do meio ambiente, *hoje*, **especialmente** em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), **passou a compor** um dos tópicos *mais expressivos* da nova agenda internacional (GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, “Direito Ambiental Internacional”, 2ª ed., 2002, Thex Editora), *particularmente* no ponto em que se reconheceu, **ao gênero humano**, o direito fundamental à liberdade, à igualdade e **ao gozo de condições de vida adequada**, em ambiente que lhe permita desenvolver **todas** as suas potencialidades **em clima** de dignidade e de bem-estar.

Extremamente valioso, sob o aspecto ora referido, o **douto magistério** expandido por JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Direito Ambiental Constitucional”, p. 69/70, item n. 7, 7ª ed., 2009, Malheiros):

“A ‘Declaração de Estocolmo’ abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um ‘direito fundamental’ entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de ‘direitos a serem realizados’ e ‘direitos a não serem perturbados’.

ADI 4983 / CE

O que é importante (...) é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: 'a qualidade da vida'." (grifei)

*Dentro desse contexto, Senhor Presidente, **emerge**, com nitidez, a **ideia** de que o meio ambiente **constitui** patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, **qualificando-se** como encargo irrenunciável que se impõe – *sempre em benefício* das presentes e das futuras gerações – **tanto** ao Poder Público **quanto** à coletividade em si mesma considerada (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Polícia do Meio Ambiente", "in" Revista Forense 317/179, 181; LUÍS ROBERTO BARROSO, "A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira", "in" Revista Forense 317/161, 167-168, v.g.).*

Na realidade, Senhor Presidente, **o direito à integridade** do meio ambiente **constitui** prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, **refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa** de um poder deferido, **não ao indivíduo** identificado em sua singularidade, **mas**, num sentido verdadeiramente mais abrangente, **atribuído à própria** coletividade social.

O reconhecimento desse direito de titularidade coletiva, **tal como se qualifica** o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, **constitui, portanto,** uma realidade **a que não mais** se mostram alheios ou

ADI 4983 / CE

insensíveis, **como precedentemente ressaltado**, os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais e as formulações normativas proclamadas no plano internacional, **como enfatizado** por autores eminentes (JOSÉ FRANCISCO REZEK, “Direito Internacional Público”, p. 223-224, item n. 132, 1989, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Direito Ambiental Constitucional”, p. 46-57 e 58-70, 7ª ed., 2009, Malheiros).

O ordenamento constitucional brasileiro, **para conferir** efetividade e **proteger** a integridade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, **visando**, com tais objetivos, **neutralizar** o surgimento de *conflitos intergeracionais*, **impôs**, ao Poder Público, dentre **outras** medidas essenciais, a **obrigação** de proteger a fauna, **vedadas**, para tanto, **práticas** que coloquem em risco sua função ecológica **ou** que provoquem a extinção de espécies **ou**, ainda, **que submetam os animais a atos de crueldade**.

Vale relembrar a precisa abordagem doutrinária sobre o tema da *proteção à fauna* que o ilustre Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. DANIEL R. FINK, **expôs ao tratar da relação jurídica ambiental e da questão pertinente à exigência de sustentabilidade** (JOSÉ ROBERTO MARQUES, “Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental”, p. 117, item n. 4.1, 2009, Millennium):

*“**Proteção da fauna e flora**, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem sua extinção **ou submetam os animais à crueldade** (inciso VII). **Fauna e flora** são importantes componentes do meio ambiente natural, biológico, que têm sido objeto de especial proteção de diversas normas ambientais. São, sem dúvida, o aspecto mais visível do meio ambiente e para os quais o leigo se remete quando pensa no tema. Há gradações das restrições estabelecidas nas leis ambientais sobre esses temas. Há proteções parciais e absolutas. Proibição absoluta já vem impressa no próprio dispositivo, **que não permite práticas que ameacem sua***

ADI 4983 / CE

função ecológica, possam provocar sua extinção ou submetam os animais à crueldade. As proibições relativas dependerão do grau de importância que determinadas espécies ou ecossistemas têm para a vida, qualidade de vida e meio ambiente.” (grifei)

Cabe assinalar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, **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 art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República:

“COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’.”

(RE 153.531/SC, Red. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE ‘BRIGAS DE GALO’.

A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte.

Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.”

(ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU – grifei)

ADI 4983 / CE

“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. ‘Rinhas’ ou ‘Brigas de galo’. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas ‘rinhas’ ou ‘brigas de galo’.”
(ADI 3.776/RN, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

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, p. ex., que as “brigas de galos”, por configurarem atos de crueldade contra referidas aves, deveriam expor-se à repressão penal do Estado (RE 39.152/SP, Rel. Min. HENRIQUE D’ÁVILA – RHC 35.762/SP, Rel. Min. AFRÂNIO COSTA, v.g.), eis que – como então reconhecia o Supremo Tribunal Federal – “A briga galo não é um simples desporto, pois maltrata os animais em luta (...)” (RHC 34.936/SP, Rel. Min. CÂNDIDO MOTA FILHO – grifei).

Cumpre ressaltar que esse entendimento jurisprudencial, no sentido de que tais práticas constituem atos de crueldade contra os animais, reflete-se, por igual, no magistério doutrinário (ALEXANDRE GAETA, “Código de Direito Animal”, p. 60-61, 2003, Madras; DIOMAR ACKEL FILHO, “Direito dos Animais”, p. 84, item n. 8.5, 2001, Themis; EDNA CARDOZO DIAS, “Inconstitucionalidade e Ilegalidade das Rinhas de Galo”, “in” Fórum de Direito Urbano e Ambiental, p. 2.041, ano 3, n. 8, nov./dez. 2004, Editora Fórum; EDNA CARDOZO DIAS, “A Tutela Jurídica dos Animais”, p. 182-198, item n. 5.5.1, 2000, Mandamentos; HELITA BARREIRA CUSTÓDIO, “Crueldade Contra Animais e a Proteção destes como Relevante Questão Jurídico-Ambiental e Constitucional”, “in” Revista de Direito Ambiental, p. 60-61, item n. 2.3, ano 2, julho-setembro de 1997; LÍLIA MARIA VIDAL DE ABREU PINHEIRO CADAVEZ, “Crueldade

ADI 4983 / CE

Contra os Animais: Uma Leitura Transdisciplinar à Luz do Sistema Jurídico Brasileiro, “in” Revista Direito e Justiça, vol. 34, nº 1, p. 113-115, item n. 3.3.1, jan./jun., 2008, ediPUCRS, v.g.).

O eminente Deputado paulista ROBERTO TRIPOLI, **que tem destacada atuação** na área ambiental, **ao contribuir** para o debate que se realiza em torno do tema objeto deste processo, **ênfatizou**, a respeito da “vaquejada”, **que a crueldade é inerente à sua prática**.

E, ao assim afirmar, assinala, com absoluta correção, o que se segue:

*“(…) na denominada vaquejada, dois vaqueiros galopam, em velocidade, no encalço de um animal em fuga, que tem sua cauda tracionada e torcida para que tombe ao chão. O gesto brusco de tracionar o animal pela cauda pode provocar luxação das vértebras, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, levando a lesões traumáticas com o comprometimento da medula espinhal, como atesta parecer que já consta dos autos, **exarado** pela especialista em neuroanatomia PROF.^a DR.^a IRVÊNIA LUÍZA DE SANTIS PRADA, médica veterinária, Professora Titular Emérita da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo. Depois da exibição, muitos precisam ser sacrificados imediatamente, em virtude de lesões irreversíveis.*

Destaque-se, ainda, que a prática de maus-tratos tem início antes mesmo de o animal ser solto na arena, pois da necessidade de simular uma perseguição deriva a sujeição do animal a toda sorte de maus-tratos, criando-se, artificialmente, uma razão para que o animal ingresse na arena em fuga, em momento determinado. O bovino é, então, preso em um pequeno cercado, onde é molestado, submetido a golpes e sucessivas trações de cauda, antes de ser solto na arena.

Também não encontra guarida a frequente alegação de que a vaquejada reproduz procedimentos realizados na lida diária do gado, pois segundo consta da literatura atinente aos

ADI 4983 / CE

métodos de contenção de bovinos, tratamentos clínicos em que há necessidade da derrubada do animal exigem a escolha de um solo plano e macio, justamente, para evitar a ocorrência de traumatismos, ou até mesmo lesões irreversíveis do nervo radial, que podem levar à paralisia permanente. Vale dizer que a prática de derrubar o bovino ao solo já é condenada pelas técnicas de produção pecuária, justamente, por elevar os riscos de fraturas e de morte a que são submetidos os animais.

É forçoso, portanto, concluir que a regulamentação não possui o condão de impedir o risco de lesão permanente a que o animal fica exposto, e o sofrimento que lhe é causado, à medida que a prática inclui perseguição, tração de cauda e derrubada ao solo.

Inexiste norma legal que possa alterar a natureza dos fatos. Uma prática violenta, que ameaça a integridade física e mental dos animais, não deixa de ser cruel porque a lei a classifica como desportiva ou cultural.

E pelo princípio da moralidade, práticas dessa natureza devem ser abolidas, e não regulamentadas.

Igualmente censurável é a atribuição de valor desportivo, ou cultural, à prática que cause sofrimento aos animais, como propõe a legislação questionada.

.....
*Em defesa da legislação questionada, também não prospera o argumento de que as vaquejadas são práticas de relevância econômica, pois a Constituição da República condicionou a geração do lucro e de empregos à preservação do meio ambiente, cuja defesa foi elevada à categoria de princípio da ordem econômica, possibilitando ao Poder Público interceder para que a exploração econômica não se sobreponha à tutela ambiental.”
(grifei)*

Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, que a Lei nº 15.299, de 08/01/2013, **editada** pelo Estado do Ceará, que **regulamenta a vaquejada** como prática desportiva e cultural, **está em situação de conflito ostensivo** com a norma **inscrita** no art. 225, § 1º, VII, da Constituição da República,

ADI 4983 / CE

que, insista-se, veda a prática de crueldade contra animais e que tem, na Lei nº 9.605/98 (art. 32), **o seu preceito incriminador, eis que pune, a título de crime ambiental, a inflição** de maus-tratos contra animais.

Impende assinalar que a proteção conferida aos animais **pela parte final** do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição **abrange tanto** os animais silvestres **quanto** os domésticos ou domesticados, **pois** o texto constitucional, **em cláusula genérica, vedou qualquer forma** de submissão de animais a atos de crueldade.

Não vejo razão para modificar esse entendimento, Senhor Presidente, **pois ele se ajusta, com absoluta fidelidade, à orientação jurisprudencial** que esta Suprema Corte **firmou** a propósito do significado **que resulta** do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

Na realidade, e como registra a doutrina (BRUNO AURÉLIO GIACOMINI ROCCO, “**Algumas Considerações sobre o Convívio entre o Homem e os Animais**”, “*in*” Revista de Direitos Difusos, vol. 11/1.421, item n. 5, fevereiro/2002, Esplanada-ADCOAS; DANIELLE TETÜ RODRIGUES, “**Tutela da Fauna: Reflexões sobre a Tutela Penal Brasileira**”, “*in*” Boletim Informativo Juruá 315, p. 13, 16 a 28 de fevereiro/2002; ERIKA BECHARA, “**A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional**”, p. 22-23, item n. 2.3, 1ª ed., 2003, Juarez de Oliveira; LUIZ REGIS PRADO, “**Direito Penal Contemporâneo**”, p. 327, item n. 4, 2007, RT, v.g.), **os animais acham-se abrangidos pelo conceito genérico** de fauna, **o que permite estender**, na linha da jurisprudência desta Corte, **ao gado bovino**, cruelmente tratado na denominada “*vaquejada*”, **a proteção estabelecida** no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

É relevante enfatizar que a proibição de práticas cruéis contra os animais, notadamente as concernentes às “*vaquejadas*”, **encontra apoio** na legislação ambiental, **com especial destaque**, como anteriormente mencionei, para a

ADI 4983 / CE

Lei nº 9.605, de 12/02/1998, **que tipifica, como crime ambiental, as seguintes condutas:**

*“**Art. 32. Praticar** ato de abuso, **maus-tratos**, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:*

***Pena – detenção**, de três meses a um ano, e multa.*

§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.” (grifei)

A “ratio” **subjacente** a essa orientação – que **também** traduz a posição **dominante** na jurisprudência dos Tribunais em geral – **encontra apoio** em eminentes doutrinadores, como PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 887-888, 19ª ed., 2011, Malheiros, **cuja análise**, a propósito de tal matéria, **põe em destaque** as seguintes considerações:

“Preceitua a CF, no art. 225: ‘§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade’.

Os animais fazem parte da fauna; e, portanto, incumbe ao Poder Público protegê-los (art. 225, § 1º, VII, da CF). Essa proteção, como dever geral, independe da legislação infraconstitucional. Três tipos de práticas ficaram proibidos, e essas vedações terão sua maior eficácia ‘na forma da lei’, ainda que a Constituição Federal já atue a partir de seu próprio texto.

*A Constituição Federal determinou **que estão vedadas as práticas que submetam os animais a crueldade. O STF vem decidindo**, com admirável coerência, **pela proteção dos animais em casos que se tornaram paradigmáticos, como a ‘farra do boi’, em***

ADI 4983 / CE

Santa Catarina, e a decretação da inconstitucionalidade de leis estaduais que permitiam rinhas de galos.

Uma das concepções sobre a crueldade mostra-a como a insensibilidade que enseja ter indiferença ou até prazer com o sofrimento alheio. A Constituição Federal, ao impedir que os animais sejam alvo de atos cruéis, supõe que esses animais tenham sua vida respeitada. O texto constitucional não disse expressamente que os animais têm direito à vida, mas é lógico interpretar que os animais a serem protegidos da crueldade devem estar vivos, e não mortos. A preservação da vida do animal é tarefa constitucional do Poder Público, não se podendo causar sua morte sem uma justificativa explicitada e aceitável." (grifei)

Nem se diga que a "vaquejada" qualificar-se-ia como atividade desportiva ou prática cultural ou, ainda, como expressão folclórica, numa patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, dentre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais.

O sofrimento desnecessário dos animais decididamente não constitui expressão de atividade cultural, pois isso repugna aos padrões civilizatórios que informam as formações sociais contemporâneas, **eis que a sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível** com a Constituição do Brasil, **como enfaticamente proclamou** esta Suprema Corte (**ADI 2.514/SC**, Rel. Min. EROS GRAU, *v.g.*):

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA – CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) – MEIO AMBIENTE –

ADI 4983 / CE

DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) – DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA – AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.

LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES – NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA – INCONSTITUCIONALIDADE

– *A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da ‘farrá do boi’ (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes.*

– *A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.*

– *Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais,*

ADI 4983 / CE

como os galos de briga ('gallus-gallus'). Magistério da doutrina. (...)."

(ADI 1.856/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe lembrar, por oportuno, a observação que fez o eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, quando do julgamento do RE 153.531/SC, ao repudiar a alegação de que práticas de crueldade contra animais **possam caracterizar "manifestações de índole cultural", fundadas em usos e costumes populares verificados no território nacional:**

"No ponto, duas vertentes de exame da matéria põem-se: de um lado, a que contribuiria para a sustentação do acórdão no art. 215 da Constituição quando, dispondo sobre a cultura, estipula:

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

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

§ 2º – A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.'

.....
A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional, assim como previsto no art. 215, suso transcrito. Essa é uma vertente de entendimento da matéria sob o ponto de vista constitucional.

ADI 4983 / CE

Há, entretanto, outra, de assento constitucional também, com base no art. 225 da Lei Magna, invocada no recurso. Reza o art. 225:

'Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

.....
VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.'

Há, sem dúvida, nesses dispositivos do art. 225, nítida integração com os princípios e valores dos arts. 1º e 3º da Constituição, enquanto definem princípios fundamentais da República.

Ora, penso que a Constituição, nesse dispositivo, não só põe sob o amparo do Estado tais bens, mas dele também exige que efetivamente proíba e impeça ocorram condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, como está no § 3º do art. 225:

'§ 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.'

Nessa norma, não é possível, por igual, deixar de ver o que se contém na parte final do inciso VII do art. 225 da Constituição, quando veda a prática de atos que submetam animais a crueldade. Isso está no dever do Estado coibir.

ADI 4983 / CE

Entendo, dessa maneira, que os princípios e valores da Constituição em vigor, que informam essas normas maiores, apontam no sentido de fazer com que se reconheça a necessidade de se impedirem as práticas, não só de danificação ao meio ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, mas, também, que provoquem a extinção de espécies ou outras que submetam os animais a crueldade. A Constituição, pela vez primeira, tornou isso preceito constitucional, e, assim, não parece que se possam conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como a denunciada nos autos, com esses princípios, visto que elas estão em evidente conflito, em inequívoco atentado a tais postulados maiores.

Não cabe, decerto, ignorar (...), que se cuida de manifestações que encontram raízes no tempo e das quais participam camadas significativas do povo, em determinadas épocas. Disso decorre serem manifestações difíceis para o Estado coibir. Mas, ao STF, enquanto guarda da Constituição, cumpre proclamar tal exigência maior, eis que a 'quaestio juris' está adequadamente discutida em via recursal apropriada ao exame desse tema, em face da Constituição. Ora, é de entender, destarte, que o acórdão recorrido, invocando o que se contém no art. 215 da Constituição e a prática reiterada do costume, torna inviável a aplicação do art. 225, VII, 'in fine', da Lei Maior. Não se pode deixar de ver, na decisão, desse modo, ofensa a esse preceito da Constituição, o que bastante se faz para que o recurso extraordinário possa ser efetivamente conhecido.

Dele conhecendo, dou-lhe provimento, para julgar a ação procedente e, em consequência, determinar que o Estado de Santa Catarina, em face do que dispõe o art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição, adote as providências necessárias a que não se repitam essas práticas consideradas atentatórias à regra constitucional aludida." (grifei)

ADI 4983 / CE

Igual percepção sobre o tema **foi revelada** pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, no julgamento do mencionado RE 153.531/SC, de que se tornou Redator p/ o acórdão:

“Se, de um lado (...), a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais – e a Constituição Federal é um grande todo –, de outro lado, no Capítulo VI, sob o título ‘Do Meio Ambiente’, inciso VII do artigo 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado:

‘Art. 225. (...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.’

(...) é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada ‘farrá do boi’, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. (...).

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal. (...).” (grifei)

Esse mesmo entendimento, por sua vez, **é perfilhado** por PAULO AFFONSO LEME MACHADO (“Direito Ambiental Brasileiro”, p. 885,

ADI 4983 / CE

19ª ed., 2011, Malheiros), que, em magistério irrepreensível, **acentua serem ofensivas** ao ordenamento positivo brasileiro **as referidas** práticas, ainda que *alegadamente amparadas* em contexto histórico, cultural e/ou folclórico:

“Atos praticados ainda que com caráter folclórico ou até histórico, como a ‘farras do boi’ estão abrangidos pelo art. 32 da Lei 9.605/98, e devem ser punidos não só quem os praticam, mas também, em co-autoria, os que os incitam, de qualquer forma. A utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de festas ou dos chamados ‘rodeios’ ou ‘vaquejadas’, tipifica o crime comentado, pois concretiza maus-tratos contra os animais. O emprego do ‘sedém’ – aparelho com tiras e faixas de couro, fortemente amarrado na virilha do animal, com finalidade de comprimir seus órgãos genitais e forçá-lo a saltitar e corcovear – caracteriza o crime do art. 32 da Lei 9.605/98. Da mesma forma, e sem qualquer dúvida, todas as atividades que fizerem os animais enfrentar-se em luta ou disputa. As ‘brigas de galo’ são consideradas atos de crueldade contra animais.” (grifei)

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, registro que são essas as razões que me levam, com a vênia dos que pensam em sentido contrário, a considerar inconstitucional a prática da “vaquejada”.**

É o meu voto.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, só para fazer algumas considerações. Todos nós sabemos que o debate sobre a proteção do animal faz parte hoje de um grande esforço e ocupa a crônica das cortes constitucionais. Não há nenhuma dúvida em relação a isto.

A ironia que se coloca neste caso, como já foi apontado pelo Ministro Teori, é que, pela primeira vez, aparentemente, em um Estado, se tenta regulamentar, em termos adequados, o tema. Inclusive vi informações, por exemplo, ressaltando que a cauda que se utiliza agora passa a ser uma cauda artificial, exatamente para não produzir esse efeito tão bem narrado pelo Ministro Barroso.

E a lei é clara nesse sentido, quer dizer, nós temos uma prática generalizada no Nordeste, mas, como disse o Ministro Teori, também muito comum, com alguma variação, em outras partes do País, que atrai um número enorme de pessoas, que acabariam por fazer isso a despeito da nossa declaração. Mas o curioso é que, quando o Estado toma medidas como esta:

"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."

Inclusive abre para eventuais aperfeiçoamentos que se possam fazer. Portanto o legislador aqui foi extremamente cauteloso, como já tinha sido apontado até no voto do Ministro Fachin. Aí nós declaramos inconstitucional. Não vamos poder declarar inconstitucional a prática cultural que existe em todos os lugares. Então, quando se tenta imprimir padrões, vamos chamar assim, civilizatórios a esse tipo de prática, agora vamos dizer que a prática é inconstitucional.

ADI 4983 / CE

É verdade que há muitas discussões nas cortes constitucionais sobre o assunto. Há vários casos sobre, por exemplo, a forma de matar o animal para consumo. O Ministro Fux também destacou isso. Se fôssemos levar a questão a ferro e fogo, teríamos que proibir a matança de animais. Por que não? Porque aí não há nenhuma dúvida em relação a isso. E eles são alimentados e engordados para isso. Ainda há pouco eu lia que, numa corrida recente em São Paulo, dois cavalos quebraram a perna. Acontece.

Na Alemanha houve um caso em que - nessa sensibilidade que muitos mostram e é justa em relação à proteção dos animais -, num dado momento, o legislador propôs que fosse proibido o negócio, via correios, de animais, porque se dizia que esses animais eram colocados numa estação de trem, remetidos para outra estação de trem e ficavam lá esquecidos. Eram tratados como bagagem e acabavam morrendo, acabam sendo sacrificados, acabavam sendo maltratados. Quando essa lei entrou em vigor e os correios passaram a recusar a remessa desses bichanos - gatos, cachorros e outros bichos -, os pequenos sitiantes que complementavam a sua renda com essa atividade reclamaram que isso atentaria contra a liberdade de profissão e acabaram na Corte Constitucional. E a Corte Constitucional fez uma análise sobre os fundamentos, as razões legislativas do projeto. Depois fez uma verificação de qual era o índice de mortalidade. Como os correios alemães são bastante organizados, eles tinham lá as anotações dos últimos anos. Chegaram à conclusão de que nada de anormal se passava, nada diferente do que se passava nos próprios criatórios. Por outro lado, o esquecimento de alguém em relação à busca daquele animal na estação também não era de se supor. Pelo contrário, as pessoas ficavam aflitas para buscar o animal encomendado. Feita essa verificação, a Corte concluiu que não havia nenhuma desproporcionalidade na colocação.

Nesse caso há até uma situação singular, porque havia, num determinado local, um produtor de minhocas. E nesse caso a minhoca era altamente evoluída. Ele disse que também estava atingido pela norma - minhoca para produzir agricultura orgânica. E a Corte teve que concluir que também não se aplicava esta regra às minhocas.

ADI 4983 / CE

Portanto, vejam que, muitas vezes, nós somos movidos por um tipo de pré-compreensão que não corresponde à realidade. Descrever como se dá em algum lugar... Tem que se ver o que o legislador está a buscar, para aplicar métodos adequados. Agora, as consequências de uma declaração de inconstitucionalidade como esta são extremamente sérias. Estamos falando de duzentos mil empregos. Nós temos uma lei que considera este cavaleiro como um profissional - tem direito à previdência social e tudo o mais. Nós temos, portanto, uma atividade plenamente regulada. E o que o legislador cearense busca é exatamente permitir que esses folguedos, que essas práticas sejam feitas observando padrões civilizatórios. Então isso precisa ser observado.

O Ministro Fux falou sobre a questão do tratamento inadequado dos animais. Há o debate que inclusive aqui já se colocou sobre o uso do *foie gras* - como se alimenta o animal, para depois ter-se o resultado -, e não se consegue proibir. Entende-se que isso se faz para alimentação, ainda que se diga que essa alimentação é para um grupo altamente selecionado de pessoas que conseguem pagar por essa iguaria em preços extremamente elevados.

De modo que a mim me parece que, ao invés de censurar essa lei, o que é diferente da discussão sobre a farra do boi ou até mesmo da rinha de galos - precedentes que estão estabelecidos -, nós deveríamos, se fosse possível, até fazer algum tipo de recomendação no sentido de que se adensem práticas com o intuito de proteção; mas não tentar cassar a lei, porque, na verdade, vamos estar colocando essa prática na ilegalidade, na clandestinidade. Não vamos conseguir suprimir esse aspecto cultural que é amplamente irradiado, amplamente conhecido.

Eu não sabia - o Doutor Almeida Castro ressaltou da tribuna - que isso concorre com o futebol, em termos de atração de público, em uma região do país que já é discriminada pelo subdesenvolvimento, em que as pessoas têm dificuldades de acesso a algum tipo de distração. Então a mim me parece que essa decisão não pode caminhar nesse sentido.

A lei do Ceará é digna de encômios. Faz-se um esforço no sentido de emprestar tratamento adequado. Nós temos que ver o texto

ADI 4983 / CE

constitucional, tal como ele está colocado, como um modelo de garantia institucional que pode ser desenvolvido - disse bem o Ministro Fux. E o legislador faz esse esforço. Do contrário, nós vamos lançar um grupo enorme de pessoas - não só os praticantes, mas também os assistentes, os espectadores - na clandestinidade, vítimas do rapa, alvos de chantagem, tudo aquilo que nós conhecemos quando se faz esse tipo de prática, tornando mais difícil a vida de gente que enfrenta enorme dificuldade da manhã à noite, em condições muito precárias, em que a única atividade de lazer talvez seja, nesse caso, a vaquejada.

Nós temos também outros debates. Por que não o polo? Por que não o turfe? Por que não o rodeio? Todos eles levam o animal para outra situação. Ora, em suma, é disso que se cuida. E por isso me parece que estamos focando a vaquejada sem levar em conta a lei que a disciplina, cujo teor é muito claro e permite, inclusive, que o poder público, no seu poder de polícia, de fiscalização, contribua para a melhoria desse tratamento.

Então, se nós levarmos avante a decisão no sentido da inconstitucionalidade, na verdade, estaremos praticando ou agravando as diferenciações e as discriminações já existentes, em nome de um modelo que sequer é coerente, porque, como disse o Ministro Fux, se se trata de discutir a questão nesses termos, proibamos o sacrifício de animais para alimentação. Se é disso que se cuida, porque, certamente, não há sofrimento maior do que a forma descrita por Sua Excelência mostrando como se faz para minimizar o susto, mas o próprio animal da percepção, como o suadouro, de que vai ser morto, além do tratamento, que é bastante antinatural. Não se trata de alimentação em pastagem, mas em espaços extremamente reduzidos.

De modo que nós devemos pensar um pouco nisto, refletir. Acho que nesse sentido é importante o pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, porque não se trata de estender aqueles precedentes para este caso. Pelo contrário, aqui, nós temos um esforço no sentido de uma adequada regulação, que, inclusive, deixa abertura para que novas técnicas sejam incorporadas à prática, porque a premissa da lei é que não haja

ADI 4983 / CE

crueldade, que não haja maus-tratos. Então, a mim me parece que nós deveríamos refletir sobre isso, sob pena de estarmos tentando impor, impingir, a dadas culturas o nosso *way of life*; não me parece adequado.

Eu ainda lia sobre isso um autor português, clássico, Manuel Hespanha, em que ele destaca esse aspecto de que, ao fazer a ponderação, devemos levar em conta não as nossas pré-compreensões, necessariamente, mas os contextos em que essas práticas estão inseridas. E isso precisa ser divisado, sob pena de produzirmos, inclusive, decisões inúteis, porque, certamente, continuam a praticar a farra do boi nos locais em que isso se pratica. Quando se poderia ter discutido formas mais adequadas de se desenvolver essa prática, porque, no interior de Santa Catarina, como que se diz, essa prática é amplamente desenvolvida, independentemente da decisão que nós aqui tomamos.

O curioso, neste caso, é que, porque o legislador se preocupou com o tema e fez uma lei, se vai obter como prêmio a declaração de sua inconstitucionalidade.

Presidente, eu só gostaria, portanto - tenho até voto escrito sobre o tema -, de ressaltar que se trata de uma questão extremamente importante, porque diz também com a compreensão. Quer dizer, é fácil fazer o discurso do pluralismo, inclusive do pluralismo cultural, mas tem que ser respeitado o pluralismo. E veja, não se trata de: o pluralismo envolve matar pessoas. Não! Não é disso que se cuida. Matar os animais? Também não! Temos que ter essa abertura mental.

Pedindo todas as vênias, portanto, reitero que acompanho o Ministro Fachin e farei juntar voto escrito.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Presidente, o debate está de tão alto nível e acho tão importante, porque não é mesmo uma questão singela, e as preocupações trazidas pelo Ministro Gilmar Mendes estão presentes no coração e na mente de todas as pessoas.

Ninguém quer tirar empregos, ninguém quer eliminar manifestações culturais, estamos apenas refletindo um pouco, em conjunto, como devemos lidar com *standards* éticos, valores morais que, ao longo do tempo, vão se transformando e impactando determinadas práticas. Claro que o emprego não me é indiferente nem a nenhum de nós, mas há regiões do país onde existe uma indústria de sexo com menores, que emprega muita gente, nem por isso me parece bem apoiar esse tipo de atitude.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência sabe que o exemplo não é mesmo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Não, não, veja, eu estou levando os argumentos de Vossa Excelência em conta com a maior seriedade, porque eles são importantes, mas há práticas culturais nacionais, há grupos de extermínio aceitos socialmente em diferentes partes do Brasil. Eu fui membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. A sociedade está lidando com total complacência com esses grupos porque as instituições formais não funcionam adequadamente. Vale para drogas, vale para um conjunto de atividades.

Eu não estou comparando no sentido de dizer que a vaquejada tem esse teor de delinquência. Estou apenas observando que há diversas atividades que empregam muitas pessoas, mas, em algum momento, elas

ADI 4983 / CE

são afetadas pela evolução histórica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Barroso, desculpe, mas Vossa Excelência tem de comparar com outros esportes que usam animais e não com pedofilia.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Tome-se o exemplo dos linotipistas. Quando saiu o *offset*, os linotipistas caíram em desgraça, fizeram um movimento imenso, como todos sabemos, contra o avanço. Nós estamos vendo, neste momento, o embate entre motoristas de táxi e esse fenômeno do aplicativo Uber. Portanto, há processos históricos um pouco inelutáveis. A gente não consegue parar a história nem aparar vento com as mãos. Nós estamos um pouco procurando absorver a melhor forma de lidar com uma inevitabilidade histórica, que é "há uma nova ética animal se impondo". Eu mais estaria disposto a debater uma fórmula de transição.

Esta lei é irrelevante, porque ela diz truísmos do tipo: a competição tem que ser realizada em espaço físico apropriado, a pista deve permanecer isolada por alambrado, os organizadores devem adotar medidas de proteção à saúde e integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais, é indispensável a presença de paramédicos. O que estamos discutindo é se a prática, em si, é legítima. Com todas as vênias, nós estamos em ação direta de inconstitucionalidade, estamos discutindo uma tese.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós estamos examinando a constitucionalidade da lei.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Sim, mas, se

ADI 4983 / CE

fixarmos uma tese jurídica "a crueldade é inerente à vaquejada e, portanto, ela é inconstitucional", essa tese produz efeitos para além do caso concreto, agora já por força de disposição expressa do Código de Processo Civil, no artigo 998, elaborado sob a liderança do nosso querido Ministro e Professor Luiz Fux.

Eu estou apenas trazendo elementos para uma discussão que é relevante. Os aspectos suscitados pelo Ministro Gilmar não me são indiferentes, eles são importantes, porque tem emprego, porque é uma tradição cultural, mas gostaria de dizer que a tradição cultural já foi a de que os estrangeiros eram escravizados, que negros eram inferiores, que mulheres não podiam se alfabetizar, que *gays* deveriam ser mortos. Já houve tradições culturais de todo tipo.

A meu ver, estamos diante de uma mutação ética. Nós até podemos lidar com ela de uma forma mais brusca ou mais diluída no tempo, mas é uma questão de tempo não se tolerar mais, no mundo civilizado, a crueldade contra animais para entretenimento. Daqui a pouco, entrará na agenda ética da humanidade - ainda não estamos nesse estágio por uma série de questões civilizatórias, sociais e econômicas - a própria eliminação de animais para fins de alimentação. Não entrou porque é uma ideia cuja hora ainda não chegou, para usar a expressão célebre de Victor Hugo, mas a questão da ética animal para fins de entretenimento está entrando no radar ético da humanidade. Nós estamos tendo o primeiro capítulo de um debate que não vai acabar aqui nem neste caso, mas que é importante de se fazer. E ninguém me é indiferente; nada que é humano me é estranho nem ninguém me é indiferente. Portanto, eu me preocupo com quem perde o emprego; eu me preocupo com quem perde a sua atividade e lazer, porém, penso que estamos diante de uma mutação ética do processo civilizatório e precisamos lidar com essas diferentes variáveis, sem tratar ninguém com desprezo nem desimportância, mas sem acreditar que vamos poder parar a história, porque a história caminha nesse sentido.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, como a seguir da sempre acutíssima manifestação do eminente Relator acabei exarando o posicionamento que inaugurou a divergência, gostaria de, em primeiro lugar, enaltecer as zonas de intercessão que diversas preocupações, manifestadas no colegiado até este momento e as demais que certamente serão também nessa direção, evidenciam uma comunhão de interesses e de preocupações legítimas.

Nada obstante, Senhor Presidente, estou reiterando a divergência, pedindo vênia ao eminente Relator e ao eminente Ministro Luís Roberto Barroso, cujo voto também acutíssimo e sensível traduz uma preocupação que diz respeito a essa travessia de um paradigma exclusivamente antropocêntrico, preocupação essa que também a subscrevo, mas entendo que nessa dimensão, nessa travessia, e também pedindo vênia aos votos da eminente Ministra Rosa Weber e do eminente Ministro Celso de Mello, entendo que, neste caso concreto, estamos a falar de algo que foi reconhecido na própria petição inicial da ação pelo Ministério Público Federal, no sentido de tratar-se de uma manifestação cultural que tem agasalho na Constituição Federal, no inciso II do artigo 216, e que encontra uma legislação de caráter protetivo.

Por isso, no voto - e esta é a razão principal desta breve intervenção que faço -, procurei fazer uma comparação diferenciadora dos casos anteriores, especialmente da rinha de galo e da farra do boi. Portanto essa preocupação, aliás manifestada também na intervenção dos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, procurei, de algum modo, arrostar, fazendo essa comparação diferenciadora para evidenciar que, neste caso, estamos diante de uma legislação que procura distinguir a extrapolação de uma prática cultural, que, derivada dessa tradição cultural, e cultural

ADI 4983 / CE

no seu verdadeiro sentido de índole constitucional, não determinadas práticas correntes abomináveis, inclusive do ponto de vista do relacionamento interpessoal que tornam pessoas objeto de interesse de outros seres humanos em posição avantajada. Nós estamos a falar de uma manifestação cultural no seu legítimo sentido, que esse significante encontra significado de assento constitucional.

E por isso entendi que essa Lei 15.299, do Estado do Ceará, de 2013, parece buscar exatamente coibir o que extrapola e arrosta, e, portanto, vai de encontro com a tutela constitucional que obviamente obsta a crueldade a animais.

Por essas razões e mais o que já havia manifestado e todos os relevantes acréscimos feitos a essa manifestação pelos ilustres Ministros que acompanharam a divergência, pedindo vênias ao eminente Relator e aos eminentes Colegas que acompanharam o eminente Ministro Marco Aurélio, eu reitero a divergência como manifestei.

02/06/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ**ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também, nesse sentido gostaria de esclarecer. Claro que aqueles que perfilharam a posição contrária ao voto do Ministro-Relator e, agora, a manifestação do ministro Barroso, da ministra Rosa Weber e do ministro Celso de Mello não estão a subscrever esse modelo caricatural, que não corresponde ao que está na lei. O que se está falando é de um tratamento adequado aos animais. E, obviamente, ninguém está a justificar práticas como escravidão ou pedofilia. Isso vale como argumento retórico, mas não tem realmente nenhuma valia nesse debate. Trata-se, aqui, apenas de ter um tratamento adequado. O que quero ressaltar é que, como é uma prática de locais distantes, se fosse turfe, se fosse um tipo de discussão para proibir corrida de cavalo, certamente diríamos: "Mas isso é um esporte tão tradicional". Então, é uma forma elitista, inclusive, de tratar o tema; de desrespeitar a cultura popular.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência me permite? Tenho a impressão de que, na raiz dessa discussão, está uma questão de fato. Ficou bem claro - pelo menos até a penúltima página do voto do Ministro Barroso - que se parte do pressuposto de que a vaquejada é sempre, necessariamente, cruel aos animais. Confesso que tenho dúvidas sobre a verdade absoluta dessa afirmação, porque aparentemente, pelo menos ao que me consta, não é isso o que acontece no normal. Mas, de qualquer modo, mesmo partindo desse pressuposto de que a vaquejada é sempre, necessariamente, uma manifestação de crueldade ao animal, que acarreta danos aos animais, penso que a lei - e é isso que temos de discutir, não é a inconstitucionalidade da vaquejada, é a inconstitucionalidade ou não da lei - é um avanço em relação a isso. Eu diria - para usar a imagem do Ministro Barroso que a extinção da

ADI 4983 / CE

escravidão teve passos - que essa lei é pelo menos equivalente à “lei do ventre livre” em relação a essa vaquejada cruel, que não sei se corresponde à verdade. Mas, enfim, ainda que correspondesse, eu diria que a lei é pelo menos uma “lei do ventre livre”, quer dizer, é um passo adiante. É melhor com a lei do que sem a lei. Foi isso que eu quis dizer. De modo que, a meu ver, é um retrocesso, em relação à violência contra o animal, considerar inconstitucional essa lei.

Esse é o resumo do meu voto.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Entendo. É uma forma. Cada um enxerga a vida do seu ponto de observação, e respeito todos os pontos de observação. Às vezes a gente elege aquilo em que quer acreditar. Portanto, as pessoas têm o direito de acreditar que torcer o rabo de um boi em alta velocidade para derrubá-lo com as quatro patas para cima pode ser feito sem crueldade. Eu não concordo com a premissa, porque a definição de vaquejada é tracionar o rabo do boi para derrubá-lo e virá-lo com as quatro patas para cima dentro da faixa. É claro que, se alguém quer acreditar que é possível fazer isso sem lesionar o boi, respeito. Mas é uma premissa que não se sustenta factualmente. Basta entrar na Internet e escrever “vídeo sobre Vaquejada”, vão aparecer centenas. E não há nenhum em que a cena não seja estarrecedora.

Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na verdade, Senhor Presidente, essa lei não instituiu a vaquejada, ela dispôs sobre meios minimizadores dessa prática, evitando a crueldade. Então essa é a questão.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - A da briga de galo também. A lei que foi declarada inconstitucional da briga de galo também dizia que é preciso proteger aqui, que é preciso proteger ali, que é preciso ter muro de separação, tem até que ter assistência emergencial pro galo.

ADI 4983 / CE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas o voto do Ministro Celso de Mello sobre a briga de galo, falando sobre os atos preparatórios da briga de galo, já revelava a crueldade que se praticava contra os competidores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E por que o boi sai em disparada?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Penso que a densidade da discussão demonstra a importância do pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Isso. O Ministro Marco Aurélio diz no voto dele.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Por quê? A crueldade antecede à derrubada do boi.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - É isso. O boi, que é pacato no pasto, sai em desabrida disparada - disse o Ministro Marco Aurélio, no seu voto. Alguma coisa acontece.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O que o boi preferiria: participar de uma vaquejada ou desse abate cruel que narrei aqui?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Devo reconhecer que pimenta no olho alheio é frescor!

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - É, mas, se fosse fácil, Presidente, não estaria tomando tempo e energia intelectual de pessoas com a qualificação das que estão aqui para tentar produzir uma solução. Não é fácil. Eu apenas acho que a dificuldade é que nós estamos lidando com uma mudança de paradigma.

ADI 4983 / CE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Esse tema faz parte do processo civilizatório.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Certo. Começou na Bíblia, como diz Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Como disse, eu não falei do Evangelho, quando, então, o cordeiro de Deus se imola no altar para que não haja nenhum outro sacrifício e ninguém mais se sacrifique por ele. E isso é da nossa Cultura ocidental, acredite-se ou não acredite naquele crucifixo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Não sei, mas a Bíblia tem passagens crudelíssimas contra as mulheres também, e nós não as reiteramos hoje em dia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Como se trata de vaquejada, acho que nós podemos deixar a vista, porque, como diria Chico Buarque, "o boi ainda dá bode".

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983

PROCED. : CEARÁ

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ

ADV.(A/S) : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO (4107/DF)

ADV.(A/S) : ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ
(0011305/DF)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente o pedido formulado na ação direta, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, que o julgavam improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falou, pelo requerente, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ, os Drs. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4.107, e Vicente Martins Prata Braga, OAB/CE 19.309. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 12.08.2015.

Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, julgando procedente o pedido formulado na ação, e os votos dos Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux, julgando-o improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 02.06.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessor-Chefe do Plenário

06/10/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ**VOTO-VISTA****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República relativa à Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática cultural e desportiva.

Após o voto do eminente Relator, Ministro **Marco Aurélio**, que julgava procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dessa lei estadual, seguiram sua conclusão os Ministros **Roberto Barroso**, **Rosa Weber** e **Celso de Mello**. A divergência iniciada pelo Ministro **Edson Fachin**, no sentido da improcedência da demanda, foi acompanhada pelos Ministros **Gilmar Mendes**, **Teori Zavascki** e **Luiz Fux**. Na sessão de 2 de junho de 2016, pedi vista dos autos para melhor apreciar a controvérsia.

Embora criterioso e bem fundamentado o voto do Ministro Relator, após nova reflexão sobre o conteúdo dos autos, concluo estarem corretas as ponderações feitas pelo Ministro **Edson Fachin**, complementadas pelos demais Ministros que votaram também pela improcedência da ação.

Embora não haja qualquer referência na literatura colonial dos séculos XVII e XVIII no que tange à derrubada dos animais pela cauda, como afirmado pelo historiador, antropólogo, advogado e jornalista Luís da Câmara Cascudo em sua importante obra sobre a vaquejada nordestina (**A Vaquejada Nordestina e sua origem**. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 8), o pesquisador confirma que a vaquejada, como se conhece no nordeste e se difundiu pelas regiões sul e centro de nosso país a partir do século XIX, deixou de ser uma técnica empregada na “labuta de campo aos novilhos, barbatões, marrueiros” (op. cit., p. 14), no contexto da criação pecuária, para se tornar uma “demonstração esportiva e cultural” de seu povo.

ADI 4983 / CE

Da mesma forma, outros historiadores confirmam a origem do evento desportivo como uma manifestação cultural do vaqueiro do nordeste, decorrente da prática da apartação nas fazendas de gado, não só no Estado do Ceará, mas desde na Bahia até em Pernambuco (PRADO JR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1972).

No sertão baiano, a técnica da “derrubada” era aplicada pelos vaqueiros nas caatingas, não por esporte, mas como serviço de campo, como bem relatado pelo magnífico escritor **Euclides da Cunha** em sua clássica obra “Os Sertões”, o qual, ao se referir a uma de suas árduas tarefas nos idos de 1897, acabou por confirmar que o referido método estava incorporado às atividades do vaqueiro, do cavaleiro, desde o século XIX.

Vide, também, o que afirmou Celestino Alves:

“(...) a vaquejada surge como esporte arriscado, selvagem, considerado por muitos como esporte bárbaro, ou melhor, como esporte de cabra-macho (...) Não é um esporte de técnicos. As maiores regras da vaquejada são: sangue frio, coragem, rapidez e concentração. O mais velho ensina o mais moço. Começou a vaquejada com as apartações, na terra do gado, nas fazendas. Quem nasce vaqueiro permanece vaqueiro, vem do sangue, vem do berço” (cf. **Vaqueiros e vaquejadas**. Natal: UFRN, 1986).

A “Vaquejada”, expressão cultural oriunda da denominada “Festa da Apartação” é, como demonstrou o Estado do Ceará, um dos grandes acontecimentos do calendário dos vaqueiros do nordeste, o qual, além de manter sua tradição, tem trazido desenvolvimento social e econômico. Portanto, vejo com clareza solar que a atividade – hoje esportiva e festiva – pertence à cultura do povo nordestino deste país, é secular e há de ser preservada dentro de parâmetros e regras aceitáveis para o atual momento cultural de nossa vivência.

Note-se, **a latere**, que a relação do homem para com os animais não é, como costumeiramente se afirma, necessariamente de extermínio ou de

ADI 4983 / CE

tratamento cruel. A regra sempre foi de preocupação para com esses seres e isso pode ser verificado na obra de John Glissen em sua “**Introdução histórica ao Direito**” (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995). Mesmo na antiguidade, por exemplo, o povo egípcio (4.000 A.C.) e, posteriormente, os indianos (cf. Edito nº I do imperador Asaoka, em 272 A.C.), passaram a impedir a matança de homens e de animais (esses em casos julgados como desnecessários) em sacrifícios.

Entretanto, não há como negar que todas as religiões, não só o cristianismo, têm atribuído ao ser humano a centralidade do mundo. As características morais têm sido designadas exclusivamente aos homens e mulheres, configurando o antropocentrismo, pensamento que prevalece até hoje em todas as nações, mas sem rejeitar o pensamento de que os animais devem ser protegidos.

Não se olvide que as as manifestações culturais esportivas, assim como as religiões, são frutos da sociedade e de seu tempo.

No que tange ao tema desta ação, é evidente que não se pode admitir a exploração dos animais, nem seu tratamento cruel ou execrável, como esta Corte já decidiu nos julgamentos da ADI nº 1.856/RJ, Relator o Ministro **Celso de Mello**, julgada em 26/5/11, relativamente à “briga de galos”; da ADI nº 2.514/SC, Relator o Ministro **Eros Grau**, julgada em 29/6/2005, relativamente à “farra do boi”, e do RE nº 153.531/SC, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, Relator para o acórdão o Ministro **Marco Aurélio**, julgado em 3 de junho de 1997, sobre a mesma atividade.

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

ADI 4983 / CE

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.

Portanto, não posso deixar de concordar com os relevantes argumentos apresentados pelo culto Ministro **Edson Fachin**, que iniciou a divergência, e tomo a liberdade de aqui lembrar as expressões que foram muito bem utilizadas por Sua Excelência:

“O que se entende por processo civilizatório, com a devida vênua, não me parece ser o apagar de manifestações que sejam inculpidas como tradição cultural. Ao contrário, numa sociedade aberta e plural, como a sociedade brasileira, a noção de cultura é uma noção construída, não é um **a priori**, (...) e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país.

Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja.”

Essa também foi a posição que firmei no julgamento da ADI nº 1.856, quando votei no sentido de que houve determinação constitucional, no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal, para que a lei ordinária fosse competente para estabelecer a proteção dos animais e sua respectiva gradação.

A prática da vaquejada não estava regulamentada, era uma atividade cultural e, como indicado no início deste voto, inclusive sob a égide da Constituição de 1988, jamais houve qualquer reprimenda por parte das instituições até então. Somente com o advento da Lei estadual nº 15.299/2013, **que teve como preocupação organizar a manifestação esportiva, com dispositivos para se evitar, inclusive, formas de maus tratos aos bovinos**, é que se promoveu a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Faço essa observação para reconhecer, também, que se trata de uma

ADI 4983 / CE

opção legislativa, ponderação que deve ser feita pela sociedade e por seus representantes, tanto é que inúmeros são os legislativos estaduais e até municipais que têm escolhido se admitem ou não, em seus respectivos territórios, a realização dessas atividades. No Distrito Federal, por exemplo, a Câmara Legislativa derrubou o veto ao projeto de lei que reconhecia a vaquejada como modalidade cultural e esportiva, sendo a Lei distrital nº 5.579/2015, por fim, publicada.

Não se trata apenas de ler a Constituição Federal com os olhos voltados para nossa realidade: a *carta constitucional*, como afirmou o Ministro **Gilmar Mendes** em seu voto na última sessão - relembrando as lições de Peter Häberle, que se inspirou em Martin Heidegger -, é a própria cultura de um povo (cf. **Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura. Madrid: Tecnos, 2000**). Também não podemos olvidar que a ciência do direito é a ciência da vida, dos fenômenos sociais e culturais.

Relembro, nesse ato, o escrito de Gustav Radbruch, que sustentava que a cultura não é um valor puro, mas

“uma mistura de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas sem que qualquer das suas manifestações (quer elas contrariem, quer favoreçam, quer atinjam, quer não, a realização dos valores) possa ser pensada sem referência a uma idéia de valor. Certamente, a Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 41 e 42).

Como já salientado pelo Ministro **Edson Fachin**, não há prova cabal de que os animais, de modo sistemático, sejam vítimas de abusos, de crueldade e de maus tratos. Anote-se, além disso, que a própria lei que ora se ataca faz a defesa dos animais contra essas ações; ou seja, a própria lei exige o respeito aos animais e não institucionaliza a tortura, o que impede, **data venia**, que se admita a colisão da lei ora atacada com o art. 32 da Lei nº 9.605/98, definidora dos crimes ambientais.

ADI 4983 / CE

Portanto, por não vislumbrar afronta ao art. 225, § 1º, inciso VII, e ao art. 215, § 1º, da Constituição da República, acompanho, na integralidade, a douta divergência e julgo improcedente a ação.

É como voto.

06/10/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, pedirei vênias para acompanhar o Relator.

Eu me reporto aos argumentos muito bem lançados por Sua Excelência, até por estar fisicamente impossibilitado, por problemas de voz, de aprofundar um pouco o debate. Faço uma interpretação biocêntrica do artigo 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma visão antropocêntrica, que consideram os animais como “coisa”, desprovidos de direitos ou sentimentos.

E, para fazer essa interpretação, reporto-me à Carta da Terra, que foi subscrita pelo Brasil. É uma espécie de código de ética planetário, semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos, só que voltado à sustentabilidade, à paz, e à justiça socioeconômica. Foi idealizada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas.

Essa Carta, dentre seus vários princípios, estabelece o seguinte: *“Reconhecer que todos os seres são interligados, e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos”*. Isso significa respeitar todos os seres vivos em sua completa alteridade.

Com esses argumentos que desenvolvo em meu voto, e farei juntar depois aos autos, acompanho o Ministro Marco Aurélio, pedindo vênias aos excelentes votos divergentes que foram proferidos.

06/10/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Após ouvir os judiciosos pronunciamentos dos colegas que me antecederam, peço vênua à divergência para aderir integralmente ao substancioso voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que bem destacou que a atividade da vaquejada, aqui impugnada, revela *“inequívoco envolvimento de prática cruéis contra bovinos”*.

Nesse sentido, o Relator destacou que:

“O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes das tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arranchamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica”.

Gostaria de dizer que eu faço uma interpretação biocêntrica do art. 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma perspectiva antropocêntrica, que considera os animais como “coisas”, desprovidos de emoções, sentimentos ou quaisquer direitos.

Reporto-me, para fazer essa interpretação, à Carta da Terra, subscrita pelo Brasil, que é uma espécie de código de ética planetário, semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos, só que voltado à sustentabilidade, à paz e à justiça socioeconômica, foi idealizada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações

ADI 4983 / CE

Unidas

Dentre os princípios que a Carta abriga, figura, logo em primeiro lugar, o seguinte: *“Reconhecer que todos os seres vivos são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente do uso humano.*

Isso quer dizer que é preciso, sobretudo no momento em que a própria sobrevivência do Planeta está em xeque, respeitar todos como seres vivos em sua completa alteridade e complementariedade.

Hoje, nesses dias turbulentos que experimentamos, o critério para se lidar com o meio ambiente deve ser *“in dubio pro natura”*, homenageando-se os princípios da precaução e do cuidado.

Por essas singelas razões, e incorporando ao meu voto os doutos argumentos do Relator, julgo procedente o pedido veiculado na inicial, para declarar inconstitucional a Lei 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará.

06/10/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ**VOTO****A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -**

Também vou pedir vênias à divergência inaugurada pelo eminente Ministro Edson Fachin.

Este é um caso que, em grande parte, determinou muitos estudos, acho que de todos nós. Precisamos assistir a alguns tantos vídeos - pelo menos eu que não tenho nenhuma experiência com temas como o posto nesta situação - até para cuidar do que seria uma atividade esportiva ou festiva, como o Ministro Dias Toffoli traz agora, e já foi em outros votos aventado, ao que considerei uma agressão e sofrimento, mesmo considerando-se que a lei tentava preservar, desde 2003, uma situação de cuidar daqueles animais para que não houvesse o sofrimento, para que não houvesse nenhum tipo de judiação. Mas não foi isso que extraí, nem do que pude observar, do estudo mesmo, assistindo a esses eventos, nem do que pude ler a respeito das preparações e de como se chega a isso, do que seriam folguedos, mas que, na verdade, são manifestações extremamente agressivas contra os animais, e que nos levam a analisar a Constituição dentro - com as vênias devidas aos que pensam em sentido contrário, evidentemente - de um marco civilizatório que preserve a vida e, com isso, tenta fazer com que a violência não ultrapasse nem chame mais violência, e é praticado efetivamente.

Portanto, não me vi convencida dos argumentos no sentido de que, pela legislação, tentou-se exatamente dar um maior cuidado ao treinamento e a um tratamento mais, talvez, cuidadoso com os animais para que não se chegasse a essa situação de agressão. Não foi o que me pareceu. Neste caso, pareceu-me que tem razão o Procurador-Geral ao requerer a declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos impugnados - com todas as vênias, como disse -, sabendo que este é um caso em que sempre haverá os que defendem, considerando mesmo o que foi posto aqui, que é uma atividade que vem de longo tempo, que se enraizou grandemente na cultura de parte considerável do nosso povo,

ADI 4983 / CE

mas também cultura se muda, e muitas culturas foram levadas nesta condição até que houvesse um outro modo de ver a vida.

Razão pela qual, pedindo vênias aos que pensam em sentido contrário, a divergência tão bem-estruturada nos seus votos, acompanho o Relator para também julgar procedente o pedido.

06/10/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Presidente, considerada a densidade dos votos que sobrevieram, acho pertinente acrescentar algumas considerações ao meu adiantamento do voto que proferi na sessão que se iniciou o presente julgamento em 12 de agosto de 2015.

É importante registrar que temos uma densa questão constitucional subjacente: saber até onde vai o limite da proteção estatal aos animais e o respeito, igualmente estatal, à diversidade de manifestação cultural quando esta utiliza os animais em sua prática, a saber:

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

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

(...)

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou **submetam os animais a crueldade**”. - grifei.

Existem muitos “Brasis” dentro do Brasil, cujas regiões ostentam

ADI 4983 / CE

diferenças culturais, as quais devem ser respeitadas e incentivadas, na medida em que correspondem à reafirmação do seu passado, bem como à correlação com ele.

Aqui não vai nenhuma crítica ou prevalência desta ou daquela manifestação cultural, mas o claro discurso de que não pode haver uma única visão sobre a exploração do animal pelo homem, a qual pode ocorrer de diferentes maneiras. Entretanto, sua interpretação nunca pode estar dissociada da realidade da comunidade na qual inserida a prática cultural.

Assim, determinada prática que, para os sulistas, pode ser desinfluyente, para um nordestino, pode ser ínsita à sua formação histórica; o que para um nortista traduz a sua manifestação cultural, para os “sudestinos” pode não significar nada; e vice-versa.

Da mesma forma que não se pode impor a cultura de determinada parcela da população para outra que não a cultiva, não se pode impedir a prática de atividades culturais das quais não compartilhamos.

Trata-se de visões diversas de concidadãos que merecem ser respeitadas, sob pena de confronto com um dos objetivos fundamentais da República brasileira, qual seja, “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV, da CF).

Não se pode, em um processo civilizatório primado pelo respeito das diferenças, alterar costumes tradicionalmente constitucionais, tornando-os inconstitucionais pelo simples argumento de avanço civilizatório. E quem diz o que é avanço civilizatório? Todos os atores envolvidos foram ouvidos para chegar ao consenso dos aspectos normativos do que seria tal “avanço” e de seus limites? Cabe ao Supremo Tribunal Federal ditar quais marcos civilizatórios estão corretos e devem ser observados pela população?

Trazendo uma leitura jurídico-filosófica da concepção pluralista acerca da ponderação de interpretações, quando se está diante de aparente conflito entre princípios comparáveis entre si, registre-se o magistério de António Manuel Hespanha, *in verbis*:

ADI 4983 / CE

“A técnica da ponderação parte do princípio de que existem na ordem jurídica – mesmo na de um Estado-Nação – princípios distintos, mas comparáveis entre si (comensuráveis), todos com pretensões a uma vigência máxima (ou seja, pretendendo uma sua otimização). Esses princípios devem ser objeto de um juízo de mútua ponderação (*Abwägung, Ausgleich*).

As diferenças entre uma teoria e outra são muito pequenas, embora haja versões muito diferentes de cada uma delas. Quer a teoria da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação ou da ponderação são contextuais (locais, *problem oriented, case sensitive*). **Seja como for, isto não dispensa de critérios de valoração dos argumentos, ou de ponderação dos princípios. Isto é, ‘escalas de medida’ da força de cada argumento, ou de cada princípio.**

O que a concepção pluralista traz a mais é o facto de que estes critérios passam a ser contextuais num sentido suplementar. Já não se trata apenas de argumentar ou de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, mas também os de várias ordens normativas suscetíveis de serem aplicadas ao caso. **Sendo muito provável que cada uma destas ordens jurídicas tenha lógicas específicas de avaliação dos argumentos.** O argumento do ‘interesse público’ é muito forte na ordem jurídica estadual, mas pode ser quase irrelevante na *lex mercatória* ou numa ordem jurídica setorial (do desporto, v.g.); a igualdade dos sexos **pode ter, em ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes.** Então, a ponderação dos argumentos há de ser feita **não** com base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente:

- assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores;
- assente numa tradição já estabelecida de

ADI 4983 / CE

concretização/interpretação;

- assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido;

- assente numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador, por um precedente judicial ou por uma corrente judicial, por uma decisão judiciária hierarquicamente superior.

O fundamento da interpretação/concretização há de, antes, consistir num juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto. Ou seja, a interpretação boa há-de ser a que capitalize a experiência alargada de concretizações passadas e que estabilize duradouramente a resolução de conflitos naquele domínio, cumprindo, portanto, os objetivos do direito.

Isso tem consequências imediatas na interpretação das normas jurídicas. A mais importante de todas é a de que todos os elementos de contextualização da norma a interpretar devem ser tidos em conta, e não apenas aqueles a que se referia a doutrina clássica da interpretação (elementos gramatical, histórico, sistemático, racional, teleológico). Assim, o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador:

- expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;

- experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;

- tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;

- dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam". (Hespanha, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São

ADI 4983 / CE

Paulo: Annablume, 2013. 320p. p. 274-276) - grifei.

Desse modo, podem coexistir, em uma mesma nação,

“(…) ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas [com] uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes”, cuja resolução conflituosa **não** se realiza com “base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores” ou “assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido” (Hespanha, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.)

Defende o professor que, nesse caso, a interpretação deve ser permeada pelo “juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto”. (Hespanha, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.)

Portanto, conclui Hespanha que “o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador”, contemplando: 1) “as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;” 2) “as experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma”; 3) “a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador”; e 4) “dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam”. (Hespanha, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.)

Pois bem.

ADI 4983 / CE

Sobre a historicidade da vaquejada, transcrevo o seguinte registro:

“Na década de 40, a vaquejada era conhecida por corrida de mourão e tornou-se muito popular na Região Nordeste. Antes, os vaqueiros mostravam como faziam na lida do gado, vestiam seus gibões – roupa de couro que protege o vaqueiro da vegetação seca – e tentavam derrubar o animal em movimento.

Na época dos coronéis, quando não havia cercas no Sertão nordestino, os animais eram marcados e soltos na mata. Depois de alguns meses, os coronéis reuniam os peões (vaqueiros) para juntar o gado marcado. Eram as pegas de gado.

Montados em seus cavalos, vestidos com gibões de couro, estes bravos vaqueiros se embrenhavam na mata cerrada em busca dos bois, fazendo malabarismos para escaparem dos arranhões de espinhos e pontas de galhos secos.

Alguns animais se reproduziam no mato. Os filhotes (maruá) eram selvagens por nunca terem mantido contato com seres humanos, e eram esses animais os mais difíceis de serem capturados. Mesmo assim, os bravos vaqueiros perseguiram, laçavam e traziam os bois aos pés do coronel.

O historiador Câmara Cascudo dizia que, por volta de 1810, ainda não existia a vaquejada, mas já se tinha conhecimento de uma atividade parecida.

Era a derrubada de vara de ferrão, antes praticada em Portugal e na Espanha, onde o peão utilizava uma vara para pegar o boi. **Mas derrubar o boi pelo rabo, a vaquejada tradicional, é puramente nordestina.**

Na região Seridó do Rio Grande do Norte, onde, possivelmente, tudo começou, era impossível o uso da vara, pois o campo era muito acidentado e a mata muito fechada e, por essa razão, tudo indica que foi o vaqueiro seridoense o primeiro a derrubar boi pelo rabo. Uma indicação para isso era a existência dos currais de apartação de bois, que deram origem ao nome da cidade de Currais Novos, também no Rio Grande do Norte.

Esses currais foram feitos em 1760. E era entre 1760 e

ADI 4983 / CE

1790 que acontecia em Currais Novos a apartação e feira de gado. Foram dessas apartações que surgiram as vaquejadas.

O pátio de apartação de São Bento, no município de Currais Novos foi construído em 1830. Somente em 1874 apareceu o primeiro registro de informação sobre vaquejada.

O escritor José de Alencar escreveu a respeito da “puxada de rabo de boi” no Ceará, mas não como sendo algo novo, ele deixou claro que a prática já ocorria anteriormente. Nessa luta, alguns desses homens se destacavam por sua valentia e habilidade. Foi daí que surgiu a ideia da realização de disputas.

O chão seco e a caatinga foram substituídos por grandes parques de vaquejadas, espalhados por toda a região. Hoje, existem clubes associações, calendários e patrocinadores, para que esse esporte se torne cada vez mais popular. Existe polêmica onde aconteceu a primeira vaquejada, Itapebussu (no Ceará) e Surubim (em Pernambuco) disputam o título.

Oficialmente, de acordo com a organização das duas vaquejadas, a mais antiga seria a de Itapebussu, que em 2007 realizou a vaquejada de número 62, e Surubim, 61.

Porém, extraoficialmente, sabe-se que a contagem da Vaquejada de Surubim só começou a partir da terceira competição, pois até a segunda ninguém havia pensado em abrir a contagem.

Então um fazendeiro da região resolveu fazer um forró para todos se divertirem após a competição, abrindo assim a contagem de 1 (um). Surubim é considerada a “Capital da Vaquejada”, onde a principal vaquejada, do Parque J. Galdino, acontece no mês de Setembro, época que a cidade recebe milhares de turistas.

É bom lembrar que nos anos 60, a nossa querida Pombal se destacava por realizar talvez a maior vaquejada do Sertão paraibano, graças ao pioneirismo de Natal Queiroga, um homem de visão que vislumbrava que o evento poderia ser explorado do ponto de vista turístico, o que na verdade aconteceu, com o envolvimento, inclusive, de toda a sociedade

ADI 4983 / CE

Pombalense, dos estudantes universitários, etc. e tal.

Na época, a festa da vaquejada Pombalense só perdia para a Festa do Rosário, em termos de público.

Assim, a vaquejada é uma festa genuinamente brasileira, com uma tradição de mais de 100 anos.

Nos últimos 20 anos veio se modernizando e profissionalizando tornando-se reconhecida como esporte através da Lei Pelé (Lei nº 9.615, de 1998), que elevou o peão à categoria de desportista, garantindo a ele benefícios como seguro de vida e ditando regras quanto ao contrato profissional.

Esta lei foi regulamentada pela Lei Federal no 4.495/98, de autoria do deputado Jair Meneghelli (PT-SP), que regulamenta os rodeios (e vaquejada) no País, permitindo o uso de “sedém” e esporas no rodeio.

Esta lei, aprovada pelo Congresso Nacional, equiparou o peão de boiadeiro a atleta profissional, em vigor desde abril de 2001.

(...)

Em cerimônia realizada no jardim do Palácio da Alvorada, com direito a música sertaneja ao vivo, dança catira, chapéus ao ar e sessão de fotos, o presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou no dia 17 de julho de 2002, a lei que regulamenta a realização de rodeios e vaquejadas, considerados como esporte, estabelecendo normas sanitárias para a proteção dos animais nos eventos.

(...) existem mais de 1.000 vaquejadas sendo realizadas no Brasil em praticamente todos os estados. (Disponível em: <http://www.vaquejadanet.com.br/noticias/detalhe/?id=7>. Acesso 1.6.2016) – grifei.

Vê-se, pois, que a vaquejada é uma atividade genuinamente nordestino-brasileira, constituindo tradição de mais de 100 (cem) anos, que faz parte do patrimônio histórico de parcela de concidadãos, na medida em que reflete a manifestação cultural mais popular do ciclo bovino nordestino (Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=naH_f-HhUYg. Acesso em 2.6.2016).

ADI 4983 / CE

Trata-se de evidente conflito de “visões de mundo” entre os que querem a proibição dessa atividade e os que a defendem, cuja resolução não pode recair na aplicação da regra do “tudo ou nada”.

De um lado, é certo que não se pode apagar essa história de parcela do povo brasileiro e passar, de repente, a proibir tal prática, tendo em vista que se estará apagando a continuidade do registro histórico, a qual repercute na própria manifestação cultural.

Do mesmo modo que o Estado deve coibir a submissão dos animais à crueldade, não se pode desconsiderar o direito de manifestação cultural quando esta, *per si*, é compatível com o âmbito de proteção normativa de proteção dos animais.

Por outro lado, se a prática de determinadas condutas no desempenho da atividade possa traduzir nocividade ou crueldade, esta deve ser repelida, cumprindo o disposto no art. 225 da CF.

Data maxima 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.

ADI 4983 / CE

Nesse ponto, válido mencionar reflexão de Klaus Günther sobre a universalidade das normas morais e a ideia de que uma norma apenas pode ser considerada válida se suas consequências e seus efeitos colaterais possam ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, seguindo os interesses de cada um, individualmente. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 65).

Assim, embasando-se em reflexões semelhantes às de Richard M. Hare, Klaus Günther anota que:

“Com intuito de expor, como diríamos, a *validade* de um enunciado normativo, temos de refletir sobre o tipo de consequências que resultariam da sua aplicação a determinados fatos e se estamos dispostos a aceitar tais consequências. Os fatos com os quais, no contexto dessas reflexões, relacionamos uma proposta normativa podem, por isso, ser apenas hipotéticos. Mas, nesse caso, também não importa se eles fazem parte ou não da respectiva situação de aplicação. Isso *não* quer dizer que características especiais da situação de aplicação não possam ser relevantes na reflexão sobre se a norma ainda poderia ser aceita, mesmo quando, em outra situação, fossem levadas em consideração essas características. No entanto, devemos considerar esses fatos no contexto dessa reflexão, independentemente de fazerem parte da aplicação.

A seleção de fatos relevantes é determinada exclusivamente pela finalidade de se examinar a virtual universalização da norma. Nesse âmbito, não cabem reflexões, tais como se a norma proposta seria realmente a correta ou a adequada, *nesta situação*; se forem consideradas todas as características da situação, acaso não deveria ter sido preferida (sic) uma outra norma, ou se, nessa situação, a proposta original de norma deveria ser codificada. No centro desse âmbito está exclusivamente a proposta normativa com o seu conteúdo semântico, conforme estiver definido pelos termos universais.” (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p.47).

ADI 4983 / CE

Desse modo, tendo em vista que a condição semântica de que uma norma não pode conter nomes próprios, também não pode o julgador, em caso específico, aplicar determinados valores que, em equivalentes situações, não o faria. É preciso avaliar em termos universais. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 60).

Com base nesse ponto de vista,

“(…) não é lícito perguntar se é correto aplicar uma norma em uma situação, como ela teria de ser aplicada, etc., mas apenas questionar as consequências que previsivelmente resultariam para os nossos interesses, caso ela fosse aplicada em cada uma das situações. Portanto, a validade se refere apenas à questão se, *como regra*, a norma está dentro dos nossos interesses comuns”. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 69).

É justamente essa reflexão que deveria ser considerada pela Corte. Não é possível partir-se de um discurso universal de proteção aos animais, como valor autônomo, invocando-se o bem-estar animal e a simples vedação à crueldade, se a mesma fundamentação e se suas consequências, além de seus efeitos, não sejam identificáveis em situações semelhantes. Aqui podemos mencionar o rodeio de Barretos, a prova do laço no Rio Grande do Sul, o abate de animais para alimentação, o uso de camundongos em testes de laboratórios e, como já mencionei, o próprio hipismo. E não esqueçamos que o hipismo é esporte olímpico, já que não faz muito que acabou a Rio 2016!

Indo ao extremo do argumento descrito na peça inicial, ninguém pode negar que o hipismo também causa cansaço, exaustão e às vezes até sofrimento físico ao cavalo, porém é prática aceita e incentivada mundialmente.

Vê-se, pois, que há situações em que não podemos inovar sem

ADI 4983 / CE

limites, não podemos estipular que determinada conduta é, ou não, correta com base em pressupostos morais que seriam facilmente refutados em situações semelhantes. Algo no estilo do narrado por Monteiro Lobato no livro “A Reforma da Natureza”, em que Emília, inspirada na história de Américo Pisca-Pisca, brinca de Deus, fazendo uma série de inovações em animais, plantas e objetos com base em sua visão de mundo e do que julga ser importante. Ao final, descobre que muitas delas eram sem utilidade e, pior, acabavam prejudicando o que vinha funcionando bem.

Para aqueles que não se recordam, destaco um trecho do livro de Monteiro Lobato em que ele faz referência ao reformador da natureza Américo Pisca-Pisca:

"(...) tinha o hábito de pôr defeito em todas as coisas. O mundo para ele estaria errado e a natureza só fazia asneira.

- Asneira, Américo?

- Pois então?... Aqui mesmo, neste pomar, você tem a prova disso. Ali está uma jabuticabeira enorme sustentando frutas pequeninas, e lá adiante vejo uma colossal abóbora, presa ao caule de uma planta rasteira. Não era lógico que fosse justamente o contrário? Se as coisas tivessem de ser reorganizadas por mim, eu trocava as bolas, passando as jabuticabeiras para a aboboreira e as abóboras para a jabuticabeira. Não tenho razão?

Assim discorrendo, Américo provou que tudo estava errado e só ele era capaz de dispor com inteligência o mundo.

Mas o melhor, concluiu, é não pensar nisto e tirar uma soneca à sombra destas árvores, não acha?

E Pisca-Pisca, piscando que não acabava mais, estirou-se de papo para cima à sombra da jabuticabeira.

Dormiu. Dormiu e sonhou. Sonhou com um mundo novo, reformado inteirinho pelas suas mãos. Uma beleza!

De repente, no melhor da festa, plaft! Uma jabuticaba caiu do galho e lhe acertou em cheio o nariz.

Américo desperta de um pulo. Pisca-Pisca medita sobre o

ADI 4983 / CE

caso e reconhece, afinal, que o mundo não era tão mal feito assim. E segue para a casa refletindo:

- Que coisa!... Pois não é que se o mundo fosse arrumado por mim, a primeira vítima teria sido eu? Eu, Américo Pisca-Pisca, morto pela abóbora por mim posta no lugar da jabuticaba? Hum! Deixemo-nos de reformas. Fique tudo como está que está tudo muito bem.

E Pisca-Pisca continuou a piscar pela vida à fora mas já sem a cisma de corrigir a natureza."

Limitemos a nossa criatividade!

Pois bem, vemos que a vaquejada é uma manifestação cultural que existe há décadas; que há regulamentos e a própria legislação ora contestada prevê formas de garantir a proteção do animal nela utilizado.

Não cabe a nós, com base uma visão não universalizada do que é, ou não, correto nessa situação, estabelecer que a vaquejada não deve continuar a ser realizada licitamente. Digo isso porque sabemos que, mesmo proibida, continuará a existir. Não sejamos como Américo Pisca-Pisca, não queiramos colocar abóboras em jabuticabeiras porque elas acabarão, como no conto, caindo em nossas próprias cabeças!

Nesse aspecto de proteção ao animal, é importante registrar que já é utilizado protetor de cauda nos bovinos para evitar qualquer alegação de aflição de dores ou alegação de maus-tratos (Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=a2c69VP8eIM>. Acesso em 2.6.2016).

Além disso, tal como argumentado pela Associação Brasileira de Vaquejada, admitida como *amicus curiae*, hodiernamente há uma série de determinações, a fim de conceder maior proteção aos animais utilizados no evento. Mencione-se o Regulamento de Bem Estar animal, adotado pela associação e aplicado às vaquejadas, que proíbe os competidores de açoitar os cavalos, "bater, esporear ou ainda puxar as rédeas de modo a machucar o animal" (item 28), além de dispor sobre a obrigatoriedade de:

- “(i) assegurar a ausência de fome e de sede dos animais;
- (ii) assegurar a ausência de ferimentos e doenças; (iii) assegurar

ADI 4983 / CE

a liberdade comportamental; (iv) minimizar situações de estresse, medo e ansiedade; (v) promover a melhoria da qualidade do ambiente, garantindo condições de saúde, segurança e bem-estar público; (vi) assegurar e promover a prevenção, redução e eliminação da morbidade, da mortalidade decorrentes de zoonoses nos animais; (vii) assegurar e promover a participação, a educação sanitária, o acesso à informação e a conscientização da coletividade nas atividades envolvendo animais que possam comprometer da saúde pública ou o meio ambiente”.

Assim como no hipismo, é bem verdade que, na vaquejada, pode ocorrer episódica e inesperadamente algum ferimento, ainda que não desejado, de forma que deve, nesse caso, haver responsabilização do infrator pela inobservância de uma proibição de realização de maus-tratos no animal.

Isto é, existem formas de minimizar ou eliminar qualquer tipo de consequência física nos semoventes participantes.

Ao meu sentir, penso que o mandamento do art. 225, §1º, da CF pode ser assegurado ao permitir a prática da vaquejada e, eventualmente, ocorrendo a prática de ilegalidades, ocorrer a punição tal como previsto no § 3º do art. 225 da Lei Maior:

“§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O ordenamento jurídico nacional já dispõe de instrumentos hábeis e suficientes para coibir eventuais excessos, tal como as disposições da Lei 9.605/98 e a fiscalização, pelos órgãos federal, estadual e municipal, de controle ambiental, sem prejuízo da atuação do Ministério Público.

E penso que a lei ora questionada do Estado do Ceará acabou prestigiando a prática da manifestação cultural e/ou “socioesportiva”,

ADI 4983 / CE

reafirmando o comando do art. 215 da CF e proibindo determinadas condutas que possam afetar o âmbito da proteção do art. 225 da CF, tal como previsto no § 3º do art. 4º, a saber:

“§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”.

Isso tudo, sem prejuízo – por óbvio – da incidência das disposições das normas protetivas ambientais em relação aos animais, no campo penal, administrativo ou civil.

Ou seja, a norma estadual procurou compatibilizar dois princípios constitucionais que, em regra, não são contraditórios, porém fática e especificamente poderiam se chocar. E, quando ocorrer maus-tratos, deve haver a responsabilização do causador do dano.

Proibir a prática, além de ser contrário ao mandamento constitucional do art. 215, também deixaria à margem do ordenamento jurídico uma parcela da população que tem nessa prática única fonte de sustento e a vive como sendo ínsita à produção cultural de parcela dos nordestinos.

Ressalte-se, ainda, estudo encomendado a economistas pela Associação Alagoana de Criadores de Cavalos Quarto de Milha (ALQM), para analisar a importância econômica da vaquejada para Alagoas. De acordo com o relatório, divulgado em dezembro de 2015, a prática movimentada, em média, anualmente, mais de R\$ 62 milhões e emprega cerca de 11 mil pessoas, sendo 4.800 de forma direta.

Como indicado no parecer técnico, *“a atividade fica à frente de importantes segmentos como a indústria químico-plástica (tendo a Braskem como empresa-chave), da agricultura (sem contar o setor sucroenergético) e a da indústria têxtil”* (“O Mercado da Vaquejada em Alagoas”, coordenado pelos economistas Lucas Sorgato e Jarpa Aramis, cf. noticiado no jornal Gazeta de Alagoas em 27.12.2015).

Consequentemente, a interpretação que mais se coaduna com a conjugação das expectativas de todos os grupos de agentes envolvidos é

ADI 4983 / CE

aquela que regule a prática, de forma a coibir excessos, e não a que a vede e estimule a marginalidade, gerando, portanto, efeitos mais nocivos do que sua regulação estatal.

A utilização de critérios de ponderação faz-se, assim, extremamente relevante no tema aqui tratado. Verificar se, no caso concreto, determinada prática agride o animal a tal ponto que possa ser considerada desproporcional ou injustificável para obtenção do fim pretendido – para manifestações culturais, religiosas ou comerciais – já foi objeto de análise de diversas Cortes Constitucionais no mundo.

Em caso em que avaliou a compatibilidade de corridas de touro na França com os valores constitucionais de proteção aos animais, o Conselho Constitucional francês, baseado, igualmente, nessas “escalas de medida” do grau de intensidade de cada argumento aplicado à questão em concreto, considerou não ser inconstitucional a previsão de uma espécie de diferença de tratamento entre as regiões com tradição taurina das demais, que condenam sua prática. Acabou por conceder, portanto, especial importância às tradições locais, avaliando que, para aqueles determinados povoados, a realização de touradas era de especial relevância em face dos possíveis danos causados aos touros.

A tauromaquia tornou-se prática legal na França em 1951, com a introdução de um parágrafo sobre o tema na lei contra maus-tratos de animais domésticos. Nesses termos, estabeleceu-se que seus dispositivos não seriam aplicáveis às corridas de touro, desde que se demonstrasse a existência de ininterrupta tradição da prática. Em 1951, ao texto foi adicionado o adjetivo “local”, deixando vago o conceito de “tradição local ininterrupta” que poderia ensejar a exceção. Como a lei não identificou regiões ou cidades onde a corrida de touros é uma tradição, coube aos juízes decidir caso a caso.

Em setembro de 2012, o Conselho Constitucional francês declarou que as touradas são permitidas em certas regiões da França, sem que isso constitua ofensa à Constituição. Ao interpretar o dispositivo que trata do tema, entendeu que “local” deve ser visto de forma restritiva. Também, que é preciso provar que a tradição costuma existir na mesma localidade,

ADI 4983 / CE

em si (e não apenas em cidades próximas), bem como que é prática “ininterrupta”, ou seja, que os espetáculos são organizados regularmente (Cf. *Décision n. 2012-271 QPC du 21 septembre 2012*).

Questão semelhante foi submetida ao Tribunal Constitucional espanhol. Em julho de 2010, a Catalunha aprovou lei que aboliu as corridas de touros nessa comunidade autônoma (Ley 28/2010). Logo após sua aprovação, o Partido Popular espanhol apresentou recurso de amparo baseado em três pontos: a competência das comunidades para legislar sobre o tema; a importância do fator cultural da corrida dos touros e o fator econômico representado pelas festas relacionadas às corridas.

Em outubro de 2016, o Tribunal Constitucional espanhol declarou inconstitucional a lei catalã, por entender que a comunidade autônoma, ao exercer sua competência para regulamentar espetáculos públicos, invadiu a competência do Estado para legislar sobre preservação do patrimônio cultural comum. Essa condição foi atribuída às touradas em legislação da década de noventa e reafirmada com a promulgação da Lei 18/2013, que regulamentou a tauromaquia, e da Lei 10/2015, que especificamente trata da preservação das touradas como manifestação cultural.

O Tribunal ressaltou que o legislador local tem liberdade para atuar, nos termos do pretendido pela comunidade catalã, no que se refere ao exercício de sua competência sobre espetáculos públicos. Tal prerrogativa, todavia, não pode chegar ao extremo de impedir, perturbar ou menosprezar o exercício legítimo da competência do Estado em matéria de cultura. Assim, a Catalunha poderia definir, por exemplo, formas de desenvolvimento das empresas de representações taurinas ou, em matéria de proteção aos animais, estabelecer regras para especial tratamento dos touros utilizados. Nunca, contudo, proibir a tauromaquia.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional indica o seguinte:

“El respeto y la protección de la diversidad cultural ‘de los pueblos de España’ que deriva del citado art. 46 CE, y que no es sino manifestación de la diversidad propia de nuestro Estado autonómico, parte precisamente de la imposibilidad de prohibir, en una parte del

ADI 4983 / CE

territorio español, una celebración, festejo, o en general, una manifestación de una arraigada tradición cultural - si su contenido no es ilícito o no atenta contra otros derechos fundamentales”.

Trata-se, nos termos da sentença, de uma forma de garantir que as tradições implementadas em nível nacional vejam-se complementadas e enriquecidas com as tradições e culturas específicas das comunidades autônomas.

A constitucionalidade do sacrifício de animais para fins religiosos é outro tema extremamente polêmico. Ainda em referência ao direito comparado, mencione-se que a Corte Constitucional austríaca reconheceu que a obrigatoriedade de anestesiá-los para realização da sangria não tem sentido, tampouco atende aos direitos religiosos dos que a praticam, como judeus ortodoxos e muçulmanos. (VfGH 17.12.1998, B 3028/97).

Em sentido semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que a lei não pode estabelecer restrições à prática religiosa da sangria. O *Tierschutzgesetz*, lei que regula os direitos dos animais na Alemanha, estabelece uma proibição genérica da sangria para fins religiosos, mas indica que autoridades administrativas podem excepcionalmente conceder autorizações para a prática quando necessária para atender às necessidades de membros de comunidade religiosa (BVerfG 1783/99, de 15.1.2002). O caso foi levado ao Tribunal por um açougueiro que teve a permissão para praticar sangria negada.

Outra relevante decisão do *Bundesverfassungsgericht* relacionada ao meio ambiente é o denominado caso *Reiten im Walden* (BVerfGE 80, 137), especial por também mostrar diferentes espectros de valores que podem ser vinculados ao tema – no caso, ponderação entre liberdades individuais e a proteção à natureza.

A legislação alemã sobre florestas (*Bundeswaldgesetz*), de 1975, autoriza a entrada de pessoas nas matas por sua própria conta e risco e autoriza os Estados (*Länder*) a regulamentar detalhes relacionados à limitação do acesso por motivos relevantes, como para proteção das árvores, para combate da exploração econômica das flores e para

ADI 4983 / CE

proteção contra agressões à natureza.

Com base nisso, a legislação do Estado de Nordrhein-Westfalen restringiu cavalgadas a rotas específicas de trilhas especiais e exigiu que os cavaleiros tivessem licenças para os seus cavalos, que só poderiam ser obtidas mediante o pagamento de taxas.

O caso em questão foi levado ao TCF por um criador de cavalos, para fins de recreação, que viu na necessidade de licença, a ser concedida em função de uma pretensa prevenção das florestas, uma limitação aos seus direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal decidiu que as restrições às cavalgadas violavam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2 (1) GG), uma vez que as pessoas devem ser livres para buscar livremente a diversão por meio de cavalgadas na floresta. Também entendeu que a obrigatoriedade de licença especial para cavalgadas era contrária ao direito à igualdade, já que semelhantes restrições legislativas não eram impostas a esquiadores e *hikers*. Além disso, indicou agressão aos direitos à liberdade de locomoção e aos direitos dos cavaleiros advindos do direito de propriedade que possuem sobre os cavalos.

Por fim, menciono precedente da Suprema Corte israelense em que foi apreciado se o processo de produção do *foie gras* seria contrário ao direito dos animais (Noah v. The Attorney General, HCJ 9232/01). A Corte, então, analisou a compatibilidade da alimentação hipercalórica forçada de animais para produção da iguaria com o Ato Nacional de Proteção aos Animais, que proíbe tortura, atos de crueldade e abusos.

Concluiu, após ponderação das questões envolvidas e apresentadas, que o processo era cruel e gerava um desproporcional grau de sofrimento em relação ao fim pretendido – obtenção de produto considerado artigo de luxo. Ressalte-se que debate semelhante foi recentemente travado no Estado de São Paulo, que proibiu igual prática (Lei 16222/2015) em lei declarada inconstitucional pelo TJSP, mas por extrapolar o mero interesse local.

Verifica-se, portanto, que a ponderação, ao se estar diante de aparente conflito entre princípios comparáveis entre si, é técnica

ADI 4983 / CE

necessária e usualmente utilizada no direito comparado.

Entre nós, como já mencionado, o dever geral de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está estabelecido em nossa Constituição como uma expressão conjunta de deveres de proibição (ex: crueldade contra animais, degradação que aniquile a biodiversidade); de segurança (ex: exigência de avaliação de impacto ambiental) e de se evitar riscos (ex: evitar práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna e da flora).

Tais deveres, explicitados no texto da Constituição, direcionam o Estado a atuar com objetivo de evitar riscos em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção da saúde e do meio ambiente.

Atualmente existe uma gama de profissionais de todas as áreas (médicas e veterinárias) envolvidos, os quais certamente não acompanharão a prática da vaquejada caso ela seja tida como inconstitucional.

Ou seja, em vez de o Estado regular e determinar a observância de cuidados nos tratos dos animais, passaria a coibir a atividade em si, em claro prejuízo ao bem jurídico supostamente tutelado, que passariam a ficar sem auxílio de profissionais técnicos adequados.

Não se trata de simples diversão com possível índole de crueldade, tal como a “farra do boi” ou a “rinha de galo”, pois a proibição da prática da vaquejada significa o fim do sustento do vaqueiro profissional, que tem sua atividade reconhecida pela Lei Federal 12.870/13, a saber:

“Art. 1º Fica reconhecida a atividade de vaqueiro como profissão.

Art. 2º Considera-se vaqueiro o profissional apto a realizar práticas relacionadas ao trato, manejo e condução de espécies animais do tipo bovino, bubalino, equino, muar, caprino e ovino.

Art. 3º Constituem atribuições do vaqueiro:

(...)

IV - cuidar da saúde dos animais sob sua responsabilidade;

V - auxiliar nos cuidados necessários para a reprodução

ADI 4983 / CE

das espécies, sob a orientação de veterinários e técnicos qualificados;

VI - treinar e preparar animais para eventos culturais e socioesportivos, garantindo que não sejam submetidos a atos de violência;

Art. 4º A contratação pelos serviços de vaqueiro é de responsabilidade do administrador, proprietário ou não, do estabelecimento agropecuário de exploração de animais de grande e médio porte, de pecuária de leite, de corte e de criação”. - grifei.

Existe, portanto, uma quantidade considerável de profissionais que realizam diariamente a prática de treinos e preparação de animais para eventos culturais e “socioesportivos” – tal como a vaquejada – e que dependem financeiramente dessa atividade.

Esta Corte não pode fechar os olhos para essa realidade. Além disso, existem mais de 10.000 (dez mil) parques de vaquejadas em praticamente todos os Estados, gerando 200.000 (duzentos mil) empregos direta ou indiretamente, que, de uma hora para outra, estarão à margem do ordenamento jurídico e sem emprego.

Impedir a prática da vaquejada é aniquilar completamente uma parcela da cultura nordestina e, conseqüentemente, desrespeitar o art. 215 da CF, que possui a mesma densidade constitucional do art. 225 da CF.

Assim, acompanho a divergência para julgar improcedente a presente ação. É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983

PROCED. : CEARÁ

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ

ADV.(A/S) : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO (4107/DF)

ADV.(A/S) : ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ
(0011305/DF)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente o pedido formulado na ação direta, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, que o julgavam improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falou, pelo requerente, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, e, pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ, os Drs. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4.107, e Vicente Martins Prata Braga, OAB/CE 19.309. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 12.08.2015.

Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, julgando procedente o pedido formulado na ação, e os votos dos Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux, julgando-o improcedente, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 02.06.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, vencidos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, que proferiram votos em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 06.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 150 de 150

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, e, Subprocurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

RECLAMAÇÃO 25.869 PIAUÍ

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
RECLTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS DEFENSORES DOS DIREITOS E BEM ESTAR DOS ANIMAIS
RECLTE.(S) : FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES, ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS, SOCIEDADES PROTETORAS DOS ANIMAIS E SINDICATOS DE PROFISSIONAIS DA PROTEÇÃO ANIMAL DO ESTADO DO PIAUÍ - FAOS PI
ADV.(A/S) : TIZIANE MARIA ONOFRE MACHADO
RECLDO.(A/S) : JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE TERESINA
PROC.(A/S)(ES) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE TERESINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE TERESINA
INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DE VAQUEIROS DO PIAUÍ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO: 1. Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina/PI em sede de ação civil pública, que teria violado o decidido na ADI 4.983/CE (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 6/10/2016). Alegam as associações reclamantes, em síntese, que: (a) o Estado do Piauí divulgou amplamente sua parceria com a Associação de Vaqueiros para incluir o evento Vaquejada na programação 66ª Exposição Agropecuária, marcada para os dias 3 a 11/12/2016; e (b) em ação coletiva, o juízo reclamado denegou a pleiteada tutela provisória de urgência e, nessas circunstâncias, deixou de reconhecer o caráter vinculante e geral da decisão proferida por esta Corte em controle concentrado. Pedem as reclamantes o deferimento da liminar e, ao final, a cassação do ato impugnado.

2. É importante, antes de mais nada, delimitar adequadamente o âmbito de cognição que se pode desenvolver no julgamento da presente reclamação. Aqui não será cabível examinar a justiça ou a injustiça da decisão reclamada, notadamente sob o ponto de vista dos fatos da causa. Esse é tema próprio da demanda original, no âmbito da qual as partes envolvidas na relação de direito material têm oportunidade de deduzir suas razões e exercer com amplitude o direito ao contraditório, o que não ocorre nesta específica via da reclamação constitucional. O tema central da controvérsia a ser aqui dirimida é unicamente o de saber se a decisão reclamada, tal como proferida, ofendeu ou não a autoridade do acórdão prolatado no julgamento da ADI 4.983-CE (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 6/10/2016), em que esta Corte julgou inconstitucional a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará.

3. No caso, as associações reclamantes ajuizaram ação civil pública em que pleitearam o definitivo cancelamento do evento vaquejada, inclusive para os anos subsequentes. O juízo reclamado, ao examinar os requisitos da medida de natureza cautelar requerida, indeferiu-a nos seguintes termos:

(...) Passo, portanto, à análise do pedido da tutela de urgência pleiteada, para fins de aferição da comprovação dos requisitos supracitados. A celeuma em comento cinge-se na possibilidade jurídica de se determinar que o evento de vaquejada seja cancelado definitivamente, sem possibilidade de realização em anos vindouros. O pedido é instruído e fundamentado, basicamente, em dois pontos. Primeiro, o julgamento pelo STF da ADI 4.983/2013, que declarou a inconstitucionalidade de Lei Estadual do Ceará visando regular a prática das Vaquejadas. Segundo, sobre atos de crueldade e de maus tratos contra animais durante tais eventos. A mencionada decisão, relativa a inconstitucionalidade de Lei Estadual cearense, a princípio, não se impõe *erga omnes*. Aplica-se a tentativa daquele Estado de regular a prática, mas não determina formalmente o impedimento para tais eventos de

uma forma geral. Quanto aos atos de crueldade e de maus tratos contra animais, não se demonstra, contudo, que no âmbito do Estado do Piauí, e mais especificamente no Parque de Exposição em questão, estes tenham ocorrido ou estejam ocorrendo. Assim, não vislumbro presente a prova inequívoca como suporte à concessão de liminar de cancelamento definitivo do evento de vaquejada, sem possibilidade de realização em anos vindouros. Ressalto, outrossim, que qualquer dano ou maus tratos a animais, efetivamente ocorrido durante a Vaquejada, deverá ser investigado e punido, conforme legislação pertinente, ficando este risco imposto aos suplicados (doc. 4, fls. 2-3).

4. O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que só a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, l, CF/88), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem súmula vinculante (art. 103-A, § 3º, CF/88).

É da jurisprudência da Corte, ainda, que os atos reclamados devem estrita aderência ao conteúdo das suas decisões:

(...) Os atos questionados em qualquer reclamação nos casos em que se sustenta desrespeito à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal hão de se ajustar, com exatidão e pertinência, aos julgamentos desta Suprema Corte invocados como paradigmas de confronto, em ordem a permitir, pela análise comparativa, a verificação da conformidade, ou não, da deliberação estatal impugnada em relação ao parâmetro de controle emanado deste Tribunal. (Rcl 6.534-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 17.10.2008, Ementário 2337-1).

No caso concreto, não está suficientemente demonstrada a aderência estrita entre o ato reclamado e o decidido por esta Corte no julgamento da ADI 4.983. Isso porque a decisão ora questionada, que tem natureza

RCL 25869 / PI

precária e provisória, não apreciou a matéria em caráter definitivo, fazendo juízo apenas sobre o preenchimento dos requisitos próprios para o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela (para impedir a vaquejada no ano corrente e nos vindouros), baseando seu entendimento na ausência de prova inequívoca que desse ensejo ao cancelamento definitivo do evento em questão. Por outro lado, no julgado indicado como paradigma, o que esta Corte efetivamente assentou foi a inconstitucionalidade da lei cearense que regulamentava a vaquejada, não sendo cabível, até o presente momento, extrair conclusão no sentido da proibição de sua prática em todo o território nacional.

5. Diante do exposto, nego seguimento ao pedido.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 7 de dezembro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

Documento assinado digitalmente