

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL E O IDEAL RAWLSIANO DE RAZÕES
PÚBLICAS:**

Uma análise dos argumentos dos ministros do STF na ADI 4983 e ADO 26.

LUCAS MACHADO RODRIGUES DE HOLANDA

**Rio de Janeiro
2021**

LUCAS MACHADO RODRIGUES DE HOLANDA

**ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL E O IDEAL RAWLSIANO DE RAZÕES
PÚBLICAS: Uma análise dos argumentos dos ministros do STF na ADI 4983 e ADO
26.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira.**

**Rio de Janeiro
2021**

CIP - Catalogação na Publicação

H722a Holanda, Lucas Machado Rodrigues de
Argumentação judicial e o ideal rawlsiano de
razões públicas: uma análise dos argumentos dos
Ministros do STF na ADI 4983 e ADO 26 / Lucas
Machado Rodrigues de Holanda. -- Rio de Janeiro,
2021.
65 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Teoria da Argumentação Jurídica. 2. Filosofia
do Direito. 3. Direito Constitucional. I. Shecaira,
Fábio Perin, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

LUCAS MACHADO RODRIGUES DE HOLANDA

ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL E O IDEAL RAWLSIANO DE RAZÕES PÚBLICAS:

Uma análise dos argumentos dos ministros do STF na ADI 4983 e ADO 26.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fábio Perin Shecaira
Orientador

Prof.
Membro da Banca

Prof.
Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2021**

AGRADECIMENTOS

Como diria o grande músico e poeta Antônio Carlos Jobim “É impossível ser feliz sozinho”. Parafraseando-o, afirmo categoricamente: seria impossível chegar até aqui sozinho. Portanto, tenho muito a agradecer. Minha lista de agradecimentos pode não ser a mais extensa de todas, mas é, em cada nome, profunda e intensa.

Inicialmente, e não poderia ser diferente, devo aos meus pais um agradecimento amplo. Meu pai, Valterfredo, com sua coragem e resiliência me deu exemplo de fibra que só um nordestino que busca, desde jovem, uma vida melhor fora da sua terra pode passar. Minha mãe, Magali, me fez um humanista. Sua visão de amor e cuidado com o próximo sempre lutando contra as injustiças me fez enxergar o mundo com empatia e caridade. Estas características me que trouxeram ao Direito e agora me definem enquanto jurista. Dedico a eles toda energia transformadora que carrego. Aos meus irmãos, Matheus e Maria Clara, todo o meu amor e minhas forças. Luto por vocês.

No âmbito acadêmico destaco aquele que já carrego como maior exemplo de ética, profissionalismo e amor à profissão: professor Fábio Shecaira. Suas aulas de clareza e didática irretocáveis me despertaram desde o primeiro momento, ainda no primeiro período, interesse na matéria que hoje desenvolvo em trabalho de conclusão do curso. Seu zelo e atenção ao longo de todo o processo de orientação nesta monografia, para além de toda genialidade com a qual torna simples as mais complexas discussões, aumentaram minha admiração e respeito que se somam a este efusivo agradecimento.

Ainda no âmbito acadêmico destaco minha honra em ter a oportunidade de ouvir aos ensinamentos dos professores Geraldo Prado, Salo de Carvalho, Wallace Corbo, Mariana Trotta, Luigi Bonizzato e Cecília Caballero Lois (*in memoriam*), cuja atuação engrandecem a atividade acadêmica e as Universidade Públicas do Brasil.

Agradeço imensamente às minhas amigas de sala de aula e de vida: Maria Gabrielle Presler, Danielle Oliveira, Luiza Almeida, Larissa Nascimento, Nathalia Ferraz, Malu Bittencourt, Sabrina Ribeiro, Gabrielle de Sousa e Juliana Marmello por toda a amizade, apoio, conversas, almoços e madrugadas. Todas elas foram fundamentais para minha formação enquanto jurista e enquanto pessoa.

Em especial agradeço aos meus amados Fábio Prudente, verdadeiro orientador de graduação, parceiro de sonhos e amigo para todas as horas e Lucas Maia, cuja amizade e companheirismo se expandem para muito além da graduação. Aproveito para estender meu agradecimento ao grande Dr. Mauro Maia, cujo apoio “logístico” e moral foram fundamentais para minha conclusão neste curso.

Entendo, curiosamente, que minha vida na Faculdade Nacional de Direito não se iniciou no vestibular. De outro modo, se iniciou no abraço fraterno recebido em forma de carona que meu grande amigo Gilson Boderone, egresso da Nacional, me ofertou em minha saída do Colégio Naval. Desde aquele momento, após uma longa conversa, percebi minha vida encaminhada para a atividade jurídica e para os bancos desta Gloriosa instituição. Razão pela qual sua presença aqui nestes agradecimentos é fundamental.

Ao meu aprendizado prático, no dia a dia da atividade jurídica, agradeço inicialmente ao querido Dr. Leonardo Meriguetti, que abriu as portas para meu primeiro estágio na Defensoria Pública, bem como facilitou meu contato com diversos Defensores Públicos em inúmeras oportunidades para realização de pesquisas empíricas nos trabalhos acadêmicos.

Agradeço a todos meus colegas de trabalho na Icatu Seguros, que me acompanharam em mais da metade do tempo de graduação. Em especial agradeço a querida Dra. Fernanda Aguiar, Dr. Renato Milagres, Lincoln Assunção, Thais Lima e Camila Jardim. Com eles aprendi, dividi angústias e comemorei vitórias ao longo destes anos.

Por fim, agradeço aos meus amigos de vida Ighor, Murillo, João, Balthazar e Rodrigues que sempre estiveram comigo depositando confiança, apoiando meus sonhos, desafiando meus conhecimentos jurídicos e tornando meus dias mais leves.

A Faculdade Nacional de Direito é um bem da sociedade brasileira. Todos os seus componentes; professores e alunos estão na vanguarda da defesa da boa ciência e da democracia. Sem instituições públicas como a UFRJ, programas de cotas e de permanência estudantes pobres e periféricos como eu nunca chegariam até aqui. Portanto, meu agradecimento à Universidade Federal do Rio de Janeiro e minha integral defesa da educação pública e de qualidade.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo verificar, a partir da análise de casos, em que medida os Ministros do STF se utilizam de argumentos institucionais, lastreados em fontes formais como a legislação e a jurisprudência, ou de natureza moral, política, filosófica particular quando é necessário julgar casos difíceis recentes (entendidos neste trabalho como aqueles casos que seriam mais sensíveis a inclinações pessoais, uma vez que neles parece ser inevitável se recorrer a discussões de natureza evidentemente moral, política e filosófica). Neste sentido, quando os argumentos utilizados empregam temas morais, o presente trabalho buscará entender se há respeito à “razão pública” de John Rawls ou se são apresentadas razões morais particulares. Para a análise serão utilizadas definições da Teoria da Argumentação Jurídica à luz das obras de MacCormick, Shecaira e Struchiner. Bem como da razão pública por John Rawls. Desta forma, a análise terá como campo verificável a argumentação apresentada pelos Ministros para defesa de suas decisões e votos nos casos tramitados no Supremo Tribunal Federal (STF) aqui estudados, quais sejam: (i) ADI nº 4983/CE, caso da proibição da vaquejada e (ii) ADO nº 26, criminalização da homotransfobia.

Palavras-chave: Teoria da Argumentação Jurídica; Filosofia do Direito; Direito Constitucional; ADI 4983/CE; ADO 26

ABSTRACT

The purpose of this research is to investigate to what extent the Supreme Federal Court ministers use institutional arguments based on formal sources, such as law and jurisprudence, or statements of a particular moral, political, and philosophical nature when it is necessary to judge recent difficult cases (understood in this work as those cases that would be more sensitive to personal inclinations, since in them, it seems to be inevitable to invoke discussions of an evidently moral, political, and philosophical nature). Therefore, when the arguments used by the ministers employ moral themes, we analyze whether there is a relation to John Rawls' public reason, or if moral reasons are presented. In addition, the analysis is based on the definitions of the theory of legal argumentation in the works of MacCormick, Shecaira and Struchiner, as well as John Rawls' public reason. Finally, the analysis will focus on the arguments presented by the Supreme Federal Court ministers, which are: (i) ADI No. 4983 / EC, prohibition of *vaquejada*, and (ii) ADO No. 26, criminalization of homo-transphobia.

Key-words: Theory of Legal Argumentation, Philosophy of Law, Constitutional Law; ADI 4983/CE; ADO 26

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 - DEFINIÇÕES DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO	16
1.1 Argumentação teórica x argumentação prática.....	18
1.2 Argumentação prática institucional x argumentação prática substantiva	22
CAPÍTULO 2 - CONTEXTO DE DESCOBERTA X CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO.....	25
CAPÍTULO 3 - ARGUMENTAÇÃO SUBSTANTIVA E RAZÃO PÚBLICA.....	29
3.1. Justiça como equidade e consenso sobreposto	30
3.2. Razão pública.....	35
CAPÍTULO 4 - STF: CASOS DIFÍCEIS.....	38
4.1. ADI 4983-CE: Proibição da vaquejada.	41
4.2. ADO 26: Criminalização da homofobia.....	55
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O fenômeno da “judicialização da política” fez as discussões jurídicas não se limitarem somente aos Tribunais e às faculdades de Direito, ocupando, hoje em dia, boa parte do debate público. Por certo que diversos campos do direito como, por exemplo, no Direito Tributário, as decisões não geram tanta inquietação e discussão na sociedade quanto assuntos relacionados ao Direito Penal ou ao Direito Constitucional, cujas temáticas por vezes envolvem questões patentemente políticas.

No entanto, é justamente quando a matéria envolve assuntos polêmicos que a argumentação jurídica ocupa lugar de importância e de destaque ainda maiores, sendo elemento chave na legitimação da atuação do Tribunal na resolução dos conflitos.

Nessa linha, este estudo será direcionado a entender como foram tratados, no Supremo Tribunal Federal, “casos difíceis” recentes (entendidos neste trabalho como aqueles casos que seriam mais sensíveis a inclinações pessoais, uma vez que neles parece ser inevitável se recorrer a discussões de natureza evidentemente moral, política e filosófica). Sendo assim, pretende-se examinar as argumentações que embasaram as decisões, especialmente aqueles argumentos que eventualmente recorreram a temas de natureza política.

Em particular, serão analisados dois casos emblemáticos que ocuparam os debates não somente do mundo jurídico, mas também da população alheia ao direito. São eles a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 junto ao Mandado de Injunção nº 4733, cujo julgamento criminalizou a prática da homofobia e da transfobia, enquadrando estas condutas como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989); e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983, que julgou inconstitucional a Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado.

Fundamental compreender, portanto, quais as razões apresentadas pelos Ministros do STF ao tratar de assuntos que causaram tanta controvérsia. Pois é evidente que não há como evitar que temas controversos cheguem ao Judiciário, o que se deve observar é qual o limite aplicado à utilização de argumentação de natureza política, posto que certas críticas a estas fundamentações, em especial sobre a sua natureza, podem levar a uma virtual descrença na imparcialidade das decisões. Ilustrando essa desconfiança no caráter imparcial dos julgamentos,

destaca-se a recente declaração do atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, na qual externou seu interesse em contar com um Ministro no Supremo Tribunal Federal que fosse “terrivelmente evangélico”¹.

A frase exposta no parágrafo anterior nos demonstra um bom indicativo da maneira pela qual estão sendo vistas as recentes decisões dos casos no Supremo, uma vez que se há relevância em saber para qual religião um Ministro direciona sua fé, o que parece estar implicitamente presente neste tipo de pensamento é que a formação e os dogmas da religião de um Ministro exerceriam influências em suas decisões. O que poderia ocasionar um abalo considerável na própria construção do direito, trazendo insegurança jurídica como exposto por Brian Tamanaha:

Quando as atitudes pessoais ditarem as decisões judiciais, haverá um impacto negativo sobre a estabilidade, a certeza, a previsibilidade e a igualdade da aplicação, porque os resultados dos casos variarão de acordo com os pontos de vista pessoais divergentes dos juízes (TAMANAHA apud RODRIGUES, 2011, p. 53).

Obviamente que na filosofia do direito não há como saber sobre influências mentais e psicológicas e, em que medida as crenças particulares têm relevância no momento de decidir um caso. De todo modo, há de se fazer uma ressalva quanto a este ponto: usando como referência o caso descrito pelos professores Fábio Shecaira e Noel Struchiner, qual seja, a fala do Ministro Marco Aurélio Mello que certa vez revelou que quando está diante de um caso concreto realizava primeiramente uma avaliação sobre o que era mais justo, para posteriormente buscar a efetiva fundamentação legal para esta decisão. Neste caso, apesar da aparente carga discricionariamente pessoal da declaração, que traz considerações sobre o que seria mais justo a ser feito, é necessária uma análise aprofundada sobre as implicações desta avaliação moral em seu embasamento decisório, como descrito pelos professores mencionados:

Note que Marco Aurélio poderia elaborar sua breve declaração de pelo menos duas maneiras diferentes: 1ª) ele pensa na decisão mais justa e depois busca um fundamento legal; quando percebe que as fontes do direito apontam em sentido contrário, insiste na decisão que lhe parece mais justa; 2ª) ele pensa na decisão mais justa e depois busca

¹ Bolsonaro reafirma que indicará ao STF ministro “terrivelmente evangélico”. **Agência Câmara de Notícias**. Brasília, 10 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/562067-bolsonaro-reafirma-que-indicara-ao-stf-ministro-terrivelmente-evangelico/>. Acesso em: 29/10/2020.

um fundamento legal; quando percebe que as fontes do direito apontam em sentido contrário, abandona sua opinião original[...] (SHECAIRA, STRUCHINER, 2016, p.43).

O que foi utilizado no exemplo acima e será utilizado neste trabalho é a distinção entre “Contexto de Descoberta e Contexto de Justificação”. Esta definição, comum à filosofia, traz uma diferenciação entre o processo mental cognitivo cuja verificação é extremamente difícil ou até mesmo impossível na filosofia do direito; e o processo argumentativo, no qual são apresentadas as razões que defendem determinada decisão (ATIENZA, 2003).

Um exemplo clássico utilizado nessa distinção é a de Isaac Newton em sua descoberta da existência da gravidade. A história folclórica diz que após a queda de uma maçã na cabeça de Newton, o físico compreendeu o funcionamento da força gravitacional. Certamente este acontecimento não seria utilizado pelo cientista para justificar sua teoria recém-elaborada. Do contrário, Newton apresentou cálculos e dados empíricos que defendiam e corroboravam sua tese, sendo este, então, o Contexto de Justificação, no qual são apresentadas as razões, o que é plenamente verificável no campo científico.

Retornando ao caso do Ministro Marco Aurélio, o que internamente o levou a entender determinada decisão como a correta para o caso concreto não será relevante se em sua justificação forem apresentados argumentos jurídicos convincentes. Para este trabalho, da mesma forma, o que será levado em consideração é o que foi apresentado pelos Ministros em seu Contexto de Justificação (ATIENZA, 2003).

Toda esta análise será realizada, portanto, no seu campo mais imediatamente verificável, observando as razões apresentadas nos votos; como se dá a argumentação jurídica e as razões trazidas ao debate decisório para se chegar a uma solução nos casos que aqui serão examinados. Neste contexto, o estudo terá como base as definições da Teoria da Argumentação trazidas pelos textos selecionados para bibliografia básica, em especial a distinção feita pelos autores Fábio Shecaira e Noel Struchiner, entre “argumentação prática substantiva” e “argumentação prática institucional” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016), definição esta originária de Neil MacCormick.

Estes conceitos trazem uma distinção relativa a razões argumentativas realizada da seguinte maneira: enquanto a primeira se concentra em utilizar razões de natureza moral, política, econômica, social e afins, a segunda é mais formal e rígida, trazendo razões argumentativas vinculadas ao respeito às regras e procedimentos (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016).

Assim, serão considerados como substantivos argumentos que apelam livremente a considerações presentes em fontes informais, como as consequências sociais da decisão, percepções políticas ou entendimentos morais. E serão considerados como institucionais os argumentos que são baseados em fontes formais do direito, como nas palavras de Shecaira e Struchiner “fontes formais [...] são aqueles documentos (como leis e precedentes judiciais) ou práticas (como os costumes) que os profissionais do direito tratam explicitamente como fontes de respostas para solucionar questões jurídicas” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 50).

Em razão de que serão analisados casos que envolvem temas controversos, que a priori levarão as discussões para campos políticos e morais, faz-se necessário entender uma visão crítica à sua utilização. Portanto, para este universo de debate público será utilizada a concepção de John Rawls de “Consenso Sobreposto” (GARGARELLA, 2014). Bem como a questão central das “Razões Públicas” presente na obra rawlsiana.

Na análise de Roberto Gargarella, o “Consenso Sobreposto” de Rawls seria a própria esfera de debate público, na qual grupos com concepções razoáveis distintas chegariam a um consenso pela argumentação baseada em consensos morais, visões da estrutura básica da sociedade nas quais haveria uma certa convergência, ainda que por pessoas de visão cultural distinta, uma “razão pública compartilhada” (GARGARELLA, 2014).

Assim, a “Razão Pública” de Rawls, entendida como raciocínio, entendimento e argumentação racional, seria uma exigência do próprio regime democrático. Segundo a descrição do próprio John Rawls “pertencem a uma concepção de uma sociedade constitucionalmente bem estruturada” (RAWLS, 1997, p. 765, tradução livre). Logo uma organização que em sua essência não aceitaria, por exemplo, justificações políticas por valores religiosos, os quais não seriam aceitos por boa parte da sociedade.

Desta forma, a concepção rawlsiana funcionaria como uma limitação à argumentação substantiva, ainda que ela fosse parte natural do debate posto (GARGARELLA, 2014), atuando como um paradigma nos debates presentes em sociedades de organização constitucional estruturada e de respeito ao Estado Democrático de Direito.

Utilizando as definições e conceitos expostos acima, os quais serão mais detalhadas ao longo do trabalho, serão propostas duas perguntas de partida que irão nortear este trabalho, quais sejam: (i) em que medida os Ministros do STF usam argumentos institucionais em casos difíceis? (ii) quando recorrem a argumentos substantivos, os Ministros respeitam os limites estabelecidos pelo ideal Rawlsiano de razões públicas?

Tal exercício se constitui como uma verdadeira ferramenta de controle do arbítrio Judicial. Pois, ao fim e ao cabo, o estudo da fundamentação das decisões judiciais se mostra como uma defesa do Estado Democrático de Direito, cuja base de filosofia política liberal, em contraponto à Estados ditatoriais, traz maior segurança jurídica a toda a sociedade e previsibilidade na maneira como o poder estatal agirá, impedindo aplicações particulares e discriminatórias a determinados grupos de pessoas.

Para fins de entendimento do tema objeto desta monografia serão observados 4 capítulos. Sendo o primeiro capítulo utilizado para apresentar e esclarecer, a partir da bibliografia referênciada, as distinções entre os tipos de argumentação que serão consideradas neste estudo. O segundo capítulo servirá para explicar o conceito filosófico da distinção entre “Contexto de Justificação e Contexto de Descoberta”. O terceiro capítulo discorrerá sobre a vinculação da “Argumentação Prática Substantiva” ao ideal-paradigma de “Razões Públicas” de John Rawls. E finalmente, no quarto capítulo serão explorados dois julgados recentes do STF tendo por base os conceitos descritos nos capítulos anteriores.

CAPÍTULO 1 - DEFINIÇÕES DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

O ato de argumentar, aqui entendido conforme definição de MacCormick “Ato de apresentar argumentos em favor de algo, em defesa de alguma coisa” (MacCORMICK, 1993, p. 16, tradução livre), é prática vital na atividade jurídica. Sendo possível observá-la quase em todo momento; seja nas alegações dos advogados, que se valem de manobras argumentativas para convencer os juízes do direito do seu cliente, ou mesmo nas decisões judiciais, cujas razões apresentadas em fundamentação são sempre passíveis de análises, eventuais críticas e refutações.

O direito brasileiro atribui tamanha relevância à argumentação que prevê, por exemplo, na sua principal legislação sobre regras procedimentais, o Código de Processo Civil, a necessidade expressa da “fundamentação” do juiz, sob pena de nulidade da decisão, conforme é possível observar no seu art. 489, II: “São elementos essenciais da sentença: (...) II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”; (BRASIL, 2015).

Tendo em vista o fato de que este trabalho se dedicará à análise de decisões judiciais específicas, torna-se necessário um breve esclarecimento sobre a teoria da argumentação que será adotada para tal fim. Em especial sobre o entendimento das distintas formas argumentativas.

Tradicionalmente, o estudo da argumentação, para facilitar a compreensão, descreve a estrutura do argumento baseado em premissas que se relacionam e uma conclusão que decorre da conexão lógica entre elas. Podendo ser construída de maneira simples, quando de uma ou mais premissas interdependentes decorre uma conclusão (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 15), ou de maneira mais complexa com argumentos simples convergentes e com uma série de conclusões intermediárias ao longo do argumento, as quais servem de premissas para outras conclusões decorrentes.

Em geral, é possível reestruturar os argumentos de maneira analítica (entendida como exposto no exemplo abaixo), organizando as principais ideias das premissas e vinculando-as a uma conclusão concisa. Tal padronização ajuda no entendimento da essência de cada argumento. Veja abaixo exemplo de uma organização analítica de um argumento:

Exemplo 1:

A – Todo homem é mortal (1ª Premissa)

B – Sócrates é um homem (2ª Premissa)

Logo,

C - Sócrates é mortal (Conclusão)

Como se pode observar, a conclusão C tem sua origem a partir da veracidade presumida e vinculação entre as premissas A e B que a embasaram. Este exemplo apenas tem o fito de descrever a maneira analítica de se estruturar um argumento, sendo desconsideradas, por ora, as discussões sobre indução, dedução, justificação interna, externa ou sobre a veracidade das premissas.

Em tempo, vale a nota de que em diversas ocasiões no direito o debate sobre a veracidade das premissas não é o mais importante. Senão, vejamos: O trabalho de um advogado, por exemplo, é, em boa parte, baseado em buscar uma conclusão favorável ao seu cliente apresentando premissas que sejam fortes e convincentes, que levem o juiz a reconhecer não necessariamente a veracidade, mas a verossimilhança de sua tese.

É inegável que tanto as defesas dos advogados quanto os votos dos Ministros nos casos que aqui serão analisados não obedecem a uma estrutura simplificada. Do contrário, seguem em correlações complexas com diversas conclusões ao longo da exposição de seu voto. Por certo também que, para este estudo, descrever de maneira analítica cada voto como na estrutura acima seria extremamente trabalhoso e não muito produtivo. De todo modo, a extensão do voto não nos impede o exame do que seriam as premissas e conclusões basilares do fundamento de sua decisão.

Assim, será desta forma que o conteúdo das decisões será analisado. A partir do filtro das premissas e conclusões principais dos argumentos apresentados. Em especial, será verificada a natureza do argumento, uma vez que as distinções possíveis serão o grande parâmetro para a aplicação da concepção de Razão Pública de John Rawls (RAWLS, 1997), que norteará toda análise a ser realizada, em especial, em atenção à segunda pergunta guia deste trabalho: “quando recorrem a argumentos substantivos, os Ministros respeitam os limites estabelecidos pelo ideal Rawlsiano de razões públicas?”

É de se ressaltar desde já que não será nosso objetivo um aprofundamento sobre as modalidades argumentativas, ou distinções entre a argumentação jurídica das demais formas de

argumentação. No entanto, como estes conceitos serão a ferramenta de verificação, torna-se imperativo que sejam expostas as definições básicas que servirão de suporte ao estudo.

Assim, a análise partirá de conceitos teóricos já postos. Utilizando as definições de “Argumentação Prática” e “Argumentação Teórica” trazidas num dos livros que compõem a bibliografia (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016). Neles os conceitos de maior importância para nosso exame estão dentro da Argumentação Prática, que é dividida internamente entre “Argumentação Prática Substantiva” e “Argumentação Prática Institucional” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016). Os próximos tópicos trarão as definições das argumentações descritas.

1.1 Argumentação teórica x argumentação prática

Reside na conclusão a principal distinção entre argumentos práticos e argumentos teóricos. Nessa linha, destaca-se que a diferença é bastante familiar à comunidade jurídica, já que é a mesma largamente discutida por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2000). Argumentos de natureza teórica têm suas conclusões no campo do “ser”. Ou seja, argumentos teóricos tratam de conclusões sobre o que efetivamente as coisas são. Enquanto nos argumentos de natureza prática suas conclusões trabalham no campo do “dever ser”. Vejamos abaixo, retomando o exemplo trazido anteriormente:

A - Todo homem é mortal

B - Sócrates é homem.

Logo,

C - Sócrates é mortal.

É possível observar neste caso que tanto as premissas quanto a conclusão do exemplo trazem definições que trabalham sobre o campo do “ser”. Portanto, a conclusão que o argumento apresentado nos traz é sobre um fato, sobre qual é a característica de um sujeito específico. Diante disso, se configura como um argumento teórico. Tal modalidade, em que pese o fato de que exerça função essencial na justificação do silogismo jurídico, não será a mais relevante para a análise dos julgados.

Isto ocorre porque no campo do direito, ao contrário, as discussões não se baseiam sobre como as coisas efetivamente são, mas sobre como devem ser, ou seja, sobre o que deve ser

feito. Sendo consequência direta da própria natureza do direito, enquanto instituição que regula a vida em sociedade, determinando padrões de comportamento.

De toda maneira, há de ser feita uma observação: quando o STF se vê na condição de ter que lidar com questões politicamente sensíveis, acaba enfrentando problemáticas que vão além do estritamente normativo, englobando temas científicos (aborto, células-troca etc.), sociológicos e criminológicos (demarcação de terras indígenas, legalização da posse de drogas etc.) econômicos e assim por diante. Tais questões, por vezes, motivam a realização de audiências públicas, oportunidade na qual questões de fato são discutidas com apoio de especialistas de outras áreas.

Retomando, de uma maneira geral, problemas que são postos à solução judicial esperam determinações sobre o que deverá acontecer, como tal lei deve ser aplicada, como deve se regular determinada situação. O que faz com que os argumentos práticos tenham maior destaque nesta análise. Vejamos um exemplo de argumentação prática:

Exemplo 2:

A – A prática do racismo é definida como crime passível de sanção penal;

B - Pedro cometeu racismo;

Logo,

C- Pedro deve ser punido penalmente.

Pode-se observar que apesar de a premissa “A” ter natureza teórica, com afirmação sobre fatos no campo do ser, a conclusão é prescritiva e trata de uma afirmação no campo do “dever ser”, ou seja, prescreve uma conduta. Deste modo, podemos classificar o exemplo acima como um argumento de natureza prática.

Quanto ao argumento anterior, apresentado no exemplo 2, há de ser feita uma ressalva. Em que pese o fato de que a maneira que foi apresentado é a mesma que tradicionalmente são articulados por operadores do direito, o argumento não é dedutivamente válido. Pois para que assim o fosse era necessário ao menos haver sido incluída uma premissa prescritiva, vejamos abaixo:

Exemplo 3:

A – A prática do racismo é definida como crime passível de sanção penal;

B – Quem pratica racismo deve ser punido penalmente

C - Pedro cometeu racismo;

Logo,

D- Pedro deve ser punido penalmente.

Como é possível observar, no exemplo 2 a premissa prescritiva B foi suprimida. Apesar de não ser descrita no argumento, ela aparenta estar implícita no raciocínio argumentativo. Tal supressão ocorre por certa naturalidade na prática jurídica da aplicação do dito “Silogismo Jurídico”, o que ressalta também relevância e frequência da argumentação prática na atividade jurídica.

O “Silogismo Jurídico” é um método extremamente popular nas discussões jurídica, cuja estrutura traz uma premissa de caráter geral (Premissa maior) em geral uma previsão normativa, e uma premissa de caráter particular (Premissa menor), em geral atinente a um fato específico, individualizado (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 31). A sua conclusão, decorrente da subsunção da premissa menor à premissa maior, traz uma prescrição também individualizada que pertence ao campo do dever ser, ou seja, como tal situação deverá ser tratada. Vejamos abaixo o exemplo trazido pelos professores Shecaira e Struchiner:

Quem dirige sob a influência do álcool deve ser punido [premissa maior];

João dirigiu sob a influência do álcool [premissa menor];

Logo,

João deve ser punido [conclusão]. (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 32)

Observa-se no caso acima que a premissa maior traz uma informação geral. No direito tradicionalmente as normas ocupam essa função, como no exemplo, a referência ao Código de Trânsito Brasileiro que em seu artigo 306² traz a previsão expressa da proibição de se dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Já a premissa menor traz fatos de um caso particularizado, apenas descrevendo a conduta de um indivíduo. Neste caso, a subsunção da premissa menor à premissa maior traz a

² Art. 306: Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:
Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL, 1997).

conclusão pertencente ao campo do dever ser. Portanto, estamos diante de um argumento classificado como prático.

Sempre é digno de nota que, como já descrito anteriormente, tais argumentos não são apresentados de maneira simplificada. Podemos estar diante de longas sustentações de um advogado ou de um longo voto de juiz e ainda assim será possível observar na essência da intenção argumentativa a adequação de uma conduta à uma norma. Desta forma, o silogismo jurídico está presente na base da lógica argumentativa na maioria das discussões jurídicas, de subsunção de um determinado fato à uma norma jurídica, seja para descrevê-lo como um ato lícito ou ilícito.

É evidente que em determinados casos as discussões se desenvolvem apenas sobre a dinâmica dos fatos. Nestes casos, os debates se encerram sobre como as coisas de fato ocorreram. Tenhamos como exemplo as sustentações orais feitas em um caso do Tribunal do Juri, no qual hipoteticamente se discute se o réu é ou não o autor de um crime. Nelas, não há de imediato a discussão sobre subsunção da conduta à norma. Pelo contrário, é possível longos debates apenas sobre a dinâmica dos fatos. Porém, até mesmo nestes casos, ao fim, há a utilização do silogismo jurídico para adequação ou inadequação de uma conduta à uma norma jurídica.

Ressalvados os casos em que há competência originária da Suprema Corte, conforme previsto no Art. XX, da CF/88, na maioria dos casos o STF não tem a competência para reexame desta dinâmica dos fatos, o que se tornou ainda mais cristalino com a Súmula 279/STF, que impede o reexame de provas em sede de Recurso Extraordinário³.

Todavia, para este trabalho, daremos maior destaque à análise da argumentação prática presente no silogismo jurídico. Esta modalidade é de extrema relevância para este trabalho, o que torna necessário um maior detalhamento de suas formas, dado que nela é possível recorrer a razões de origens distintas, podendo ser de fontes formais do direito ou de natureza política.

No exemplo trazido pelos professores é possível observar que o que origina a conclusão de que João deve sofrer uma sanção é a simples aplicação do caso concreto a uma norma.

³ Súmula 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Porém, como já elucidado anteriormente, exemplos mais simples servem apenas para um melhor esclarecimento. Sem dúvidas que os casos que chegam ao judiciário e que geram grandes repercussões não seguem uma forma simplificada. Com isso, as discussões complexas exigem respostas complexas, o que traz maior arcabouço argumentativo e conseqüente necessidade de aprofundamento sobre os tipos de argumento.

1.2 Argumentação prática institucional x argumentação prática substantiva

Enquanto a diferença entre argumentos teóricos e práticos está contida no tipo de conclusão, a diferença entre argumentos práticos institucionais e argumentos práticos substantivos está presente na natureza dos argumentos. Nas palavras de Shecaira e Struchiner: “A argumentação substantiva apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc. [...] A argumentação institucional, por outro lado, [...] é mais burocrática, engessada[...]” (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 36).

Apesar de o silogismo possuir grande destaque na atividade jurídica, como descrito pelos autores, não é sua simples aplicação que dá caráter institucional à argumentação jurídica. Na verdade, é a característica da premissa maior que define a distinção entre uma argumentação institucional e uma argumentação substantiva. Vejamos os exemplos abaixo também trazido pelos professores:

Exemplo A

O Código Penal estabelece punição para o motorista que dirija sob a influência do álcool.

Logo,

Quem dirige sob a influência do álcool deve ser punido.

João dirigiu sob a influência do álcool.

Logo,

João deve ser punido. (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 44)

Exemplo B

Acidentes decorrentes de embriaguez na estrada oneram seriamente o orçamento público.

Logo,

Quem dirige sob a influência do álcool deve ser punido.

João dirigiu sob a influência do álcool.

Logo,

João deve ser punido. (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 44)

Apesar de ambos os casos serem apresentados na estrutura do silogismo jurídico é necessário analisar a característica da premissa maior de cada um para classificá-los. A norma geral apresentada no exemplo “A” traz uma proibição legal, decorrente diretamente das fontes formais do direito, neste caso, a Legislação Penal. Esta espécie de referência é a mais tradicional e mais comum à atividade jurídica. O que faz com que este tipo de argumentação não enseje em grandes discussões. Pelo contrário, esta forma aparece muitas vezes como paradigma da argumentação judicial.

Entretanto, vejamos a norma geral apresentada no exemplo “B”. Embora os dois argumentos cheguem a uma mesma conclusão, assim o fazem a partir de lógicas distintas. Pois, como é possível observar, a premissa maior do segundo exemplo traz razões que apelam não a fontes formais do direito, ou qualquer previsão legal, e sim a considerações econômicas, de natureza política.

Esta distinção torna-se fundamental, posto que não há dúvidas sobre a legitimidade de uma decisão que segue a lógica do exemplo “A”. No entanto, caso uma decisão judicial se utilizasse da lógica do argumento “B” haveria uma aparente brecha para a discricionariedade. O que afasta a esperada postura de estabilidade e previsibilidade na atuação do Poder Judiciário, já que razões políticas são variáveis e fazem parte de um campo de debate sempre efervescente.

Portanto, é na argumentação prática substantiva que os riscos da desconfiança nas decisões judiciais surgem. Uma vez que tal argumentação é a que comporta razões de origem política e filosófica. Tendo isso em vista, a proposta deste trabalho é verificar se neste campo mais questionável de apelo a razões políticas há uma limitação da arbitrariedade, a partir do prisma da definição de Razão Pública de John Rawls (RAWLS, 1997).

Assim, compreender se há um respeito a um limite claro aos apelos políticos nas decisões não se trata meramente de questão de controle da discricionariedade, mas sim está intrinsecamente relacionada à própria legitimidade do Poder Judiciário. Uma vez que dele, observado o modelo tripartite, se espera uma postura menos política. O que leva a uma

expectativa de um poder mais técnico, cuja consequência lógica traz maior limitação ao discurso judicial.

CAPÍTULO 2 - CONTEXTO DE DESCOBERTA X CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO

Para continuidade da delimitação do marco teórico deste trabalho, é necessário trazer ao debate uma definição bastante comum à filosofia da ciência. Com esta referência traremos de maneira definitiva, a partir da proposição teórica, o que será o campo de análise. Assim, utilizaremos a teoria filosófica de distinção entre o que seria o contexto de descoberta e o que seria o contexto de justificação, como forma de direcionamento de nosso exame dos casos.

O estudo da distinção entre os contextos surgiu como importante paradigma na atividade científica e acadêmica, uma vez que a diferenciação entre os campos do discurso e planos de argumentação⁴ trouxe maior validade e legitimação ao conhecimento científico, afastando-o ainda mais das crenças e das pseudociências.

Esta distinção consiste em separar, em contextos diferentes, o momento no qual o cientista elabora a sua teoria ou hipótese e o momento e forma em que ele irá defendê-la. Ou seja, o que levou um cientista a chegar naquela ideia ou pensá-la como verdadeira não será o mais relevante. O que importa é saber quais serão as razões que ele irá apresentar para justificá-la.

Assim, há uma separação entre o momento de atividade meramente cognitiva, cuja verificação é, na prática, mais difícil de ser verificada (o que neste caso a torna menos interessante para nossa pesquisa), diferenciando-a do momento em que as razões são apresentadas. Ainda que o relato do processo de descoberta possa trazer informações interessantes, é na justificação, essa sim pública e verificável, que são apresentadas as informações mais relevantes, sendo principal campo de atuação da ciência.

Pegando emprestado novamente o exemplo dos Professores Shecaira e Struchiner, relembremos a folclórica história da maçã que supostamente teria caído na cabeça de Isaac Newton, que teria levado o físico inglês a compreender de que maneira agiria a gravidade na natureza. Quando Albert Einstein publicou suas teses sobre a “Teoria da Relatividade Geral” em 1915 propôs um modelo físico que revisava termos das proposições da “Lei da Gravidade Universal” de Isaac Newton. Obviamente que quando propôs este novo modelo científico

⁴ Neste ponto, entende-se a argumentação de maneira ampla, e não somente a argumentação jurídica. Incluindo-se nesse contexto também os argumentos matemáticos, físicos e das demais ciências para defesa de uma tese.

Einstein não levou em consideração a história da maçã, mas sim as inadequações às observações e aos cálculos do modelo proposto por Newton. Portanto, é evidente que o processo mental que levou Newton a chegar à sua teoria da Gravidade e todo o folclore envolvido no momento de elaboração da teoria torna-se completamente irrelevante, porquanto que o que vale para a discussão científica são os argumentos propostos no contexto de justificação da teoria.

Apesar de inicialmente apresentar diferenças relevantes com as ciências da natureza, ao Direito esta distinção também empresta enorme valia. É claro que não há como, em uma discussão jurídica de temas sensíveis, trabalhar com a mesma pureza técnica de uma discussão sobre física ou astronomia. No entanto, este mesmo conceito de diferenciação de contextos serve como forma de controle e aprimoramento da crítica à prática jurídica, uma vez que é no campo da justificação, ou nos termos da definição proposta, no contexto de justificação, que a argumentação jurídica, enquanto atividade primordial à prática do Direito, encontra seu principal plano de existência. E até mesmo a ideia de contexto de descoberta torna-se fundamental enquanto proposição negativa, ou seja, de exclusão daquilo que não deve integrar o conjunto dotado de sentido e validade na atividade jurisdicional.

O que devemos observar em uma decisão judicial, e que será exatamente o escopo deste trabalho, é o foco sobre a análise das justificações dos votos dos Ministros, sem dar maior relevância, por ora, ao que os teria levado a tomar essa decisão. Conforme descrito pelo filósofo espanhol Manuel Atienza:

Dizer que o juiz tomou essa decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar uma razão explicativa; dizer que a decisão do juiz se baseou numa determinada interpretação do artigo 15 da Constituição significa enunciar uma razão justificadora. De modo geral os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las. (ATIENZA, p. 18)

Neste sentido, vamos retomar a frase mencionada na introdução sobre o interesse do atual presidente da República Bolsonaro em indicar um ministro para a Suprema Corte que fosse “terrivelmente evangélico”. À primeira vista, a ideia do presidente pode soar como um desrespeito à condição de laicidade do Tribunal, para o qual pouco importam considerações particulares, e sim seu conhecimento jurídico, visto que o que deverá ser aplicado são as leis de uma constituição laica e democrática, que resguarda a liberdade religiosa, sem, todavia, professar qualquer religião.

Esta preocupação surge com destaque em razão das características inerentes ao direito e mais especificamente ao STF, cujo debate, por vezes envolve temas para os quais a matéria não foi integralmente regulada pelo direito positivo. Portanto, dando margem à possibilidade de o juiz fazer valer sua posição religiosa em detrimento do uso da razão pública.

Desta forma, é exatamente quanto a diferença entre os contextos de descoberta e justificação se tornam fundamentais em nossa análise. Pode-se entender que a religião, como neste caso parece ser o entendimento do presidente, exerça alguma influência no processo de descoberta de um juiz. No entanto, será no contexto de justificação que deverá ser observado os limites e o respeito à laicidade do Tribunal e ao uso da razão pública.

É evidente que há críticas direcionadas à efetividade dessa separação de contextos na atividade jurídica. Em especial cito as obras dos realistas jurídicos norte-americanos. Segundo este movimento, o que ocorreria nos julgamentos é uma tentativa de racionalização do direito. Como descrito pelo professor Noel Struchiner, os realistas defendem a teoria de que os juízes invocariam elementos alheios ao direito para tomada de decisão, para só então encontrar uma maneira de adequá-lo às exigências do Direito (STRUCHINER, 2000, p. 3).

Ou seja, para os realistas a decisão de um juiz é tomada, efetivamente, no contexto de descoberta. Por conseguinte, o contexto de justificação funcionaria apenas como uma forma de dar roupagem jurídica à decisão. Para esta crítica, podemos citar o exemplo trazido pelos professores Shecaira e Struchiner, no qual o Ministro Luiz Fux parece corroborar com a tese realista, relatando que o dever de julgar, é antes de tudo, uma atividade moral. Vejamos sua declaração abaixo:

Se existe algo que o juiz tem que ter para decidir as causas é sensibilidade. O juiz trabalha com menos paixão que o advogado, o que não significa dizer que ele seja inanimado. Tem que ter emoção nessa decisão. Primeiro deve-se construir uma solução justa e depois dar a esta solução justa uma roupagem jurídica. Justiça é algo que se sente. (SHECAIRA; STRUNCHINER, 2016, p. 168)

No entanto, é necessário retomar a análise feita pelos professores descrita na introdução, separando a declaração do Ministro em dois prismas. Se após chegar ao que seria uma decisão justa o Ministro se deparando com a ausência de fundamentação legal: (i) abandona sua decisão primária, adequando à uma nova solução legal; (ii) insiste em sua decisão, ainda que seja contrária ao arcabouço jurídico.

Sob a lógica da primeira proposição não haveria qualquer motivo de preocupação, já que a separação de contextos ficaria ainda mais evidenciada. No entanto, a segunda proposição que pode nos causar certa estranheza. Contudo, a partindo de um outro ponto de vista, o que podemos concluir é que é justamente a separação clara de contextos que nos dá a ferramenta para controle da decisão.

Igualmente é importante ressaltar que por muitas vezes o direito dá a margem para adequação em diversas interpretações distintas. Visto, por exemplo, os casos que serão descritos neste trabalho, para os quais não há uma solução que seja de mera adequação do fato à norma. No entanto, tanto nestes casos, como nos casos descritos acima, em especial a segunda proposição do caso do Ministro Fux, segue existindo a pressão do filtro do contexto de justificação. Ou seja, a distinção segue com enorme valia mesmo que seja apenas para demonstrar violações às normas do direito. E sob este prisma de fiscalização que iremos analisar os casos escolhidos.

Por fim, ressaltamos que não é nosso objetivo apresentar longas objeções à teoria realista. Por outro lado, tampouco iremos segui-la. Posto que a análise da influência do contexto de descoberta nas decisões exigiria um numeroso espectro de decisões e interlocuções com outras ciências, como a psicologia da moral, o que não é objetivo deste trabalho. Isto posto, iremos seguir o entendimento do escritor espanhol Atienza de que, apesar de ser possível que as conclusões do juízo decorram de algum preconceito do julgador, isto não tem o condão de anular a necessidade de justificação de suas decisões. (ATIENZA, 2003).

Portanto, é neste sentido que a limitação a partir do filtro da Razão Pública se justifica. Ainda que seja admitida certa influência de concepções políticas, morais ou religiosas dos julgadores, o contexto de justificação serve como ferramenta de controle do arbítrio. E neste caso, esta definição teórica serve de parâmetro claro da argumentação judicial.

CAPÍTULO 3 - ARGUMENTAÇÃO SUBSTANTIVA E RAZÃO PÚBLICA

O segundo marco teórico fundamental de análise está na concepção de razões públicas de John Rawls, de modo que será este o principal paradigma argumentativo utilizado nesta pesquisa, visto que o conceito chave descrito pelo autor será o parâmetro limite dos argumentos substantivos trazidos ao debate jurisdicional.

Insta esclarecer a distinção histórica que é feita por revisores da obra de Rawls sobre o aparecimento de 3 versões de Razão Pública em suas publicações. Para tanto, informamos que para este trabalho será considerada especialmente o que podemos chamar a “3ª versão” da Razão Pública de Rawls, publicada em seu artigo de 1997 “*The Idea of Public Reason Revisited*”, visto que esta foi a versão final do autor, após levar em consideração todas as críticas realizadas à sua teoria.

Principalmente iremos desconsiderar sua primeira previsão descrita na sua obra “Uma Teoria da Justiça”, cuja elaboração, de acordo com o próprio autor aparentava ser extremamente exigente, impedindo a possibilidade de incluir no debate público razões oriundas das diversas doutrinas abrangentes (RAWLS, 2015, p. 293). Neste viés, em sua obra posterior “O Liberalismo Político” Rawls esclarece o que seria então a “segunda versão” das Razão Pública. Desta vez, revendo a formulação anterior que denominou como “visão exclusiva”, propôs o que seria a “visão inclusiva”. Nesta nova formulação Rawls esclarece que os valores das doutrinas razoáveis podem ser apresentados em um debate público, desde que seja apresentado de maneira a reforçar o ideal de razões públicas (RAWLS, 2015, p. 293).

Esta aplicação do filtro da Razão Pública aos ministros da Suprema Corte foi prevista pelo próprio Rawls quando da elaboração de sua teoria, uma vez que o autor via no debate público dos tribunais a essência do momento de exigência de aplicação da Razão Pública. Nas palavras do autor:

É imperativo perceber que a ideia de razão pública não se aplica a todas as discussões políticas sobre questões fundamentais, mas apenas às discussões sobre as questões naquilo a que me refiro como o fórum político público. Este fórum pode ser dividido em três partes: **o discurso dos juízes em suas decisões, em especial o dos juízes em um tribunal supremo [...].** (RAWLS, p. 525, grifo nosso)

Retomando mais uma vez a segunda pergunta guia desta análise “quando recorrem a argumentos substantivos, os Ministros respeitam os limites estabelecidos pelo ideal Rawlsiano de razões públicas?”, teremos o modelo da Razão Pública de Rawls como principal guia de análise. Portanto, fundamental esclarecer alguns conceitos-base conforme a literatura de seu criador.

3.1. Justiça como equidade e consenso sobreposto

O filósofo John Rawls em seus estudos sobre a justiça, trata de analisar de que modo deveria se organizar uma sociedade constitucionalmente democrática. Para tanto, propõe duas questões fundamentais. A primeira delas é: “[...] que concepção de justiça é a mais apropriada para especificar os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos considerados livres e iguais e membros plenamente cooperativos da sociedade, de uma geração às seguintes?” (RAWLS, 2020, p. 3).

Sua compreensão teórica leva a uma proposta de justiça como equidade. Este modelo político tem como um dos pontos de partida o entendimento da sociedade como um sistema equitativo de cooperações (RAWLS, 2020). Nela, os cidadãos cooperam aceitando termos equitativos e, sobretudo, em atenção ao critério de reciprocidade. Ou seja, os cidadãos aceitam os termos desde que todos os demais também aceitem estes mesmos termos.

Destarte, para a efetividade de sua teoria política o autor estabelece como objetivo a justiça como equidade ser uma teoria compartilhada pelos cidadãos como um acordo cujos termos foram refletidos, explicados e voluntariamente aceitos (RAWLS, 2020). Ou seja, cujos termos são aceitos a partir do pleno uso das faculdades mentais dos cidadãos.

A segunda questão fundamental leva em consideração o contexto de pluralismo razoável de doutrinas, questionando-se da seguinte forma “[...] quais são, em termos gerais, os fundamentos da tolerância, dado o fato do pluralismo razoável, entendendo-o como um produto inevitável das faculdades da razão humana quando exercidas sob uma estrutura duradoura de instituições livres?” (RAWLS, 2020, p. 56).

Diante destes questionamentos, o autor propõe a solução nos moldes a seguir:

[...] a estrutura básica de tal sociedade é efetivamente regulada por uma concepção política de justiça, concepção esta que é objeto de um consenso sobreposto que pelo menos englobe as doutrinas abrangentes razoáveis professadas por seus cidadãos. Isso permite que a concepção política compartilhada sirva de base à razão pública nos debates sobre questões políticas, quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estão em jogo. (RAWLS, 2020, p. 56).

Para compreensão de sua teoria é imperioso entender que a visão colaborativa de sociedade não decorreria, para Rawls, de um debate sobre o homem ser ou não bom em seu estado de natureza. De outro modo, surgiria como consequência da busca pelo bem comum, não por uma visão altruísta, mas sim como um fim em si mesmo. Assim dizendo, o membro da sociedade aceita participar, e se beneficiar, de um mundo social no qual colabora como cidadão livre e igual frente à contrapartida dos demais cidadãos (RAWLS, 2020), revelando mais uma vez o destaque da reciprocidade para sua teoria.

Com base nessa característica, uma distinção fundamental trazida na obra do autor deve ser elucidada; para Rawls, os cidadãos têm em sua faculdade mental duas formas de manifestação: o racional e o razoável. O racional seria a capacidade de uso da razão humana, o pleno gozo de suas faculdades mentais para decidir de maneira inteligível por meio de julgamentos e deliberações quais seriam as melhores decisões para si. Já o razoável seria a capacidade de compreender e aceitar termos que, apesar de não vinculados somente à sua vontade, também trazem benefícios pessoais, mas especialmente coletivos. Em outras palavras, o razoável está vinculado à aceitação de uma concepção de sociedade como sistema de cooperação. Como descrito pelo próprio autor:

Pessoas razoáveis – é isto o que estamos dizendo – não são motivadas pelo bem comum como tal, e sim desejam, como um fim em si mesmo, um mundo social em que elas, na condição de pessoas livres e iguais, possam cooperar com todos os demais em termos que todos possam aceitar. (RAWLS, 2020, p. 59).

Desta forma, ambas agiriam em conjunto para especificar os termos equitativos da compreensão da sociedade como sistema cooperativo. O que traz a apreensão necessária para aceitação dos termos do liberalismo político, em especial, para definição do que seriam as doutrinas razoáveis na sociedade. Nas palavras de Rawls “Isto significa que é pelo razoável que

entramos no mundo público de outros e nos dispomos a propor ou a aceitar, conforme o caso, termos equitativos de cooperação com eles”. (RAWLS, p. 63).

A concepção de razoável surge sobretudo, a partir do que o Rawls trata como segundo aspecto fundamental do razoável, que é o limite da capacidade de juízo (RAWLS, 2015, p. 64). Os limites da capacidade de juízo decorrem, segundo o autor, das fontes dos desacordos razoáveis. Os desacordos razoáveis são decorrentes da capacidade do cidadão razoável de reconhecer a não exclusividade de sua doutrina e eventuais limites que a sua compreensão impõe, podendo não sendo verdadeira a partir da perspectiva de outro cidadão. Em uma democracia, a razoabilidade da doutrina decorre justamente dos limites do juízo reconhecidos pelos cidadãos de maneira recíproca.

Para o autor a justiça como equidade é entendida em dois estágios distintos. Em um primeiro momento, a teoria é compreendida como uma concepção política, formulada para estruturar a sociedade, dando sua base de sustentação. A partir da segunda etapa é que surge a problemática da estabilidade. Ou seja, a teoria estabelecida de justiça como equidade oferece estabilidade satisfatória à sociedade?

O principal objetivo da estabilidade para o autor tem por fundamento ser uma perspectiva política liberal aceitável para os cidadãos concebidos como iguais, livres, razoáveis e racionais e, sobretudo, voltados à razão pública. Sendo assim, o problema da estabilidade não está voltado à imposição daqueles que a rejeitam para agir em conformidade. Do contrário, sua preocupação está voltada à sua razoabilidade, sua aceitação pela razão de cada cidadão. Somente desta maneira poderia consistir em uma interpretação de legitimidade da autoridade política (RAWLS, 2020).

Ao contrário do que se poderia depreender, sua teoria não pressupõe que as sociedades modernas funcionam com harmoniosa e plena colaboração. De modo diverso, estabelece sua teoria política visando justamente dar estabilidade⁵ às relações, mesmo num contexto da cultura

⁵ Para Rawls, a questão da Estabilidade é o segundo estágio da justiça como equidade. Assim, o primeiro seria a definição de uma concepção política para estrutura básica da sociedade, que seria capaz de sustentar a si mesma. Para, somente após essa definição, ser possível se verificar se esta seria definição da justiça como equidade seria estável o suficiente, e quais seriam as revisões necessárias (RAWLS, John. O Liberalismo Político, p. 166, 2020). Esta discussão sobre a Estabilidade surge principalmente na obra O Liberalismo Político (2005) como uma tentativa de Rawls de afastar sua teoria, até então publicada em Teoria da Justiça (1971), de uma

política de uma sociedade democrática, que é sempre caracterizada doutrinas conflitantes e, por vezes, até mesmo irreconciliáveis sejam religiosas, morais ou políticas (RAWLS, 2020).

Propõe, portanto, entendimentos que trazem a base dos princípios da cultura política democrática para a aceitação desta sociedade liberal proposta, cujos termos seriam aceitos mesmo por doutrinas divergentes. Nas palavras do Rawls: “[...] o liberalismo político está em busca de uma concepção política de justiça que, esperamos, possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis em uma sociedade que seja regulada por tal concepção.” (RAWLS, 2020, p. 11).

Neste contexto, fundamental esclarecer que o próprio filósofo reconheceu a dificuldade de estabelecer um acordo entre as diversas doutrinas presentes na sociedade, tendo em vista que as diversas doutrinas que são manifestadas pelos cidadãos de maneira particular, ainda que sejam doutrinas razoáveis, se caracterizam por manifestações de exercício da razão teórica, com entendimentos particulares sobre a busca de uma verdade. Desta forma, não poderia a teoria se especificamente em alguma destas doutrinas. “Um regime constitucional não requer um acordo acerca de uma doutrina abrangente: o fundamento de sua unidade social encontra-se em outros elementos (RAWLS, 2020, p. 75).

Destarte, o filósofo se esforça em esclarecer que o Liberalismo político não é, em si, uma doutrina que abarca questões-chaves de cada doutrina abrangente razoável da sociedade. De outro modo, elabora uma teoria que estabelece parâmetros de liberdade e igualdade que todas estas doutrinas concordam, ou entendem como razoáveis em sociedades de democracia constitucional. Para o próprio liberalismo político John Rawls reconhece haver diversas versões e maneiras de entender a razão pública. Todas elas respeitando o critério de reciprocidade, cujas características poderiam ser descritas da seguinte maneira:

Primeiro, uma lista de certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais (tais como conhecidos de regimes constitucionais).

Segundo, uma atribuição de prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades, em especial no que diz respeito às exigências do bem geral e de valores perfeccionistas.

perspectiva metafísica. Concentrando-se agora, em estabelecer sua teoria como uma teoria da filosofia política.

Terceiro, medidas que assegurem a todos os cidadãos os meios polivalentes adequados que lhes possibilitem fazer uso efetivo de suas liberdades. (RAWLS, 2020, p. 534).

No entanto, frente ao fato da pluralidade de doutrinas o autor destacou a problemática da definição de quais doutrinas poderiam ser tidas como razoável. Rawls estabelece critérios que ele mesmo entendeu como mais amplos, pois se agisse de maneira diversa correria o risco de estabelecer uma doutrina arbitrária: “Evitamos excluir doutrinas como não razoáveis, a não ser que haja razões fortes para tanto, que estejam claramente fundamentadas em aspectos do próprio razoável” (RAWLS, 2020, p. 71).

Tendo em vista a existência de profundas divisões por doutrinas razoáveis, surge o conceito que baseia a tentativa de dar estabilidade à proposta de unificação e estabilidade da sociedade bem-ordenada e que surge como uma ideia fundamental ao liberalismo político: o consenso sobreposto. O consenso sobreposto é subscrito por estas doutrinas razoáveis (aqui especialmente em oposição àquelas doutrinas tidas como desarrazoadas ou irracionais) que fazem parte da cultura pública da sociedade (RAWLS, 2020, p. 170). Este consenso surge a partir do consenso das concepções políticas, que são aceitas e consolidadas em sociedades democráticas constitucionais.

Ou seja, o consenso sobreposto e os ideais da sociedade liberal seriam decorrentes da razão humana, o que levaria a conceitos que podem ser aceitos por doutrinas divergentes razoáveis. Quanto a este ponto há uma distinção fundamental, que destaco aqui por sua relevância e aplicabilidade à nossa análise dos julgamentos no STF. Segundo Rawls, um dos aspectos sobre um consenso sobreposto é que este deverá observar certa independência de doutrinas morais. “[...] devemos apresentar a concepção pública de justiça, tanto quanto possível, como independente de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes.” (RAWLS, 2020, p. 167)

Frente a esse consenso sobreposto é necessário obedecer aos parâmetros de justiça aceitos por todas as doutrinas razoáveis. Neste sentido, Rawls destaca que imaginar que todos os cidadãos adotem uma mesma doutrina abrangente em tamanha complexidade social seria improvável e até mesmo utópico. O que o autor propõe com o liberalismo político é que haja uma mesma concepção pública de justiça. Por essa razão a definição de uma teoria política

como a do consenso sobreposto em sociedade democrática traz a estabilidade necessária para efetivação dos direitos.

3.2. Razão pública

A razão pública de Rawls pode ser entendida como a razão que os cidadãos expressam compartilhando uma condição de cidadania cujo conteúdo e forma argumentativa é voltada ao bem público, “ideia do politicamente razoável voltada aos cidadãos na condição de cidadãos” (RAWLS, 2020, p. 523). Esta concepção surge como uma solução para este contexto de diferentes doutrinas razoáveis. “Isto porque uma característica básica da democracia é o pluralismo razoável” (RAWLS, 2020, p. 522). Já que a simples conciliação entre as doutrinas seria algo incompatível com as concepções particulares de cada doutrina.

A ideia da razão pública deve carregar em si aprofundado comprometimento com os valores morais e políticos que determinam a relação entre os cidadãos entre si e com o governo em democracias constitucionais. (RAWLS, 2020). Rawls define 5 aspectos inerentes à razão pública:

- (1) As questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (autoridades públicas e candidatos a cargos públicos); (3) seu conteúdo tal como especificado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas que devem ser aprovadas na forma de Direito legítimo para um povo democrático; (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados das tais concepções de justiça satisfazem o critério de reciprocidade. (RAWLS, A Ideia de Razão Pública Revisitada, 1997, p. 524).

Assim, a razão pública surge como um postulado da democracia. Para o autor, as sociedades, os indivíduos, as organizações, todos têm uma forma particular de entender o mundo e agir conforme os seus interesses, a partir do uso da racionalidade e sua razoabilidade. Ocorre que nem todas as razões são entendidas como públicas, como por exemplo as razões de uma determinada religião (RAWLS, 2020, p. 250).

Recuperando este exemplo do discurso religioso, importa destacarmos uma ressalva: Rawls não exclui do debate público a possibilidade de invocar razões religiosas (ou qualquer

outra razão não-pública), no entanto, estas não pode ser utilizada de maneira exclusiva, devendo ser acompanhada de razões genuinamente públicas. Conforme elucidado no início do capítulo, a partir de sua segunda versão da Razão Pública Rawls, e também na versão final, esclarece o que seria a “visão inclusiva”, sendo possível, então, incluir argumentos de doutrinas abrangentes, desde que com a finalidade de reforçar a razão pública (RAWLS, 1997, p. 776).

Em sociedades constitucionalmente democráticas, a razão pública surge como uma característica e exigência da própria democracia “A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do status da cidadania igual.” (RAWLS, 2020, p. 251.). Para um melhor entendimento, vejamos abaixo dois exemplos de argumentos que se diferenciam quanto ao ideal de razão pública.

Como a essência da razão pública se dá pela razoabilidade dos discursos, excluem-se, por conseguinte, os discursos de intolerância ou que violem as proposições de igualdade e reciprocidade do entendimento rawlsiano. De tal maneira que um discurso discriminatório como o *apartheid* que afligiu a África do Sul de 1948 até 1994 e tinha como base a odiosa concepção de uma “raça superior”, segregando a população negra e concedendo privilégios à população branca, não atende à razão pública. Por outro lado, o argumento político que defende as cotas raciais atende à razão pública, uma vez que busca efetivar na prática a igualdade de acesso à educação. Previsão que o próprio Rawls descreveu como direito fundamental em uma sociedade liberal (RAWLS, 2020, p. 6).

Assim, a abrangência da razão pública está vinculada a uma concepção de compartilhamento de espaços públicos, de debates públicos. Para Rawls a razão pública é pública em três aspectos: (i) é a razão que é arguida pelos cidadãos, ou seja, é a razão que vem do público; (ii) o seu objeto é o bem público e por fim (iii) a natureza do debate e a matéria que é suscitada são de caráter público. (RAWLS, 2020).

Por suas características, a razão pública também tem um contexto definido. Não se aplicando em todos os debates políticos sobre questões fundamentais. Para Rawls este contexto definido seria o fórum político público. Dentre os quais especialmente aqui o momento de debates em tribunais, o qual para Rawls serviria como modelo da razão pública “[...] a Suprema Corte é o ramo de poder do Estado que serve de caso exemplar da razão pública.” (RAWLS, 2020, p. 273).

Como pressuposto dessa afirmação, o autor relata que por caber à Suprema Corte a melhor interpretação da Constituição de uma país, devem observar com maior comprometimento o que seriam os princípios do constitucionalismo, presente nas sociedades constitucionalmente democráticas, para as quais se aplica a concepção de razão pública. Destacamos, em especial, a descrição de Rawls de compreender uma Constituição democrática como expressão fundada em princípios políticos e ideias de um povo que se autogoverna. A razão pública agiria para articular essa ideia.

A concepção de razão pública está intrinsecamente relacionada a condição das democracias constitucionais.

A democracia constitucional, portanto, é dualista: ela distingue o poder constituinte do poder ordinário, bem como a lei mais alta do povo da lei ordinária aprovada por instituições legislativas. A supremacia parlamentar é rejeitada. (RAWLS, 2020, p. 276).

E a Suprema Corte agiria em atenção à razão pública para evitar a erosão da legislação por maiorias legislativas transitórias, cujos interesses podem conflitar com os princípios previstos nas Constituições dessas sociedades (RAWLS, 2020, p. 276). Sua teoria, portanto, rechaça a possibilidade de uma supremacia parlamentar, o que em si, retrata a busca pela estabilidade e defesa dos princípios constitucionais pela razão pública.

Desta forma, esta concepção do que seriam as razões públicas para Rawls, como limitações do campo da argumentação pública compatível com sociedades democráticas constitucionais será utilizada na análise dos casos difíceis recentes que chegaram à nossa Suprema Corte. Mais especificamente o pleito de questionamento sobre a constitucionalidade das vaquejadas (ADI 4983/CE) e de criminalização da homotransfobia (ADO 26).

CAPÍTULO 4 - STF: CASOS DIFÍCEIS

Os casos que serão analisados a seguir (ADI 4983 – inconstitucionalidade da vaquejada e a ADO 26 – criminalização da homofobia) foram escolhidos por se enquadrar na definição proposta de “Casos Difíceis” trazida na introdução e que aqui reproduzo novamente para simplificar o entendimento: “entendidos neste trabalho como aqueles casos que seriam mais sensíveis a inclinações pessoais, uma vez que neles parece ser inevitável se recorrer a discussões de natureza evidentemente moral, política e filosófica”.

Assim, ao passarmos para a análise dos votos, enquanto contexto de justificação, iremos verificar as razões apresentadas com base nas duas perguntas guias: (i) em que medida os Ministros do STF usam argumentos institucionais em casos difíceis? (ii) quando recorrem a argumentos substantivos, os Ministros respeitam os limites estabelecidos pelo ideal Rawlsiano de razões públicas? Para simplificar o entendimento, iremos selecionar trechos fundamentais dos votos e apresentá-los da maneira analítica esclarecida no capítulo 2 deste trabalho.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983, primeiro caso analisado, foi proposta pelo Procurador Geral da República em face da promulgação da Lei do Estado do Ceará nº 15.299 de 08 de janeiro de 2013 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural. Segue abaixo a descrição da Lei objeto da ADI:

O Governador do Estado do Ceará.

Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu 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.

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. (CEARÁ, 2013)

A vaquejada é uma atividade cultural bastante comum no Nordeste do Brasil. Considerada por seus seguidores como um esporte, sua realização consiste em derrubar um boi, puxando-o pelo rabo, objetivando deixá-lo deitado com as quatro patas para cima entre duas marcas de cal no chão. O autor da Lei 15.299 do Estado do Ceará, Deputado estadual Wellington Landim, em matéria publicada em 2013 no site da Assembleia Legislativa do Ceará defendeu a prática, a qual classificou como “um esporte tradicional e enraizado na cultura do Norte e Nordeste brasileiros”⁶.

Todavia, tendo em vista a maneira com a qual é tratado o boi, diversas críticas são levantadas especialmente por entidades de proteção aos direitos dos animais, por entenderem que, na vaquejada, o animal é submetido a intensos maus tratos durante a sua realização, levando à ocorrência de diversos tipos de lesões física e psicológicas, enquadrando-se, assim, a prática como tratamento cruel, expressamente proibido na Constituição Federal em sua Art. 225, §1º, Inc. VII. A alegação da PGR se deu neste sentido, entendendo que a Lei, em seu conteúdo, regulamentava prática que fere o dispositivo constitucional referido no artigo retromencionado.

Neste caso é possível observar evidente conflito entre princípios constitucionais e oposição de entendimento filosóficos distintos. Em alusão à obra rawlsiana que baseia este

⁶ Deputado de Roraima visita AL e pede informações sobre a Lei da Vaquejada. **Agência de Notícias da Assembleia Legislativa.** Maceio, 13 de março de 2013. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/index.php/ultimas-noticias/item/14165-13-03-2013-redacao01?tmpl=component&print=1>. Acesso em: 13/05/2021.

trabalho, há um momento de conflito de entendimento entre doutrinas razoáveis que compõem a cultura pública da sociedade. Dado que pela defesa da constitucionalidade da Lei estão aqueles que não veem a prática como tortura ao animal e sim como um esporte integrante da cultura regional. E pela inconstitucionalidade há defesa daqueles que entendem que a prática viola a proibição da tortura, ao submeter os bois a tratamento de extrema violência, ou em sentido mais profundo, aqueles que se filiam à ética animal e reconhecem valor intrínseco de direitos dos animais no Art. 225.

O segundo caso analisado, a ADO 26, por envolver tema relacionado à sexualidade é um dos debates que mais carregam controvérsias de natureza moral e religiosa. Em especial, quando essa sexualidade se apresenta com manifestações afetivas não-heterossexuais. O conservadorismo que vem avançando na política brasileira⁷ agrava este debate. E não por acaso, inúmeros são os relatos de ofensa à dignidade, honra, liberdade e até mesmo a vida de integrantes da comunidade LGBT.

Desta forma, visando obter proteção da tutela jurisdicional para este grupo, o antigo Partido Popular Socialista (atual partido Cidadania), impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, na qual pleiteava, dentre outras coisas, a criminalização da prática da “homotransfobia”.

A “homotransfobia” é entendida como a prática discriminatória de ofensa a direitos e liberdades de pessoas que se auto identificam como gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transsexuais e transgêneros em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero.

Uma das formas de se evidenciar o caráter conflitante do caso é observando a habilitação de grupos heterogêneos para figurar como “amici curiae”, instituto processual que prevê participação de terceiros à lide que possuem interesse na participação do debate do tema. Instituições como a “Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM” e a “Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE” tiveram sua participação deferida e sustentaram sua tese sobre o tema, por entenderem que a criminalização poderia configurar a criminalização do discurso religioso.

⁷ “Bancada da Bíblia” mais que dobrou desde 2006, mostra levantamento. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 12 de agosto de 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/bancada-da-biblia-mais-que-dobrou-desde-2006-mostra-levantamento/>. Acesso em 14/05/2021.

4.1. ADI 4983-CE: Proibição da vaquejada.

A ADI 4983 foi julgada no Plenário do STF inicialmente em 12/08/2015 e, após pedidos de vista, em 06/10/2016 e teve como relator o Ministro Marco Aurélio Mello.

O Voto do Ministro Relator Marco Aurélio Mello ressaltou o conflito de normas constitucionais. De um lado, o art. 215 da CF que defende as manifestações culturais, e do outro o Art. 225 CF que defende o meio ambiente (BRASIL, 2016, p. 2) Destacou que a jurisprudência segue no sentido de, quando direitos difusos estão em conflito, dar-se preferência aos direitos coletivos em detrimento aos direitos individuais (BRASIL, 2016, p.3). No entanto, no caso, como são dois direitos coletivos seria necessária uma outra perspectiva. Para o Ministro não haveria como considerar como “cultural” prática que fosse cruel contra os animais. Invocou os precedentes da “farra do boi” e da “briga de galo” no sentido de entender como inconstitucionais tais previsões.

O Relator se fiou aos laudos técnicos que traziam os danos aos animais para o entendimento de que a prática configurava, sim, atos de tortura contra os animais, conforme descrito abaixo:

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. (BRASIL, 2016, p. 5).

Portanto, votou pela inconstitucionalidade da medida. Para simplificar a análise esquematizaremos o voto da seguinte maneira:

A – A jurisprudência da Corte segue o entendimento de que deve se proibir atividades, ainda que reconhecidamente culturais, caso desenvolvam práticas tidas como cruéis contra os animais;

B – A vaquejada, conforme laudo técnico, traz danos físicos e psicológicos relevantes aos bois que participam dela;

C – Logo, a vaquejada deve ser proibida por se assemelhar à casos análogos julgados pela Corte.

Desta maneira, podemos observar que o argumento escolhido pelo relator seguiu a linha de argumentos institucionais. Ou seja, destacou como premissa a jurisprudência do próprio tribunal de proibir atividades cruéis aos animais mesmo que sejam culturais e, para o entendimento do caso, buscou o contexto fático, a partir dos laudos técnicos, para formular a premissa B enquadrando-se, então, na conclusão de inconstitucionalidade. Por conseguinte, temos no voto do Ministro relator resposta satisfatória à nossa primeira pergunta guia.

O Ministro Edson Fachin abriu divergência, considerando a prática da vaquejada como atividade cultural, com guarida no referido art. 215 da CF. Do mesmo modo, alegou não ter havido na petição inicial prova que demonstrasse cabalmente a tortura contra os animais (BRASIL, 2016, p. 15). Entendeu que o caso das vaquejadas não se relaciona aos casos da “Farra do Boi” e da “Briga de Galo” presentes na jurisprudência alegada pelo relator (BRASIL, 2016, p. 15). Ressaltou que, para compreensão correta da prática, é necessário analisar sob o ponto de vista da realidade da população rural, afastando-se da visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana (BRASIL, 2016, p. 15). Portanto, votou pela improcedência do pedido da PGR e pela constitucionalidade da lei.

Assim, essencialmente entendeu não haver provas que comprovassem a prática de tortura, conforme trecho do voto destacado abaixo:

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. (BRASIL, 2016, p. 15)

Portanto, é possível esquematizar trecho fundamental do voto do Ministro Fachin que afastou a aplicação do Art. 225 da seguinte maneira:

A – A prática de tortura contra animais deve ser proibida com base na Constituição Federal e no entendimento consolidado da jurisprudência do próprio STF;
B - Não foram juntadas provas que comprovassem a prática de tortura na vaquejada;

C – Logo, a vaquejada deve ser enquadrada na vedação prevista pela CF e pela jurisprudência à tortura.

Podemos observar certa curiosidade no fato de que, em seu voto, o Ministro Edson Fachin seguiu a mesma lógica argumentativa do Ministro Marco Aurélio. Ou seja, apresentou suas razões com argumentos institucionais, satisfazendo mais uma vez nossa primeira pergunta guia. Contudo, sua conclusão seguiu de maneira oposta, votando pela improcedência da ação e consequente constitucionalidade da Lei 15.299 do Ceará, uma vez que para ele não houve provas de que a vaquejada dispensa tratamento cruel aos animais participantes.

O Ministro Gilmar Mendes, em adiantamento de voto, seguiu a divergência, entendendo do mesmo modo que o caso da vaquejada não se assemelha aos da farra do boi ou da briga de galo (BRASIL, 2016, p. 17). Alegou que se deve buscar não a proibição da prática, mas sim a proteção prevista na própria lei (BRASIL, 2016, p. 17). Alegou também que se levadas a ferro e fogo, também não estão em estado natural os cavalos em corridas. O Ministro entendeu que as práticas culturais são atos de autodesenvolvimento e que o tribunal deve ser comedido em proibir práticas que são efetivadas há longos anos (BRASIL, 2016, p. 18). Ressaltou a preocupação com as consequências da decisão, destacando o perigo de a proibição despertar reação de clandestinidade (BRASIL, 2016, p. 19).

Associou a prática da vaquejada com a prática desportiva, entendendo, novamente que a melhor solução seria um aperfeiçoamento legislativo no lugar de definir uma proibição, pois, no entender do Ministro Gilmar Mendes esta seria excessiva, devendo a atuação repressiva e fiscalizadora ser nas boas práticas da vaquejada, evitando danos aos animais (BRASIL, 2016, p. 19). Destacou que a proibição ensejaria a entrada na ilegalidade de uma série de profissionais e prejudicaria o lazer das comunidades que se reuniam para assistir.

A – O STF deve ter cautela e preservar as culturas em seus julgamentos, conforme Art. 215;

B – A prática da vaquejada é de natureza patentemente cultural;

C – A declaração de inconstitucionalidade da vaquejada traz graves problemas sociais, como o desemprego e a prática destas atividades agora na ilegalidade;

D – Práticas legislativas como a Lei 15.299/CE são necessárias para o requisito da cautela no trato com a cultura;

E – Logo, a Lei 15.299/CE é constitucional.

É possível perceber, no caso do elemento C do argumento do Ministro Gilmar Mendes, que houve apelo a argumentação substantiva, já que destacou consequências políticas e sociológicas da decisão de proibir a vaquejada. Para o Ministro, a proibição levaria seus praticantes a manter suas atividades na ilegalidade, destaco o trecho a seguir: “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.” (BRASIL, 2016, p. 19).

Por conseguinte, a análise então passa a ser feita tendo por base a segunda pergunta guia deste trabalho: houve respeito ao ideal rawlsiano de razão pública? Fundamental retomar o conceito de razão pública para um melhor esclarecimento. Em consonância com o descrito anteriormente, a razão pública é a razão dos cidadãos que expressam a condição de cidadão em respeito aos demais e voltada ao bem público (RAWLS, 2020, p. 251). Portanto, não há violação ao ideal de razão pública em argumentações que demonstram preocupação com impactos financeiros e profissionais negativos em uma sociedade, o que nos leva a compreender que a segunda pergunta guia foi aqui integralmente atendida.

Evidente, que não estamos aqui diante do uso de argumentos substantivos contrários a uma disposição legal, mas sim, diante de um quadro de conflitos entre normas constitucionais. E, de toda maneira, a argumentação substantiva não pareceu ser a fundamental para a decisão do Ministro.

Quando apresentou seu voto⁸, destacou que se trata de uma densa questão constitucional: “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 [...]” (BRASIL, 2016, p. 128). O Ministro defendeu que qualquer interpretação sobre a exploração do animal pelo homem não pode estar dissociada da realidade regional inserida na prática cultural (BRASIL, 2016, p. 129).

⁸ O Ministro Gilmar Mendes apresentou suas razões em dois momentos distintos. Na primeira sessão realizada em 12/08/2015 fez a antecipação de seu voto, apresentando de maneira superficial seus argumentos. Posteriormente, na sessão de 06/10/2016 efetivamente apresentou seu voto. Optou-se neste trabalho em uma continuidade no texto unificando os argumentos do voto do Ministro para uma análise e leitura facilitadas.

Para Gilmar Mendes, as culturas não podem ser impostas sob o risco de, nestes casos, subverter-se a previsão do Art. 3º, IV, da CF de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Desta forma, não se pode sustentar a crítica a atividades culturais sob o argumento de avanço civilizatório, conforme explanado em seu voto:

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? (BRASIL, 2016, p. 129).

De modo especial, destacamos um trecho da argumentação do Ministro Gilmar citando Antônio Manuel Hespanha acerca da ponderação dos princípios no caso:

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, Antônio Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.)

É possível notar que esta tese defendida pelo Ministro em muito se assemelha ao marco teórico aqui proposto de razão pública de Rawls⁹. Nela, o julgador destaca a necessidade de apresentar suas razões decisórias levando em consideração um consenso alargado e durável, tal qual defendido por Rawls em sua Razão Pública. Ou seja, a argumentação deve seguir o caminho permeado por princípios que visam consensos públicos, de respeito aos diferentes grupos.

Mais uma vez sustentou a distinção entre a prática da vaquejada com as demais proibidas pela jurisprudência do tribunal, por entender que caso a derrubada do boi fosse entendida de maneira a configurar maus-tratos, neste mesmo raciocínio se aplicaria a prática do hipismo ou

⁹ Insta ressaltar que o comentário referenciado foi feito com base em juízo de semelhança a partir do trecho descrito pelo Ministro, sem necessariamente analisar concordâncias entre a obra do professor Antonio Manuel Hespanha com a de John Rawls quanto às razões públicas.

cavalgada, que por vezes levam o animal é excessivo dispêndio físico (BRASIL, 2016, p. 136). Quanto a este ponto, destacou em especial entendimento de universalidade das normas morais, conforme descrito abaixo:

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). (BRASIL, 2016, p. 137).

Continuando em seu raciocínio, que, ao nos valermos da universalidade das normas morais, o entendimento do bem-estar animal e vedação à crueldade, deveriam ser aplicados os mesmos entendimentos a situações semelhantes, como o abate de animais para alimentação, o uso de camundongos para testes de laboratórios e o próprio hipismo, destacado pelo Ministro como um esporte olímpico (BRASIL, 2016, p. 138). No entanto, em seu entendimento, tal interpretação seria inaplicável.

Por fim, entendeu que a Lei em debate visou a compatibilização dos dois princípios constitucionais debatidos, buscando a redução de danos na prática da vaquejada e destacou os aspectos econômicos que a proibição poderia acarretar. (BRASIL, 2016, p. 148).

O Ministro Luís Roberto Barroso, após pedido de vista, apresentou voto cuja problemática se centralizou em dois questionamentos: “(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?” (BRASIL, 2016, p. 31). É de se destacar, a conclusão do próprio Ministro Barroso que em seu voto menciona:

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. (BRASIL, 2016, p. 31).

Barroso destacou em seu voto que, apesar de eminentemente cultural, isto não afasta a ponderação com demais princípios constitucionais (BRASIL, 2016, p. 33). Neste sentido, sua

compreensão para análise do caso parte para uma complementação ao pleno entendimento da “tortura” a partir das correntes filosóficas da ética animal. Em sua argumentação traz explicações acerca das duas correntes “Do bem-estar animal” e do “Direito dos animais”. Enquanto a primeira se filia a um entendimento utilitarista, a segunda parte de uma visão kantiana (BRASIL, 2016, p.38).

Nesta linha, sustentou que o Art. 225, §1º, VII traz a vedação da tortura como tutela autônoma, para além da mera proteção do meio ambiente, ou vedação da extinção do animal (BRASIL, 2016, p. 40). O Ministro fez ponderações acerca das possíveis lesões ou sofrimentos que poderiam ser impostas aos animais a partir de laudos médicos e das características da vaquejada (BRASIL, 2016, p. 48). Entendeu pela impossibilidade da regulamentação da vaquejada, uma vez que qualquer tentativa de reduzir o dano ao animal incide em descaracterização da prática (BRASIL, 2016, p. 54).

Reconheceu o dano econômico possível, mas que o entendimento jurídico não poderia coadunar com a prática, o que seria legitimar a crueldade com os animais (BRASIL, 2016, p. 55). Reconheceu que, apesar de não haver titularidade de direitos jurídicos aos animais, estes possuem o direito moral de não serem submetidos à crueldade. Ao fim, levou em consideração a definição de “senciência” como capacidade de sofrer, sentir dor, o que levaria ao interesse legítimo de não receber tratamento cruel (BRASIL, 2016, p. 56).

Isto posto, iremos esquematizar o voto da maneira analítica abaixo:

A - A jurisprudência da Corte segue o entendimento de que deve se proibir atividades, ainda que reconhecidamente culturais, caso desenvolvam práticas tidas como cruéis contra os animais;

B – O direito dos animais decorre de maneira autônoma ao do meio ambiente prevista pelo Art. 225, uma vez que pela ética animal não há diferenciação entre os animais e os homens;

C – A vaquejada é prática que dispensa tratamentos cruéis aos animais;

D – Logo, a vaquejada deve ser considerada inconstitucional.

Podemos notar a aplicação de argumentos institucionais por parte do Ministro Barroso quanto às premissas A e C, visto que nelas faz uso de referência à jurisprudência da Corte e de

comprovações fáticas. No entanto, quanto à premissa B somos introduzidos a um elemento filosófico, ou seja, um argumento substantivo.

Ao analisarmos o argumento substantivo à luz da razão pública de Rawls, conforme proposta na segunda pergunta guia do trabalho, vemos uma ruptura com a proposta de razão pública. Vejamos. O Ideal de razões públicas exige daquele que se justifica o uso de argumentos sustentados por razões aceitáveis por todos. Ao elaborar a argumentação sobre a hipótese da ética animal, o Ministro Barroso utiliza de uma doutrina que, embora seja razoável, não pode ser considerada como pública e assim não obedece aos limites de nossa segunda pergunta guia. Nas palavras de Rawls:

É claro que os juízes não podem invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade em geral. Isso eles devem considerar irrelevantes. Da mesma maneira, não podem invocar suas doutrinas religiosas ou filosóficas, nem as de outros. (RAWLS, 2020, p. 279).

Para considerar justificar este juízo de ruptura, trago trecho da crítica feita pelo Ministro Gilmar Mendes ao voto do Ministro Barroso:

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. (BRASIL, 2016, p. 138).

Ou seja, reconhecer a visão da ética animal no caso da vaquejada, mas não reconhecer no caso do abate para alimentação é tratar de maneira distinta situações que pela própria ética animal seriam tratadas de maneira idêntica, o que viola um dever de coerência da razão pública. A razão pública não exige necessariamente a aprovação de todas as doutrinas razoáveis, no entanto, apresenta princípios compartilhados pelo consenso sobreposto. A ética animal, com este grau de autonomia proposto pelo Ministro Barroso, não pode ser entendida como compartilhada na razão pública.

O Ministro Teori Zavascki seguiu a divergência, uma vez que em sua visão o que seria objeto da ADI seria a Lei que regulamenta a vaquejada e não a prática da vaquejada em si. Para

o Ministro é constitucional formular uma lei que se aplique às práticas culturais e esportivas (BRASIL, 2016, p. 59).

Para o Ministro, o que distingue os votos é o pressuposto de ser ou não uma prática cruel. Entretanto, para ele, há a possibilidade de terem vaquejadas cruéis e não cruéis, conforme descrito abaixo:

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. (BRASIL, 2016, p. 59)

Portanto, é possível esquematizar a principal argumentação do voto do Ministro Teori Zavascki da seguinte maneira:

- A – O princípio da legalidade estabelece liberdades para fazer tudo aquilo que a lei não veda;
- B – A vaquejada, como um ato da realidade, pode ser ou não cruel;
- C – Vaquejadas, com ou sem leis, irão acontecer, com base no princípio da legalidade;
- D – A Lei que regulamenta a vaquejada não é necessariamente cruel e busca a evitar a vaquejada com práticas cruéis;
- E – Portanto, não deve se considerar a Lei 15.299 inconstitucional pois não viola qualquer disposição constitucional e busca evitar práticas cruéis.

Assim, temos no voto do Ministro Teori também a utilização de argumentos institucionais. Para ele, a vaquejada é uma questão de fato e, enquanto acontecimento no mundo real, pode ter ou não a prática da tortura. Quanto à lei, entendeu que esta foi editada buscando afastar as práticas cruéis. Logo, entendeu que não havia nesta proposição legislativa qualquer violação à Constituição.

A Ministra Rosa Weber seguiu o entendimento do relator e do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. No sentido de entender que em que pese a Constituição Federal garantir e incentivar manifestações culturais, não tolera a crueldade contra os animais (BRASIL, 2016, p.

64). Sustenta, ainda, que a constituição em seu Art. 225 prevê uma matriz, biocêntrica reconhecendo dignidade para além da pessoa humana (BRASIL, 2016, p. 65).

Assim, podemos esquematizar o voto da Ministra Rosa conforme realizado abaixo:

A - A Constituição Federal estabelece que se deve proibir atividades, ainda que reconhecidamente culturais, caso desenvolvam práticas tidas como cruéis contra os animais;

B - As provas apresentadas em memorias atestam a excessiva violência com a qual é tratado o boi em uma vaquejada;

C - Logo, a vaquejada deve ser proibida conforme previsão constitucional.

Notória, mais uma vez, a aplicação de argumentos institucionais como principais para resolução da demanda, satisfazendo a primeira pergunta guia do trabalho. A Ministra Rosa Weber destacou os laudos técnicos apresentados nos autos e, confirmada a crueldade da prática da vaquejada, entendeu pelo provimento da ação declarando a Lei inconstitucional.

O Ministro Luiz Fux entendeu em seu voto que a proibição da tortura e a garantia da manifestação cultural é uma ponderação que deverá ser feita pelo judiciário, ou pelo legislativo (BRASIL, 2016, p. 75). Neste caso, entendeu que a Lei estadual já carregava a ponderação (BRASIL, 2016, p. 75). Alegou que o processo de abate da carne, utilizada na alimentação, e considerada com direito social inalienável é prática de tortura ainda pior que a da vaquejada e ainda assim é tolerada pelo ordenamento jurídico. Desta maneira, seguiu entendimento da divergência em reconhecer a constitucionalidade da legislação.

Podemos descrever o voto da seguinte maneira:

A - Frente ao conflito de normas, deve ser realizada a ponderação dos princípios para compatibilização da conduta com a Constituição;

B - A Lei 15.299/CE realizou esta ponderação ao buscar a exclusão de práticas de crueldade no contexto da vaquejada;

C - A Lei 15.299 torna a vaquejada compatível com a Constituição;

D - Logo, a Lei 15.299/CE deve ser declarada constitucional.

No entendimento do Ministro, o conflito de princípios teve uma solução interna no momento em que o legislador editou a Lei. Portanto, a argumentação apresentada nas razões do julgador foi efetivamente institucional.

O Ministro Celso de Mello em seu voto destacou o Art. 225 como artigo de defesa de direitos fundamentais, direitos humanos da 3ª geração, enquanto direitos difusos a um meio ambiente equilibrado (BRASIL, 2016, p. 84). Neste sentido, o meio ambiente aparece como patrimônio público a ser protegido pelas instituições estatais (BRASIL, 2016, p. 85). O Ministro sustentou que a norma do Art. 225, §1º, VII tem sentido ético-jurídico, ajudando em sua forma de interpretação. Ressaltou que há jurisprudência consolidada na Suprema Corte no sentido de mostrar-se a prática de crueldade contra animais incompatível com a Constituição da República. Celso de Mello entendeu que não se pode classificar como “cultural” prática que viole previsões constitucionais.

Desta forma, podemos esquematizar o voto do Ministro Celso de Mello da seguinte maneira:

- A – A proteção constitucional ao meio ambiente deve ser entendida como um direito fundamental da 3ª geração;
- B – O art. 225, §1º, VII tem caráter ético-jurídico, que guia sua própria interpretação;
- C – Há uma imposição constitucional ao Poder Público na proteção do meio ambiente, incluindo os animais;
- D – A jurisprudência da Corte segue o entendimento de que se deve proibir atividades, ainda que reconhecidamente culturais, caso desenvolvam práticas tidas como cruéis contra os animais
- E – A prática da vaquejada impõe sofrimento desnecessário aos animais;
- F – Logo, a vaquejada deve ser julgada inconstitucional.

Portanto, o Ministro Celso de Mello também recorreu a argumentos institucionais, como doutrinas de direitos fundamentais, a própria Constituição Federal e a jurisprudência do STF para decidir pela inconstitucionalidade. Cabe destacar, que sua interpretação indica uma preponderância da defesa do meio ambiente em detrimento da defesa das práticas culturais, quando realiza a ponderação dos princípios.

No entanto, não restou clara em sua argumentação a justificção interna da premissa E. O Ministro destacou em seu voto parte da argumentação favorável a inconstitucionalidade, mas não fez referências aos laudos presentes nos autos do processo como os demais Ministros. Desta forma, sem deixar clara a subsunção do caso à norma. Ainda assim, frente ao fato de que sua argumentação foi essencialmente adstrita às razões institucionais, a primeira pergunta guia teve sua integral satisfação.

Após o voto do Ministro Celso de Mello, mais uma vez o Ministro Gilmar Mendes insistiu em sua tese das consequências da declaração de inconstitucionalidade, ressaltando inclusive a quantidade de empregos que seriam perdidos. Bem como de certa ineficácia da decisão, uma vez que as práticas tendem a continuar ainda que proibidas pelo STF. O Ministro destacou, inclusive, que seria uma questão de respeito ao pluralismo cultural.

O Ministro Dias Toffoli após pedido de vistas, seguiu a divergência, entendendo que a prática da vaquejada se configura como uma demonstração esportiva e cultural do povo nordestino. Buscou como razões para sua decisão um arcabouço literário histórico, para construir a narrativa de compreender a vaquejada como patentemente cultural.

O Ministro sustentou também que não se aplica ao caso a jurisprudência da Corte mencionada pelos outros ministros, uma vez que as rinhas de galo e farra do boi são cruéis (BRASIL, 2016, p. 119). De outro modo, alegou a distinção no fato de que a vaquejada requer regulamentação técnica, habilidade daquele que a pratica (BRASIL, 2016, p. 119). Sustentou, por fim, que não há prática de crueldade e que a Lei objeto da ADI prevê normas de proteção ao animal (BRASIL, 2016, p. 120). Por conseguinte, seguiu a divergência no sentido do improvimento da ação da PGR e constitucionalidade da Lei.

Assim, podemos esquematizar o voto do Ministro Dias Toffoli da seguinte maneira:

- A - A prática de tortura contra animais deve ser proibida com base na Constituição Federal e no entendimento consolidado da jurisprudência do próprio STF
- B – A vaquejada se distingue das práticas mencionadas na jurisprudência por ter em sua práxis técnicas e profissionais habilitados;
- C – Logo, à vaquejada não deve se aplicar a jurisprudência proibitiva;
- D – Não foram juntadas provas que comprovem, de modo sistemático, maus tratos contra os animais;

E – Logo, não deve se aplicar à vaquejada a vedação da CF.

No voto do Ministro Dias Toffoli, em que pese ter discorrido sobre o contexto histórico e até mesmo moral pelos quais os animais têm sido tratados, a razão fundamental apresentada para embasar a decisão recorreu a argumentos institucionais. Entendeu, em seu voto, que há uma diferença fática comprovada pelas exigências técnicas da vaquejada que fazem com que ela se diferencie das práticas proibidas na jurisprudência. Portanto, mais uma vez temos satisfeita a primeira pergunta guia do trabalho.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu o relator, ao entender que a vaquejada revela prática inequívoca de crueldade contra os bovinos. Destacou que realiza uma interpretação “biocêntrica” do art. 225, em oposição a uma interpretação antropocêntrica. Esta interpretação, segundo o julgador, baseada na “Carta da Terra” que é uma espécie de código de ética planetário, subscrita pelo Brasil, que foi elaborada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas.

Segundo este diploma todas as formas de vida estariam interligadas e terem valor em si, independente do uso humano. Destacou que em um momento de crise na sobrevivência humana no planeta, deve-se aplicar o “in dubio pro natura”, em atenção aos princípios da precaução e do cuidado. Votou pela inconstitucionalidade.

Esquemmatizando de forma analítica o voto do Ministro Lewandoswki:

- A – A crueldade contra os animais deve ser vedada, conforme Art.225;
- B – A leitura do Art. 225 deve ser feito à luz do entendimento biocêntrico;
- C – A prática da vaquejada é inafastavelmente cruel com os bovinos;
- D – Logo, a vaquejada deve ser vedada, com base no Art. 225.

O Ministro Lewandoswki, apesar de destacar os laudos evidenciados pelo relator, valeu-se da interpretação do Art. 225, CF com base na “Carta da Terra”. Ou seja, sua leitura do dispositivo teve como norte proposição de natureza ética. Vale destacar que a Carta da Terra foi um documento elaborado pela sociedade civil após chamado da Comissão Mundial das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento. O documento, que foi subscrito pelo Brasil, traz princípios éticos para construção de uma sociedade mais justa e sustentável. No entanto, não possui valor normativo.

Portanto, ainda que faça referência à subsunção do caso ao Art. 225, o que dá base à argumentação do Ministro Lewandoswki são diretrizes éticas, o que nos leva à segunda pergunta guia deste trabalho. Nesse viés, um paradigma ético como o proposto pelo Ministro pode ser considerado como compartilhado, objeto de consenso aceitável por cidadãos razoáveis, conforme exigido pelo ideal de razões públicas rawlsianos?

Para esta resposta, é necessário destacar características de tal documento. A carta da Terra prevê objetivos de desenvolvimento sustentável, respeito à vida, defesa da democracia e de uma cultura de paz. Nos termos da própria carta:

Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio de uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devemos nos juntar para gerar uma sociedade sustentável global fundada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz. (CARTA DA TERRA, 2000, p. 1)

É possível notar que os princípios evocados pela Carta se coadunam com os princípios da Constituição Federal brasileira, expressão máxima da razão pública, ou seja, a argumentação proposta pelo ministro atende integralmente aos critérios da razão pública

A Ministra Cármen Lúcia, por fim, em breves razões entendeu que a legislação objeto da ação não teve condão de dar tratamento menos agressivo para com os animais (BRASIL, 2016, p. 126). E que, ainda que a atividade venha a ser considerada como cultural, a cultura muda, com o avançar das mudanças na sociedade, conforme trecho abaixo:

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 encravou grandemente na cultura de parte considerável do nosso povo, mas também cultura se muda, e muitas

culturas foram levadas nesta condição até que houvesse um outro modo de ver a vida (BRASIL, 2016, p. 126).

Portanto, seguindo o relator, votou pela inconstitucionalidade.

O que é possível inferir das razões apresentadas pela Ministra é que não se afastando a possibilidade de configurar a vaquejada como prática cruel contra o boi, sobrepõe-se a proibição da crueldade contra os animais do Art. 225 da CF em desfavor do entendimento de práticas culturais do Art. 215, CF. Ou seja, a Lei 15.299 não afastou a prática da crueldade contra os bois, e assim, ofendendo o Art. 225, CF ainda que seja considerada como cultural, sua prática é inconstitucional.

Podemos esquematizar o voto da Ministra Carmen da seguinte maneira:

A – A prática de crueldade contra os animais deve ser proibida, conforme disposição constitucional;

B – A regulamentação da vaquejada pela Lei 15.299/CE não consegue afastar ou impedir a crueldade da atividade no trato com os animais;

C – Logo, a vaqueja deve ser declarada inconstitucional.

É possível observar que no voto da Ministra Carmen Lúcia também foram utilizados argumentos institucionais para resolução, baseando seu convencimento na comprovação fática de crueldade ou não no trato com os animais na vaquejada. Além disso, considerada a prática como cruel, entendeu que a Lei não dispunha de meios para afastar a crueldade da vaquejada. Portanto, mais um voto no qual as razões apresentadas atendem a nossa primeira pergunta guia.

4.2. ADO 26: Criminalização da homofobia

Cabe, de antemão, esclarecer a especificidade da natureza da ação que será analisada neste capítulo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma ação que teve origem na Lei 12.063 de 2009 que incluiu na Lei 9.898/1999 sua previsão a partir do art. 12-A. Sua propositura é cabível em controle concentrado de constitucionalidade em caso de norma constitucional de eficácia limitada não regulamentada.

O ministro Celso de Mello, relator da ADO 26, cuidou de apresentar o assunto. Ressalta-se também, que a MI 4733 foi julgada em conjunto com a ADO 26, visto que as matérias são coincidentes. No entanto, como as razões apresentadas substancialmente eram as mesmas, apenas iremos nos referir ao acórdão da ADO 26.

No relatório descrito pelo Ministro Celso de Mello há de se registrar a manifestação da Câmara dos Deputados, que, em sua resposta constante no acórdão do julgamento em questão, asseverou o caráter político que margeia a discussão, vejamos:

IV — DA AUSÊNCIA DE MORA INCONSTITUCIONAL Os temas da homofobia e da discriminação são de constante discussão no Congresso Nacional brasileiro, órgão legislativo dos representantes do povo. Cuida-se de um tema amplamente debatido no campo da política e que demanda profundas discussões, consultas e participação populares. Com a participação popular, cabe ao parlamento apresentar uma solução política à sociedade, sem a imposição de uma decisão jurídica

Evidente, como já debatido anteriormente, que embasar a decisão do caso apenas em argumentos institucionais, neste caso, argumentos jurídicos internamente referenciados se mostram enorme desafio. Até mesmo pela natureza da ação, que trata de uma ausência de prestação do Estado em sua atividade legiferante.

Em seu voto, o ministro relator Celso de Mello entendeu que o conceito de “racismo” previsto na Lei. 7.716/2018 não se restringe a aspectos apenas biológicos ou fenotípicos, sendo possível sua aplicação também para grupos vulneráveis, que têm sua dignidade afetada, tal qual os homossexuais e transsexuais (rol não restritivo). Destacou a incompatibilidade das práticas de discriminação com a democracia:

Regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância ou, até mesmo, com comportamentos de ódio, pois uma de suas características essenciais reside, fundamentalmente, no pluralismo de ideias e na diversidade de visões de mundo, em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva de cidadãos, que se sintam livres e protegidos contra ações promovidas pelo Estado ou praticadas por particulares que lhes restrinjam o pleno exercício de suas prerrogativas e liberdades constitucionais por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero. (BRASIL, 2019, p. 140)

Assim, podemos descrever de maneira analítica o argumento sustentado pelo relator da seguinte maneira:

- A - O racismo é criminalizado conforme a Lei 7.716/2018;
- B- No entanto, o termo “racismo” não é restritivo à discriminação de raça, sendo aplicável a toda forma de discriminação de grupos vulneráveis em direitos;
- C - A homotransfobia é uma prática discriminatória contra grupo vulnerável
- D - Logo, a homotransfobia é uma forma de racismo
- E - Logo, a homotransfobia deve ser criminalizada conforme a Lei 7.716/2018

Neste caso, foi possível observar que apesar a premissa fundamental e de justificação externa C, que descreve a conduta homotransfóbica como discriminatória, apesar de seu caráter político, coaduna com o crivo da Razão Pública aqui posto como parâmetro. Vejamos.

A concepção de Razão Pública traz em seu bojo definições políticas pré-determinadas. Dentre elas, o princípio basilar da igualdade. Desta forma, há plena consonância ao princípio da igualdade com a criminalização da discriminação. Mais do que a moralidade do grupo, destaca-se o combate à desigualdade.

O Ministro Edson Fachin, em voto vogal, acompanhou o voto do relator destacando que o texto constitucional traz previsão de mandado de criminalização no Art. 5º, XLI. Salientou que a conceituação dos termos já foi objeto de análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva OC-24/17 (BRASIL, 2019, p. 199).

No mesmo sentido, destacou a jurisprudência da própria corte no caso da ADI 4.277 que considerou que o sexo das pessoas não pode ser fator de desigualdade jurídica (BRASIL, 2019, p. 200).

Assim, do voto do Ministro Fachin podemos esquematizar as seguintes premissas:

- A – É atentatória ao Estado Democrático de Direito qualquer forma de discriminação, inclusive baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero;
- B – A Constituição criminaliza qualquer prática discriminatória;
- C – Logo, a Constituição indica que deve se editar Lei que criminalize a discriminação
- D – A omissão legislativa em tipificar a discriminação impõe sofrimento às minorias sexuais e identitárias incompatíveis com a Constituição Federal;

E – Logo, deve se superar a omissão legislativa para efetivar determinação constitucional;

Assim, votou pelo reconhecimento da omissão inconstitucional do Congresso Nacional e pela aplicação da Lei 7.716/89 até que haja tipificação específica.

O Ministro Alexandre de Moraes destacou as características da ADO enquanto exigente uma postura de omissão do Congresso Nacional. Ressaltou que a ausência de política pública e proteção jurídica submeteu a comunidade LGBT a violências constantes e desrespeito aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 2019, p. 243). Baseou-se em diversos tratados internacionais e Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que interpretou o Pacto de São José da Costa Rica em relação ao tema (BRASIL, 2019, p. 247).

Entendeu, no entanto, que não cabe ao Poder Judiciário definir prazos para atividade do Poder Legislativo, cuja dinâmica interna de prioridades é independente (BRASIL, 2019, p. 258). Do mesmo modo, entendeu pela impossibilidade de o STF no exercício da jurisdição constitucional dar colmatação às previsões constitucionais na elaboração de novo tipo penal em respeito ao princípio da reserva legal e ao da anterioridade. (BRASIL, 2019, p. 260). Entretanto, entendeu que tais previsões não se confundem com a hermenêutica da Corte, que pode dar interpretação de maneira a compatibilizar os dispositivos constitucionais, dando força normativa à Constituição (BRASIL, 2019, p. 264).

Podemos esquematizar o voto do Ministro Alexandre de Moraes da seguinte maneira:

A – A Constituição possui norma de caráter mandatório de criminalização de práticas discriminatórias em seu art. 5º;

B – A homotransfobia é uma das formas de discriminação abarcadas pela norma do art. 5º;

C – Cabe ao Congresso Nacional editar legislação que regulamente o mandado constitucional;

D – Houve omissão por parte do Congresso;

E – Logo, deve se reconhecer a omissão do Congresso no dever de legislar norma criminalizadora da prática da homotransfobia.

É possível observar que o voto do ministro Alexandre de Moraes se baseou essencialmente em fontes como doutrinas de direitos humanos, parecer da Corte Interamericana

de Direitos Humanos para elaboração do seu convencimento. Desta forma, atendeu de maneira satisfatória a nossa primeira pergunta guia.

Quanto às interpretações extensivas da vedação de discriminação, atendeu à limitação do ideal de razão pública posto na segunda pergunta guia, visto que suas razões seguiram no sentido de dar efetividade à igualdade prevista na Constituição, o que a própria razão pública pressupõe. Ou seja, quando os argumentos apelam à concepções filosóficas, que sejam baseados em consensos da sociedade política, neste caso, da Constituição Federal.

O Ministro Luís Roberto Barroso destacou em seu voto o cenário atual do Brasil cujos números acerca da homofobia são elevados (BRASIL, 2019, p. 282). Arguiu ainda, que o cenário de ausência de política pública e atuação legislativa destoa do cenário internacional, para o qual sinalizou haver diversos países com previsões legislativas de combate a crimes de discriminação baseados na orientação sexual e na identidade de gênero (BRASIL, 2019, p. 283).

O Ministro destacou que cabe ao Congresso refletir os interesses da sociedade e que cabe ao STF a interpretação constitucional como um exercício de razão pública (BRASIL, 2019, p. 285). Note-se aqui, que mesmo que o Ministro Barroso não se refira com precisão ao marco teórico rawlsiano, já deixou consignado em seu voto a necessidade de que o exercício interpretativo da Suprema Corte seja feito à luz da razão pública.

Barroso ressaltou ainda a necessidade de interpretar a Constituição sob um viés iluminista. (BRASIL, 2019, p. 287). Neste sentido, mais uma vez há uso de argumentos substantivos para embasar sua decisão. Contudo, tal invocação é feita no contexto de defesa dos direitos fundamentais da minoria, visando atender a uma interpretação constitucional que garanta igualdade, o que leva inequivocamente ao atendimento integral da nossa segunda pergunta guia.

Ressaltou que o reconhecimento da omissão inconstitucional na criminalização da homotransfobia em nada diminui ou ofende a liberdade religiosa (BRASIL, 2019, p. 289). Destacou que “[...] condenar relações homoafetivas com fundamento em sincera convicção religiosa não constitui crime.” (BRASIL, 2019, p. 289). Entretanto, ressaltou que o que seria inaceitável era o estado de sistemática violação de direitos da comunidade LGBTI+ (BRASIL, 2019, p. 289).

Por fim, destacou que a interpretação da liberdade religiosa deve implicar em respeito às diferentes concepções de sociedade e em respeito à razão pública, conforme transcrito abaixo:

Nas sociedades contemporâneas, o exercício da liberdade religiosa implica a convivência respeitosa entre cosmovisões distintas, prevalecendo no espaço público a razão pública e valores laicos que possam ser compartilhados por todos e por cada um, independentemente de suas convicções pessoais privadas. O respeito a cosmovisões distintas não pode conviver com a violência, discursos de ódio e incitação à discriminação contra pessoas que não vivem sob os mesmos dogmas e convicções. (BRASIL, 2019, p. 289).

Mais uma vez restou evidente que o Ministro Barroso quando faz uso em seu voto de argumentos substantivos o faz em total atenção à concepção da razão pública, indicando a necessidade, inclusive, de valer-se dos argumentos substantivos para reforçar a visão pública de igualdade o que coaduna integralmente com a proposta rawlsiana (RAWLS, 1997, p. 776). Pela análise mais aprofundada, deixo de elaborar o voto de maneira analítica.

Entendeu, portanto, pelo reconhecimento da omissão legislativa e pela aplicação da Lei 7.716/1989 enquanto não for editada lei criminalizadora.

A Ministra Rosa Weber resgatou a jurisprudência da Corte que já deu entendimento que o “racismo” descrito na Lei 7.716/1989 não se limitam a um conceito biológico de raça. (BRASIL, 2019, p. 371).

Assim podemos esquematizar a argumentação da Ministra:

A – A jurisprudência já decidiu pela ampliação da prática de racismo prevista na Lei 7.716/1989 para além do conceito de raça, abarcando práticas discriminatórias distintas;

B – A prática da homotransfobia é discriminatória;

C – Logo, quem pratica homotransfobia deve ser punido com base na Lei 7.716/1989.

Podemos notar que as premissas A e B utilizadas pela Ministra Rosa Weber tiveram seu embasamento na jurisprudência do próprio STF. Por conseguinte, podemos entender que para

a solução do caso a julgadora recorreu à argumentos institucionais, satisfazendo nossa primeira pergunta guia.

O Ministro Luiz Fux iniciou seu voto trazendo à discussão os numerosos casos de homotransfobia registrados no Brasil (BRASIL, 2019, p. 404). O Ministro sustentou que, ao contrário das críticas, o STF não está legislando neste caso, mas sim dando interpretação constitucional à lei do racismo, seguindo a jurisprudência de modo a compreender não somente as questões de raça como abarcadas pela Lei 7.716/1989. (BRASIL, 2019, p. 406).

Evidentemente, que a sustentação feita pelo Ministro Luiz Fux foi distinta da Ministra Rosa Weber, no entanto, sua essência compartilha das mesmas premissas, as quais serão transcritas abaixo:

- A – A jurisprudência já decidiu pela ampliação da prática de racismo prevista na Lei 7.716/1989 para além do conceito de raça, abarcando práticas discriminatórias distintas;
- B – A prática da homotransfobia é discriminatória;
- C – Logo, quem pratica homotransfobia deve ser punido com base na Lei 7.716/1989.

Assim, mais uma vez as premissas apresentadas como razões para decisão foram de argumentos institucionais, o que responde a nossa primeira pergunta guia.

Passemos ao voto da Ministra Cármen Lúcia. A Ministra destacou o quadro de fragilidade que são expostos os integrantes da comunidade LGBT pela ausência de proteção jurídica (BRASIL, 2019, p. 462). A Ministra seguiu o entendimento de que a tese de enquadrar a prática de homotransfobia no termo vago “racismo” tem respaldo na jurisprudência da Corte. (BRASIL, 2019, p. 472).

Esquemmatizando de maneira analítica o voto:

- A – A jurisprudência da Corte entende por incluir outras discriminações e crimes de ódio para além do conceito de raça na Lei 7.717/1989;
- B – A homofobia é um crime de ódio;
- C – Logo, a homotransfobia deve ser enquadrada na Lei 7.717/1989.

Foi possível observar que os argumentos apresentados pela Ministra Cármen seguiram a tendência dos demais votos até aqui utilizando essencialmente a jurisprudência e razões internas à Constituição Federal para resolver a demanda. Assim, respondendo satisfatoriamente a primeira pergunta guia do trabalho.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro a abrir parcial divergência. Inicialmente apresentou em seu voto que as demandas por igualdade de grupos minoritários são conceito jurídico essencial do princípio da igualdade (BRASIL, 2019, p. 500). O Ministro trouxe aos seus argumentos teorias filosóficas e dados sociológicos para corroborar a tese da fragilidade na qual se encontram a comunidade LGBT (BRASIL, 2019, p. 503). Neste sentido, fundamental analisá-los à luz da segunda pergunta guia deste trabalho. O que parece claro, entretanto, é que tais argumentos apenas são apresentados para reforçar a tese de inconstitucionalidade que a desigualdade vivida por estes grupos causa. Assim, a argumentação surge em reforço à tese igualitária da razão pública.

No entanto, o Ministro abriu parcial divergência por entender que, em se tratando de matéria penal, há de se sujeitar à reserva legal absoluta (BRASIL, 2019, p. 511). Portanto, em que pese ter reconhecido a mora legislativa, votou por reconhecê-la dando ciência ao Congresso Nacional, no entanto, não deu provimento ao pedido de aplicação da Lei 7.716/1989 (BRASIL, 2019, p. 513).

Podemos esquematizar o voto da seguinte maneira:

- A – Há omissão legislativa em produzir norma penal criminalizadora da prática de homotransfobia;
- B – Em matéria penal aplica-se a reserva legal absoluta, sendo necessária lei em sentido estrito para criminalizar condutas;
- C – Portanto, não se deve aplicar a Lei 7.716/2019 em casos de homotransfobia.

Portanto, restou evidente a solução com base em argumentos institucionais adotada pelo Ministro Lewandowski.

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que a orientação sexual e a identidade de gênero são manifestações da liberdade de autodesenvolvimento que devem ser protegidos contra o

preconceito (BRASIL, 2019, p. 519). Reconheceu os entraves legislativos à proposta de regulamentação da criminalização da homotransfobia (BRASIL, 2019, p. 521).

O Ministro destacou a informação de que 39,9% das vítimas de homofobias são negras ou pardas, o que sugeria que o racismo pode fortalecer a homofobia (BRASIL, 2019, p. 528). Seguindo o entendimento da Corte, destacou a jurisprudência que reconheceu outras discriminações para além do conceito de raça (BRASIL, 2019, p. 531).

Portanto, reconheceu o pedido autoral, declarando a inércia do Congresso Nacional e aplicando-se a Lei 7.716/1989 até que sobrevenha lei específica.

O Ministro Marco Aurélio arguiu ser inadmissível o quadro de discriminação com a comunidade LGBT, principalmente frente à tradição de tolerância do povo brasileiro em questões culturais e religiosas (BRASIL, 2019, p. 545). Destacou que é papel da Corte defender a Constituição de eventual inoperância na efetivação dos direitos (BRASIL, 2019, p. 547).

Ilustrou também a necessidade de se voltar os olhos à realidade, aos números da violência sofrida pela comunidade LGBT (BRASIL, 2019, p. 548). O Ministro Marco Aurélio fez uma leitura política proposta na Constituição (BRASIL, 2019, p. 549). Desta forma, ainda que seja invocado contexto político, este é realizado a partir da lógica constitucional, o que inegavelmente coaduna com as proposições de Rawls. Destaco trecho no qual o autor ressalta o conteúdo da razão pública enquanto exercício político legitimado na Constituição:

[...] nosso exercício do poder político é apropriado e, portanto, justificável somente quando exercido em conformidade com uma Constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente supor que todos os cidadãos subscrevam, à luz de princípios e ideais que são aceitáveis para eles[...] (RAWLS, 2020, p. 255).

No entanto, quanto ao pedido de enquadramento da prática da homotransfobia como espécie do gênero racismo entendeu incabível, frente à incompetência do Judiciário para atividade legislativa (BRASIL, 2019, p. 554). Assim, devendo alegar incompetência do STF para tal atividade frente ao respeito à estrita legalidade em matéria penal (BRASIL, 2019, p. 553).

Portanto, a forma analítica da argumentação que embasa a decisão pode ser descrita conforme abaixo:

A – Há omissão legislativa em produzir norma penal criminalizadora da prática de homotransfobia;

B – No entanto, em matéria penal aplica-se a estrita legalidade, sendo necessária lei em sentido estrito para criminalizar condutas;

C – Ampliar o entendimento da Lei 7.716/2019 seria atividade legislativa;

D – Logo, não se deve aplicar a Lei 7.716/2019 em casos de homotransfobia, em respeito ao princípio da legalidade.

Notório observar, neste caso, que a decisão do Ministro Marco Aurélio seguiu princípio constitucional de natureza técnica e procedimental, o que, novamente, atende integralmente à primeira pergunta guia deste trabalho.

Encerrando a votação, o Ministro Dias Toffoli em breves razões alegou necessidade de repudiar a discriminação e o ódio com base no Art. 3º, IV da CF/88 (BRASIL, 2019, p. 558). Assim, seguiu o voto prolatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Tendo em vista as razões exíguas, deixo de elaborar de maneira analítica.

CONCLUSÃO

Os casos analisados, como descrito anteriormente, são inegavelmente complexos, com nuances opostas na opinião pública e jurídica. Por estas razões foram escolhidos como casos difíceis para análise do comportamento da Suprema Corte em suas razões decisórias.

Foi possível observar, com base nas razões apresentadas no contexto decisório da ADI 4983/CE analisadas aqui neste trabalho, que nossa primeira pergunta guia “em que medida os Ministros do STF usam argumentos institucionais em casos difíceis?” foi frequentemente respondida de forma afirmativa, como é possível observar no quadro de resumo abaixo:

Tabela 1 – Comparação quantitativa dos votos na ADI n° 4983	
Ministros que utilizaram argumentos institucionais	Ministros que utilizaram argumentos substantivos
Marco Aurélio Mello Edson Fachin Teori Zavascki Rosa Weber Luiz Fux Celso de Mello Dias Toffoli Cármen Lúcia	Gilmar Mendes Luís Roberto Barroso Ricardo Lewandoski

Fonte: Elaborada pelo autor a partir da análise dos votos da ADI n° 4983/CE.

A maior parte da discussão se deu sobre a realidade fática de configurar ou não tortura na prática da vaquejada. Quando a resposta era entendida como positiva, as razões apresentadas objetivaram a reafirmação da jurisprudência da Corte, a qual se manifestou em afastar práticas consideradas degradantes aos animais. Quando além, os embasamentos buscaram leitura em tratados internacionais e na própria Constituição Federal.

Do mesmo modo, no julgamento da ADO 26 os principais argumentos presentes nas razões dos ministros se basearam na leitura sistemática da Constituição Federal e na jurisprudência da própria Corte, a qual traz a leitura de interpretação não restritiva do termo

“racismo”. Até mesmo a divergência seguiu a linha da argumentação institucional, ao considerar para a decisão o princípio da legalidade estrita em matéria penal consagrado na Constituição Federal. Portanto, decisão com fundamentação técnica.

Tabela 2 – Comparação quantitativa dos votos na ADO n° 26	
Ministros que utilizaram argumentos institucionais	Ministros que utilizaram argumentos substantivos
Edson Fachin	Celso de Mello
Rosa Weber	Alexandre de Moraes
Luiz Fux	Luís Roberto Barroso
Cármen Lúcia	
Ricardo Lewandoski	
Gilmar Mendes	
Marco Aurélio Mello	
Dias Toffoli	

Fonte: Elaborada pelo autor a partir da análise dos votos da ADO n° 26.

Por outro lado, registram-se também, debates menos eloquentes no contexto geral trazidos pelo Ministro Gilmar Mendes no debate da vaquejada, que em suas razões trouxe uma visão sobre as consequências da decisão alertando para a possibilidade de efeitos negativos na economia e no lazer das regiões que tradicionalmente são adeptas da vaquejada. Porém, estes argumentos vieram como reforço argumentativo, de maneira a reiterar razões públicas apresentadas, como o respeito às diferentes culturas na sociedade brasileira.

Igualmente substantivos os argumentos trazidos pelo Ministro Barroso no debate sobre a criminalização da homofobia. Contudo, toda sua sustentação trouxe como base a necessidade de atender a um ideal de razão pública, o que tornou suas próprias razões evidentes ao limite proposto em nossa segunda pergunta guia.

Logo, ainda quando utilizados argumentos substantivos, estes foram majoritariamente em respeito ao paradigma rawlsiano de razão pública proposto.

Desta forma, o que se constatou foi uma preponderância de argumentos institucionais para embasar as decisões. Evidente que os casos analisados não esgotam a atuação da Corte, não têm a capacidade e nem foram apresentados com a presunção de oferecer uma resposta definitiva. No entanto, foi possível observar certa constância na decisão do colegiado em seguir pelo caminho institucional para fundamentar seus votos.

Cabe ressaltar, todavia, que a verificação do emprego majoritário de argumentos institucionais não implica necessariamente afirmar que estas sejam boas argumentações. Argumentos institucionais podem ser bem ou mal-empregados. Como exemplo, podemos ter um silogismo no qual a premissa maior é derivada da lei e externamente justificada, no entanto, não está internamente justificada, porque a norma geral é vaga e tem subsunção não tão clara no caso concreto.

Por diversas vezes, os votos apresentaram embasamento institucional, no entanto, sem apresentar uma justificção interna que sustentasse a sua conclusão. Vejamos o exemplo do voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 4983/CE. Em pese sua argumentação tenha transcorrido de maneira a esclarecer haver indicação normativa para interpretação favorável à defesa do meio ambiente em detrimento da defesa das atividades culturais, a subsunção principal do caso (se a vaquejada configura ou não prática de crueldade) não foi internamente justificada.

Assim, não houve um embasamento fático suficiente para esclarecer a essência do debate, cuja subsunção não é clara: se a vaquejada configura ou não prática de crueldade. Ainda que sua premissa possa ser verdadeira, neste caso, externamente justificada, não houve justificção interna para esclarecê-la e sustentá-la.

Por fim, nos casos analisado, é notória a preocupação dos Ministros de dar maior preponderância aos argumentos institucionais. Neste sentido, as decisões para os casos analisados não se mostraram sensíveis às convicções particulares do Ministros, ao menos não de maneira relevante em sua argumentação.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica.** Landy Editora. 3ª Edição. 2003.

BRASIL. **Inteiro Teor do Acórdão – Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983/CE.** Supremo Tribunal Federal. Brasília, 06 de out. 2016. Disponível em: <http://https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 23/05/2021.

BRASIL. **Inteiro Teor do Acórdão – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.** Supremo Tribunal Federal. Brasília, 13 de jun. 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf. Acesso em: 23/05/2021.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro.** Diário Oficial da União, 1997, Brasília.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, 2015, Brasília.

CARTA DA TERRA. **Carta da Terra. A Carta Propriamente Dita.** 2000. Disponível em: http://cartadaterrabrasil.com.br/prt/Principios_Carta_da_Terra.pdf. Acesso em: 22/05/2021.

CEARÁ. Lei 15.299, de 08 de janeiro de 2013. Diário Oficial do Estado do Ceará, 2013, Fortaleza.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política.** WMF Martins Fontes, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentation and Interpretation in Law.** Ratio Juris, Vol. 6, No 1, (p. 16-29), 1993.

RAWLS, John. **The Idea of Public Reason Revisited.** The University of Chicago Law. Vol. 64, No 3 (Summer), p. 765-807, 1997.

_____. **O Liberalismo Político.** WMF Martins Fontes. 1ª Edição. 3ª Tiragem. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo Jurídico: Textos em debate.** Editora Saraiva, 2011.

SHECAIRA, Fabio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Editora PUC Rio, 2016.

STRUCHINER, Noel. **Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos Psicológicos da argumentação jurídica.** Transcrição da palestra proferida na UNB.