

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-757-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registrar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O CASO DAS VAQUEJADAS À LUZ DA LEI DE PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

THE VAQUEJADAS CASE IN THE LIGHT OF ROBERT ALEXY'S WEIGHT FORMULA

Daniel Machado Gomes ¹

Frederico Jacinto Cardoso Gazolla ²

Resumo

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou o caso das vaquejadas que se desenrolou em torno da oposição entre a proteção das manifestações culturais e dos animais. A decisão seguiu a solução apontada pelo Ministro Barroso que utilizou a lei da ponderação de Robert Alexy. Por isso, o presente artigo se debruça sobre a análise da proposta de Alexy para os casos de colisão de normas, para compreender a aplicação desta teoria e seus pressupostos. O trabalho empregou a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O estudo conclui que o STF solucionou adequadamente o caso das vaquejadas através da técnica da ponderação.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Princípios, Regras, Patrimônio cultural, Direito dos animais

Abstract/Resumen/Résumé

Recently, the Federal Supreme Court judged the vaquejadas case that unfolded around the opposition between the protection of the cultural manifestations and the animals. The decision followed the solution pointed out by the Minister Barroso who used the weight formula of Robert Alexy. Therefore, the present article focuses on the analysis of Alexy's proposal for cases of collision of norms, in order to understand the application of this theory and its assumptions. The analysis used the bibliographical and jurisprudential research. The study concludes that the Federal Supreme Court adequately solved the case of the vaquejadas through the weight formula.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Principles, Rules, Cultural heritage, Animal rights

¹ Doutor em Filosofia pelo IFCS. Mestre em ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, da Universidade Católica de Petrópolis.

² Advogado. Especialista em Processo Civil. Professor Convidado da Universidade Católica de Petrópolis. Mestrando em Justiça e Direitos pela Universidade Católica de Petrópolis. Petrópolis/RJ.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou o caso das vaquejadas que se desenrolou em torno da oposição entre a tutela das manifestações culturais e a proteção dos animais. A decisão seguiu a solução apontada pelo Ministro Luís Roberto Barroso que utilizou a lei da ponderação de Robert Alexy. Por isso, o presente artigo se debruça sobre a análise da proposta de Alexy para os casos de colisão de normas, a fim de compreender a aplicação desta teoria e os seus pressupostos. O artigo tem dois objetivos principais, o primeiro é expor os conceitos centrais que definem o pensamento de Alexy tais como norma, regras, princípios, ponderação. O segundo objetivo do trabalho é demonstrar a racionalidade e adequação da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da lei que permitia as vaquejadas por considera-las uma manifestação cultural. O tema se justifica pela necessidade de serem estudadas soluções para os conflitos entre direitos fundamentais que se multiplicam, especialmente, no âmbito do STF. O trabalho emprega como metodologia a pesquisa de jurisprudência qualitativa, analisando a decisão do Supremo sobre as vaquejadas, além da pesquisa bibliográfica em livros e revistas cujo marco teórico é a obra de Robert Alexy

O estudo que segue se encontra dividido em quatro partes, na primeira é apresentado o conceito de norma de direito fundamental e sua divisão em regras e princípios na prestiva de Alexy. A segunda parte do texto enfoca os casos de colisão de regras e princípios e suas respectivas soluções à luz da lei da ponderação, técnica que permite que se alcance uma decisão com mais correção ou racionalidade, logo, mais justa e adequada ao caso concreto analisado. A terceira e última parte do artigo analisa a solução dada pelo STF no caso das vaquejadas, prática em que há a submissão de bovinos e danos aos animais envolvidos - ao boi perseguido pelos vaqueiros e aos cavalos que servem de montaria para tal perseguição. Nesta última divisão, serão examinados os argumentos do voto do Ministro Barroso que utilizou a teoria da ponderação proposta por Robert Alexy, sendo acompanhado por seus pares que votaram pela inconstitucionalidade da lei cearense, resultou em um enunciado de precedência determinante para solução da questão.

2 NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

A obra de Robert Alexy é extensa, contando com mais de 120 artigos produzidos e três livros monográficos: *Teoria da Argumentação Jurídica*, *Teoria dos Direitos Fundamentais* e *Conceito e Validade do Direito*. Seus livros revelam os “três elementos fundamentais” da teoria de Alexy: o discurso jurídico; a teoria dos direitos fundamentais e o conceito de direito. Assim, antes de passar à análise da ponderação entre normas, Alexy se preocupa em conceituar norma, já que esta palavra é empregada em diversos sentidos, de “regra”, “mandamento”, “preceito”, todavia, sempre marcado por sua vagueza¹. É necessário portanto que se alcance um conceito sólido o suficiente para se construir bases para análises futuras. Da mesma forma, é necessário que seja flexível (ou frágil)² o suficiente para se permitir adequação aos mais diversos casos apresentados

Alexy difere normas de enunciados normativos. Norma é o significado de um enunciado normativo. Normas podem ser expressadas de diversas maneiras, como o texto de lei, o comando de um oficial de trânsito, um semáforo. O enunciado normativo será, portanto, o texto da norma incorporado em determinado ordenamento jurídico. Norma é, portanto, um conceito primário de enunciado normativo (ALEXY, 2015, p. 54). Toda norma poderá ser expressa por um enunciado normativo, bem como por diversas outras formas. Já um enunciado normativo deverá, necessariamente, observar requisitos de formalidade para compor o arcabouço legal do sistema jurídico em que está inserido.

Feita a breve diferenciação, analisa-se o conceito de norma de direito fundamental. Partindo de uma abordagem concreta, devem ser observados os conceitos de norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental. Alexy pontua que a referida diferenciação deverá ter por base critérios estruturais, substanciais ou formais. Para nós, importa a terceira, dada a plena aplicabilidade de tal conceituação às disposições constitucionais brasileiras.

¹ Na linguagem de Kelsen, a vagueza é chamada de “causa da relativa indeterminação”; na linguagem de Hart, é chamada de “causa da textura aberta”.

² Sugere que se busque um modelo de norma que, de um lado, seja sólido o suficiente para constituir a base das análises que se seguirão e, de outro lado, suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número possível de decisões no campo dos problemas mencionados. Essas exigências são satisfeitas por um modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias sobre validade (ALEXY, 2015, p. 54).

O critério formal de diferenciação de normas e disposições fundamentais apontado por Robert Alexy se refere à forma de positivação. Segundo esse critério, são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado "Os Direitos Fundamentais" (arts. I Q a 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido. Todavia, o que é abrangido por esse critério é ainda muito estreito. Não há dúvidas de que há uma série de outras disposições da Constituição alemã que expressam normas de direitos fundamentais, como, por exemplo, a do art. 103, § I Q, que garante a todos o direito de serem ouvidos pelo Judiciário (ALEXY, 2015, p. 68).

As disposições do Título II da Constituição brasileira de 1988 são, portanto, disposições de direitos fundamentais, além de uma infinidade de outras disposições normativas no direito brasileiro que versam sobre tais direitos. Há que se remeter a cláusula de abertura do §2º do Art. 5º da CRFB/88, sendo exemplos de disposição de direito fundamental o comando do Art. 225 e 226 da Carta Constitucional brasileira³⁻⁴ (direitos fundamentais de terceira geração).

Na visão de Alexy, portanto, é correto afirmar que são disposições de direitos fundamentais aquelas contidas no Título II da CRFB/88, bem como aquelas outras que se encontram ao longo da redação da Magna Carta, tais como as disposições dos Arts. 225 e 226. Normas de direitos fundamentais, por outro lado, seriam aquelas normas diretamente expressas por tais disposições. Apresentado o conceito de norma de direito fundamental, passa-se à análise da subdivisão em regras e princípios, para, após, tratarmos dos casos de colisão.

2.1 A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Conceituada a norma de direito fundamental, é necessário analisar sua estrutura. Diante da vasta gama de teorias, Alexy (2015, p. 85-86) prefere aquela em que as normas de direitos fundamentais têm sua estrutura definida por regras e princípios. Partindo da conceituação de Ronald Dworkin (2002, p. 39-40), regras possuem em sua aplicação uma forte característica de “tudo ou nada”. Isso significa dizer que ou se cumpre uma norma ou não se cumpre. Quando as circunstâncias do enunciado da regra ocorrem, ou esta seria válida

³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

e suas consequências deveriam ser aceitas de imediato, ou seria inválida, situação em que nenhuma medida poderia solucionar o conflito (ALEXY, 2014, p. 200). Regras podem conter as chamadas cláusulas de exceção, o que não invalida o seu caráter absoluto (ou do tudo ou nada). Cite-se como exemplo uma situação comum no ambiente escolar: alunos somente podem deixar a sala de aula mediante o toque do sinal. Ora, caso um aluno deixe a sala de aula sem o toque do sinal, estaria violando a regra; todavia, a regra poderá conter exceções. Imaginemos que “todo aluno somente poderá deixar a sala após o toque do sinal”, porém, a regra contenha duas exceções: “alunos poderão deixar a sala de aula mediante autorização do professor responsável pela turma”; ou então, “alunos poderão deixar a sala de aula ao soar do alarme de incêndio”. É evidente a abstenção imposta pela regra. Porém, diante de circunstâncias específicas, desde que previstas, um aparente “descumprimento” não invalidaria seu caráter absoluto. As exceções integram a regra. Ocorrendo a exceção, forçosamente se cumpre a regra à qual a exceção pertence. O comando inicial, portanto, não seria aplicável. Mesmo podendo as exceções ser bem numerosas, seria possível, pelo menos teoricamente, mencioná-las integralmente (ALEXY, 2014, p. 200). Registre-se, ainda, que a aplicação de regras em um determinado caso poderá ser invalidada em razão de determinado princípio. Tal ocorrência, no entanto, não invalida a regra, muito menos o seu caráter “tudo ou nada”.

Regras são, portanto, comandos permissivos ou proibitivos, de menor grau de generalidade e positivados em um determinado ordenamento jurídico. Princípios, por outro lado, são marcados por forte amplitude. Princípios são normas que determinam o cumprimento de algo na maior amplitude possível diante das inúmeras possibilidades de fato e de direito que possam ser observadas. São, portanto, mandamentos de *otimização* do ordenamento jurídico. Alexy (2015, p. 90) utiliza uma conceituação ampla de princípio, ou seja, poderão ter um viés permissivo ou proibitivo. Tais mandamentos podem ser cumpridos em diversos graus, haja vista seu cumprimento depender de questões de fato e questões de direito. Tudo dependerá das regras e dos princípios incidentes no caso concreto. Da mesma forma, em razão de sua vagueza, são possíveis em princípio, várias soluções. Por tal razão, os princípios são mandamentos de otimização, de maior grau de generalidade, mas não necessariamente positivados e dotados de forte carga deontológica e até axiológica. Para Alexy (2015, p. 99), se caracterizam ainda como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.

A distinção entre regras e princípios pode ainda ser evidenciada em seu caráter *prima facie*. Ocorrendo as situações previstas em determinada regra, ocorrerão as consequências jurídicas. A regra inserta no Art. 121 do Código Penal⁵ brasileiro é um exemplo claro de uma regra que impõe uma abstenção. Ao impor uma pena à prática do homicídio, está clara a sua consequência jurídica: reclusão de seis a vinte anos. Há aqui um “dever ser definitivo ou real”. Quem pretender afastar tal enunciado com base em regras previstas (como por exemplo, as causas de excludentes de culpabilidade e punibilidade) ou princípios, necessariamente deverá apresentar a devida e fundamentada argumentação. A carga argumentativa não é objetivo deste ensaio.

Princípios possuem um aspecto diferente. O seu caráter abstrato e geral implicam, necessariamente, em sua amplitude. Além de seu caráter de otimização, há aqui um “dever ser ideal”. Um dever ser ideal exige o cumprimento mais amplo e aproximado possível de algo. Este dever ser é o que define o caráter *prima facie* dos princípios. Para a realização de um princípio são necessárias possibilidades fáticas e jurídicas, além de outros princípios.

Em suma: regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2015, p. 91).

Norma, na medida de seu conteúdo mandamental (permissivo ou proibitivo) é gênero, no qual as regras (de menor grau de generalidade e positivadas) e os princípios (de maior grau de generalidade, não necessariamente positivados e dotados de forte carga deontológica e até axiológica) são espécies. Essa visão de princípio é a visão clássica de Dworkin. Para Alexy, todavia, os princípios se caracterizam ainda como mandamentos de otimização (ALEXY, 2015, p. 91-92).

⁵ Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

3 AS COLISÕES DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Ponto de particular relevância na diferenciação entre regras e princípios é a ocorrência de colisões entre regras e entre princípios. Ambas as normas em uma aplicação isolada são válidas. Porém, há casos em que sua aplicação de forma conjugada leva a resultados inconciliáveis entre si. Formam-se dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. As normas se distinguem, portanto, pela forma de solução do conflito (ALEXY, 2015, p. 92).

3.1 COLISÃO ENTRE REGRAS

De forma geral, havendo conflito entre regras, a solução é alcançada por meio de cláusulas de exceção inseridas em uma destas, permitindo a solução do conflito. Neste caso, ambas as regras permanecem válidas. A harmonia pode ser alcançada ainda através da declaração de invalidade de uma das regras, o que deverá ser adotado caso não seja possível a inserção de cláusulas de exceção em uma das regras. Diante de tal declaração de invalidade, deverá a norma inválida ser retirada do ordenamento jurídico.

Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não se sujeita à graduações. A norma jurídica é válida ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida (ALEXY, 2015, p. 92).

Dois juízos de dever-ser real contraditórios entre si não podem ser válidos. Diante de consequências jurídicas concretas contraditórias, ou se insere uma cláusula de exceção em uma das regras ou se invalida uma das regras. Diante de tais orientações, surge o questionamento: em caso de conflitos de regra, qual regra deverá sofrer exceção ou anulação? Alexy aceita o teorema de Dworkin (ALEXY, 2014, p. 214). Em casos de colisão de regras sem cláusula de reserva em princípios, deverá ser utilizado o critério do “tudo ou nada” (ALEXY, 2015, p. 93): (i) regra hierarquicamente superior derroga regra inferior⁶; (ii) regra especializada derroga regra geral (ou genérica); (iii) regra contemporânea derroga regra antiga. Havendo regras com cláusula de reserva em princípios, somente uma será aplicável.

⁶ É o que ocorre, por exemplo, quando uma Lei estadual é anulada em virtude de incompatibilidade com Lei Federal.

Quando o princípio que apoia uma regra cumpre a cláusula de outra regra, somente uma é aplicável, não a outra. A partir da descrição da situação em que a inaplicabilidade ocorre, podem-se obter nesse caso as características para a formulação de uma exceção, reduzindo, assim, possíveis contradições entre regras. A aplicação de regras se dá, portanto, pela subsunção. (ALEXY, 2014, p. 214).

3.2 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

A solução para colisão de princípios se dá de maneira diversa das regras. É que, por diversas vezes, registra-se a ocorrência de princípios permissivos que colidem com princípios proibitivos. Nestes casos, um dos princípios deverá ceder, sem que, contudo, o princípio cedente seja declarado inválido. Da mesma forma, não é possível inserir em um dos princípios uma cláusula de exceção como é feito em casos de conflitos de regras.

Em verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2015, p. 94) (DWORKIN, 2002, p. 40-43).

Antes de se adentrar a análise do modelo de solução, Alexy (2014, p. 191-193) anota uma série de críticas formuladas à sua teoria. Dentre estas, destaca a crítica da irracionalidade realizada por Habermas e Schlink. Para estes, a técnica não possui objetividade e racionalidade. Habermas é crítico da ausência da racionalidade, afirmando: Uma vez que faltam critérios racionais a ponderação se executa ou de forma arbitrária ou de forma irrefletida, de acordo com padrões e ordens de precedência habituais (ALEXY, 2014, p. 199, nota 24).

Na mesma linha de raciocínio, Schlink ataca suposta subjetividade:

Nos exames de proporcionalidade em sentido estrito só pode por fim entrar em jogo a subjetividade daqueles que os realizam [...]. As operações de valoração e ponderação do exame da proporcionalidade em sentido estrito só podem [...] enfim ocorrer de forma decisionista (ALEXY, 2014, P. 199, nota 25).

A solução de conflitos de princípios proposta por Robert Alexy se dá através do sopesamento de princípios e análise de seus respectivos pesos. A essa técnica dá-se o nome de Lei da Ponderação ou Lei de Colisão, aquela tratada na obra *Teoria Discursiva do Direito* e esta na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Assim como o Supremo Tribunal Federal brasileiro⁷, o Tribunal Federal Alemão se depara dia a dia com tensões entre deveres e garantias constitucionalmente amparadas. Alexy (2015, p. 95) cita a conclusão do Tribunal Alemão: “Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, ‘por si só, de prioridade’. O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’”.

A lei da ponderação proposta preconiza que “quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio” (ALEXY, 2014, p. 200, nota 27). Observa-se três níveis: (i) avaliar o grau de descumprimento ou de interferência um princípio em outro; (ii) identificar o grau de importância de cumprimento do princípio oposto; e (iii) identificar se o grau de importância de cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele. Para todos níveis é possível a emissão de um juízo racional.

A chamada de "lei de colisão" é um dos fundamentos da teoria dos princípios formulada por Robert Alexy. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores (Aqui é necessário apenas salientar que, ao estabelecer relações concretas de precedência, a lei de colisão conduz a uma dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos, isto é, não a preferências e cedências generalizantes. Assim, nos termos dessa lei, o estabelecimento de uma restrição não é uma questão tudo-ou-nada [como nas regras], mas um problema de "afastamento do direito fundamental em relações individuais") (ALEXY, 2015, p. 99).

⁷ Cite-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.893 CE, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

Observe-se que a lei de colisão prevê que princípios, de maneira isolada (P1 e P2) tem sua aplicabilidade preservada e sua precedência assegurada. Em casos de colisão, deve-se sopesar o peso de tais princípios conforme as circunstâncias (C). Logo, P1 poderá prevalecer sobre P2 diante de circunstância C; da mesma forma, P2 poderá prevalecer sobre P1 diante de determinada circunstância C'.

Esse "conflito" - como o Tribunal Constitucional Federal Alemão costuma chamar esse tipo de colisão - não é solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas (princípios), mas por meio de "sopesamento", no qual nenhum dos princípios - nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal chama-os de "valores constitucionais" - "pode pretender uma precedência geral". Ao contrário, é necessário "decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais". Uma descrição mais inequívoca de uma colisão entre princípios dificilmente seria possível. Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto. É necessário notar, neste ponto, que à já mencionada variedade de formas de se denominar os objetos do sopesamento deverá ser acrescentada mais uma, a dos "valores constitucionais".

Essa relação de precedência é interessante, porque nela se sustenta apenas uma precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual é permitida. A condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções (ALEXY, 2015, p. 100-101).

4 O CASO DAS VAQUEJADAS

Ilustrando a forma de decidir (terceiro passo) proposta por Alexy, podemos avaliar o julgamento da ADI 4.893 CE, onde se decidiu a constitucionalidade da Lei Estadual nº 15.299 de 08 de janeiro de 2013, que regulamentou a prática das vaquejadas como manifestação desportiva e cultural no Estado do Ceará.

A origem das vaquejadas remonta às práticas pecuárias nordestinas dos séculos XVII e XVIII (CASCUDO, 1976). À época, as fazendas de pecuária bovina não tinham sua extensão delimitada por cercas. Por essa razão, vaqueiros eram convocados por fazendeiros para separar seus bois e vacas que se misturavam aos de outras fazendas. Essa prática era

conhecida como “apartação”. A atividade evoluiu, ganhando contornos de evento festivo. Na década de 1940, vaqueiros da região nordeste começaram a divulgar suas habilidades na lida com o rebanho, por meio de uma atividade que ficou conhecida como “corrida de morão” (ALVES, 1986). Era realizada nos pátios das fazendas, já agora delimitadas e cercadas. Após alguns anos, fazendeiros nordestinos começaram a promover uma competição de derrubada de bois, onde vaqueiros vencedores recebiam como prêmio uma quantia em dinheiro. Essas competições passaram, então, a ser chamadas de vaquejadas.

Nas últimas décadas do século passado, a vaquejada evoluiu, ganhando contornos de prática esportiva, na qual dois competidores, montado em cavalos perseguem um bovino em disparada. A perseguição ocorre em uma pista delimitada, após o boi ser solto do “brete”, local de clausura antes do início da prova. O objetivo é a derrubada do animal dentro de uma área delimitada entre duas linhas feitas geralmente a cal, denominada “faixa”. Após o animal ser solto, os dois vaqueiros competidores correm paralelamente entre si e lateralmente ao boi, um de cada lado. Cada um deles tem funções determinadas. O “vaqueiro-esteireiro” é responsável por direcionar o boi ao longo da pista, emparelhando-o com o “vaqueiro-puxador”.(Próximo à “faixa”, o vaqueiro-esteireiro recolhe a cauda do animal e a entrega ao vaqueiro-puxador, para que este, tracionando-a e torcendo-a lateralmente, derrube o boi dentro do espaço demarcado (BRASIL, 2016, p. 32). Após a derrubada, caso o boi fique, ainda que por curto momento, com as quatro patas para cima antes de se levantar, o juiz declara ao público “Valeu boi!” sendo concedida a respectiva pontuação. Se o boi caiu, mas não ficou com as patas para cima, o juiz anuncia “Zero Boi!”, e a dupla não pontua (BRASIL, 2016, p. 33).

O Procurador Geral da República apresentou diversos laudos técnicos que comprovam que prática provocam consequências nocivas à saúde dos bovinos, tais como fraturas nas patas, ruptura dos ligamentos e dos vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo e até seu arrancamento, das quais resultam comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental (BRASIL, 2016, p. 5).

Diante da tensão entre a proteção ao patrimônio cultural x proteção aos animais e ao meio ambiente equilibrado, o princípio da proteção aos animais, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o princípio da proteção aos animais (P1) tem precedência sobre a manifestação cultural (P2). No caso apreciado, a Corte Suprema concluiu que a prática das

vaquejadas é incompatível com o ordenamento constitucional vigente, declarando, por conseguinte, a inconstitucionalidade da regra estadual. Nesse sentido, vale o enunciado de preferência (P1 **P**⁸ P2) C. C é composto por quatro condições (prática cruel / danos aos animais / impossibilidade de caracterização da manifestação cultural / grave risco). A regra C → R, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático, com a seguinte estrutura: T1 e T2 e T3 e T4 → R. Ou seja: uma prática cruel (T1), que importa em danos aos animais (T2), cuja alteração implica em sua descaracterização como manifestação cultural (T3), e que submete os animais à grave risco (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais (BRASIL, 2016).

De tal sopesamento restou o seguinte de preferência condicionada⁹, conforme proposto pelo Eminentíssimo Ministro Barroso: “manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada” (BRASIL, 2016).

Evidente que os “pesos” de tais circunstâncias devem ser avaliados de forma racional. Alexy cria, então, a chamada “fórmula do peso”. Para a solução de tais casos, onde pontos estruturais devem ser pesados, a resposta advém de uma escala triádica leve-média-grave (ALEXY, 2014, p. 194). De tal análise, conclui-se a intensidade de interferência de um princípio em outro¹⁰. Tais valores, necessariamente, deverão ter uma atribuição de valor, ou seja, uma atribuição numérica. Uma possibilidade simples, conforme propõe o Autor, é a progressão geométrica 2⁰, 2¹ e 2², ou seja, 1, 2 e 4.

Aplicando-se a fórmula dos pesos ao caso das vaquejadas, teríamos a intensidade da interferência (*Ii*) no princípio da proteção aos animais (*Pi*) como grave (*s*). A importância da proteção às manifestações culturais (*Pj*) das vaquejadas (*Ij*) em razão de seu contexto histórico-social, como de valor médio (*m*). Se introduzirmos, para *s* e *m*, os valores

⁸ O símbolo **P**, proposto por Alexy (2015, p. 101-102), significa relação de precedência.

⁹ Como afirma Robert Alexy, “de acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas [geradas pelo sopesamento] decorrem regras, que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalecente. Nesse sentido, a fundamentação de enunciados de preferência é uma fundamentação de regras relativamente concretas, que devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais”. (ALEXY, 2008, p. 165).

¹⁰ Estabelecendo-se a intensidade da interferência, por exemplo, como leve e o grau de importância do motivo da interferência como alto, pode o resultado do exame da proporcionalidade ser designado, com o Tribunal Constitucional Federal, como “evidente”. (ALEXY, 2014, p. 193).

correspondentes da progressão geométrica exposta acima, o peso concreto de P_i (G_i, j)¹¹ assume o valor $4/2$, ou seja, 2. Se, ao contrário, I_i fosse m e I_j fosse s , o valor seria $2/4$, ou seja, $1/2$. A precedência de P_i é assim expressa através de um peso concreto maior que 1, a de P_j através de um peso concreto menor que 1. Justifica-se, portanto, a precedência de um princípio sobre o outro.

A conclusão proposta por Alexy comporta inúmeras discussões, todavia é evidente a sua racionalidade. A possibilidade de discussão de uma matéria não significa sua irracionalidade, ao contrário. “A fundamentabilidade, independentemente do fato de ela não poder ser identificada com a provabilidade, implica racionalidade e com isso uma objetividade que se localiza entre a certeza e o arbítrio” (ALEXY, 2014, p.197).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diariamente incitado a solucionar choques entre regras e tensões entre princípios, o Supremo Tribunal Federal aplica diferentes técnicas para julgar tais questões. No caso das vaquejadas o STF empregou a técnica da ponderação entre princípios determinada pela teoria de direitos fundamentais de Robert Alexy. Por isso, o artigo analisou os principais pontos da teoria de Alexy como o conceito de norma de direito fundamental, apresentando sua amplitude seja como regra, seja como princípio que é um comando aberto, de textura ampla.

Na sequência foi exposta a solução prevista por Alexy para solucionar conflitos de normas. No caso das regras foi apontado que a solução se dá na base do tudo ou nada: ou a regra é compatível com o ordenamento jurídico ou não é, sendo invalidada nos casos de regras sem cláusula de reservas. No caso dos princípios, os mesmos passam a ter exigibilidade, não apenas carga interpretativa. São verdadeiros mandados de otimização, evidenciando que algo seja (ou não) praticado na maior extensão possível. Quando os princípios entram em conflito, aplica-se a lei de ponderação e colisão formulada por Robert Alexy que não limita a diferenciação de princípios “conforme o caso”, avaliando-se a proporcionalidade e adequação, por exemplo.

¹¹ A forma simples da fórmula do peso prevê: $G(i,j) = I_i/I_j$.

A terceira e última parte do texto tratou da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da lei do Ceará que protegia as vaquejadas como manifestação cultural. O Supremo aplicou a teoria de Alexy para concluir pela inconstitucionalidade lei cearense nº 15.299 de 08 de janeiro de 2013. Sob a ótica dos ministros, os vigentes comandos insertos em nossa Carta Magna não admitem as práticas reguladas pela citada lei estadual cearense. Neste sentido se percebe que as práticas na vaquejada são incompatíveis com a Carta Constitucional de 1988, por se tratar de verdadeira prática cruel em relação aos animais envolvidos.

Por todo exposto, foi identificado que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy propõe uma saída racional para os conflitos entre princípios com base em um método que garante a correção e adequação das decisões judiciais. Evita-se, portanto, que o magistrado decida conforme sua convicção. No julgamento da inconstitucionalidade da lei que protegia as vaquejadas como manifestação cultural no Ceará, o STF aplicou corretamente o sopesamento através da análise dos princípios.

Assim, conclui-se que, pelo sistema de pesos proposto por Alexy, se alcança uma solução racional e fundamentada nos conflitos entre princípios – o que implica, portanto, na objetividade e certeza da decisão arbitrada.

A pesquisa comprovou a correção do julgamento vaquejadas, já que no caso concreto foi decidido em favor da proteção animal em face do patrimônio histórico, por causa das lesões graves causadas aos animais envolvidos na prática das vaquejadas, que inclusive podem levar ao sacrifício de bois e de cavalos.

Assim, a proteção dos animais deve prevalecer, mesmo que a vaquejada seja parte do patrimônio cultural e que tenha uma origem muito antiga - iniciada por vaqueiros nordestinos nos idos dos séculos XVII e XVIII e que ganhou contornos de prática esportiva. Por fim, há que se reconhecer a racionalidade e correção do método de Robert Alexy, sendo este seguro e à pacificação de tensões entre princípios, notadamente, aqueles que compõem a estrutura de normas de direitos fundamentais.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, Revista de Direito Administrativo n. 217, 1999.

_____. Constitucionalismo Discursivo. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. Teoria Discursiva do Direito. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense. 1ª. Ed, 2014.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2ª. Ed, 2015.

ALVES, Celestino. Vaqueiros e Vaquejadas. Natal: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico. 1. ed. São Paulo: Editora UNESP; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Requerente: Procuradora Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunais de Justiça dos Estados e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.983 CE. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Ceará e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 06 de outubro de 2016.

CASCUDO, Luís Câmara. A Vaquejada Nordestina e sua Origem. Fundação José Augusto: Natal, 1976.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAIA, Isabela Rebouças; CARNEIRO, Wálber Araújo. O que é isto – ponderação de princípios? XII SEPA - Seminário Estudantil de Produção Acadêmica, UNIFACS, 2013. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa>.