



Notas sobre a atuação judicial na decisão de casos difíceis

Notes on judicial action in decisions in difficult cases

*Gustavo Bedê Aguiar¹
Yan Cavalcanti Aragão²*

Aceito para publicação em: 15/04/2024

Área do conhecimento: Direito

DOI: 10.18378/rbfh.v13i2.10475

RESUMO: O presente estudo busca demonstrar a necessidade da atuação do Poder Judiciário no julgamento de casos difíceis, em razão de variados fatores, especialmente em razão do caráter analítico da Constituição Federal. Contudo, não resta claro quais os limites dos precedentes judiciais frente ao Poder Legislativo, já que este também figura como interprete autêntico do texto constitucional. Para ilustrar, citou-se o exemplo do julgamento a respeito da constitucionalidade da vaquejada.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Casos difíceis; Reação legislativa.

ABSTRACT: The present study seeks to demonstrate the need for the Judiciary to act in the judgment of hard cases, due to various factors, especially due to the analytical nature of the Federal Constitution. However, it is not clear what the limits of judicial precedents are in relation to the Legislative Power, as this also appears as the authentic interpreter of the constitutional text. To illustrate, the example of the judgment regarding the constitutionality of the vaquejada was cited.

Keywords: Judiciary; Hard cases; Legislative reaction.

INTRODUÇÃO

A natureza analítica da Constituição Federal de 1988 aliada ao reconhecimento da força normativa do seu texto provocou a judicialização de inúmeras matérias polêmicas, o que, por

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco.

² Advogado e Procurador do Município de João Pessoa – PB. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes e em Direito e Processo Tributário pela Escola Superior da Advocacia OAB/PB. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

sua vez, acarretou o protagonismo do Poder Judiciário na decisão de matérias intrinsecamente controversas na sociedade.

A atuação do Judiciário é ainda mais destacada quando é chamado a se pronunciar sobre os casos difíceis (“hard cases”), obrigando o julgador a se imiscuir em questões sociais bastantes questionáveis em torno das quais existe insuperável dissenso.

O presente artigo pretende expor algumas das razões que levaram o Poder Judiciário a ocupar lugar de relevância no julgamento de questões que, em tese, deveriam ser resolvidas na seara política.

Para tanto, parte-se de revisão bibliográfica e teórica, trazendo os posicionamentos doutrinários relevantes sobre a matéria, para, em seguida, analisar-se a atuação geral do Supremo Tribunal Federal quando chamado a atuar nos “hard cases”. Por fim, como meio de demonstrar concretamente os conceitos trabalhados, analisa-se o papel da Corte a partir de sua atuação no julgamento acerca da constitucionalidade da Vaquejada e a conseqüente reação legislativa.

A SUPERAÇÃO DA DOGMÁTICA TRADICIONAL E O PAPEL CRIATIVO DO INTÉRPRETE NA CONSTRUÇÃO DA NORMA.

No artigo “*O constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*”, o aclamado Ministro do Supremo Tribunal Federal Roberto Barroso relembra que a complexidade da vida, decorrente de inúmeros fatores, tornou ainda mais dificultosa a utilização de poderes proféticos pelo legislador.

A pluralidade imprevisível de situações fáticas a serem reguladas pelo direito torna impossível a normatização rigorosa de diversas situações. Sem esforço, é célere concluir que nem todo fato que deveria ser regulado pelo Direito – de fato – o é.

A tese de Montesquieu – segundo a qual o juiz se limitava a pronunciar a lei – há algum tempo não mais atende a contento os anseios sociais, notadamente porque reduz a atividade do julgador há um simples expediente de “encaixe” de um fato à norma, amparado na falsa premissa de que o direito positivo sempre apresentaria uma resposta pronta às mais diversas problemáticas.

Para o filósofo, como bem descreveu o professor Bernardo Gonçalves, o magistrado seria, então, o “bouche de loi” – a boca da lei – que apenas repetiria, sem acréscimos ou modificações, o que foi criado (produzido) pelo Poder Legislativo³, de modo que a sentença seria

³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. Pág. 168

uma atividade de conhecimento, o resultado da subsunção dos fatos ao texto legal, como ilustra o professor Lênio Streck ao comentar a superação dos cânones interpretativos⁴:

[...] a ideia que se tornou símbolo da revolução francesa retratada pela pena de Montesquieu – do juiz como “a boca que pronuncia as palavras da lei” (da vontade geral) – estava sedimentada na concepção de que a lei “cobriria tudo” o que pode se dar no mundo dos fatos. Isto significa que, de alguma forma, seria possível prever – antecipadamente – todas as hipóteses fáticas de aplicação da lei. Daí a herança que todos nós conhecemos: o silogismo interpretativo, a cisão entre fato e direito e a proibição de interpretação dos juízes.

O pensamento clássico foi paulatinamente substituído por uma cultura jurídica pós-positivista, já que os métodos interpretativos tradicionais não mais atendiam às necessidades plurais da sociedade, como bem descreveu o ministro da Excelsa Corte⁵:

[...] nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge uma cultura jurídica pós-positivista. De fato, se a resposta para os problemas não pode ser encontrada de maneira completa no comando que se encontra na legislação, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para achar a resposta que a norma não fornece, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia. O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela.

Como pontua Barroso, a variabilidade de situações fáticas impossibilita que soluções sejam normatizadas aprioristicamente, o que faz com que convicções pessoais do intérprete passem a influenciar o ato de interpretar o comando normativo.

Sobre a temática, esclarece o mestre Fredie Didier⁶ que o expediente tradicional da subsunção do fato à norma passa também a conviver com a criatividade da função jurisdicional:

Direito passa ser construído a posteriori, em uma mescla de indução de dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente

⁴ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. Pág.. 210

⁵ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Volume 1, n.1. Belém: ESM-PA, 2008. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=837168>

⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. Pág. 54

Nessa linha de intelecção, o professor Lênio Streck destaca que cabe ao intérprete preencher o vácuo normativo decorrente da impossibilidade fática de regular todas as situações do cotidiano, muitas das quais sequer existiam à época da elaboração da lei⁷:

a constatação de que a lei não cobre tudo, que a faticidade apresenta problemas que nem sempre foram esboçados pelo legislador racional – termo que ainda faz moda em algumas teorias da interpretação do direito da atualidade. A adaptação criada pelo próprio sistema para resolver esta questão foi colocar, ao lado do legislador racional, um juiz/intérprete racional. Desse modo, o primeiro criará, de forma absolutamente discricionária – poderíamos falar em uma discricionariedade política que funciona como condição de possibilidade –, o conteúdo da lei, ao passo que o juiz/intérprete racional terá uma delegação para, de forma limitada, preencher os vácuos deixados pela discricionariedade absoluta (política) do legislador. Cria-se, assim, uma espécie de “discricionariedade de segundo nível” representada pela atividade interpretativa do juiz racional. Essa discricionariedade de segundo nível será justificada pelos chamados princípios gerais do direito que, junto com a analogia e os costumes, representarão as autorizações legislativas para a análise discricionária do juiz no caso concreto. Desse modo, a discricionariedade deferida ao juiz pelo legislador acaba por se consubstanciar em uma política judiciária, que, no limite, dá poderes para que o juiz determine a “lei do caso”, a pretexto do dever de julgamento que a própria ordem requer.

A superação desse exacerbado formalismo jurídico adquire ainda maior importância no contexto da interpretação constitucional, já que a Carta Cidadã se afigura documento analítico, recheado de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados, o que, por conseguinte, provoca indesejada judicialização.

Como relembra o Professor Barroso no artigo “*Trinta e cinco anos da Constituição de 1988: as voltas que o Mundo dá*”⁸, a negociação heterogênea e amplamente democrática que alicerçou a construção da carta constitucional resultou na construção de expediente extenso, já que abarcou inúmeros temas que deveriam ser tratados por legislação infraconstitucional:

A Carta de 1988 foi elaborada com grande participação dos movimentos sociais e de setores organizados da sociedade, todos em busca de acolhimento constitucional. A consequência foi uma Constituição extremamente abrangente e detalhista, que incorporou ao seu texto inúmeras matérias que em outras partes do mundo são relegadas para o âmbito das escolhas políticas e da legislação ordinária. A Constituição brasileira não trata apenas das questões tipicamente constitucionais, como a definição dos direitos fundamentais, a organização do Estado e a repartição de competências entre os Poderes, tendo ido além para abrigar no seu texto: o sistema tributário, o sistema previdenciário, o sistema de saúde, o sistema de educação, a organização econômica e financeira, a proteção do meio-ambiente, a proteção das

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. Pág. 210

⁸ ROBERTO BARROSO, L. TRINTA E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: AS VOLTAS QUE O MUNDO DÁ. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 07–49, 2023. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd v28i22697. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2697>. Acesso em: 14 set. 2023.

comunidades indígenas, a proteção da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, a proteção do patrimônio histórico, a promoção da cultura, da ciência e da tecnologia, em meio a outros temas. Inserir uma matéria na Constituição é, em ampla medida, retirá-la da política e trazê-la para o Direito. Aí a razão da judicialização ampla da vida brasileira.

Se por um lado a Carta Cidadã tratou de diversos temas que deveriam ser relegados à legislação ordinária, de outra banda optou por não se imiscuir em questões sociais bastantes polêmicas em torno das quais existe insuperável dissenso.

A proibição (ou não) do aborto, por exemplo, deixou de ser tratado na seara constitucional porque os atores políticos da época não chegaram a bom termo, como bem descreve Maria Isabel Baltar da Rocha no artigo “*A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese*”⁹:

Quanto ao debate no Legislativo, a discussão sobre a questão do aborto entrou na Constituinte pelas mãos da Igreja Católica, para proibi-lo em todas as circunstâncias e, em grande parte, recebeu apoio de parlamentares evangélicos. O tema gerou um intenso debate em diversos momentos daquele processo, mas acabou não sendo contemplado na nova Carta – exatamente devido à sua característica controversa.

[...]

No âmbito da sociedade civil, essa fase foi fortemente marcada pela preparação da Constituinte e, sobretudo, pelo seu próprio processo. Os dois principais atores políticos e sociais envolvidos na discussão da questão do aborto – o movimento feminista e a Igreja Católica – não somente se prepararam, como também atuaram, direta ou indiretamente, em todas as etapas da Constituinte sobre este e outros assuntos de suas agendas políticas. As mulheres organizadas tiveram essa atuação articulada pelo CNDM e com a participação do movimento autônomo, enquanto a Igreja Católica preparou-se por meio da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil.

O cenário de superação da dogmática tradicional, a insuficiência dos critérios interpretativos clássicos na regulação de casos não pensados pelo legislador, a carta constitucional detalhista, o reconhecimento da força normativa da constituição e a indispensável atividade criativa do julgador acarretaram aumento significativo da judicialização, especialmente de temas controvertidos.

A JUDICIALIZAÇÃO, A OBRIGAÇÃO DE DECIDIR E OS CASOS DIFÍCEIS.

⁹ Rocha, M. I. B. da .. (2006). A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. Revista Brasileira De Estudos De População, 23(2), 369–374. <https://doi.org/10.1590/S0102-30982006000200011> Acesso em: 14 set. 2023.

A judicialização de diversas matérias fez com que as Cortes Constitucionais assumissem o protagonismo na resolução de diversas questões controvertidas na sociedade. Não poderia ser diferente.

Como relembra o Professor Daniel Sarmento¹⁰, atualmente se revela indiscutível a força de norma da Constituição, contudo nem sempre foi assim, já que se defendia que as diretrizes constitucionais representavam tão somente uma carta de intenções sem caráter cogente:

Alguns autores, como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, passam a advogar a tese de que a Constituição, sendo norma jurídica, deveria ser rotineiramente aplicada pelos juízes, o que até então não ocorria. O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se, até então, o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição.

Assim, consignada a força cogente do texto constitucional, por consectário lógico sobreleva-se a importância da atuação do Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da Carta de 88, nos termos do art. 102.

Acrescente-se, ainda, que – chamado a se pronunciar sobre determinada questão – o Supremo Tribunal Federal não pode se recusar a decidir, já que proibidos juízos de *non liquet*, conforme art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e art. 140 do Código de Processo Civil:

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

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

¹⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

Tais comandos normativos impossibilitam que o julgador se abstenha de decidir determinado caso concreto sob a alegação de que não há lei posta para resolver o caso ou porque não tem certeza sobre qual das partes tem razão.

Nessa ordem de ideias, sem a pretensão de esgotar todas as causas para o aumento dos casos controvertidos julgados pela Corte Constitucional, também merecem menção a ampla gama de assuntos tratados pela Carta Cidadã, a criação de um sem número de direitos e garantias fundamentais e a intencional omissão do Poder Legislativo em regular determinadas situações polêmicas, como bem destaca o Professor Barroso¹¹:

[...] atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização.

Ao enredo, acrescente-se o art. 103 da Constituição Federal, dispositivo que confere a um elevado número de personagens legitimidade para propor ações diretas junto à Excelsa Corte:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Toda essa conjuntura exige uma atuação ativa da Corte Constitucional que adquire ainda maior destaque nos chamados casos difíceis, assuntos polêmicos em torno dos quais não há consenso na sociedade, embora existam argumentos convincentes de ambos os lados, mas divergentes. Sobre o tema, merece reprodução o escólio do jurista Renato do Espírito Santo Rodrigues:

o elemento central do conceito de caso difícil é a incerteza a propósito das premissas normativas (omissões, contradições, ambiguidades e dispositivos legais desatualizados ou que merecem uma cláusula de exceção) e/ou das premissas empíricas (insuficiência

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Volume 1, n.1. Belém: ESM-PA, 2008. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=837168>. Acesso em: 14 set. 2023.

dos elementos fáticos ou dificuldade em classifica-los). Pode ser necessário, nesses casos, recorrer à técnica da ponderação de princípios, para encontrar a norma aplicável ao caso. Tudo isso leva a um maior esforço argumentativo, muitas vezes em direção a argumentos empíricos e argumentos práticos gerais, pois os elementos do discurso jurídico podem não ser suficientes para o deslinde da questão.¹²

Casos difíceis, segundo Lênio Streck¹³, são assim chamados por comportarem, em tese, diversas soluções possíveis, igualmente razoáveis, mas incompatíveis entre si:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Esses são os casos difíceis, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável.

Para Barroso, os casos difíceis se originam de três grandes causas, são elas: a **ambiguidade da linguagem**, as **colisões de normas constitucionais ou direitos fundamentais** e os **desacordos morais razoáveis**¹⁴.

A **ambiguidade da linguagem**, por exemplo, resulta da utilização de cláusulas gerais, de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados. Como relembra Didier, cláusula geral é espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado¹⁵. A ausência de especificidade do texto normativo, portanto, deve ser preenchida pela atividade criativa do intérprete.

As **colisões de normas constitucionais** ocorrem, sobretudo, em razão do caráter analítico da Carta Maior, uma vez que são contempladas inúmeras normas que, em determinado contexto, podem entrar em rota de choque.

¹² RODRIGUES, Renato do Espírito Santo. Casos difíceis no Supremo Tribunal Federal: tipos de argumentos numa corte constitucional. Disponível em <https://repositorio.ufff.br/jspui/handle/123456789/10179> Pág. 27. Acesso em 13.09.2023.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. Pág. 244

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Volume 1, n.1. Belém: ESM-PA, 2008. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=837168>. Acesso em: 14 set. 2023.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. Pág. 53

Como alerta Clemerson Merlin Clève e Alexandre Reis¹⁶, a natureza plurívoca dos direitos fundamentais apenas é revelada no caso concreto, de modo que pode assumir feições variadas a depender da hipótese fática, notadamente em razão da elevada abstração conceitual:

Os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares penhes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quanto relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional. É que as normas de direito fundamental são dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social.

À guisa de reforço, relembre-se que – havendo colisão entre direitos de igual hierarquia – não é possível a utilização da mera subsunção do fato à norma, já que ambas têm poder cogente, o que deve ser resolvida pela argumentação do julgador, como ensina Lênio Streck¹⁷:

[...] a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Chega-se, por fim, à argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões, especialmente as proferidas mediante ponderação. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limitar-se-ia a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador.

Por fim, os **desacordos morais razoáveis** encerram a tríade geradora de casos difíceis arrolada pelo professor Barroso.

O desacordo moral é fenômeno típico de sociedades plurais, já que membros esclarecidos e eruditos professam as mais diversas doutrinas, muitas das quais antagônicas entre si, como brilhantemente ilustra o Advogado Geral da União Bruno Sacramento¹⁸:

¹⁶ CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. R. S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 1, 16 mar. 2017. Disponível em <https://repositorio.ufff.br/jspui/handle/123456789/10179> Pág. 27. Acesso em 13.09.2023.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018. Pág. 244.

¹⁸ SACRAMENTO, Bruno, Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais (Reasonable Disagreements and Legislative Discretion: A Study Based on the Principles Theory of Constitutional Rights) (January 5, 2018). e-Pública Vol. 5 No. 1, Janeiro 2018 (001-002). Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3359095 . Acesso em 13.09.2023.

[...] em nossas sociedades pluralistas, pessoas de boa-fé, bem informadas e bem-intencionadas discordam profundamente sobre quais direitos possuem, seu conteúdo e seu alcance. Discordam sobre questões centrais que refletem escolhas maiores que qualquer sociedade moderna precisa enfrentar e que são o ponto focal da discordância moral e política, como aquelas envolvendo o aborto, a eutanásia, a pena de morte, os direitos de suspeitos de crimes, as pesquisas científicas sobre células-tronco embrionárias, entre outras.

No mesmo sentido, ao justificar a ideia de razão pública, Rawls¹⁹ ressalta o caráter plural e permanente dos integrantes de uma sociedade democrática:

[...] a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis encontrada em sociedades democráticas é uma característica permanente da cultura pública, e não uma simples condição histórica que logo desaparecerá.

Dada a clareza, merece reprodução o conceito de pluralismo razoável desenvolvido pelo professor e advogado Caio Cipriano Mesquita:²⁰

O pluralismo razoável também é marcado pelo convívio de várias doutrinas abrangentes razoáveis, na medida que elas não necessariamente se contrapõem aos princípios de uma sociedade democrática, provocando, desta maneira, desacordos morais razoáveis, visto que as concepções políticas, filosóficas, religiosas e morais ocupam posições centrais quando ocorre uma controvérsia social e mostram-se incompatíveis entre si.

[...]

Destarte, existem inúmeras doutrinas abrangentes que são razoáveis, com pessoas razoáveis que as aceitam e vivem de acordo com elas. Apesar de essas pessoas acreditarem que a sua doutrina abrangente é a que está certa em relação a todas as outras que com ela confrontem, pessoas razoáveis compreendem que não é correto se utilizar da política para fazer a sua crença prevalecer sobre as outras, principalmente utilizando a mão coercitiva do Estado com o intuito de deliberar sobre questões relacionadas à bens jurídicos protegidos constitucionalmente. É o caso, por exemplo, do aborto, eutanásia, suicídio assistido, transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová, criminalização das drogas, dentre outros.

Não se desconhece a dificuldade em conceituar o termo “razoável”, como ilustra o professor Gargarella ao tecer críticas à obra de Rawls²¹:

[...] é preciso mostrar os questionamentos que foram feitos a Rawls em torno da ideia fundamental do “razoável”, que aparece em sua obra inúmeras vezes, com sentidos diferentes, sempre representando um papel decisivo, e sempre carregada de uma extrema ambiguidade (assim, e como mostra Leif Wenar, Rawls faz referência a princípios de justiça razoáveis, juízos razoáveis, uma sociedade razoável, desacordos

¹⁹ RAWLS, John. O liberalismo político. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. Pág. 265.

²⁰ MESQUITA, Caio Cipriano. O acesso ao banheiro por transexuais como condição básica para o apoderamento do espaço público: a utilização da teoria do desacordo moral razoável no RE 845.779/SC. 2016. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

²¹ GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 239.

razoáveis, fé razoável, medidas razoáveis, dúvidas razoáveis, uma crença razoável, respostas razoáveis, uma psicologia moral razoável, e um longo et cetera)

Não obstante a dificuldade de definir as balizas conceituais, o presente artigo não tem por objetivo perquirir alcance do termo “razoável”, utilizando-o, portanto, em seu sentido ordinário, como expressão que respeita direitos constitucionais comezinhos.

Consignada tal ressalva, não é desarrazoado presumir que, quando um caso difícil possui envergadura constitucional e é levado à apreciação do Judiciário, a palavra final cabe – em teoria – ao Supremo Tribunal Federal, já que figura como guarda da Constituição Federal.

Contudo, como oportunamente destaca o Ministro Barroso, o próprio STF não pode se ensimesmar, já que a legitimidade das decisões depende, em certa medida, do assentimento da sociedade, de modo que, em casos difíceis, é possível que a Excelsa Corte não detenha o monopólio da decisão final sobre a questão, podendo haver uma reação legislativa a decisão judicial.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRÁTICA DA VAQUEJADA. REAÇÃO LEGISLATIVA.

Um exemplo de caso difícil levado à apreciação da Excelsa Corte foi a constitucionalidade (ou não) da prática da vaquejada.

Chamado a se pronunciar, o Supremo teve que encontrar o rumo interpretativo que equalizasse princípios insculpidos na Constituição brasileira, quais sejam: o princípio da vedação da crueldade contra os animais com o princípio da liberdade de manifestação cultural e esportiva.

O caso se afigurava difícil, pois, a um só tempo, envolvia colisão de direitos fundamentais, desacordo moral razoável, como também apresentava a problemática da ambiguidade da linguagem. Ou seja, contemplada integralmente a tríade elencada pelo Ministro Barroso.

À ocasião, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4983, a Corte Constitucional reputou, por 6 votos a 5, inconstitucional a Lei Estadual nº 15.299/2013 do estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado, reconhecendo a existência de “crueldade intrínseca” nessa prática.

Trata-se de caso em que a vedação da crueldade contra animais foi considerada como paradigma constitucional violado, prevalecendo o entendimento de que a crueldade provocada pela “vaquejada”, mesmo figurando como atividade cultural, não poderia ser permitida.

Nesse contexto, foram expostas ao debate duas vertentes principiológicas sobre a matéria: a que garante a liberdade cultural como pressuposto ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e da cidadania em uma sociedade livre, justa e solidária e a vertente que veda a crueldade contra os animais dentro de um sistema que consagra a proteção ao meio ambiente. Ambas as vertentes possuem assento constitucional estampado nos arts. 215 e 225 da Constituição Federal, respectivamente.

Quanto à **primeira vertente principiológica**, prevê o art. 215 da Carta Magna:

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.

Adotando a linha principiológica que prioriza a liberdade de manifestação cultural, o Ministro Dias Toffoli asseverou que “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, (...) 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”²².

De outro turno, o direito ao meio ambiente equilibrado também encontra previsão constitucional no art. 225 da Carta de 88, a saber:

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.

‘§ 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.’

Conforme consignado pelo Supremo, no julgamento da ADI n.º 4983, a expressão “crueldade”, constante da parte final do inciso VII do § 1º do art. 225 da CF/88, engloba a tortura

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983/CE**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016. DJe 27/04/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em 15/09/2023.

e os maus-tratos sofridos pelos bovinos durante a prática da vaquejada, de modo a tornar intolerável esta conduta que foi autorizada pela norma estadual cearense, a fim de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

Em seu voto pela inconstitucionalidade da vaquejada, a Ministra Rosa Werber esclarece que *“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”*²³.

Nessa mesma linha de intelecção, a Ministra prossegue lecionando que *“a Carta Maior - como um todo unitário e coerente - não agasalha a prática de crueldade e a vaquejada é prática evidentemente violenta que submete os animais nela envolvidos à crueldade”*.

Não é demais destacar que a Procuradoria Geral da República juntou ao processo laudos técnicos comprovando que as vaquejadas provocam consequências graves à saúde dos bovinos *“tais como fraturas nas patas, ruptura dos ligamentos e dos vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo e até seu arrancamento, das quais resultam comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental”*.

Diante desses fatos, o STF concluiu que os animais envolvidos na prática da vaquejada sofrem, indiscutivelmente, tratamento cruel, o que viola a Constituição no que diz respeito à vedação de tratamento cruel aos animais, norma principiológica insculpida no art. 225, § 1º, VII, da CF/88.

Sendo assim, o Supremo decidiu pela prevalência do princípio que veda a crueldade contra animais, quando em aparente colisão com outros direitos fundamentais, tal como o direito ao pleno exercício dos direitos culturais nos quais se inserem as manifestações culturais.

Sobre a celeuma, o Ministro Teori Zavaski destacou o paradoxo existente em torno do direito à liberdade²⁴:

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.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983/CE**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016. DJe 27/04/2017 . Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em 15/09/2023.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983/CE**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016. DJe 27/04/2017 . Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em 15/09/2023.

Fica claro, assim, que o STF, como guardião da Constituição em última instância, entende que, verificada situação que implique inequívoca crueldade contra os animais, – mesmo presente manifestação cultural, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos fundamentais e conflito de normas e fatos, de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente.

De tal forma, com o julgamento da ADI n.º 4983, foi propagada para a sociedade a orientação no sentido de que, mesmo que se reconheça a importância de uma manifestação cultural, esse fato não torna a atividade imune à influência de outros valores constitucionais, em especial à proteção ao meio ambiente.

Apesar disso, através da Emenda Constitucional nº 96/2017, houve uma reação do Poder Legislativo à decisão do Supremo, uma vez que essa reforma constitucional alterou o art. 225 da Constituição Federal, inserindo o §7º, com a seguinte redação:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do parágrafo 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o parágrafo 1º do artigo 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

Tal reação legislativa é denominada pela doutrina como “efeito *backlash*”, que significa forte reação negativa, resposta contrária, repercussão adversa ou não desejada à atuação do Poder Judiciário.

Ocorre que o efeito *backlash*, neste caso, ao contrariar o entendimento firmado pelo STF sobre a matéria, viola a regra constitucional de proteção dos animais contra todas as formas de crueldade, bem como extrapola os limites materiais explícitos impostos ao poder constituinte reformador. Nesse sentido:

Saliente-se que a reação popular em face de uma decisão judicial pode ter um viés positivo, afinal “o engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir; também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático” (KOZICKI, 2015, p. 194). Contudo, quando a reação é setORIZADA e ligada a interesses específicos de um grupo ou parcela específica da população, nada de positivo há no “efeito backlash”. A esse respeito, Mariana Barsaglia Pimentel (2017, p. 199) afirma: “O “mal” causado pelo backlash, consistente no fortalecimento de correntes políticas contrárias à decisão, levou muitos pesquisadores a afirmarem que esse fenômeno mais obstaculiza do que promove os direitos protegidos pelas Cortes Constitucionais.²⁵

²⁵ DA SILVA, Mateus Gunnar Marques; RAMMÊ, Rogério Santos. “Emenda da vaquejada”: Efeito backlash e o controle de constitucionalidade da emenda constitucional nº 96/2017. Revista do Direito Público. Londrina, v. 16, n. 2, p. 104-125, ago. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n2p. 104. ISSN: 1980-511X. Disponível em: file:///C:/Users/UMTI/Downloads/ygoralbino,+Gerente+da+revista,+6.pdf. Acesso em: 14/09/2023.

O cenário encartulado ilustra a dificuldade de normatização e apreciação dos casos difíceis, já que há argumentos interpretativos suficientes para a defesa das duas correntes contrapostas.

CONCLUSÃO

Conforme noticiado neste estudo, os limites da atuação do Poder Judiciário no julgamento de casos difíceis, embora necessária, ainda não estão bem definidos, o que provoca certa tensão institucional junto ao Poder Legislativo.

O julgamento da constitucionalidade (ou não) da vaquejada exemplifica bem o tensionamento entre os poderes, bem como o necessário diálogo institucional que deve existir.

De mais a mais, hipóteses análogas dificultam a correta definição da competência dos autores institucionais, afinal, embora o STF seja o guardião da Constituição, o Poder Legislativo é também um intérprete autêntico do texto constitucional, não estando vinculado – em sua função típica de legislar – aos efeitos do que foi decidido pela Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. O constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Volume 1, n.1. Belém: ESM-PA, 2008. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=837168>. Acesso em: 14 set. 2023.

BARROSO, L. R. Trinta e Cinco Anos Da Constituição De 1988:: As Voltas Que O Mundo Dá. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 07–49, 2023. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v28i22697. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2697>. Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983/CE**. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016. DJe 27/04/2017.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em [15/09/2023](https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/123456789/10179).

CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. R. S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito*, v. 1, n. 1, 16 mar. 2017. Disponível em <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/123456789/10179> Pág. 27. Acesso em 13.09.2023.

DIDIER, F. J. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

FERNANDES, B. G. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 239.

MESQUITA, C. C. O acesso ao banheiro por transexuais como condição básica para o apoderamento do espaço público: a utilização da teoria do desacordo moral razoável no RE 845.779/SC. 2016. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

RAWLS, J. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. Pág. 265.

Rocha, M. I. B. da. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. *Revista Brasileira De Estudos De População*, (2006) 23(2), 369–374. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-30982006000200011> Acesso em: 14 set. 2023.

RODRIGUES, R. do E. S. Casos difíceis no Supremo Tribunal Federal: tipos de argumentos numa corte constitucional. Disponível em <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/123456789/10179> Pág. 27. Acesso em 13.09.2023.

SACRAMENTO, B., *Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais (Reasonable Disagreements and Legislative Discretion: A Study Based on the Principles Theory of Constitutional Rights)* (January 5,

2018). e-Pública Vol. 5 No. 1, Janeiro 2018 (001-002). Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3359095 . Acesso em 13.09.2023.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf . Acesso em: 14 set. 2023.

SILVA, M. G. M. da; RAMMÊ, R. S. “Emenda da vaquejada”: Efeito backlash e o controle de constitucionalidade da emenda constitucional nº 96/2017. Revista do Direito Público. Londrina, v. 16, n. 2, p. 104-125, ago. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n2p. 104. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <file:///C:/Users/UMTI/Downloads/ygoralbino,+Gerente+da+revista,+6.pdf>. Acesso em: 14/09/2023.

STRECK, L. L. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018.