

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM "LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO" E "O CONCEITO DO DIREITO" tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na “resposta correta” em Dworkin e na “correção da interpretação”, proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a “lei do sopesamento” de Robert Alexy que se propõe a determinar qual “deve ser” o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das “rinhas ou brigas de galo”; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO
CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY**

**DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY Nº 1,856/RJ – A CRITICAL
ESSAY OF THE THOUGHT FROM ROBERT ALEXY**

Ana Carolina Leroy Macedo ¹

Resumo

A “lei do sopesamento” de Robert Alexy se propõe determinar qual “deve ser” o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios. Isso pode ser visto na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das “rinhas ou brigas de galo”. Dessa forma, pretende-se afirmar a utilização da “lei do sopesamento” nas decisões brasileiras, utilizando-se o método do estudo de caso, para apresentar os principais argumentos trazidos pelo STF sobre os princípios de proteção à cultura e proteção do meio ambiente.

Palavras-chave: A lei do sopesamento, Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.856/rj, Princípios, Proteção da cultura, Proteção do meio ambiente

Abstract/Resumen/Résumé

The "law of sopesamento" by Robert Alexy proposes determining which "should be" the principle to be used in case of collision between principles. This can be seen in decision given by the Supreme Court (STF) in 2011 in the Direct Action of Unconstitutionality nº 1,856/RJ, when the Supreme Court decided on the distressful problem of the “cockfights”. So, has the intended to affirm the use of “law of sopesamento” in Brazilian decisions, using the case study method, for present the main arguments brought by the STF about the principles of the protections: of the culture and of the environment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The law of sopesamento, Direct action of unconstitutionality nº 1,856/rj, Principles, Protection of the culture, Protection of the environment

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna, Advogada.

1. Introdução

As rinhas ou brigas de galo, como bem sabido, tratam-se de crime ambiental, pautado pela legislação brasileira (Lei nº 9.605/98, art. 32). Entretanto, há regiões do Brasil, como o caso do estado do Rio de Janeiro, que consideram essa prática como cultural/folclórica.

Foi por isso que o estado do Rio de Janeiro, com a Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, estabeleceu a legalização de tal prática, por se tratar de parte da cultura local.

Com isso, o Procurador-Geral da República, no uso de suas atribuições, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, qual seja, ADI nº 1.856/RJ, no Supremo Tribunal Federal, para que fosse tal lei, promulgada pelo estado do Rio de Janeiro, considerada inconstitucional, pois se avultaria contrária ao disposto na Constituição da República de 1988, em seu artigo 225, § 1º, inciso VII (a proteção ao meio ambiente).

Dessa forma, pretende-se, por meio do presente trabalho, discutir a existência, mesmo que não descrita, da utilização da “lei do sopesamento” de Robert Alexy na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.856/RJ, do Supremo Tribunal Federal, uma vez que neste caso houve colisão de princípios, quais sejam, princípio à proteção da cultura e princípio à proteção do meio ambiente.

Para tanto, procedeu-se, em um primeiro momento, a uma breve consideração acerca da “lei do sopesamento” de Robert Alexy, passando-se à análise concisa das proteções à cultura e ao meio ambiente, para, em segundo momento, analisar os principais argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.856/RJ, utilizando-se, assim, o método do estudo de caso.

2. A lei do sopesamento de Robert Alexy

Robert Alexy, no seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, desenvolve uma nova concepção do que venham a ser Princípios, estes que, nas explicações de Leticia Vita, se caracterizariam pelo “hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y porque la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas. En ese

sentido, los principios aspiran para Alexy a ser efectivos en la mayor medida posible¹” (VITA, 2015, p. 67).

Nesse viés, Alexy formula uma lei, denominada de “lei do sopesamento”, capaz de determinar, como regra, qual “deve ser” o princípio a ser utilizado, quando houver colisão entre eles, em um caso concreto, buscando “uma eficácia recíproca entre os princípios em colidentes” (BONATO, 2015, p. 204), não bem demonstrado pelo próprio Robert Alexy:

(1) A lei do sopesamento demonstra que princípios são mais que meros *topoi*. Não é possível, de forma não-criteriosa, recorrer ou deixar de recorrer aos princípios. Se eles são relevantes, eles devem ser levados em consideração. No caso de uma colisão, é necessário um sopesamento, no qual se deve indagar se a importância da satisfação de um princípio justifica o necessário grau de não-satisfação de um outro. Embora isso não determine o resultado, a fundamentação é impulsionada na direção de uma estrutura racional. (ALEXY, 2008, p. 568/569)

Na tentativa de maior compreensão acerca desta lei do sopesamento, Alexy explica que argumentos podem ser levados à tona em um caso concreto, sem, necessariamente, estarem relacionados ao sopesamento em si, uma vez que “é possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica” (ALEXY, 2008, p. 171), para solucionar o conflito ali existente.

Para o autor, portanto, os princípios possuem força de norma, em que pese serem “mandados de otimização”. Tais mandados são determinados por “poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 90).

Assim, considera que o conflito entre princípios, ao se realizar o sopesamento, “são resolvidos pela importância (o peso argumentativo ou axiológico) que demonstram, na ponderação (segundo Alexy), para resolver o caso concreto” (SAMPAIO, 2013, p. 366), o que pode ser melhor entendido através das elucidações de Marina Soares:

No que tange aos princípios, a colisão entre eles é solucionada de distinta forma. Havendo colisão, deles terá que ceder. Todavia, isso não quer dizer “que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”. Um dos princípios terá precedência sobre o outro no caso concreto, através do sopesamento de interesses e, alteradas as condições, pode ser que a questão seja solucionada de forma oposta. (SOARES, 2013, p. 15)

¹ Tradução livre: “fato de que eles podem ser atendidos em diferentes graus e porque a extensão de seu devido cumprimento depende das possibilidades reais e legais. Nesse sentido, os princípios para Alexy aspiram ser eficazes na medida do possível”.

Ao fazer a ponderação de princípios, com a lei do sopesamento, chegar-se-á em um resultado que se tornará uma “regra de precedência condicionada”, em que “sempre que um princípio for uma razão para um julgamento, esse princípio será, em última instância, razão para uma regra que expressa uma razão definitiva para o julgamento” (SAMPAIO, 2013, p. 395). Assim, pois, os princípios seriam, em si, razões “*prima facie*”².

Importante destacar que Alexy reconhece que os princípios “podem abarcar tanto os direitos individuais quanto os interesses coletivos, surgindo também colisão entre eles, sem que se possa *prima facie* determinar a prevalência dos primeiros sobre os segundos e vice-versa” (NEVES, 2014, p. 69).

Robert Alexy, portanto, não apenas inovou em seu próprio país, como também proporcionou uma “lei” capaz de ultrapassar fronteiras, “como se fosse imediatamente válida para toda e qualquer ordem jurídica de Estado constitucional” (NEVES, 2014, p. 63):

Numa disputa que envolve direitos fundamentais contrapostos, importa, segundo a proeminente teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a ponderação entre eles, para que ambos sejam implementados na maior medida possível. Essa teoria, baseada em estudos dos julgados do Tribunal Federal Constitucional Alemão, tem sido base para a compreensão de conflitos entre direitos fundamentais em inúmeros países, seja pelos pesquisadores, seja pelos juízes dos tribunais constitucionais, seja pelos juízes de tribunais internacionais. No Brasil não é diferente. (MASTRODI, 2014, p. 581)

Dessa forma, é possível perceber, também, que o pensamento de Alexy está sendo utilizado pelo Estado brasileiro através de várias doutrinas, sem que sejam diretamente abarcadas pela nomenclatura e citação de “lei do sopesamento”, o que é realizado por Celso Lafer, ao descrever que em um estado de direito as decisões possuem a necessidade de ser abarcadas por “explicações e motivações”, cabendo nesta última “explicitar a ponderação que levou ao peso dado a tal ou qual princípio como caminho para alcançar um legítimo objetivo” (LAFER, 2015, p. 31).

² Na obra de Alexy, o mesmo considera que os “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. (...) princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (ALEXY, 2008, p. 103/104). Além disso, em outro momento de sua obra, afirma a necessidade de compreensão de que a “precedência *prima facie* existe apenas em face de outros princípios que não os da liberdade jurídica e da igualdade jurídica”, deixando de valer caso venha a colidir com eles mesmos. “Contudo, as precedências *prima facie* não excluem, de forma alguma, a possibilidade de sopesamentos, necessários em virtude da própria estrutura dos princípios” (ALEXY, 2008, p. 570).

3. As Gerações de Direitos e as proteções à cultura e ao meio ambiente

As “gerações/dimensões” de direitos tem origem com Karel Vasak³, ao dividir em três “partes” os direitos humanos (apenas como forma didática), desenvolvendo-se, no transcorrer dos períodos da história, como: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, inspirando, assim, a sua concepção. Entretanto, deve-se compreender “que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage” (PIOVESAN, 2013, p. 207).

Valerio de Oliveira Mazzuoli, explicando os ensinamentos de Paulo Bonavides e os complementando, delimita quais os conteúdos de cada uma dessas “gerações”, sendo a primeira como os “direitos de liberdade *lato sensu*”; a segunda como “igualdade *lato sensu*”; e, a terceira geração/dimensão embasados no “princípio da fraternidade”:

Essa tríade geracional tem sido referida ao longo do tempo, especialmente no plano doutrinário, tendo por base a evolução histórica pela qual passou o constitucionalismo ocidental. Nesse sentido, tem-se entendido que os direitos começaram a desenvolver-se no plano dos direitos civis e políticos, passando, num segundo momento, para o âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem assim dos direitos coletivos ou de coletividades, e culminando com a proteção de direitos como o meio ambiente, a comunicação, o patrimônio comum da humanidade etc. (MAZZUOLI, 2015, p. 902/903)

Tal concepção da divisão dos direitos humanos, deve ser entendida meramente como didática, pois os mesmos são “inerentes e convergentes para a pessoa humana, e a realização plena, por exemplo, dos direitos civis e políticos é impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais” (CARVALHO, 2013, p. 667), o que é bem explicado por Flávia Piovesan:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si. (PIOVESAN, 2013, p. 207/208)

Existem, também, doutrinadores, assim como José Adércio Leite Sampaio, que entendem ser os direitos à proteção ao meio ambiente e a proteção à cultura como de “quarta

³ Para mais informações a respeito, consultar a obra de MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 902, em citações.

geração”, entretanto, como já dito anteriormente, isso é apenas a título didático, uma vez que os determina como direitos reconhecidos à vida das presentes e futuras gerações, assim como os demais o fazem:

Seriam todos eles direitos relacionados à necessidade de garantia da vida permanente e saudável na e da Terra, compondo, genericamente, os direitos intergeracionais a uma vida saudável ou a um ambiente equilibrado, como se afirmou na Carta da Terra ou Declaração do Rio de 1992, repetindo-se no Manifesto de Tenerife; associados à proteção da cultura, conforme dispõe a cláusula 9 do Documentos Final do Encontro de Ministro da Cultura do Movimento dos Países Não Alinhados, (...) Reconhecem-se os direitos à vida das gerações futuras, a uma vida saudável e em harmonia com a natureza e ao desenvolvimento sustentável (tese dos direitos ambientais-culturais). (SAMPAIO, 2013, p. 575)

Assim, necessário explicar, em breves palavras, onde estão e quais são as proteções dadas ao meio ambiente e à cultura, por parte da doutrina brasileira.

3.1. Proteção à cultura e proteção ao meio ambiente/vida no Direito Brasileiro – breves relatos

A proteção à cultura no Ordenamento Jurídico Brasileiro é regulada pela Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 a 216-A, sendo, também, considerado um princípio constitucional fundamental, vez que “constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais” (SILVA, 2010, p. 93), além de os direitos culturais serem “informados pelo princípio da universalidade, isto é, direitos garantidos a todos (SILVA, 2010, p. 313):

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (...) (BRASIL, 2015, p. 129/130)

A doutrina vem utilizando a expressão patrimônio cultural como “conjunto dos bens e interesses que exprimem a integração do homem com o meio ambiente (tanto natural como o artificial)” (MAZZILLI, 2011, p. 189), bem como aqueles determinados pelo artigo 216 da Constituição Federal de 1988.

Assim, o direito à cultura deve ser compreendido como uma garantia do Estado a todos os cidadãos, incidindo sobre “a valorização e a difusão das manifestações culturais, enfatizando as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, e das culturas de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (CARVALHO, 2013, p. 828/829).

Já a proteção ao meio ambiente, que também é pautada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, identifica-se, logo em seu *caput*, como um direito fundamental humano, sendo, assim, uma expansão ao direito à vida:

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. (...) (BRASIL, 2015, p. 133)

Para tanto, compreende tal enunciado que “o bem jurídico *vida* depende, para a sua integralidade, entre outros fatores, da proteção ao meio ambiente com todos os seus consectários, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo” (MAZZUOLI, 2015, p. 1097) às presentes e futuras gerações. Isso por ser “o bem jurídico *vida*” considerado em “todas as suas formas, e não simplesmente de direito à vida” (CARVALHO, 2013, 840):

As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*. (SILVA, 2010, p. 849)

Merece respaldo, também, compreender qual o conceito de meio ambiente determinado pela doutrina e legislação, sendo que esta última entende ser “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 2014, p. 1456); e a primeira “considera que a interação de elementos naturais, artificiais e culturais também integra o meio ambiente” (SIRVINSKAS, 2008, p. 28):

O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, com base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis ns. 6.938/81 e 7.347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio em que as abriga ou lhes permite a subsistência. (MAZZILLI, 2011, p. 159)

Deve-se compreender, portanto, que a proteção às coisas, aos vegetais e aos animais se perfaz pela “razão de valores éticos que informam o convívio humano” (MAZZILLI, 2011, p. 160), além de ser, como dito anteriormente, “bem jurídico vida”, para a proteção da “qualidade da vida humana”.

É pertinente também, lembrar e informar que princípios que norteiam a proteção ao direito ambiental se encontram para além da esfera interna (direito brasileiro), no direito internacional, através da Conferência de Estocolmo de 1978 e ampliados pela ECO-92 (fundamentos gerais e “implementação dos princípios globais adaptados à realidade cultural e social de cada país”, respectivamente) (CARVALHO, 2013, p. 840), o que, no presente trabalho, não será objeto de análise.

4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.856 Rio de Janeiro – principais argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF), na data do dia 26 de maio de 2011, julgou e determinou a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do estado do Rio de Janeiro, em que favorecia a “prática criminosa” de atos de brutalidade contra galos de briga.

Entende-se como rinhas ou brigas de galo a “realização de atividades em recintos próprios e fechados, onde aves das raças combatentes são colocadas para se enfrentar”

(CARVALHO, 2013, p. 392/393). Tal prática, também considerada esporte, começou, na última década, a preocupar as autoridades e ambientalistas em todo o Brasil, que consideraram a prática como “crime de crueldade contra os animais, previsto no artigo 32 da Lei nº 9.605/98, cuja pena vai de três meses a um ano de detenção, além do pagamento de multa” (ESCOBAR; AGUIAR, 2012, p. 277).

Entretanto, não obstante esta lei já em vigor e a própria Magna Carta de 1988 em seu artigo 225, como visto anteriormente, o estado do Rio de Janeiro promulgou a Lei nº 2.895/98, em que permitiu e legalizou as competições entre essas aves das raças combatentes. Assim, o Procurador-Geral da República, no uso de suas funções, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ.

Por essa decisão, o STF entendeu que o fato da existência das rinhas de galo, além de constituírem crimes contra o meio ambiente, não poderiam se afirmar, como o fez a defesa do estado do Rio de Janeiro, em sendo “manifestação cultural” ou de “caráter meramente folclórico”, uma vez que submetiam os animais à crueldade, senão vejamos o que diz a “Ementa” dessa decisão:

ADI 1856 / RJ - RIO DE JANEIRO
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 26/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação
DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011
EMENT VOL-02607-02 PP-00275
RTJ VOL-00220- PP-00018
RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413
Parte(s)
REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Ementa
E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS

RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a consequente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 26.05.2011. (BRASIL, STF, 2011, p. 275/276)

Como visto acima, a abrangência à preservação ao meio ambiente já na “Ementa” do acórdão significou mais que uma menção ao “direito de terceira geração”, já “que foi objeto de *decisum* por parte da Suprema Corte, não se tratando de *obter dictum*, ou seja, de mera opinião retórica do Relator” (MAZZUOLI, 2015, p. 55).

Para tanto, há que serem analisados os argumentos trazidos por alguns ministros do STF, com o intuito de demonstrar como foram tratados a proteção ao meio ambiente e a proteção à cultura no caso acima delineado.

4.1. Argumentos de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ sobre a proteção ao meio ambiente e a proteção à cultura

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.856/RJ, tendo como Presidente o Senhor Ministro Cezar Peluso e presentes os Ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux, decidiu por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, a procedência da ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro, conforme “Extrato de Ata”.

Através do Ministro-Relator Celso de Mello, foi descrito o “Relatório” da presente ação, começando, portanto, com o porquê daquela ADI ter sido proposta pelo Procurador-Geral da República e qual seria a sua finalidade, esta que serviria para “questionar a validade jurídico-constitucional da *Lei estadual* nº 2.895, de 20 de março de 1998, *do Estado* do Rio de Janeiro” (BRASIL, STF, 2011, p. 277).

Continuou o Ministro Relator por descrever o conteúdo daquela Lei Fluminense, que teria como objetivo principal a legitimação da “realização de exposições e de competições entre aves *não pertencentes* à fauna silvestre” (BRASIL, STF, 2011, p. 277).

Expôs e transcreveu alguns dos argumentos trazidos pelo Procurador-Geral da República, esses que se embasavam na ofensa ao artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, *c/c* o §1º, inciso VII⁴ do mesmo artigo:

(...) o certo é que é inegável que a Lei Estadual nº 2.895/98 possibilita a prática de competição que submete os animais a crueldade, como é cediço dizer em se tratando de rinhas de brigas de galos, em flagrante violação ao mandamento constitucional proibitivo de práticas cruéis envolvendo animais.

Sucedede que, ao contrário de buscar proteger a fauna e a flora como medida para tornar efetivo o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e observar a vedação, na forma da lei, das práticas que submetam os animais a crueldade, atuou o legislador estadual fluminense ao largo da norma programática constitucional.

Revela-se, portanto, a antinomia entre o disposto na lei estadual e o texto constitucional, na medida em que se afastou o legislador estadual da observância ao

⁴ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. (BRASIL, 2015, p. 133/134)

princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente (art. 225, 'caput') (...). (BRASIL, STF, 2011, p. 280)

O Ministro prosseguiu o relatório, descrevendo, também em síntese, as informações (com o inteiro teor do processo legislativo em que se deu origem à Lei nº 2.895/98 do Rio de Janeiro) e manifestações pela improcedência da ADI trazidas pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que propugnou “pelo reconhecimento *da plena validade constitucional* da norma ora impugnada” (BRASIL, STF, 2011, p. 281):

(...) *É inegável que*, sob o ponto de vista social, trata-se de um forte fator de integração de comunidades do interior deste Estado, como de resto ocorre em outros Estados, a gerar, inclusive, um apreciável número de empregos, sendo que no Rio de Janeiro há, aproximadamente, 100 (cem) rinhas e mais de 70 (setenta) centros esportivos.

Sem prejuízo dessas primeiras considerações, cumpre-nos enfatizar que, no plano jurídico, ao se promover o cotejo da lei estadual, nesta via impugnada, com o preceito do art. 225, 'caput' c/c §1º, inciso VII, da lei fundamental, verifica-se que afronta incorre à norma que se extrai desse texto.

(...) *Não é de se incluírem os animais domésticos e domesticados*, nem os de cativeiro, criatórios e de zoológicos particulares, devidamente legalizados (...)

Sucedem que, na hipótese 'sub examen', pretende-se estender o objeto da tutela ambiental ao galo de briga que, consoante pronunciamento formal do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, entidade vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal (DOC. II), é considerado como ave doméstica, escapando pois, daquela de âmbito material de incidência do comando constitucional.

(...) *Na hipótese* do chamado 'galismo' as aves lutam sem qualquer interferência direta do homem; brigam por seu espírito atávico, nada havendo a força-las a combater.

Assim e sob o ponto de vista sistemático, não se vislumbra na Carta Magna qualquer regra a restringir ou mesmo vedar a atividade regulada no referido diploma legal estadual, sendo certo que, ante as circunstâncias históricas, que informaram a origem do preceito constitucional não se referem ao galismo, porém à chamada 'farra de boi', repita-se, este era o fim perseguido pelo legislador constituinte. (...). (BRASIL, STF, 2011, p. 281/283)

Já o Governador do Estado do Rio de Janeiro, em resumo, argumentou também pela improcedência da ADI, em primeiro momento por haver a inépcia da inicial ao não indicar os dispositivos da Lei Estadual que se encontrava contrária à Constituição Federal de 1988, além de estar em desacordo com o artigo 295, parágrafo único, inciso II do Código de Processo Civil de 1973, então vigente à época. Em segundo momento, arguiu que não era possível visualizar na Lei Estadual a agressão ao meio ambiente, “ou como ela desprotegeria a fauna, prejudicaria a função ecológica, provocaria extinção de espécies ou submeteria animais à crueldade por práticas” (BRASIL, STF, 2011, p. 284), conforme a Constituição Federal de 1988.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido liminar apresentado pelo Procurador-Geral da República e suspendeu “a execução e a aplicabilidade da Lei nº 2.895, de 20/03/1998, do Estado do Rio de Janeiro” (BRASIL, STF, 2011, p. 285) até o julgamento da ADI.

O Advogado-Geral da União, por sua vez, acolheu “*as manifestações da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado do Rio de Janeiro*” (BRASIL, STF, 2011, p. 286), opinando pela não procedência da ADI. Já o Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pela procedência da ADI:

(...) *Preliminar de inépcia rejeitada.* Desnecessária a impugnação específica e individualizada de cada dispositivo da lei atacada. *Inconstitucionalidade presente em todo o texto legal e demonstrada pelo autor.* Mérito. Artigo 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal. *A proibição de submissão de animais a práticas cruéis abrange todos exemplares da fauna, ainda que domesticados e em cativeiro.* Parecer pela procedência da ação. (BRASIL, STF, 2011, p. 286)

Assim, terminou o Ministro por descrever o “Relatório”, iniciando, desde logo, o seu “Voto”. Nele, o Ministro Celso de Mello ressaltou que não havia “vício” por parte da inicial, para que a mesma fosse inepta, realizando um minucioso estudo de cada uma das preliminares aventadas pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pelo Advogado-Geral da União:

(...) *Daí a completa desnecessidade da impugnação, artigo por artigo, do diploma legislativo em referência.* Cabe reconhecer, por isso mesmo, a *inteira correção formal da impugnação, que, deduzida pelo eminente Procurador-Geral da República, dirige-se a todo o complexo normativo com que o Estado do Rio de Janeiro disciplinou, no plano local, a prática da “briga de galos”.* (BRASIL, STF, 2011, p. 292/293)

Ao analisar o mérito, o Ministro Celso de Mello argumentou que se tratava de clara inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro de nº 2.895/1998. Isso tendo como fundamento “atos revestidos de *inquestionável crueldade* contra aves das Raças Combatentes (“gallus-gallus”) *que são submetidas a maus-tratos, em competições promovidas por infratores do ordenamento constitucional e da legislação ambiental*” (BRASIL, STF, 2011, p. 293):

(...) *Evidente, desse modo, a íntima conexão que há entre o dever ético-jurídico de preservar a fauna (e de não incidir em práticas de crueldade contra animais), de um lado, e a própria subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de outro.* (...) *Daí a enorme importância de que se revestem os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política que traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito*

positivo, *de uma das mais expressivas* prerrogativas às formações sociais contemporâneas.

Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, *consiste* no reconhecimento *de que todos têm direito* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (BRASIL, STF, 2011, p. 295/296)

Posicionou-se, pois, em favor da proteção do meio ambiente, através da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225, §1º, inciso VII, em que afirmou ser tal artigo forma de impedimento de atos de “práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais” (BRASIL, STF, 2011, p. 295), além de tratar-se de proteção de um “direito de terceira geração/dimensão”, com o intuito de beneficiar as presentes e futuras gerações, impedindo, assim, que espalhem na sociedade “*os graves conflitos Intergeracionais* marcados pelo *desrespeito* ao dever de solidariedade *na proteção* da integridade desse bem essencial, *comum* a todos quantos compõem o grupo social (BRASIL, STF, 2011, p. 296/297):

(...) *Cabe assinalar*, Senhor Presidente, *que os direitos de terceira geração* (ou de *novíssima* dimensão), que materializam *poderes de titularidade coletiva* atribuídos, genericamente, *e de modo difuso*, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, *consagram* o princípio da solidariedade *e constituem*, por isso mesmo, *ao lado* dos denominados direitos *de quarta* geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), *um momento importante* no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, *qualificados* estes, *enquanto* valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas *impregnadas* de uma natureza *essencialmente* inexaurível (...)

A preocupação com o meio ambiente – *que hoje transcende* o plano das presentes gerações, *para também atuar* em favor das *gerações futuras* (...) *tem constituído*, por isso mesmo, *objeto* de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que *ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano*, *projetam-se* no plano das *declarações internacionais*, que refletem, em sua expressão concreta, o *compromisso* das Nações *com o indeclinável respeito* a esse direito fundamental *que assiste a toda a Humanidade*. (BRASIL, STF, 2011, p. 297/299)

Enfatizou, portanto, a permanência do entendimento da Suprema Corte, uma vez que a Lei Estadual do Rio de Janeiro se encontrava em “*situação de conflito ostensivo* com a norma *inscrita* no art. 225, §1º, VII, da Constituição da República, *que*, insista-se, *veda a prática de crueldade contra animais*” (BRASIL, STF, 2011, p. 299).

Continuou seu voto, agora colocando em pauta que a “briga ou rinha de galos” não poderia se qualificar como atividade desportiva, prática cultural ou mesmo expressão folclórica, pois estar-se-ia “numa patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna” (BRASIL, STF, 2011, p. 313), o que já havia sido proclamado pelo STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade anteriores a essa em estudo.

Assim, ao final, o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello terminou o seu voto julgando “*procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, editada pelo Estado do Rio de Janeiro*” (BRASIL, STF, 2011, p. 321).

O Ministro Dias Toffoli, realizou, em um primeiro momento, o seu voto divergente ao voto do Ministro-Relator, já que interpretou diferente o inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, pedindo que fosse julgada improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), por ser ponderação do legislador e não do judiciário o fato descrito no mencionado inciso, qual seja, “na forma da lei”. Entretanto, após manifestações e votos de outros Ministros da Suprema Corte, o Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli retificou seu voto, e aderiu ao “fundamento do voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido da inconstitucionalidade formal da lei, haja vista a existência de legislação federal proibitiva já vigente” (BRASIL, STF, 2011, p. 330).

O Ministro Marco Aurélio julgou procedente a ADI, apenas reafirmando o já arguido pelo Ministro-Relator sobre a existência de um precedente naquela Corte, “alusivo à Santa Catarina, mais precisamente à Farra do Boi” (BRASIL, STF, 2011, p. 327) e que “o diploma local padece de um vício de forma, porque (...) o trato da matéria teria que se dar no âmbito federal” (BRASIL, STF, 2011, p. 327), o que já era realizado com a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, em seu artigo 32⁵.

A Ministra Cármen Lúcia também julgou procedente a ação, acompanhando a interpretação do Ministro-Relator e enfatizando-o que “alguns consideram – e aí não são juristas, são coletividades, comunidades – um desporto, uma atuação folclórica” (BRASIL, STF, 2011, p. 338) as “rinhas ou brigas de galo”, o que não estaria a coadunar com a interpretação do caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, vez que remete a algo que “é um passo adiante no constitucionalismo brasileiro, que são os deveres da sociedade” (BRASIL, STF, 2011, p. 338):

(...) o §1º, ao se referir à vedação que o Poder Público deve impor, é exatamente no sentido de que, se a coletividade sozinha não conseguir fazer com que o folclore e a cultura seja produção em benefício da vida e da dignidade, incumbe ao Estado vedar práticas que conduzam a isso. (...)

Acho que a interpretação do Ministro Celso de Mello, que eu acompanho às inteiras, é exatamente de um constitucionalismo social, neste sentido: a incumbência é da sociedade. (BRASIL, STF, 2011, p. 338/339)

⁵ “**Art. 32.** Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal”. (BRASIL, 2014, p. 1701)

Dessa forma, prevaleceu-se, naquele contexto fático, o bem-estar dos animais, quais sejam, os “galos de briga”, abarcando, portanto, a natureza de uma forma geral, deixando-se a “cultura/folclore das rinhas de galo” praticados naquela região em segundo plano.

5. Conclusão

A lei do sopesamento de Robert Alexy foi uma evolução no que tange ao estudo dos princípios, e, até os dias de hoje, é imprescindível no ordenamento jurídico de Estados constitucionais, em especial o Brasil.

Os direitos fundamentais, estes que são, em alguns momentos, princípios constitucionais, em várias ocasiões (casos concretos), estão em lados opostos, em “colisão”, necessitando de um “sopesar” para verificar qual “*deve ser*” o valor que se deve confiar à cada um daqueles princípios em conflito.

Dessa forma, utiliza-se a lei do sopesamento em um caso concreto, o que fora utilizado, mesmo que não tenham nomeado dessa forma, no caso explanado no presente trabalho, qual seja, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.856/RJ, na data de 26 de maio de 2011.

Em que pese saber da existência de uma lei (Lei nº 9.605/98, artigo 32) que confere, entre outros, como crime ambiental os maus-tratos a animais, o estado do Rio de Janeiro criou uma lei autorizando as rinhas de galo (Lei nº 2.895/98).

Dentre os vários argumentos utilizados para a improcedência da ADI interposta pelo Procurador-Geral da República, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o Governador do Estado do Rio de Janeiro e o Advogado-Geral da União colocaram em pauta, além de vários outros argumentos, ser aquela atividade (rinha de galo) de cunho cultural/folclórico local e que não estaria em desacordo com nenhum dispositivo constitucional.

O Procurador-Geral da República, além de utilizar como argumento o artigo 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, ainda mencionou a lei sobre o crime ambiental, para enfatizar a proteção do meio ambiente.

Formaram-se, portanto, dois argumentos (defesa e acusação) com princípios distintos (cultural e ambiental, respectivamente), que colidiram, tendo sido necessária a lei do sopesamento para determinar qual utilizar naquele caso concreto, sobrevivendo, como demonstrado, o princípio da proteção ao meio ambiente.

Dessa forma, o estudo deste caso, apenas como exemplo, já identifica a utilização do modelo de sopesamento de princípios de Robert Alexy como auxílio nas decisões da Suprema Corte Brasileira.

6. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONATO, Ariadne Nascimento da Silveira. **Constituição e Racionalidade Jurídica no Contexto do Neoconstitucionalismo Pós-Positivista**. In: *Teorias do Direito. 24. Encontro Nacional do Conpedi – UFS*. (orgs) Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira, Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BRASIL. **Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal**. Organização Valerio de Oliveira Mazzuoli. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Vade Mecum**. Coordenação Darlan Barroso e Marco Antonio Araujo Junior. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 26.05.2011, Dje 14.10.2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. v. 1. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. **Direito Constitucional: Direito Constitucional positivo**. v. 2. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ESCOBAR, Marco Lunardi; AGUIAR, José Otávio. **O Direito Animal em Face da Espetacularização. O caso das rinhas de galo no nordeste brasileiro: Isso é manifestação cultural?**. Belford Roxo: Uniabeu, v. 5, n. 10, p. 274-286, mai./ago. 2012.

LAFER, Celso. **Filosofia e teoria geral do direito: um percurso no direito no século XXI**. vol. 3. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Marina. **Princípios: A regra do Sopesamento de Robert Alexy como método de delimitação da competência legislativa do Município no caso concreto**. In: Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual – Edições exclusivamente digitais, Salvador/BA, n. 153, mar. 2013.

VITA, Leticia. **La Noción de Principios Jurídicos em la Teoría del Derecho de Hermann Heller**. Isonomía, n. 43, p. 49-75, out. 2015.