

A “FARRA DO BOI” E OS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

Um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC

Charles Emil Machado Martins*

Resumo: Nos EUA e na Europa, a intensificação dos fluxos migratórios e a formação de sociedades culturalmente heterogêneas levaram os cientistas a se debruçar sobre novos desafios para o Direito, a fim de analisar quais são os possíveis reflexos do multiculturalismo, resultante da globalização, sobre o sistema de jurídico. Nesse contexto, na esfera do Direito Penal, já faz algum tempo que autores passaram a examinar o que veio a ser compreendido como “crimes culturalmente motivados”, buscando, igualmente, esclarecer as virtualidades de uma “defesa cultural”. Um dos objetivos desse trabalho é contribuir para o avanço, no Brasil, dessa abordagem sobre os reflexos que o Direito Penal recebe à luz do multiculturalismo. Tendo como ponto de partida a compreensão de que a cultura molda a identidade dos indivíduos, influenciando suas compreensões e seus comportamentos, duas são as questões principais colocadas nesta quadra: o Direito Penal é a via mais correta para tratar das manifestações culturais das minorias que constituem uma violação ao sistema jurídico elaborado com base nos valores culturais da maioria? Por outro lado, se a cultura afeta a motivação da conduta criminosa, o que isso deve significar em termos de responsabilidade penal? Considerando que a teoria é mais bem compreendida na faticidade do caso concreto, pretende-se disrecrear decisão do STF, proferida no RE nº 153.531/SC, de 3 de junho de 1997, que desvela o tratamento que a excelsa corte dispensou à Farra do Boi, decisão que, ao tratar de uma realidade próxima, servirá como mote para melhor tratar dos universais problemas adrede indigitados.

Palavras-chave: Crimes culturalmente motivados. Defesa cultural. “Farra do boi”. “Rodeios”. “Vaquejadas”.

Abstract: In the U.S. and Europe, the intensification of migratory flows and the formation of culturally heterogeneous societies have led scientists to address new challenges to the law, in order to analyze

* Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Mestrado em Direito na UNISC. Doutorado em curso pela Universidade de Lisboa. Professor nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal nos cursos de graduação e especialização da UNISINOS.

what are the possible reflections of multiculturalism, resulting from globalisation, about the legal system. In this context, in the sphere of criminal law, it's been a while that authors began to examine what came to be understood as "culturally motivated crimes", seeking also to clarify the possibilities of a "cultural defense". One of the goals of this work is to contribute to the advancement, in Brazil, this approach on the reflexes that criminal law receives the light of multiculturalism. Taking as a starting point to understanding of that culture shapes the identity of individuals, influencing their understandings and their behaviors, two are the main issues raised in this Court: criminal law is the correct way to deal with the cultural manifestations.

Keywords: Culturally motivated crimes. Cultural defense. "Farra do boi". "Rodeios". "Vaquejadas".

1 A farra do boi e o recurso extraordinário nº 153.531/SC

1.1 Antecedentes históricos e descrição da "Farra do Boi"

A hoje em dia denominada "Farra do Boi" está inserida no contexto de diversas tradições folclóricas do litoral do Estado de Santa Catarina, as quais compartilham heranças e manifestações culturais calcadas na memória da colonização açoriana ocorrida em meados do século XVIII, no sul do Brasil.¹ Assim como grande parte dos povos mediterrâneos, os açorianos (bem como os madeirenses), em virtude da lida pecuarista, estão familiarizados com o gado bravio, circunstância que os predispôs à prática das tauromaquias (ou seja, a arte de duelar o touro).²

¹ Atualmente a Farra do Boi é considerada um diacrítico cultural, uma marca de identidade étnica dos descendentes de açorianos que aportaram no litoral catarinense. LACERDA, Eugenio Pascele. *Bom para comer, bom para brincar*: a polêmica da farra do boi no Brasil. Florianópolis: UFSC, 2003. p. 31.

² A origem das tauromaquias perdeu-se na imensidão dos tempos. Para alguns, está relacionada com a concepção de poder, coragem e ritos de holocausto. Segundo Mascarenhas Barreto, a tourada, em Portugal, já foi um treino para guerra, com vistas a desenvolver e comprovar destreza e coragem. Apud FLORES, Maria Bernardete Ramos. *A farra do boi*: entre o mito e o fantástico, riso rabelaisiano. In: BASTOS, Rafael José de Menezes (Org.). *Dionísio em Santa Catarina*: ensaios sobre a farra do boi. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 135. Costumes como a "Espera de Gado", a "Tourada a Corda" e a "Festa Brava" – entre outras manifestações culturais relacionadas ao boi – ainda hoje são verificados no Arquipélago dos Açores. Os primórdios de tais práticas estão bem documentados em Portugal, advindo das caçadas rituais do período neolítico. Todavia sobre a Farra do Boi não existem maiores registros históricos, verificando-se um vácuo documental desde a chegada dos imigrantes açorianos até os anos 50 do séc. XX. Essa "invisibilidade", segundo os antropólogos, é explicável por ser uma prática reprimida. Nesse toar, já em 1843, o então chamado Divertimento do Boi foi apontado, em ofício encaminhado ao Presidente da Província, como causador de arruação e desordem, segundo o Chefe da Polícia. Essa manifestação parece constituir-se uma "bricolagem" daquelas práticas lusitanas (a expressão bricolagem é utilizada em antropologia para designar a união de vários elementos para formação de um outro, único e individualizado). BASTOS, Rafael José de Menezes. In: Op. cit., p. 14-17 ss. No mesmo sentido: LACERDA, Eugenio Pascele. *Farra do Boi*: a história e a polêmica. In: Op. cit., p. 116 ss.

Nesse toar, segundo os estudiosos da Farra do Boi, tal imigração ocorreu numa época em que as touradas se tornaram bastantes populares nos Açores. Sucedeu-se que, ao chegarem ao Brasil, os imigrantes se defrontaram com uma situação bastante diversa de sua terra natal e dos benefícios que lhe foram prometidos pela Corte Portuguesa, pois, além de receberem lotes pequenos, as terras eram pouco férteis. Diante dessa nova realidade, aqueles que estavam acostumados às extensas plantações e à criação de gado tiveram que adotar a pesca e a agricultura familiar como atividades de subsistência. A carne bovina, outrora farta, deixou de fazer parte do cardápio deles, tornando-se um luxo reservado para ocasiões de festa.³

De início, pois, a Farra do Boi representa uma revivescência daqueles tempos idos. Trata-se de um ritual de bravura e jocosidade, na qual o boi bravo é solto, perseguido e objeto de provocações com objetos (tais como panos, bandeiras e varas).⁴

Nos seus primórdios, o folguedo realizava-se apenas entre os nativos dos vilarejos, em áreas de campo, morros ou praias. Tradicionalmente ele ocorria em dias santos, designadamente na Semana Santa, quando os pescadores recolhiam os barcos. Era nesse tempo de ócio que ocorriam as brincadeiras, que começavam já na quarta-feira. No Sábado de Aleluia, o boi era recolhido e no Domingo de Páscoa era sacrificado e a sua carne consumida. O carnear e o comer o boi, tal como um objeto sacrificial, sinalizava o fim da festa como a “hóstia repartida aos consortes”.⁵

Entretanto, com o decorrer do tempo, o desenvolvimento, a urbanização e o aumento populacional das cidades, alguns grupos passaram a praticar o fol-

³ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 168.

⁴ O Antropólogo Eugênio Lacerda esclarece que, na altura em que foi proibida no Estado de Santa Catarina, a Brincadeira do Boi dava-se basicamente em três formatos diferentes: a primeira, que ele denominou de “Boi Gancheiro”, existia no Município de Ganchos (atualmente denominado Governador Celso Ramos), durante a Semana Santa. Era a modalidade do boi solto e toureado pelas ruas da área central da vila. Em que pese a intensa repressão policial, durante os quatro dias da festa todos ficavam em função da “epifania do boi”, existindo entre os nativos uma cumplicidade e uma defesa inigualáveis da brincadeira. Das ruas a brincadeira espalhava-se pelos campos e pela beira do mar. A segunda modalidade ele denomina de “Boi Ilhéu”, pois verificada na ilha de Florianópolis. Antigamente, a brincadeira insular era feita nos campos e morros. Já nas décadas de 80 e 90 do séc. XX, como intensa a urbanização da ilha, passou a haver inúmeras farras, em diversas datas, espalhadas pelos distritos do interior e por bairros próximos à área central. Por fim, no Município de Navegantes, existia o que o antropólogo denominou de “Boi Espetáculo”. Durante a Semana Santa havia um evento organizado, com regras para a participação, entre elas a substituição regular do boi. O espetáculo realizava-se num grande cercado feito de alvenaria, com arquibancadas, construído em local distante do centro da cidade. LACERDA, Eugenio Pascele. *Farra do Boi: a história e a polêmica*. In: BASTOS, Rafael José de Menezes (Org.). *Dionísio em Santa Catarina: ensaios sobre a farra do boi*. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 118.

⁵ LACERDA, Eugenio Pascele. *Bom para comer, bom para brincar: a polêmica da farra do boi no Brasil*. Florianópolis: UFSC, 2003. p. 45.

guedo popular sem o seu primevo caráter de ritual. Já não eram apenas os descendentes dos açorianos que o praticavam, pois começaram a surgir farras por todo lado e delas participavam tanto os nativos como “os de fora”. Tais brincadeiras passaram a ocorrer ao longo do período da Quaresma e noutras festas como aniversários, casamentos, etc. Surgiram “organizadores” que recolhem dinheiro e compram o boi para a brincadeira.⁶

Ingerir bebidas alcoólicas faz parte da festa, pois a resistência a imensas libações alcoólicas, sem perder o controle e o poder de desafio ao boi, constituiu-se uma demonstração comunitária de bravura. Todavia, segundo alguns autores, é nesse entrecho de bebedeiras sem limites que, designadamente na Ilha de Santa Catarina, começam a se perceber excessos, e o antigo costume de “brincar com o boi” é desvirtuado por aqueles que incorrem numa apropriação da festa tradicional, introduzindo uma relação de “maldade” com o boi. Em verdadeira descarga de brutalidade humana, os animais passam a ser alvo de atos violentos e cruéis, pois os ossos e os chifres são quebrados a pauladas, os olhos são perfurados, etc. Quando o animal não tem mais forças para correr às cegas, é abatido e carneado para um churrasco. A posterior matança do boi passa, então, a se revestir de uma atmosfera de outro excesso, o excesso da comilança.⁷

Assim, já no final da década de 60 e início dos anos 70, a brincadeira começa a ser mal vista, pois passa a ser vinculada à crueldade com animais e ao perigo à vida e à propriedade alheias, diante da recorrente destruição de cercas e invasão de casas, com a destruição de patrimônio público e particular. Essa visão é ampliada com a conclusão das obras de construção e pavimentação da Rodovia Federal BR-101 ao longo de toda a extensão da faixa litorânea de Santa Catarina, visto que a facilidade do acesso provocou um grande impulso turístico e migratório para a região, que teve como consequências a especulação imobiliária e a perda de espaço físico com a urbanização dos vilarejos.⁸

Iniciou-se, nesse contexto, um novo processo de alteração das características socioeconômicas e culturais nas áreas contempladas pela rodovia. O litoral catarinense começou a receber novos sujeitos: artistas, intelectuais e ambientalistas que vinham de diversas partes do país. Nesse novo ambiente, o folguedo cultural, como dito, praticado de forma degenerada por alguns, passou a ser visto pelo olhar dos alienígenas apenas como algo cruel com os animais. Desse modo, a partir da década de 80, a Farra do Boi começou a ser fortemente combatida

⁶ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 169 ss.

⁷ DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 206.

⁸ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 170.

por associações zoófilas, por meio de ferrenha campanha que ganhou espaço privilegiado nos meios de comunicação do centro do País, a acusar o folguedo popular de ser uma prática cruel com o animal.⁹

Por óbvio, à imprensa sensacionalista não interessou ouvir os farristas ou os estudiosos e apresentar o outro lado da tradição popular, tampouco contribuir para que ela pudesse ser praticada de forma menos nociva ao animal e mais condizente com as suas origens açorianas. Fez-se questão de apenas mostrar a maldade praticada por alguns contra o boi, em verdadeira “condenação midiática”, sem direito à defesa.¹⁰

Em 1989, quatro organizações não governamentais – a Associação Amigos de Petrópolis, Defesa dos Animais e Proteção da Ecologia (ANPADE); a Liga de Defesa dos Animais (LDA), a Sociedade Zoológica e Educativa (SOZED) e a Associação Protetora dos Animais (APA), – ajuizaram uma Ação Civil Pública contra o Estado de Santa Catarina que culminou com a proibição da Farra do Boi, após derradeira decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) ora em estudo.

1.2 Síntese dos argumentos e do trâmite processual

A ANPANDE, a LDA, a SOZED e APA promoveram ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina pretendendo obstar a realização da Farra do Boi na faixa litorânea do território catarinense, alegando que a prática dessa tradição se constitui num atentado a diplomas legais de vários níveis, com base na Carta Máxima vigente, cujo artigo 255, §1º, VII, veda a prática de atos que submetam os animais à crueldade.

Ao contestar a ação, no mérito o Estado sustentou que a Farra do Boi é uma manifestação arraigada e de forte significação cultural para algumas co-

⁹ Segundo Bastos, o rótulo *Farra* (que entre nós brasileiros parece ter adquirido significado pejorativo) ao que tudo indica é de origem forasteira, obtendo difusão nos meios de comunicação social com a possível intencionalidade de colocar na antiga Brincadeira do Boi o estigma de arruaça, folia, etc. Segundo o autor, o folguedo sempre esteve ligado ao consumo de bebidas alcoólicas, sendo que a euforia lhe é igualmente congênita. Assim a expressão “farra” teria uma origem “disfórica”. Nesse sentido, igualmente observa que a tradição em tela foi historicamente combatida pela polícia, em virtude da “desordem” que promove, e pela igreja, pelo seu caráter herético, uma vez que, a par do boi ser uma epifania do diabo, ela é comumente praticada em períodos santos do calendário católico (nesse sentido, lembra que as tauromaquias foram formalmente proibidas pelo Papa Pio V, em 1567). Afirma que somente a partir da década de 80 lhe foi colocado mais um estigma disfórico: a crueldade. Assim foi “fabricado um crime ecológico” contra uma espécie de animal que de forma alguma está em perigo de extinção e sempre esteve historicamente ligada a manifestações sacrificais. BASTOS, Rafael José de Menezes. *Dionísio em Santa Catarina*. Ensaios sobre a Farra do Boi. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 14 ss.

¹⁰ BASTOS, Rafael José de Menezes. *Dionísio em Santa Catarina*. Ensaios sobre a Farra do Boi. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 20 ss.

munidades e não comporta, intrinsecamente, práticas violentas ou cruéis contra os bois. Caso tais práticas ocorram, isso constitui infração penal, cabendo à polícia e à justiça criminal coibir os abusos na forma da lei. Nesse toar, sustentou que, para tanto, a polícia, desde o ano de 1984, vinha desenvolvendo ações com a finalidade de coibir e reprimir condutas típicas de crueldade contra os animais.¹¹ Afirmou que, de modo preventivo, o governo estadual criara a “Comissão de Estudos da Farra do Boi” que promovera estudos e seminários com a finalidade de erradicar a violência que se havia infiltrado no contexto do folguedo popular, tanto assim que, em 1989, após ampla campanha educativa, a festa se desenvolveu sem qualquer violência. Essa comissão – após reuniões com ecologistas, antropólogos, historiadores, igrejas, comunidades farristas e estudiosos em geral – concluiu, em julho de 1988, que a Farra do Boi deveria ser reconhecida como manifestação da “tradição cultural de Santa Catarina” e que a violência contra o boi não era uma característica do folguedo, constituindo uma exceção que deveria ser reprimida.

À mão de reforçar os argumentos de que a proibição *tout court* da manifestação popular não era a melhor via, o Estado colacionou a manifestação da Associação Catarinense de Proteção aos Animais (ACAPRA), que reconhecia o grande esforço que o Governo do Estado de Santa Catarina, de modo multidisciplinar, vinha adotando para estudar e criar alternativas à violência que nos últimos anos havia-se tornado constante, de tal sorte a retornar a Farra do Boi à sua antiga tradição. No entender da referida associação, o uso do boi, nesse “tipo de diversão, já se constitui uma violência, mas somos obrigados a reconhecer, pelas inúmeras tentativas já feitas anteriormente, usando-se até mesmo a força, que o caminho mais produtivo a ser trilhado é o da conscientização, da educação e da valorização dessas comunidades, a fim de que no seio delas mesmas sejam criadas novas alternativas sadias que desestimulem a violência”.¹²

Em primeira instância, o Ministério Público, acolhendo o posicionamento externado na peça exordial, manifestou-se pela procedência da ação. Todavia ela foi julgada improcedente, sem a resolução do mérito, acolhendo-se o argumento da impossibilidade jurídica do pedido. Entretanto, para assim decidir afirmou que a manifestação cultural em questão encontra proteção em nível constitucional. Desarte, concluiu que, se algum delito fosse perpetrado, caberia a interferência dos órgãos de segurança pública, pois “ao Judiciário, constitucionalmente, afeta, quando movimentada a ação penal, julgar com imparcialidade, após observado o contraditório no devido processo legal”.

¹¹ Na época, a conduta de maus-tratos aos animais era considerada apenas contravenção penal pelo artigo 64 do DL nº 3.688/41, o qual foi revogado tacitamente pelo art. 32 da Lei nº 9.605/98, que a tornou crime.

¹² Citações extraídas do acórdão da Apelação Cível nº 35.913 TJ-SC, julgado 17 de dezembro de 1991.

Dessa sentença houve recurso de apelação ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ao analisar o mérito da apelação, o sodalício reconheceu, à unanimidade, que o Estado havia comprovado a adoção das medidas preventivas e repressivas pertinentes, concluindo que a Farra do Boi é uma manifestação cultural que, em si mesma, não constitui uma prática cruel. Nesse diapasão, sustentou que encará-la apenas como um fenômeno de violência praticada por pessoas “atrasadas”, “selvagens” e “ignorantes”, resultaria menosprezar as suas origens e influências, o seu aspecto como ritual, suas ligações com o sagrado e o profano e suas conotações socioculturais, banindo o direito das pessoas envolvidas em preservar suas tradições, em verdadeiro “processo etnocida”. Dessa maneira, apenas excepcionalmente, dever-se-ia reprimir os abusos.

Irresignadas, as associações autoras interpuseram recurso extraordinário, e o caso foi remetido ao STF, sendo distribuído à sua Segunda Turma. Ouvida, a Procuradoria-Geral da República entendeu que o recurso não deveria ser conhecido porque a pretensão das recorrentes implicaria reexaminar o material probatório e rediscutir a matéria de fato, o que era inviável naquela sede, segundo a jurisprudência consolidada da excelsa Corte (Súmula 279 do STF). Esse entendimento, contudo, foi rejeitado pela Turma, que passando à apreciação do mérito, por maioria, deu provimento ao recurso.

1.3 Os votos no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, de 3 de junho de 1997

No julgamento em análise duas linhas de entendimento vieram à discussão. A primeira, defendida pelo Ministro-Relator Francisco Rezek, teve como base normativa o art. 225, § 1º, VII, da CF, que incumbe ao poder público proteger a fauna e a flora, vedando, na forma da lei, as práticas que submetam os animais à crueldade. Ao rebater a manifestação da Procuradoria-Geral da República, o Relator disse que neste caso os fatos estavam inexoravelmente identificados ao direito que se discutia. Além do mais, os fatos estavam bem claros, pois a cada ano a prática em questão se caracterizava mais e mais como cronicamente violenta, e não pontilhada de abusos tópicos. Proclamou que não se tratava de uma manifestação cultural com abusos avulsos, mas uma prática abertamente violenta e cruel para com animais, e, portanto, inconstitucional. Dessa forma, julgou procedente o recurso, determinando às autoridades do Estado de Santa Catarina que adotassem as providências cabíveis para proibir a Farra do Boi.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, disse que em relação à Farra do Boi não há uma solução intermediária, pois não há poder de polícia que consiga coibir a sua crueldade. Citando uma notícia publicada no *Jornal da Globo* na-

quele ano de 1997, que mostrou um boi ensanguentado invadindo uma residência e provocando ferimentos em quem se encontrava no interior, o Ministro concluiu que a decisão somente poderia ser em prol de uma medida que obstaculizasse terminantemente tal prática, visto que, ao seu visio, “Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República”. Desse modo, acompanhou o Ministro-Relator.

Já o Ministro Néri da Silveira traçou um paralelo entre a proteção da cultura e a vedação da crueldade contra os animais à luz dos princípios constitucionais, concluindo ser iniludível que a Farra do Boi é realmente uma manifestação cultural, mas ela implica violação ao art. 225, § 1º, VII, da CF, motivo pelo qual não pode ser aceita. No entender desse Ministro, a cultura pressupõe que promova o desenvolvimento e contribua para a realização da dignidade da pessoa humana, da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O Ministro considerou que a Farra do Boi não se concilia com esse objetivo constitucional. Dessarte, igualmente deu provimento ao RE.

Por fim, ficou isolada a posição defendida pelo Ministro Maurício Corrêa, o qual considerou que a Farra do Boi é uma autêntica manifestação cultural cuja proteção é assegurada pelo art. 215, § 1º, da CF. Ao afirmar que a CF não suporta antinomias, sustentou que, se de um lado ela proíbe as condutas que submetam os animais à crueldade, por outro lado afirma que as manifestações da cultura popular constituem patrimônio imaterial do povo brasileiro (art. 216 da CF), devendo-se, dessa maneira procurar o ponto de equilíbrio. Assim, com base nos estudos históricos e antropológicos angariados aos autos, concluiu que a Farra do Boi é uma tradição regionalizada, e, como manifestação cultural, há de ser garantida e assegurada pelo Estado. Nesse diapasão, reconheceu que o folgado popular não constitui um ritual inerentemente cruel, não devendo, portanto, ser proibido de modo genérico apenas em decorrência do risco de abuso em determinadas situações concretas. De qualquer modo, disse que o recurso envolvia matéria de prova, concluindo que a natureza do próprio RE não permite revolver com maiores detalhes a matéria de fato, razão pela qual acolheu o parecer da Procuradoria-Geral da República e se manifestou pelo não conhecimento do recurso.¹³

¹³ Em trecho final do seu voto conclui: “[...] subverter um preceito constitucional que estabelece a vedação da prática de crueldade a animais – por ser regra geral–, para o fim de produzir efeitos cassatórios do direito do povo do litoral catarinense a um exercício cultural com mais de duzentos anos de existência, parece-me que é ir longe demais, tendo em vista o sentido da norma havida como fundamento para o provimento do recurso extraordinário. Não vejo como, em sede extraordinária, se aferir que as exacerbações praticadas por populares na realização desse tipo de cultura, que implicam sanções contravencionais, possam ser confundidas como essa prática cultural que tem garantia constitucional”. Decisão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 13 maio 2016.

1.4 A declaração da inconstitucionalidade da lei que tentou regulamentar a Farra do Boi em Santa Catarina

No final do ano de 1999, ou seja, dois anos após o julgamento pelo STF, a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina aprovou uma lei que visava regulamentar a Farra do Boi no território estadual, permitindo a sua prática “desde que não haja tratamento cruel com o animal e não perturbe a ordem pública”.

Encaminhada à sanção do Governador, o projeto recebeu veto integral, com a sua inconstitucionalidade, nos termos da decisão do STF. Entretanto o veto foi derrubado, por ampla maioria (31 pela derrubada e 7 votos pela manutenção), ao argumento de que a iniciativa parlamentar visava, justamente, obstar a crueldade aos animais, cumprindo, pois, o comando constitucional. Assim foi promulgada a Lei Estadual nº 11.365, de 4 de abril de 2000. O Governador, então, ajuizou perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a referida lei (ADI 211389 SC 2000.021138-9).¹⁴ Essa ação foi julgada procedente, por unanimidade.

Para o Desembargador-Relator, na Farra do Boi não raro são utilizados objetos contundentes visando a instigar a carreira do animal. Em seu entender, tal prática, por mais amena que possa ocorrer, “constitui-se de *per si* em violência contra o animal, provocando-lhe o cansaço, a angústia e a aflição, formas também de tortura”. Por isso, apesar da preocupação dos legisladores, concluiu que a lei em questão não resultaria, nos seus efeitos concretos, a boa feição teórica de que estava imbuída, visto que não se pode levar a efeito a Farra do Boi sem impor padecimento ao animal.

2 Um desafio contemporâneo: proteção dos animais v. manifestações culturais

2.1 Uma primeira aproximação: a proteção da fauna na Constituição

No Brasil, a proteção dos animais tem *status* constitucional, sendo prevista como um dos meios para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Inclusive, ao contrário de países como Portugal e Espanha, em que a proteção aos animais está implícita na proteção ao ambiente,¹⁵ o art. 225, § 1º, VII, da CF é expresso ao dispor que, para assegurar a efetividade ao direito ao meio ambiente equilibrado, incumbe ao poder público proteger a fauna e vedar, na forma da lei, as práticas que submetam os animais a crueldade.

14 Decisão disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5007315/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-211389-sc-2000021138-9/inteiro-teor-11562766>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

15 Conforme art. 66 da Constituição da República Portuguesa (CRP) e art. 45 da Constituição Espanhola.

O termo fauna foi utilizado pelo constituinte para representar a totalidade das espécies animais existentes em nosso espaço e tempo.¹⁶ Esse termo é ligado à biodiversidade, essencial à sadia qualidade de vida humana, tanto assim que o art. 225 da CF impõe a todos (ao poder público e à coletividade) o dever de defender e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações. A matriz constitucional do direito ambiental no Brasil possui, pois, uma visão antropocêntrica, uma vez que considera que ao homem, na qualidade de único animal racional, é que cabe a preservação das espécies de animais, condição para a sua própria preservação.¹⁷

2.1.1 *Vedação constitucional da crueldade contra os animais*

Nessa perspectiva antropocêntrica que norteia nosso ordenamento jurídico, é considerada legítima a utilização dos animais como meio para a satisfação das necessidades humanas. Desse modo, pode-se racionalmente utilizar e até mesmo matar os animais quando isso for de algum modo necessário. O que dolosa ou culposamente ultrapassar a noção de uso racional culminará em abuso e

¹⁶ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 121.

¹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16. Essa é uma visão fortemente influenciada pela doutrina kantiana, construída desde um pressuposto fundamental: somente a pessoa tem dignidade. À pessoa, titular de dignidade, é assegurada uma prerrogativa primeira: o respeito, do qual decorre a conclusão de que jamais poderá ser instrumentalizada. Já os demais seres vivos, privados de racionalidade, integram o rol das coisas, possuindo um valor instrumental. Os animais podem despertar em nós “inclinações” ou “co-moções”, jamais respeito. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Porrúa, 1996. p. 44 ss. Em sentido contrário, mais recentemente ganha corpo corrente denominada “biocentrista”, a sustentar que a ordem constitucional reconhece a vida animal como um fim em si mesmo, e não com um valor meramente instrumental ao homem. Segundo essa leitura, o art. 225, § 1º, VII, da CF “sinaliza o reconhecimento, por parte do constituinte, do valor inerente a outras formas de vida não humanas, protegendo-as, inclusive, contra a ação humana, o que revela que não se está buscando proteger (ao menos diretamente e em todos os casos) apenas o ser humano”. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 197. Filio-me à corrente que entende que a “dignidade da pessoa humana” deve ser compreendida dentro da sua realidade ambiental, motivo pelo qual adoto uma visão moderada na linha do que pode ser concebido como um “antropocentrismo alargado”, o qual, conquanto ainda esteja necessariamente centrado na pessoa, pressupõe uma mundividência com preocupações ecológicas. Nesse terceiro paradigma, o homem interage com a natureza de forma respeitosa e compromissada, primando pela sustentabilidade e pela preservação dos recursos naturais para as próximas gerações. Afinal o homem é um ser cultural e natural, com obrigações perante os seus semelhantes que incluem o respeito pela integridade do ambiente. Para maiores desenvolvimentos, ver: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Novas tendências e possibilidades do direito ambiental no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos et alli (Coord.). *Os novos direitos no Brasil – natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 211 ss.

poderá até configurar a crueldade, que pode ser compreendida como o sofrimento desnecessário do animal, norteado por sentimentos primitivos de sadismo, ruindade ou maldade cruenta. Assim, se a prática contra o animal não tiver como objetivo proporcionar o bem-estar humano – mediante uma qualidade de vida sadia, enriquecedora culturalmente, ecologicamente sustentável, entre outras virtualidades – ou no caso de estar presente essa finalidade, os meios utilizados não forem os necessários ou sejam brutais, ter-se-á o abuso e/ou a ato cruel.

Nessa linha, cumpre destacar que a vedação da crueldade contra os animais igualmente protege a humanidade ao evitar a degeneração dos nossos sentimentos, pois, como adverte Kant, ela desumaniza o homem ao fazer com que ele perca a sensibilidade ao sofrimento, de maneira a se tornar naturalmente violento, inclusive em relação aos seus semelhantes.¹⁸ Essa proteção também está intimamente ligada à proteção da saúde psíquica do homem, que sofre ao ver um animal ser objeto de práticas humanas brutais.¹⁹ Por outro lado, o uso irracional dos animais certamente compromete a biodiversidade, essencial para o desenvolvimento sustentável da humanidade.²⁰

Diante da importância dessa proteção da fauna para a salutar existência humana, a CF consagrou, em art. 225, § 3º, que as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a “sanções penais e administrativas”. Entretanto, atualmente nota-se uma tendência exacerbada de proteger os animais mediante criminalização de condutas humanas,²¹ assim como outras posições ainda mais extremadas, tais como aquelas que propõem o “abolicionismo” de todos os animais²² ou o respeito à “dignidade das pessoas não-humanas”,²³ que na realidade espelham a tentativa de fazer sobrepor o sentimento de uma minoria em relação à proteção dos animais, numa espécie de “fundamentalismo radical” que não é re-

¹⁸ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: ed. Tecnos, 1994. p. 142-309 ss.

¹⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 263.

²⁰ O art. 2º, XI, da Lei Federal nº 9.985/00, que regulamenta o artigo 225 da CF/88, ao definir o que seja “uso sustentável”, expõe: “exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável”. Vale dizer, o meio ambiente, para além da contemplação, serve à exploração. Nessa conjectura, convém adiantar, uma das formas de exploração do meio ambiente está atrelada à sua função cultural.

²¹ Conquanto minoritária, essa compreensão radical revela descomunal poder de pressão sobre o legislador. Nesse sentido, apenas para ilustrar, recentemente (29 maio 2015), a Câmara de Deputados aprovou, em regime de urgência, o PL nº 2.833/2015, que “Criminaliza condutas praticadas contra cães e gatos e dá outras providências”. Se ele for aprovado pelo Senado e sancionado pela Presidência, matar cão ou gato passará a ter pena de detenção de três a cinco anos. Vale dizer, terá uma pena maior que o homicídio negligente (art. 121, § 3º, do CP, que prevê pena de detenção de um a três anos).

²² REGAN, Tom. *Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006. *Passim*.

²³ SINGER, Peter. *Ética prática*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. *Passim*.

cepcionado constitucionalmente, visto que a CF não proíbe o homem de explorar os animais, pois essa prática, queira-se ou não, faz parte do conceito de desenvolvimento sustentável e está intimamente ligada à sadia qualidade de vida.

Assim, reconduzindo o que foi dito até aqui ao caso em estudo, a questão que se coloca é se na Farra do Boi há a constitucionalmente vedada crueldade contra animais?

2.1.2 O delito de maus-tratos aos animais

Conforme já anotei, na época do julgamento do RE nº 153.531/SC era o art. 64 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais) que tipificava a conduta de “tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo”. Entretanto, segundo a doutrina, esse dispositivo legal não previa a modalidade de maus-tratos por abuso e permitia que interpretações muito restritivas concluíssem que o ferimento e até mesmo a morte dos animais ficassem a descoberto da sua proteção.²⁴

Dessa forma, com o advento da Lei Federal nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), essa contravenção foi tacitamente revogada, uma vez que agora o art. 32 desta lei, de um modo mais amplo, dispõe que é crime “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”.²⁵

Os valores que vêm a ser tutelados pelo delito de maus-tratos aos animais têm merecido especial atenção dos autores que tratam em profundidade a teoria do bem jurídico. Roxin, por exemplo, afirma que a proibição de abuso e maus-tratos aos animais não visa prioritariamente respeitar os sentimentos humanos, mas resguardar os animais de sofrimentos desnecessários. Nesse diapasão, afirma que a regulamentação sobre a tutela dos animais se refere diretamente à proteção dos animais e não têm como objetivo preservar as inquietações humanas. Dessa forma, conclui que a capacidade de sofrimento dos animais “superiores”

²⁴ CASTRO, João Marcos Adede Y. *Crimes ambientais*. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 138.

²⁵ A fauna silvestre refere-se a todos aqueles animais “pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras” (art. 29, § 3º, Lei nº 9.605/98). Conquanto a legislação não seja cientificamente exata em termos biológicos, incluem-se nesse conceito: mamíferos, aves e répteis que vivem em liberdade na natureza, assim como insetos e animais marinhos, sejam nativos ou exóticos. Já o animal doméstico é aquele que, mediante o emprego de técnicas de zootecnia, passou a apresentar características biológicas e comportamentais de dependência para com o homem (em diferentes níveis). É o caso do cão, do gato, do boi, etc. Por fim, domesticados são aqueles “animais silvestres, nativos ou exóticos, que, por circunstâncias especiais perderam seus *habitats* na natureza e passaram a conviver pacificamente com os homens, dele dependendo para sua sobrevivência”. Ver: DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 104.

– aqueles com os quais podemos nos comunicar e cuja experiência de dor é equivalente à nossa (sencientes, na linguagem de Singer) – é o bem jurídico tutelado pelas normas que incriminam os maus-tratos aos animais.²⁶

Já Luís Greco, por considerar o bem jurídico um dado fundamental de titularidade ou do indivíduo, ou da coletividade, entende que no âmbito da tutela penal dos animais estamos diante de incriminações sem bem jurídico. O autor até reputa ponderável que o sentimento de solidariedade para com certos animais superiores possa ser considerado um bem jurídico coletivo a justificar tal incriminação. Obtempera, todavia, que uma incriminação motivada por “sentimentos superiores” implicaria o abandono de qualquer padrão crítico no conceito de bem jurídico. Ou seja, haveria uma dilatação desse conceito, porque, a partir do momento em que sentimentos de revolta pela prática de determinado comportamento derem base para a punição, poder-se-ia aceitar a incriminação de valorações morais, como ocorre em relação ao homossexualismo, uma vez que em muitas pessoas esse comportamento também causa revolta.²⁷

Discordo dessas duas linhas de compreensão. A posição de Roxin, à partida, parece ser contraditória com a sua conhecida concepção de crime como sendo a conduta que afeta um bem jurídico individual ou coletivo com dignidade penal, pois é difícil de ver, dentro da compreensão de que animais têm direitos, em que medida isso põe em causa, indevidamente, a livre realização e o desenvolvimento da personalidade. Ademais, conquanto possa adequar-se ao ordenamento sobre o qual se debruça e outros existentes na Europa, em que a proteção penal está restrita a animais superiores,²⁸ não é adequada ao ordenamento jurídico

²⁶ ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*. RPCC, n. 1. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 32. No Brasil, Laerte F. Levai compartilha dessa opinião, ao afirmar que o bem jurídico preponderante é o respeito aos animais, pois estes, como criaturas que sentem e que sofrem, são os sujeitos passivos do crime, não a humanidade. LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Campos do Jordão: ed. Mantiqueira, 2004. p. 40.

²⁷ GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 90-91. Na Alemanha, Hefendehl também entende que essa criminalização atende a representações de valor e comportamentos enraizadas na sociedade, que não violam bens jurídicos. HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. RECPC 04-14, 2002. p. 11. A defender a legitimidade da criminalização por proteger também expectativas eticamente fundadas em sentimentos: STRATENWERTH, Günter. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: *La teoría del bien jurídico*. HEFENDEHL, Roland (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 371 ss.

²⁸ Nesse sentido, anoto que o §17 da Lei Alemã de Proteção dos Animais (*Tierschutzgesetz*) refere-se somente aos animais vertebrados. Em Portugal, a Lei nº 69/2014, criminalizou os maus-tratos e abandono apenas dos animais de companhia. Teresa Quintela, ao comentar a nova redação dos arts. 387 e 388 do CP português, afirma que eles tutelam um bem jurídico coletivo que pode ser definido como o interesse de toda e cada uma das pessoas na preservação da integridade física, da saúde e da vida dos animais sensíveis, à luz do critério da sua capacidade de exteriorização do prazer e do sofrimento de modo perceptível para o homem (agradeço à autora a gentileza de aceder-me o draft do seu texto, por ora intitulado *Os crimes de maus-tratos e de abandono de animais de companhia: Direito Penal simbólico*).

brasileiro, que protege todos os animais, para além dos animais sencientes. Por outro lado, em consonância com o majoritário entendimento doutrinal, também discordo de Greco, pois entendo que a existência de bem jurídico é imprescindível para qualquer incriminação.

Portanto, em relação aos animais silvestres, sigo uma terceira concepção, defendida por Pierangeli, a qual sustenta que, na norma penal brasileira, o bem jurídico coletivo a ser protegido é o patrimônio natural, como condição para o desenvolvimento sadio e sustentável da humanidade.²⁹ Já no caso dos animais domésticos e domesticados, parece-me intuitivo que essa linha de entendimento não é adequada, pois, por exemplo, não vejo como um ato isolado de crueldade contra um cão poderá desequilibrar o meio ambiente. Portanto, com relação a esses animais sencientes, concordo com Gimbernat quando diz que aqui o bem jurídico é “sentimento de mal-estar” que o ato de crueldade contra esses animais causa aos humanos. Segundo o autor, não há que se temer a proteção penal de sentimentos constitucionalmente legítimos e, nesse sentido, é incontestável que a punição dos maus-tratos aos animais, como visto, tem espeque constitucional.³⁰

Enfim, penso que o referencial da proteção será sempre o homem e não o animal em si, pois, como diz Mazzilli, os animais merecem imensa proteção e respeito, visto que o princípio vital está acima da própria existência humana, mas isso não quer dizer que eles tenham direitos próprios. Direito é apenas uma noção de valor e coerção que os próprios homens criaram para viver em sociedade, e não há qualquer valoração jurídica possível para uma agressão a um animal senão na perspectiva humana, o que mostra que a titularidade de direitos é do homem, não dos animais considerados em si mesmos.³¹

Com relação ao tipo objetivo do ilícito, trata-se de crime de ação múltipla que admite as formas omissiva e comissiva, mas sempre a título de dolo, direto ou eventual, pois não há previsão da forma culposa. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e o sujeito passivo, como disse, é a coletividade.³²

Configura “abuso” a conduta que obriga o animal a comportamento dissonante da sua natureza e que lhe exige um esforço acima das suas forças, enfim uma conduta que o submeta a uma situação que extrapole seus limites naturais. Já

²⁹ PIERANGELI, José Henrique. Maus-tratos contra animais. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Afonso Leme (Org.). *Direito ambiental: conservação e degradação do meio ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, p. 293, 2011. No mesmo sentido: LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 482 ss.

³⁰ Apud ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*. RPCC, n. 1, Coimbra: Coimbra, p. 31, 2013.

³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 144.

³² LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 40.

a conduta de “maus-tratos”, em geral, é entendida de forma restritiva como sendo o tratamento com maldade, tal como a violência excessiva e desnecessária ao animal. Para consistir abuso ou maus-tratos, é necessário que o comportamento detenha certa permanência. No que diz respeito às condutas “ferir” e “mutilar”, o crime será instantâneo. Essas condutas não deixam de configurar maus-tratos ao animal, mas assumem contornos mais graves e repulsivos, devendo influenciar no âmbito da censurabilidade.

Alguns doutrinadores referem-se à existência de uma sinonímia entre os termos maus-tratos e crueldade.³³ Nada obstante, e isso é sumamente importante enfatizar, uma análise detida e criteriosa desvela que não há tal identidade, pois, já adentrando no tipo subjetivo do ilícito, nota-se que a crueldade exige algo mais que dolo: ela reclama “um especial fim de agir”. De efeito, como sabido, o tipo subjetivo do ilícito doloso não tem de se esgotar no dolo, como conhecimento e vontade de realizar o tipo objetivo. A doutrina costuma identificar em alguns tipos legais os “especiais elementos subjetivos” que são as *intenções, os motivos, os impulsos afetivos e as características da atitude interna* que estão para além do dolo do tipo, mas que de forma essencial podem codeterminar o desvalor da ação e/ou definir a área da tutela típica. Penalmente, a crueldade está inserida nesse contexto dogmático, pois, como diz Figueiredo Dias, ela é *uma característica da atitude interior*, mas que também pode ser caracterizada por um *impulso afetivo* (o autor refere que a diferenciação é difícil e pouco compensadora) consistente no prazer de causar sofrimento.³⁴ Logo, toda crueldade é dolosa e implica maus-tratos, mas nem todos os maus-tratos são norteados pela crueldade e essa distinção revela-se essencial.

Assim, dessa análise da tipicidade subjetiva, parece-me claro que a Farra do Boi, na sua forma genuína e tradicional, não pode ser acusada de “crueldade”, pela ausência do especial elemento subjetivo necessário para caracterizá-la. Entretanto concordo que ela pode constituir uma forma de abuso e até mesmo maus-tratos e violência contra o animal, por causar-lhe sofrimento físico e es-

³³ Nesse sentido: DIAS, Edna Cardoso. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 155 ss. Igualmente, inclusive sustentando que crueldade tanto pode ser dolosa como culposa: CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. *Revista de Direito Ambiental*, v. 2, n. 7, São Paulo: RT, p. 61 ss, 1997.

³⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 382. De fato, geralmente a crueldade está associada, na língua corrente, à desumanidade, à ruindade, à maldade violenta. Etimologicamente a palavra crueldade deriva do latim *crudos*, que designa algo cru, contemplando o sentido de algo que não sofreu processo civilizatória, sendo primitivo. A presença do prazer é uma constante nas definições de crueldade. PEREIRA, Suelena Werneck. *Dominância e crueldade: articulações e distinções*. Rio de Janeiro: Cadernos de Psicanálise – SPCRJ, v. 23, n. 26, p. 251, 2007.

tresse mental.³⁵ Nada obstante, ela deve ser considerada um *crime culturalmente motivado*, perspectiva que mais adiante analisarei, ao abordar a adequação da responsabilidade penal da pessoa que a pratica.

2.2 Alargando os horizontes: o Direito à cultura e à tolerância cultural

2.2.1 Cultura e sociedade multicultural

A palavra *cultura* é uma expressão polissêmica e insusceptível de ser enclausurada em definições acabadas, pois pode ser entendida de várias formas quando analisada em perspectivas que seguem paradigmas epistemológicos distintos, influenciados por circunstâncias históricas e espaciais; teóricas e práticas. Nesse sentido, não raro filósofos, antropólogos, juristas e sociólogos trabalham com conceitos de cultura distintos.

De toda sorte, adotando uma terminologia ampla e aberta, é possível dizer que a cultura pode ser concebida como uma realidade complexa de significações coletivas e padrões comportamentais partilhados pelos membros de um grupo e transmitidos através de gerações, que os guiam em suas ações cotidianas, contribuindo para formação da identidade pessoal e para assegurar uma noção de coesão coletiva.³⁶

³⁵ A propósito, a violência nessa prática cultural é admitida por diversos estudiosos que sobre ela se debruçaram. Braga reconhece na Farra do Boi um ritual de inversão de identidades e de violência sacrificial. Isso significa que ela se constitui numa estrutura cuja função é permitir uma substituição de entidades (pessoas ou formas sociais) provocadoras de desejos de agressão por um objeto investido de baixo valor social, mas de alto valor simbólico que é vitimado no lugar daquelas entidades que, embora representem uma ordem constritora, devem ser preservadas. Ou seja, a Farra do Boi é um momento de catarse, mediante a satisfação da violência que pulsa em todos ser humano. BRAGA, Welber da Silva. A semiótica dos narizes falsos e da Farra do Boi: violência sacral e significação do tempo. In: BASTOS, Rafael José de Menezes (Org.). *Dionísio em Santa Catarina: ensaios sobre a Farra do boi*. Florianópolis: ed. UFSC, 1993. *Passim*. Bastos, por sua vez, esclarece que o ritual de fato implica em violência, mas é preciso distinguir a “diversão” (no seu significado de mudar a direção) da “judiaria”, ou seja, a violência legítima da violência ilegítima. Segundo este autor, eventual manifestação de “judiaria” contra o animal é imediatamente coibida pelos nativos, não constituindo, dessarte, um “padrão da festa”. BASTOS, Rafael José de Menezes. *Dionísio em Santa Catarina*. Ensaio sobre a Farra do Boi, op. cit., p. 12, op. cit., p. 116-117. Flores, por sua vez, diz que o caracteriza a festa é precisamente é a ausência de regras e fronteiras entre o certo e o errado. A figura do boi é central, pois ele está entre o temido e o desejado. FLORES, Maria Bernadete Ramos. *A farra do boi: entre o mito e o fantástico, riso rabelaisiano*, op. cit., p. 128.

³⁶ Desde a década de 70, houve uma profunda revisão teórica e metodológica da noção de cultura. Inspirado na hermenêutica neokantiana de Wilhelm Dilthey e na sociologia abrangente de Max Weber, o antropólogo norte-americano Clifford Geertz propôs a denominada “perspectiva interpretativa”, que coloca no centro de pesquisas antropológicas o sentido de cultura como algo coletivamente construído e compartilhado. Ver: GIORDANO, Christian. *Las nociones de Cultura y Derecho en Antropología*. In: Sistema de Control Penal y Diferencias Culturales. *Anuario de Derecho Penal*, p. 39, 2010.

Entretanto, muito embora esse seja um conceito vigente e muito utilizado, configurando um avanço em relação a outras perspectivas que lhe são anteriores, o certo é que, diante do avanço do processo de globalização,³⁷ hoje em dia é metodologicamente inadequado examinar as realidades culturais centrando-se exclusivamente em uma comunidade específica, visto que ela estará necessariamente incluída dentro de um contexto mais amplo, daí por que a noção de realidade complexa deve ser substituída por “complexidade cultural”. Isso significa conceber a cultura como algo dinâmico, cambiante, produzido pelos indivíduos e pelas comunidades graças às suas experiências internas e ao resultado das inter-relações com outros grupos sociais.³⁸ Enfim, como diz Jorge Miranda, na contemporaneidade cultura vem a significar *humanidade*.³⁹ Nessa realidade da globalização, desvela-se a premente necessidade de convivência harmoniosa, num espaço comum, de grupos oriundos de diversas origens, que possuem distintos costumes e valores, enfim, outras mundividências. Nesse contexto, a acepção do multiculturalismo torna-se um tema central para os cientistas, políticos e intelectuais analisarem e compreenderem as sociedades contemporâneas.⁴⁰

Isso também ocorre para o Direito, que é uma produção integrada na cultura e por ela influenciada.⁴¹ Dessa forma, o multiculturalismo coloca em questão

³⁷ O que veio a ser conceituado como globalização resulta de um longo processo histórico que remonta ao tempo dos descobrimentos. Entretanto, foi a generalização do uso da internet, no final dos anos noventa, o instrumento decisivo na irradiação da comunicação interplanetária, fundamental para revelar o fenômeno da globalização tal como nós o conhecemos hoje. TORRÃO, Fernando. Direito penal, globalização e pós-modernidade. In: BELEZA, Teresa Pizarro et alli (Org.). *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 16-17.

³⁸ Explorar a complexidade cultural implica criar uma relação proveitosa entre as diferentes culturas, ultrapassando as fronteiras que os grupos sociais específicos constroem por meio das suas estratégias de diferenciação e autoensimesmamento. GIORDANO, Christian. *Las nociones de Cultura y Derecho en Antropología*. In: Sistema de Control Penal y Diferencias Culturales. *Anuario de Derecho Penal*, p. 42, 2010.

³⁹ MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e Direitos Culturais. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Notas-sobre-cultura-Constituicao-e-direitos-culturais.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁴⁰ O multiculturalismo também não é um fenômeno recente, pois remonta à expansão do Império Romano. Assim, desde os seus primórdios, o ser humano está habituado a conviver com diferentes realidades sociais e culturais. A complexidade cultural, portanto, igualmente não é algo novo, apresentando causas históricas, econômicas, políticas, derivadas de fenômenos como a imigração, guerras e processos de colonização. A referência ao termo multiculturalismo, todavia, surge em meados do séc. XX e visa, principalmente, evidenciar, dentro do contexto espacial de uma nação, a concorrência de diversos elementos culturais em termos de representação do mundo exterior, da moralidade, da religião, do direito, das relações sociais, etc. A respeito, ver: CARNEVALI, Raúl. *El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno*. *Política Criminal*, n. 3, p. 5 ss, 2007.

⁴¹ É possível identificar na evolução do pensamento jurídico como ele acompanha o pensamento cultural. Assim, por exemplo, a partir da Ilustração e logo após as revoluções francesa e norte-americana, o Direito atende a uma concepção de igualdade formal. Depois, com a valorização dos direitos sociais, ele busca a consecução de uma igualdade material. Mais recentemente, graças aos estudos da

a necessidade do reconhecimento da diferença cultural como amálgama sócio-jurídico em prol dos diversos grupos que formam os Estados hodiernos. Nesse toar, há que se compreender, portanto, que o topos multiculturalista contém um duplo sentido, sociológico e normativo, pois tanto significa a descrição de uma realidade social, como implica a prescrição de uma solução ético-política para esta realidade. Logo, no primeiro sentido, o multiculturalismo manifesta-se de modo distinto, consoante cada tipo de sociedade. Nesse plano, ele é concebido como um “fato social”. Já no sentido normativo, o multiculturalismo indica a necessidade da adoção de uma concepção ético-política apta a lidar de forma justa em tais sociedades multifacetadas. Como diz Silva Dias, a ordem normativa deve ser erguida e interpretada desde a visão da necessária convivência harmoniosa entre uma multiplicidade de indivíduos que se compreendem como “sujeitos autônomos simultaneamente iguais e diferentes”.⁴²

2.2.2 A tutela constitucional dos direitos culturais

No Brasil, a tutela jurídica do direito à cultura está contemplada no artigo 215 da CF, o qual prescreve que o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais. No que interessa ao presente estudo, relevante destacar que, em especial, a Constituição determina que o Estado deve proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e de todos os grupos participantes do processo civilizatório nacional.⁴³

Entre nós, pois, o conceito do direito à cultura está vinculado à noção de um direito fundamental de dupla dimensão, visto que tanto se revela no plano individual, como direito subjetivo à liberdade cultural, quanto configura um direito social à fruição da cultura, como entidade objetiva que estabelece um conjunto de valores ligados à tradição, à inovação, ao conhecimento, ao pluralismo,

Filosofia, Sociologia e Antropologia, as ciências jurídicas passaram a reconhecer a importância do direito à diferença. Guardiola García, entretanto, adverte que nesse contexto não basta a convicção teórica ou o reconhecimento institucional do Estado. A opção pelo pluralismo cultural deve ser feita por toda a sociedade, ou não se concretiza. Nenhum comando institucional será suficiente se o conjunto da sociedade não assumir esse desafio de respeito ao multiculturalismo. GUARDIOLA GARCÍA, Javier. Problemas normativos en las sociedades multiétnicas. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid: EDERSA, n. 82, p. 268, 2004.

⁴² DIAS, Augusto Silva. O Multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. In: BELEZA, Teresa Pizarro (Org.). *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 16.

⁴³ De modo similar, assim refere o art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

etc.⁴⁴ Ademais, a estrutura aberta desse dispositivo constitucional nitidamente se afina com o topos do multiculturalismo, pois reconhece e, mais do que isso, protege e estimula a preservação da memória, dos valores e dos costumes das diversas etnias que compõem e enriquecem a identidade da nação brasileira, buscando promover uma harmonia cultural na qual esses diferentes grupos possam reconhecer e promover as suas próprias culturas ao mesmo tempo que garante um espaço para que possam interagir com outras.⁴⁵

Na sua esteira, o art. 216 da CF reconhece como patrimônio cultural do povo brasileiro os bens de natureza material e imaterial – igualmente vistos pelo prisma individual ou coletivo – que de alguma forma estejam vinculados à identidade cultural dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, os objetos, os documentos, as edificações e os demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.⁴⁶

Desse modo, a CF consagra o patrimônio cultural com um sentido de universalidade de bens jurídicos culturais, que pode ser conceituados como os valores e interesses significativos da tradição artística e/ou histórica, ou como manifestação da dinâmica cultural de um povo ou de uma região. Esse patrimônio tem natureza de bem jurídico difuso, pois ultrapassa a titularidade particular e não está submetido à titularidade exclusiva do Estado. Ele deve ser entendido de forma orgânica e sistêmica, visto que expressa a identidade nacional, como entidade abstrata cuja significação se relaciona com o viver corrente da própria cidadania e, como tal, não pode ser apreendido por um determinado um grupo ou num determinado tempo, pois sua essência se desvenda como virtualidade, isto é, como projeto que se vincula às formas sociais que a sustentam.⁴⁷

Reconduzindo essa análise ao objeto deste trabalho, tem-se que a preocupação constitucional com a proteção das manifestações culturais dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, mediante a criação de um am-

⁴⁴ Sobre a dupla dimensão do direito à cultura, ver: SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

⁴⁵ Nesse sentido: RANGEL, Helano Marcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da Farra do Boi à luz da ponderação e da jurisprudência do STF. *Revista jurídica Nomos*, Revista da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 30, n. 1, p. 91, 2010.

⁴⁶ Como diz Rangel, não é concebível a existência de uma hierarquia ou imposições de modelos culturais, pois a CF não adota um conceito *restritivo* de cultura. RANGEL, Helano Marcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da Farra do Boi à luz da ponderação e da jurisprudência do STF. *Revista jurídica Nomos*, Revista da Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 30, n. 1, p. 91, 2010.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 26 ss.

biente de liberdade de manifestação cultural é uma posição jurídica que deve orientar a solução de eventuais conflitos no âmbito da dogmática. Na avançada visão constitucional, as culturas minoritárias que contribuíram e contribuem para a formação do nosso processo civilizacional devem ter uma valorização igualitária em relação à perspectiva dos grupos culturais preponderantes na formação da nação. Assim, por mais que haja uma natural tendência de as situações de conflito resolverem-se, na prática, em favor da visão hegemônica, é imperioso que qualquer interpretação leve em consideração a vocação contra-majoritária da jurisdição constitucional, que deve voltar-se à proteção da higidez do núcleo duro do direito fundamental à fruição da cultura. Nesse toar, quando ocorrem conflitos como a Farra do Boi, a hermenêutica jurídica deve invocar o princípio da proporcionalidade e, valendo-se do método de ponderação dos direitos e interesses em jogo, perquirir a possibilidade de harmonizá-los ou, então, estabelecer regras de prevalência entre eles.⁴⁸

2.3 A Farra do Boi e o tratamento das manifestações culturais que entram em conflito com proteção da fauna

O relacionamento do homem com a natureza sempre foi caracterizado pela luta em busca do domínio. Todavia já faz algum tempo que a preocupação com a preservação da natureza aumentou sensivelmente, de tal sorte que o antropocentrismo “exasperado” vem sendo cada vez mais superado por uma versão “alargada”, conforme já anotei em linhas anteriores, via pela qual se entende o homem como detentor de deveres perante o ambiente, em decorrência da sua condição de detentor da razão. O nosso convívio com os animais é emblemático da nossa mudança de paradigma, o que reflete não só em termos de criação, mas de interpretação do Direito.

O debate jurídico em torno da Farra do Boi deveria colocar em questão precisamente a compreensão desses novos valores éticos de cunho universali-

⁴⁸ Quando o direito à manifestação cultural está em conflito com outros direitos fundamentais, o caso deverá ser analisado com parcimônia e cuidado, fazendo-se a análise de qual direito deverá ser mitigado em face de outro. Todavia, se não for este o caso, ou seja, quando não houver conflito entre a tradição cultural de determinado grupo e outros direitos fundamentais, os governos devem seguir o princípio da “máxima acomodação” (*maximun accomodation*). Isso porque no democrático os indivíduos esperam respeito a direitos humanos básicos (tais como liberdade religiosa) e a não intromissão do governo em assuntos privados. Mais, eles também esperam respeito ao direito de poder seguir suas tradições e suas crenças, a não ser que estas causem irreparáveis danos a terceiros. Na ausência desse dano, a posição doutrinal é que a democracia não deveria intervir nas tradições culturais das minorias. Ver: RENTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*. Oxford: Oxford Press, 2004. p. 18-19.

zante⁴⁹ e o multiculturalismo, fenômeno sociológico e jurídico que, como visto, estabelece a necessidade de se buscar, o tanto quanto possível, a coexistência harmoniosa entre as várias culturas existentes num determinado território. O desafio desse projeto civilizatório, que permeia entre o universalismo e o multiculturalismo, é, de um lado, preservar o valor da diversidade cultural de processos perniciosos de degradação ou uniformização, e, de outro, favorecer a modificação da relação humana com os animais, valorizando a diferença cultural como instrumento de elevação da dignidade humana. Deve-se buscar, do entretanto entre o multiculturalismo e o universalismo, uma faísca que ilumine o desenvolvimento da crítica interna dos diferentes grupos culturais envolvidos, de tal forma a lhes favorecer o aumento da riqueza cultural e a própria evolução da cidadania. A essa evolução não se opõem nem a natureza multicultural da sociedade, nem o multiculturalismo como política, pois o “elogio da diversidade” que lhe é inerente não significa fossilização e estagnação das culturas, mas, antes, a abertura ao diálogo e o reconhecimento de que a cultura é dinâmica e a mudança é inevitável.⁵⁰

Logo, qualquer abordagem da Farra do Boi deveria passar necessariamente pelo *método da ponderação*, aferindo-se até que ponto é necessária e possível a adaptação dessa prática aos novos padrões éticos da universalidade, que exigem que o sofrimento do animal seja levado em consideração, de tal forma que a questão não represente apenas a imposição de um padrão cultural sobre o outro. Uma tarefa desse jaez requer uma *hermenêutica intercultural* fulcrada nos princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade. Por conseguinte, faz-se mister uma predisposição para labor dialógico de aproximação de horizontes culturalmente distantes, de tal forma a evitar estereótipos e pré-conceitos culturais que amiúde provocam erros de projeção que podem inquinar a validade ou legitimidade da decisão judicial.⁵¹

2.3.1 Uma recensão crítica à decisão do STF a respeito da Farra do Boi

A decisão majoritária do STF no caso da Farra do Boi, como é de fácil percepção, não seguiu pela linha da ponderação, tampouco se abeberou nos contributos da hermenêutica cultural. Aliás, o Ministro-Relator aparentemente sequer se apercebeu que estava diante de uma colisão de direitos fundamentais, parecendo acolher como algo óbvio que a proteção dos animais contra maus-

⁴⁹ A respeito atente-se para Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 1978, que tem no Brasil como um dos signatários, apesar da ausência de ratificação até a presente data.

⁵⁰ Nesse sentido: DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*. RPCC, n. 1. Coimbra: Coimbra, p. 14, 2006.

⁵¹ DIAS, Augusto Silva. A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. *Revista Julgar*, n. 25. Coimbra: Coimbra, 2015.

-tratos sempre deve prevalecer perante a liberdade de manifestação cultural. A manifesta ausência dessa ponderação está expressa na seguinte passagem do voto do Ministro Francisco Rezek: “*não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há prática abertamente violenta e cruel para com os animais e a Constituição não deseja isso*”. Esse é um argumento que, como visto, além de menosprezar o estudo multidisciplinar juntado aos autos, ignora toda a doutrina sobre multiculturalismo. Caso contrário, se perceberia que a Farra do Boi “tradicional” é violenta, sim, e inclusive pode configurar maus-tratos, mas não pode ser juridicamente considerada “crueldade”. Logo, não se pode aceitar como correta a sua posição, ao argumento de que a vedação da crueldade aos animais configura uma limitação que a própria Constituição impõe à liberdade de manifestação cultural.⁵²

Já o Ministro Marco Aurélio, a par de seu voto ignorar todos os estudos científicos feitos a respeito da Farra do Boi em prol de uma notícia jornalística que ele traz para sua decisão de modo indubitavelmente extraprocessual, ainda que se aperceba de uma certa motivação cultural, igualmente analisa o caso exclusivamente à luz do preceito do art. 225, § 1º, VII, da CF. Assim, ao afirmar peremptoriamente “que não há uma solução intermediária”, fecha-se para o caminho da ponderação, em voto que, ao contrário do que lhe é comum, padece de qualidade argumentativa e jurídica.

O Ministro Néri da Silveira, por sua vez, é o único daqueles que formaram a maioria que procura se ater aos fatos descritos e comprovados nos autos. Nesse diapasão, deixa claro que o caso trata de uma colisão de princípios e direitos fundamentais. Sem embargo, ao pressupor que a cultura “deve contribuir para o desenvolvimento da pessoa”, o Ministro aparentemente concebe como preponderantes somente as manifestações culturais edificantes desde uma perspectiva ética e/ou preciosas do ponto de vista estético e erudito, adotando um conceito estrito de cultura, perspectiva que se encontra hoje superada, tendo em vista a inexistência de hierarquias entre padrões culturais e a inadequação de imposições de modelos comportamentais. Nesse diapasão, o seu voto acabar por deixar de lado que a CF acolhe e respeita costumes culturais que não são, assim, “dignificantes”, e mais, até podem até chocar a maioria (como fazem alguns rituais indígenas), mas que também representam a riqueza da diversidade humana existente no Brasil. Desse modo, em que pese presente o voto mais bem fundamentado, ao menosprezar que o homem nasce em comunidades em culturais e se realiza por meio delas, o Ministro acabou por ir de encontro à própria natureza e dignidade do ser humano.

⁵² Nesse sentido segue Steinmetz, que parte do pressuposto equivocado, em termos empíricos, antropológicos e jurídicos, de que na Farra do Boi genuína há crueldade e que, portanto, o STF simplesmente aplicou a CF, não sendo cabível o uso da proporcionalidade. STEINMETZ, Wilson. O caso da “Farra do Boi”: Uma análise a partir da teoria dos princípios. In: STEINMETZ, Wilson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direito constitucional do ambiente*. Caxias do Sul, RS: UCS, 2011. p. 268.

Por fim, no voto vencido do Ministro Maurício Corrêa igualmente é possível identificar déficit argumentativo. Com efeito, ainda que se possa inferir que ele invoca os princípios da unidade e da concordância prática, ao referir que a CF não possui antinomias e ao afirmar que os excessos é que devem ser reprimidos, o fato é que, ao concluir que “como costume cultural, não há como coibir a denominada “Farra do Boi”, por ser uma legítima manifestação popular”, o Ministro, de certa forma, veio a incorrer no mesmo equívoco do Relator, pois infravalorizou o direito à proteção dos animais, enaltecendo a proteção da cultura sem colocar na balança os maus-tratos aos animais que podem decorrer das tradições culturais.⁵³

2.3.2 Alternativas para a busca de uma concordância prática

Se é certo que – numa leitura generosa do acórdão em questão – na altura do julgamento do STF, a questão do conflito entre manifestações culturais e a proteção dos animais merecia poucas referências doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil, igualmente é certo que já fazia alguns anos que a excelsa Corte vinha trabalhando com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (tanto assim que esse último é citado na ementa do acórdão, conquanto não lhe seja dedicada uma linha sequer nos votos...).⁵⁴

⁵³ A crítica à falta de método e de consistência argumentativa de todos os votos é quase unânime na literatura que se dedicou à análise da decisão da Farra do Boi. Nesse sentido ver: BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 193 ss. RANGEL, Helano Marcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da Farra do Boi à luz da ponderação e da jurisprudência do STF. *Revista jurídica Nomos*, Revista da Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 30, n. 1, 2010. ARMANDO, Nicanor Henrique Netto. A vedação de tratamento cruel contra os animais *versus* direitos culturais: breve análise da ótica do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 153531/SC. In: *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, v. 29, abril, 2014. STEINMETZ, Wilson. O caso da “Farra do Boi”: uma análise a partir da teoria dos princípios. In: STEINMETZ, Wilson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direito constitucional do ambiente*. Caxias do Sul: UCS, 2011. p. 268.

⁵⁴ Em pesquisa feita no site do STF entre a data da promulgação da CF, em 1988, até o julgamento em questão, em 1997, é possível verificar que a primeira referência, em ementa, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade é feita na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 855 MC), julgada pelo Pleno em 1º de julho de 1993, o qual faz alusão à “violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos”. Anoto, a respeito, que no Brasil não se costuma ter um maior rigor em distinguir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que são utilizados como sinônimos. O Ministro Luís Barroso, por exemplo, refere-se ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade, afirmando que, nos EUA, o termo razoabilidade é mais empregado, ao passo que, na Alemanha, optou-se por chamar o idêntico princípio de proporcionalidade. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 208 ss.

Ora, segundo as teorias desenvolvidas em torno do princípio da proporcionalidade, não existe hierarquia entre direitos fundamentais no plano abstrato, pois nenhum direito fundamental é colocado aprioristicamente em plano superior ao outro. Apenas diante de um caso concreto é que o método da ponderação poderá, no limite, afastar um direito fundamental em prol da preponderância momentânea do outro.⁵⁵ Sucede que, no caso em estudo, faltou, antes, uma tentativa de concordância prática.⁵⁶ Em vez disso, o STF optou pelo caminho do extremo, suplantando a possibilidade da Farra do Boi ser tratada como uma manifestação cultural passível de harmonização com a proteção dos animais. A primeira consequência nefasta disso foi a sua repercussão no julgamento da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 11.365, de 4 de abril de 2000, que buscava uma harmonização entre a proteção do boi e a proteção da manifestação cultural.

Nesse contexto, não deixa de causar certa espécie o quão diferente vem sendo a solução adotada pelos tribunais em relação aos *rodeios*⁵⁷ – prática igualmente nociva aos animais – visto que especificamente em relação a essa manifestação cultural foi editada a Lei Federal nº 10.519/02, que, em seu art. 4º, entre as outras medidas protetivas, proíbe o uso de rosetas pontiagudas nas esporas ou qualquer outro instrumento que cause ferimentos nos animais, com o objetivo de fazê-los pular.

Muito embora a extensão dessa lei e mesmo a constitucionalidade dos rodeios não esteja pacificada na jurisprudência brasileira, pois pendente de apreciação do STF,⁵⁸ a decisão mais recente de que se tem notícia foi pela sua cons-

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90 ss.

⁵⁶ A concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de conflito entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas, ao mesmo tempo, não acarrete a negação de nenhum. Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107.

⁵⁷ A palavra rodeio, deriva do espanhol *rodeo*, que significa circundar, ou seja, antes de dar nome ao esporte de montaria, designava a atividade de cercar o gado e apartá-lo nos currais. A atividade do rodeio deita suas raízes na região oeste dos EUA, na altura do século XIX, quando alguns colonos norte-americanos, criadores de gado, adotaram alguns costumes dos espanhóis depois de vencerem a guerra contra o México. A primeira prova oficial de rodeio aconteceu em 1869, no Texas. No Brasil, esta forma de rodeio (estilo americano), surgiu em 1956, na cidade paulista de Barretos. A principal característica dessa prática esportiva, que no centro país movimentava milhões de reais, é a disputa do homem e o animal que ele monta (cavalo ou boi). Já no Rio Grande do Sul, certamente por influência castelhana, também existem rodeios. Todavia, o rodeio gaúcho é interpretado mais como uma manifestação das tradições do campo, viabilizando o convívio periódico entre os que cultuam as manifestações culturais tradicionalistas gaúchas. O primeiro rodeio gaúcho ocorreu em 1958, na cidade de Vacaria. COSTA, Luís Augusto Gonçalves et alii. *Cartilha para a realização de Rodeios Crioulos*. Cartilha. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/principal/arquivos/cart_rodeio.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁵⁸ Em 2008, a Câmara Reservada ao Meio Ambiente do TJSP considerou que as provas “laçada de bezerro”, “laçada dupla”, “pega garrote” e “vaquejada”, realizadas nos rodeios paulistas, implicam

titudinalidade, afirmando-se que os rodeios não importam, na essência, em práticas cruéis ou dolorosas.⁵⁹

O mesmo paradoxo era detectável como relação à *vaquejada*⁶⁰ que foi regulamentada como prática desportiva e cultural pela Lei Estadual nº 15.299/2013, no Estado do Ceará. Conforme o art. 4º desta lei, os organizadores da vaquejada ficam obrigados adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais. Desse modo, o transporte, o trato, o manejo e a montaria dos animais utilizados na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não os prejudicar. Por fim, se o vaqueiro, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Contudo, essa clara iniciativa política de concordância prática entre a manifestação cultural e a proteção dos animais foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4983), proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR).⁶¹

maus-tratos pois provocam a tração na região cervical no momento da derrubada dos bezerras, causando dor e sofrimento ao animal. Assim, dando prevalência ao princípio da proteção inscrito no art. 225 da CF, considerou-as inconstitucionais (TJ-SP-CR: 7036625400 SP, Publicação: 16 de julho de 2008). Essa decisão foi objeto de RE, recebido pelo STF apenas em 19 de fevereiro de 2014 (STF – AI: 764016 SP).

⁵⁹ Nesse sentido é a decisão mais recente do TJSP, Apelação n. 00039815520138260269 SP. 2. Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 25 de março de 2014.

⁶⁰ A vaquejada é uma prática típica do nordeste brasileiro, na qual dois homens, montados em cavalos diferentes, disputam a derrubada de um animal bovino, puxando-o pelo rabo de forma a dominá-lo. O costume foi criado em virtude de, antigamente, o gado ser criado em campo aberto, quando alguns animais se distanciavam do rebanho em busca de alimentação mais abundante no fundo dos pastos. De tempos em tempos, o dono da fazenda reunia os vaqueiros das redondezas para as buscas desses animais dispersos. Alguns animais, por terem se criado soltos no sertão, já eram bravios e não aceitavam a “aparteação” e fugiam em disparada. Esse animal era denominado “barbatão”. Quando se deparava com um desses, o vaqueiro, montado em seu cavalo, fazia carreira com o animal que fugia e o derrubava pela cauda, prendendo-lhe com uma forquilha numa das patas dianteiras, o que o impedia de voltar a correr. A festa de vaquejada, segundo os historiadores, “era um treinamento e exibição de força ágil, provocadora de aplausos e criadora de fama dos vaqueiros, diretamente vinculada a esse trabalho com o gado criado solto nos campos sertanejos. A apresentação, nos pátios das fazendas, tinha igualmente como objetivo ensinar a técnica utilizada nas várzeas para recolher os animais ariscos que escapavam da manada e disparavam pela caatinga”. Atualmente a vaquejada é uma prática desportiva que se distingue desta origem, assim como foi modificada a finalidade para a sua realização. O que antes era um instrumento associado a atividades necessárias à produção agrária, transformou-se numa diversão que movimentava milhões de reais por ano. COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MELO, Silvana Paula Martins de. Lei da vaquejada no estado do Ceará: direito cultural ou abuso de direito? Análise à luz da Constituição Federal de 1988. In: MENDES, Regina Lucia Teixeira et alii (Coord.). *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 98.

⁶¹ Segundo a petição inicial, com a profissionalização da vaquejada, algumas práticas cruéis passaram a ser adotadas, como o açoite dos animais para que entrem agitados na arena na abertura do portão. Durante a primeira sessão de o julgamento, ocorrida em 12 de agosto de 2015, o Relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela procedência da ação, por entender que a “A crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado”. Em sentido

Inicialmente, o STF não vislumbrou, *prima facie*, crueldade em tal prática e, portanto, não concedeu o pedido de liminar para suspender a festa da vaquejada. Todavia, na decisão do seu mérito, o Plenário, por maioria de votos, julgou procedente a ação ajuizada contra a mencionada Lei nº 15.299/2013. A maioria dos ministros acompanhou o voto do relator nomeado para o acórdão (visto que o primitivo relator foi vencido), o Ministro Marco Aurélio, que considerou haver “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada.⁶²

contrário, o Ministro Edson Fachin votou contra o pedido inicial, ao consignar que “Sendo a vaquejada manifestação cultural, encontra proteção expressa na Constituição. E não há razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões desenvolvidos na zona rural desse país. Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja”. Essa divergência foi seguida pelo Ministro Gilmar Mendes. O Plenário retomou o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamenta a atividade de “vaquejada” – v. *Informativo 794*. Em voto-vista, o Ministro Roberto Barroso, acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, julgou o pedido procedente. Considerou que não se pode negar à Vaquejada a característica de manifestação cultural. Entretanto, ela apresenta diversas formas de crueldade contra os animais, não sendo passível de regulamentação capaz de evitar esse sofrimento intencionalmente infligido e inerente à sua prática. Desse modo, concluiu que manifestações culturais, com características de entretenimento, que submetem animais a crueldade, são incompatíveis com a Constituição, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitá-la. A Ministra Rosa Weber frisou que, muito embora o Estado garanta e incentive manifestações culturais, ele também não tolera crueldade contra animais. Assim, são vedadas manifestações culturais em que haja práticas cruéis contra animais. Em sentido contrário, os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux julgaram o pedido improcedente. O Ministro Teori Zavascki invocou o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II) para deduzir que a discussão nos autos não diz respeito à prática da “vaquejada”, mas à lei que a regulamenta no Estado do Ceará. Nesse sentido, a “vaquejada” poderia ser um ato cruel, ou não, ao animal, a depender da forma como é praticada. Assim, se essa manifestação cultural não for cruel, não pode ser proibida. Reputou que a lei em comento, desnaturando, ou não, a “vaquejada”, procurara evitar as formas cruéis de sua realização. Assim, se não houvesse norma regulamentadora, essa tradição recairia inexoravelmente em crueldade contra os animais. O Ministro Luiz Fux ponderou as regras constitucionais que garantem a todos o exercício dos direitos culturais, de um lado; e, de outro, as que protegem a fauna e a flora. Entendeu que o legislador, no caso, também fizera essa ponderação e estabeleceu alguns cuidados necessários para a prática correta da “vaquejada”, de modo que cabe ao Judiciário ser deferente ao Legislativo. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli, de modo que o julgamento foi suspenso em 2 de junho de 2016, com quatro votos pela improcedência e três pela procedência da referida ADI. Resumo disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo828.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

⁶² A reação da arena política a essa intervenção judicial na liberdade conformação do legislador veio por meio da Emenda Constitucional (EC) 96/2017, que inseriu o parágrafo 7º ao artigo 215 da Constituição Federal de 1988. O texto da emenda diz, na íntegra, que “para fins do disposto na parte final do inciso VII do parágrafo 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o parágrafo 1º do artigo 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

Entretanto, para além de impedir legítima tentativa de concordância prática em sede legislativa, o efeito mais nefasto que se vislumbra nessa orientação do STF é que ela consagra o que já se chamou de “discurso vingador do ambiente”.

De efeito, ao localizar a proteção do animal em posição de hierarquia e precedência absoluta em face de outros bens e valores constitucionais, o STF lança o problema para o Direito Penal, como se esse tivesse o poder mítico de resolver o problema.⁶³ Igualmente, ao “proibir” a Farra do Boi, o STF fecha a abertura do Direito para o diálogo intercultural e joga a prática cultural para a “marginalidade”, criando um ambiente hostil em que o Direito Penal se revela apenas repressivo e meramente simbólico.⁶⁴

Ora, como afirmam Zaffaroni e Pierangeli, para o Direito ser “liberador”, ele deve promover um “encontro” com o outro que se acha ameaçado em suas possibilidades de realização (bem jurídico). Esse “encontrar-se” com o temor alheio à frustração é um comportamento que “abre o mundo”. Entretanto, o Direito também pode promover o desencontro, “que fecha o mundo”, quando se aliena por trás de conceitos que os autores chamam de “ídolos” (Estado, “bons costumes”, etc.). Abrir ou fechar o Direito é uma decisão e uma ação que se dá no legislador, no cientista e no juiz.⁶⁵ Quando há o fechamento, e o caso da Farra é emblemático disso, todos perdem, os indivíduos, os bens jurídicos e o próprio Direito Penal que perde o seu potencial liberador de facilitar a coexistência, tornando-se exclusivamente repressivo e, portanto, ineficaz.

Logo, espera-se que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5728), que questiona a supra-anotada (EC) 96/2017 provoque um *overruling* na jurisprudência do STF, permitindo-se que o legislador conforme a Farra do Boi, fixando-se, em lei, os dias e os locais em que ela pode ser praticada; as responsabilidades das entidades públicas e privadas envolvidas; bem como regras e condições para proteger os animais, estabelecendo-se sanções para aqueles que se excederem na brincadeira, maltratando os animais de forma desproporcional.

Nessa esteira, muito embora a vigente orientação do STF, formulo algumas considerações à guisa de contribuir de modo propositivo com o debate:

⁶³ Sobre o “discurso vingador do ambiente”, ver: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Novas tendências e possibilidades do direito ambiental no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos et alli (Coord.). *Os novos direitos no Brasil – natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 282.

⁶⁴ Obviamente, o Direito Penal sempre terá uma função simbólica. O problema está quando ele é utilizado apenas nessa função, prejudicando o seu sentido de prevenção. HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In: *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1991. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal*. v. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982. p. 317.

- 1º) o uso da polícia e da repressão penal não é a via mais correta e efetiva para tratar a Farra do Boi, até mesmo em virtude do princípio da *ultima ratio* que norteia o Direito Penal;
- 2º) a primeira linha para tratar desse problema é o diálogo intercultural, procurando harmonizar os interesses e estabelecer regras mínimas para a prática do folguedo popular;⁶⁶
- 3º) nesse sentido é imperioso que exista flexibilidade das partes envolvidas, no intuito de encontrar uma alternativa viável para a manutenção dessa prática.

Assim, em epítome, concordo com o segmento da doutrina que critica a decisão a respeito da Farra do Boi em virtude do notável radicalismo com que o STF decidiu ao proibi-la, visto que era possível estimular a busca de uma concordância prática, em que a manifestação cultural fosse admitida mediante a adoção de medidas práticas, claras e concretas, com potencial de coibir os atos que podem configurar maldade para com o boi.⁶⁷

3 A defesa cultural e suas virtualidades na análise da responsabilidade penal dos participantes da Farra do Boi

3.1 Os crimes culturalmente motivados

A existência do necessário respeito à diferença cultural não deve ser reconhecida apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, pois deve resultar num processo de ressignificação de todo direito infraconstitucional de modo a tornar a sua criação e a sua interpretação compatíveis com a Constituição. Dessa forma, considerando que atualmente o trato forense da Farra do Boi, por força da decisão do STF, está restrito à esfera do Direito Penal, a motivação cultural dessa prática deve ser considerada nos critérios de imputação, bem como na formulação de juízos de censurabilidade. Afinal, como cediço, a punição do agente somente será considerada legítima se lhe foi possível conhecer, ainda que potencialmente, o caráter ilícito do seu comportamento, bem como atuar em conformidade com esse conhecimento.

⁶⁶ A postura de interlocução no caso da Farra do Boi, com a mais adequada para um entendimento é defendida por diversos estudiosos. Rafael Bastos afirma que essa postura foi aprovada por unanimidade na 17ª Reunião Brasileira de Antropologia. BASTOS, Rafael José de Menezes. *Dionísio em Santa Catarina. Ensaio sobre a Farra do Boi*. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 11 ss.

⁶⁷ Nesse sentido: ARMANDO, Nicanor Henrique Netto. A vedação de tratamento cruel contra os animais versus direitos culturais: breve análise da ótica do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 153531/SC. *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, [S.l.], v. 29, p. 180-182, abril, 2014. LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. *Fundamentação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais – um estudo de caso*. Espaço Jurídico: *Journal of Law*, v. 14, n. 2, p. 517, 2013.

Nesse contexto, é fundamental a compressão de que existem crimes culturalmente motivados, ou seja, que existem condutas realizadas por integrantes de grupos culturais minoritários que são considerados delitos pelo ordenamento jurídico, visto que, em regra, este é elaborado desde um sistema de valores baseado na cultura dominante. No entanto esse mesmo comportamento, na cultura do grupo a que pertence o agente é, ao contrário, aceitável, pois visto como normal, ou até mesmo imposto em determinadas situações.⁶⁸ O que se verifica, pois, é que a motivação cultural configura o sentido interno da ação, constituindo um fator explicativo da sua prática e, por isso, um aspecto relevante na apreciação da responsabilidade criminal do agente.

A propósito, por emblemático, ilustrativo é o exemplo colacionado por Hurtado Pozo, quando afirma o quanto inadequado seria pretender punir penalmente um índio por eventual importunação ofensiva ao pudor em razão de apresentar-se seminu em público. Como refere o autor, a pretensão de impor padrões culturais por meio da força repressiva do Direito Penal não condiz com a necessidade de respeito às manifestações culturais. Somente com base na mútua identificação e no diálogo sobre a diferença com o outro é possível estabelecer um denominador comum que respeite as manifestações culturais como expressão da dignidade da pessoa humana.⁶⁹

Segundo a doutrina, para caracterizar um crime como culturalmente motivado devem estar presentes, no mínimo, três requisitos:

- 1) a *motivação cultural*, ou seja, o elemento subjetivo que norteia a conduta deve ser reconduzível à bagagem cultural de que o agente é portador;
- 2) *coincidência de razão*, ou seja, a convergência objetiva entre a sua real motivação psíquica individual e uma regra cultural ampla e geralmente observada dentro do grupo étnico ao qual ele pertence;
- 3) a *diferença entre culturas*, ou seja, a diferença substancial entre a cultura do grupo cultural do agente, transfusa na norma cultural que motivou a con-

⁶⁸ Esse é o conceito de crime culturalmente motivado compartilhado pela doutrina especializada. Ver: BROECK, Jeroen Van. *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes* (Cultural Offences). Disponível em: <<http://jthomasniu.org/class/781/Assigs/vanbroeck-cultdef.pdf>>, p. 5. DIAS, Augusto Silva. A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. In: *Revista Julgar*, Coimbra, n. 25, 2015. BASILE, Fabio. Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali. *Politica criminal*, Milano, n. 12, p. 358, 2010. MAGLIE, Cristina de. Los Delitos Culturalmente Motivados. Ideologias y Modelos Penales. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 68.

⁶⁹ HURTADO POZO, José. Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO, Julio (Org.). *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: ed. Universidad, 2001. p. 150 ss. A dignidade humana refere-se ao primado inerente e distintivo de cada ser humano que o faz ser digno de igual respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

duta, e a cultura majoritária da sociedade, que permeia a norma criminal violada.⁷⁰ Somente quando claramente estabelecida, na dialética processual, a presença de todos esses elementos é que se poderá reconduzir o fato do caso concreto em análise à noção de crime culturalmente motivado.

A compreensão de que existem crimes culturalmente motivados parte da ideia de que a convivência harmônica numa sociedade multicultural deve restringir ao máximo a punição de costumes culturais. Tais práticas, salvo exceções imperativas, fundadas igualmente na Constituição, devem ser respeitadas e aceitas, pois nenhuma cultura deve ser julgada com o parâmetro exclusivo de outra, que se autoconsidere ideal, ou melhor.

Vale dizer, o recurso ao Direito Penal para reprimir práticas culturais somente deve ser levado a efeito em relação àqueles comportamentos que caracterizam um incontornável conflito com o núcleo inalienável e intangível dos direitos humanos e que possam colocar dramaticamente em crise a estabilidade social.⁷¹

Nada obstante, conforme dito em relação à Farra do Boi, a decisão do STF inviabilizou opções conciliadoras, de tal forma que não resta alternativa senão verificar a possibilidade de lhe alcançar alguma espécie de compreensão no plano do Direito Penal.

3.2 A cultura como tese de defesa: argumentos contrários e favoráveis

Nessa altura, é possível examinar a admissibilidade de se esgrimir com alguma tese da defesa cultural⁷² no caso do indivíduo que venha a ser processado

⁷⁰ MAGLIE, Cristina de. *Los Delitos Culturalmente Motivados. Ideologías y Modelos Penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 146 ss. Em sentido semelhante: CARNEVALI, Raúl. *El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno. Política Criminal*, n. 3, p. 24 ss, 2007.

⁷¹ BERNARDI, Alessandro. *El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo. Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 8, Elcano (Navarra): Thomson-Aranzadi, p. 26 ss, 2002.

⁷² A expressão em português é inspirada na cultural defense amiúde utilizada no sistema do common law. Nesse sistema, como sabido, não se trabalha com os conceitos analíticos e sistemáticos da teoria do crime consagrada entre nós que adotamos o sistema romano-germânico. Portanto, esse tipo de argumentação é mais uma “estratégia de defesa” entre outras possíveis defesas penais, pois naquele sistema pode-se trabalhar processualmente com diversos tipos de defesas e excuses e discutir de forma criativa, nos casos concretos, as fronteiras entre as “excusas” e as causas de justificação. Ver: PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 135. Já Maglie afirma que a cultural defense consubstancia uma tendência de ordem político-criminal centrada na proposição de novas excuses dirigidas para desculpar as condutas delitivas que encontrem explicações nas pressões culturais de um dado ambiente. MAGLIE, Cristina de. *Los Delitos Culturalmente Motivados. Ideologías y Modelos Penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 137. Conforme Renteln, ela pode, então, ser invocada de forma autônoma ou diluída noutra defesa relacionando-a aos temas do multiculturalismo. O propósito de uma cultural defense é permitir que os acusados produzam provas acerca da cultura deles e que essas circunstâncias sejam levadas em conta na totalidade dos fatos do processo. Ela pode resultar na eliminação da

criminalmente pelo delito de maus-tratos aos animais em decorrência da sua participação na Farra do Boi, friso, no seu formato “genuíno” “tradicional”. Ou seja, adentrar na análise da determinação da responsabilidade penal do indivíduo que pratica essa conduta que deve ser concebida como um autêntico delito culturalmente motivado, o que é feito da premissa de que tal análise não pode estar alheia do contexto social e cultural em que a conduta é perpetrada. A defesa cultural é, pois, o outro lado da moeda, ou seja, outro lado do enfoque da compreensão de que existem crimes culturalmente motivados (*cultural offense*).⁷³

Obviamente, a possibilidade de se utilizarem, na defesa de algum acusado, argumentos de cariz cultural tem gerado grandes inquietações, principalmente em virtude da sua capacidade de flexibilização da dogmática legal, pois, ao fim e ao cabo, com tal específica argumentação o que se pretende é afastar ou atenuar a responsabilidade penal em situações que em geral são concebidas como penalmente reprováveis.

Portanto, na literatura especializada é possível encontrar vários argumentos que são contrários à defesa cultural. Nesse sentido, é comum a alegação no sentido de que, se cada membro de um determinado grupo cultural puder optar por quais as leis que ele irá seguir e quais não irá, isso certamente será prejudicial para a prevenção geral positiva que o sistema legal pretende ostentar. Esse é um argumento central que se prende a uma possível “desordem” como fator determinante para o desencorajamento do uso da defesa cultural. Por outra via, alguns críticos também focam na possibilidade de a defesa cultural permitir a diminuição da proteção jurídica das pessoas mais vulneráveis, tais como mulheres e crianças. Argumenta-se, por exemplo, que, se os membros de uma determinada comunidade étnica que possuam um padrão de comportamento com tendência para a violência doméstica não forem punidos, mercê da defesa cultural, isso poderá levar ao encorajamento dessas condutas e a práticas que deveriam ser proibidas em qualquer cultura. Outro argumento válido para os críticos da defesa cultural é a famosa máxima “quando em Roma, faça como os

acusação ou na atenuação da pena. A razão em torno dessa argumentação é a de que o comportamento de determinado indivíduo é altamente influenciado pela sua cultura, no sentido de que: a) o indivíduo simplesmente não entende/sabe/acredita como sua ação é contra qualquer lei; b) o indivíduo se sentiu obrigado a agir daquela determinada forma. A razão da admissão da cultural defense não é tanto a de pedir sensibilidade pelas diferenças culturais aos juízes (apesar de que esta parte também é importante), mas, sim, a de garantir uma igual aplicação da lei para todos os cidadãos. O sistema legal foca no ato e também no autor, bem como nos motivos e no resultado da ação. Dessa forma é imperioso que se demonstre a evidência cultural numa corte de justiça. A cultura, se levada em conta, pode ajudar a decidir se determinado caso deve ser de prisão, de acordo entre as parte (barganha) ou até de absolvição. RENTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*. Oxford: Oxford Press, 2004. p. 14-18, p. 199 ss.

⁷³ BROECK, Jeroen Van. *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes* (Cultural Offences), p. 34. Disponível em: <<http://jthomasniu.org/class/781/Assigs/vanbroeck-cultdef.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2016.

romanos”. Esse argumento, muito comum com relação aos imigrantes, se baseia no sentido de que todos devem-se comportar de acordo com um padrão uniforme, tendo em vista que o sistema de justiça também é único para todos. Por fim, há o argumento que trata a defesa cultural como uma “caixa de pandora”, dizendo que ela serve para a perpetuação de crimes que já não têm mais ligação com a cultura. Com isso se quer dizer que, por vezes, a terceira geração de uma família de imigrantes, por exemplo, já não sente mais a ligação com o país de origem de seus antepassados e tampouco a necessidade de seguir suas tradições culturais, porém, como meio de alegação na defesa de algum crime, o arguido poderá invocar a defesa cultural como tentativa de sair impune ou atenuar possível condenação. Assim, alguns indivíduos com tendências criminosas poderiam encorajar-se a cometer crimes, porque poderiam amparar-se numa fraudulenta alegação de tradição cultural.⁷⁴

Esses argumentos, conquanto todos mereçam uma detida reflexão, são muito bem rebatidos pela doutrina especializada em defesa cultural. Assim, à partida, deve-se ter bem presente que, ao respeitar as particularidades culturais que motivam o comportamento do arguido, não se promove uma “anarquia” no sistema, tampouco uma afronta às exigências de prevenção geral positiva do Direito Penal. A razão dessa conclusão prende-se com a relevância do princípio da culpa, que fundamenta toda a imputação subjetiva. De fato, se o princípio da legalidade oferece ao legislador os parâmetros constitucionais para selecionar racionalmente os comportamentos mais perigosos para os bens jurídicos relevantes, o princípio da culpa vem a exigir um significativo e censurável dano ou risco de ofensa ao bem jurídico tutelado.⁷⁵ Assim, por maiores que sejam as exigências de proteção do bem jurídico mediante tutela penal para a prevenção geral, o princípio da culpa deve definir, em concreto, a necessidade e o limite da pena, afastando a utilização meramente retributiva da sanção penal, uma vez que informa os limites de tolerância perante o ato típico-ilícito, levando em conta a pessoa concreta do seu autor e o seu comportamento e vulnerabilidades diante da norma de incriminação.⁷⁶

Desse modo, a satisfação das exigências de prevenção geral tem de respeitar esse princípio sob pena de tornar a aplicação da punição ilegítima e ineficaz. Ilegítima, porque punir alguém que não atribui à sua conduta (porque motivada culturalmente) as significações negativas subjacentes à lei estatal e, bem por isso, não encontra no correspondente comando proibitivo um estímulo con-

⁷⁴ Essa uma síntese dos argumentos contrários à *cultural defense*. Para maiores desenvolvimentos, ver: RENTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*. Oxford: Oxford Press, 2004. p. 192 ss.

⁷⁵ No Brasil, o princípio da culpa não está previsto expressamente na CF, porém o STF proclamou que ele decorre da própria dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito Democrático (HC 102.087 / MG, de 28-2- 2012).

⁷⁶ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise dogmática e no Direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo: RT, n. 1, p. 177 ss, 2004.

trário ao seu comportamento lesivo ao bem jurídico, certamente coloca em questão a dignidade da pessoa humana, primado inerente e distintivo de cada ser humano que o faz ser digno do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Ineficaz, porque é difícil compreender, senão pela ótica meramente retributivista, o sentido da aplicação de uma pena que não leva em consideração as peculiaridades culturais e a respectiva cosmovisão do agente, como elementos essenciais para a imputação subjetiva. Enfim, são os princípios da culpa, de uma justiça individualizada e do pluralismo, ínsitos a qualquer sociedade democrática, que tornam necessária a consideração jurídico-penal das particularidades culturais do agente.⁷⁷

No que diz respeito ao argumento relativo à possível fragilização na proteção das pessoas mais vulneráveis, a opinião compartilhada pelos penalistas favoráveis à defesa cultural é no sentido de que o núcleo inalienável e intangível dos direitos humanos esculpe os limites de tolerância aos comportamentos culturalmente motivados. O direito à vida, à integridade corporal e à livre sexualidade fazem parte desse núcleo mínimo, pois viabilizam as condições de possibilidade para qualquer pessoa se realizar individual, social e politicamente em qualquer lugar, inclusive como titular de um direito à própria cultura.⁷⁸

Dessa forma, em atenção à universalidade e à extrema relevância social e jurídica desses bens jurídicos, que encontram na ordem constitucional lugar cimeiro, as leis penais que visam à proteção deles perante condutas gravemente lesivas não devem recuar perante práticas culturais. Nessa esteira, aqui se rejeita os argumentos intransigentes do comunitarismo radical ou do multiculturalismo extremo quando sustentam que as diversas identidades grupais de-

⁷⁷ Essa é posição há muito defendida por Silva Dias. Segundo o referido autor: “A vigência objectiva das normas penais, até pela relevância dos valores que tutelam, não pode em parte alguma depender dos sistemas de crenças dos destinatários, sob pena de tal relativização redundar em perda de função. Mas isso não significa que a sua aplicação deva ser cega perante a vida e as formas concretas da sua organização. Punir com fundamento tão só na preservação da vigência das normas, sem atender ou cuidar da sua ligação com o mundo da vida dos destinatários, representa afinal um eufudamento do Direito Penal a uma lógica funcionalista, autopoietica, alheia à vivência normativa dos indivíduos, e por isso avessa a considerações de justiça. Se, como creio, as normas penais e as penas não devem abstrair do mundo da vida em que operam, sob pena de perda de validade, também a sua aplicação não pode ficar indiferente à maior ou menor cristalização histórica dos sistemas de valores étnico-culturais que com elas concorrem na orientação do comportamento, ou, se se preferir, pela maior ou menor consolidação de certas práticas culturais nas representações valorativas e na motivação para a acção dos destinatários.” DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC, n. 1, Coimbra: Coimbra, p. 5, 2006.

⁷⁸ Ver: MAGLIE, Cristina de. *Los Delitos Culturalmente Motivados*. Ideologías y Modelos Penales. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 137. GRANDI, Ciro. A proposito di reati culturalmente motivati. *Rivista di Diritto Penale Contemporaneo*, p. 5 ss, 2011. Disponível em: <<https://iris.unife.it/handle/11392/1533405#.VZVmPkbL-J8>>. Acesso em: 2 maio 2016. DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC, n. 1. Coimbra: Coimbra, p. 25 ss, 2006.

vem ser respeitadas, de tal maneira que qualquer restrição à identidade de um grupo étnico ou cultural seja entendida como inadmissível. Não há sociedade multicultural que se sustente sem o recurso ao princípio universalista de defesa da vida e da integridade física e psicológica das pessoas.

Logo, deve-se buscar o diálogo intercultural entre os indivíduos e os grupos social e culturalmente diferentes, procurando-se um lugar de encontro em que se possa edificar uma cultura cívica que estabeleça um denominador mínimo comum de proteção desses direitos. Em epítome, como qualquer direito fundamental, o direito à cultura não pode ser sacralizado ao ponto de ter a pretensão de validade absoluta perante outros direitos fundamentais que com ele entrem em rota de colisão, e quando estes são os direitos à vida e à integridade física e moral da pessoa humana, a solução prática, à partida, passará pela sua cedência.⁷⁹

Já o argumento que procura determinar ou mesmo impor um encultramento de acordo com os padrões da “cultura dominante”,⁸⁰ para além de criar um “dever de assimilação” incompatível com o da dignidade constitucional dos direitos culturais (e com a dignidade humana, igualdade, liberdade e etc.), atualmente é tido como ultrapassado, visto que até mesmo os países que claramente adotaram o modelo assimilacionista (inclusive o Brasil, em relação aos índios) já faz algum tempo partiram para estratégias políticas mais democráticas, de modo a reconhecer o valor das diferenças étnicas e utilizar a via dialógica como a primeira estratégia de compatibilização de eventuais colisões entre os valores culturais e outros valores albergados constitucionalmente.⁸¹

⁷⁹ Não obstante, somente o caso real poderá nos levar à melhor decisão, e essa tarefa somente a interpretação judicial poderá alcançar. Nesse sentido, Silva Dias reconhece que o consentimento do titular do bem jurídico “integridade física”, desde que possua capacidade jurídica para tanto, poderá fazer sobrepor o valor cultural, desde que o fato consentido não coloque o anuente num estado de reificação ou degradação. Afinal, o primado da dignidade humana não pode ficar alheio à vontade e aos ideais de vida daquele indivíduo em concreto. Ver: DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC, n. 1, Coimbra: Coimbra, p. 23 ss, 2006.

⁸⁰ A ideia básica da aculturação é que o indivíduo nasce de certa forma e as condições do local onde mora e a cultura desse local afetam seu processo cognitivo e comportamental. Enquanto todas as pessoas são objeto de aculturação – a aquisição do modo de pensar de sua sociedade –, o encultramento é o resultado do fenômeno do choque do contato de pelo menos dois grupos culturais distintos em que o sujeito pertencente ao grupo minoritário se sujeita ao padrão da maioria, tido como superior. A assimilação é o processo pelo qual o indivíduo adota a cultura de seu novo “habitat” e aceita esse novo sistema de cultura. O encultramento impõe um processo de assimilação, ou seja, que a minoria adote os valores da maioria, o que ocorre, por exemplo, quando se impõe ao imigrante que deixe de lado a lealdade ao senso de identidade étnico-cultural do seu local de origem. RENTELN, Alison Dundes. *The cultural defense*. Oxford: Oxford Press, 2004. p. 12-14.

⁸¹ Nesse sentido, Will Kymlicka noticia que o Canadá, EUA e Austrália são exemplos de países que, no passado, adotaram a estratégia abolicionista para alcançar alguma estabilidade política, ressaltando, entretanto, que ela foi abandonada ainda nos anos 70. KYMLICKA, Will. *Ciudadania multicultural*. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona: Paidós, 1996. p. 36. Atualmente,

Por fim, conquanto não seja desarrazoado o temor por um eventual abuso na utilização de argumentos relacionados à defesa cultural, como adrede visto, a configuração de um crime culturalmente motivado está subordinada a uma série de condições. Dessarte, durante a persecução criminal deverá ser avaliado se efetivamente a conduta imputada foi motivada pelo *background* cultural do acusado. Ademais, a cultura não é algo estático, mas em constante evolução e transformação, designadamente em face das contingências e experiências internas vividas pelo grupo e pela interação mútua entre grupos culturais que coexistem dentro do mesmo contexto social. Igualmente, a cultura do grupo não afeta na mesma medida a conduta de todos os seus membros, o que vai ser mais ou menos condicionado de acordo com as características e experiências individuais. Daí por que, como ressalta a doutrina especializada, para a demonstração de que um crime foi culturalmente motivado, para além da prova oral, usual nos processos “comuns”, é essencial recorrer a evidências científicas, tais como perícias realizadas por profissionais da psiquiatria e da psicologia cultural, da antropologia e outras áreas do conhecimento.⁸² Essa prova, para além de comprovar a filiação cultural do arguido, auxiliará a analisar o modo como ele geriu as relações que mantém com a própria cultura, bem como em que medida ele foi impulsionado a agir pelos seus ditames. Não há, pois, que se cogitar o afastamento da responsabilidade penal ou reduzir a pena de um arguido pelo simples fato dele alegar que o fato está ligado à sua cultura, quando ele próprio ou mesmo o crime praticado estejam desligados das suas tradições culturais.

portanto, ao menos nos Estados de Direito Democráticos, o encultramento não tem a ver com o padrão de comportamento exigido por um “Estado-nação” na busca de unidade e homogeneidade de todos os seus cidadãos, e sim tem mais a ver com o padrão cultural da maioria e o que ela considera aceitável ou não, em detrimento dos interesses e valores das minorias. Por óbvio, essa “nova” estratégia multiculturalista não está isenta de distorções ou pretensões de dominação, gerando novas inconformidades e conflitos. Todavia, a estratégia comunicativa viabiliza o exteriorizar dessa indignação e reconhece como legítimos os movimentos que, estribados na autonomia pública e privada dos indivíduos, lutam nas arenas política e jurídica pela defesa da identidade cultural dos grupos minoritários, na busca de um entendimento fundado no reconhecimento recíproco dos cidadãos e na reconstrução de uma identidade cívica comum de base intercultural. Nos tempos atuais, dada a manifesta configuração multicultural das sociedades, a ordem normativa não pode relegar ao olvido esse plano da abertura e da interinfluência da sociedade. DIAS, Augusto Silva. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, filosófica e Ciências. In: BELEZA, Teresa Pizarro et alli (Org.). *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 17 ss.

⁸² DIAS, Augusto Silva. A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. *Revista Julgar*, n. 25. Coimbra: Coimbra, 2015. No Brasil, a prova pericial pode ser determinada a requerimento ou *ex officio* (art. 155, incisos I e II, do CPP). Majoritariamente, a perícia é considerada um meio de prova, mas para alguns ela representaria um elemento subsidiário na valorização da prova. Vale dizer, a perícia não seria um meio de prova, mas “iluminaria” a prova. A prova pericial é definida como uma prova técnica, pois visa esclarecer a fatorialidade com base em conhecimentos específicos que refogem ao domínio cognitivo ao comum dos juízes (art. 159, § 5º, I e II).

Enfim, como diz Arthur Kaufmann, nesses casos o juiz terá de funcionar como uma espécie de “juiz-leigo”. Isto é, terá de mediar um processo comunicativo entre dois polos constituídos pela linguagem legal e pela linguagem corrente na vida do agente, com vista ao estabelecimento das correspondências entre ambas, a qual não se estabelecerá ao nível da identidade, mas ao nível da semelhança. Desse modo, a hermenêutica cultural, além de evitar invocações abusivas do fato cultural, também diminui o risco de interferência, na decisão judicial, de eventual estereótipo cultural que resulte num erro de projeção por parte do juiz, pois permite que este perceba corretamente as representações correntes do mundo da vida do arguido e verifique se elas são ou não convertíveis nas palavras da lei. Vale dizer, ela é fundamental para que o juiz penetre na realidade da vida e das motivações do acusado, sendo isso uma exigência do ponto de vista da dogmática jurídico-penal, porque de outro modo dificilmente poder-se-á comprovar se há de fato responsabilidade penal ou, mesmo havendo, se ela deve ser atenuada em virtude de o crime ser motivado culturalmente.⁸³

3.3 Análise de hipóteses de defesa cultural nos processos penais por crimes de maus-tratos praticados no âmbito da Farra do Boi

Em sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, como é o brasileiro, conforme leciona a doutrina especializada, a análise de uma defesa cultural deve passar necessariamente pela dissecação analítica dos elementos que estão no núcleo central da teoria do crime e que constituem o que se convencionou denominar de conceito dogmático do crime, qual seja: comportamento típico, ilícito e culpável.⁸⁴

Nesse diapasão, por óbvio, para que se pretenda examinar a possibilidade de se esgrimir com a defesa cultural, o pressuposto primeiro é que objetivamente exista um crime e que este seja culturalmente motivado.

⁸³ Apud DIAS, Augusto Silva. A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural. *Revista Julgar*, 25. ed., Coimbra, 2015.

⁸⁴ Nesse contexto, há que se deixar claro que os costumes culturais não irão “revogar” a lei penal, entretanto, pela via da interpretação, eles podem obstar ou condicionar a sua aplicação, visto que permitem ao jurista-intérprete (aplicador) que indague, analise e afira a legitimidade e a relevância de punir um costume de matriz cultural. Nesse sentido, Silva Dias, conclui que na esfera penal a rejeição dos costumes como fonte não advém propriamente da lei com o qual ele concretamente colide, mas designadamente da prevalência do Princípio da Legalidade, estruturante do Estado de Direito Democrático. Vale dizer, em face do primado da reserva da lei, é vedado o uso dos costumes para criminalizar e descriminalizar. DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC, n. 1. Coimbra: Coimbra, p. 11 ss, 2006.

Nesse passo, uma vez mais precisa ficar assente que a conduta daqueles que incorrem no desvirtuamento da Farra do Boi – dela aproveitando-se para desafogar a sua virulência e estupidez, covardemente judiando do boi mediante a utilização de instrumentos cortantes e contundentes – não estão motivados pela preservação da cultura e não podem ficar ao abrigo de qualquer tipo de defesa nesse plano, devendo ser punidos normalmente, pois não passam de *criminosos comuns*.⁸⁵

Por outro lado, em que pese se tenha sustentado que a conduta levada a efeito na Farra do Boi em sua versão “genuína” e “tradicional” não contenha juridicamente crueldade, tampouco configure ação movida pela maldade, o fato é que, como já ficou assentado, ela implica uma manifestação de violência com o animal, a qual objetivamente pode tipificar um abuso, numa visão “forte” da dicção legal. E mais, conquanto seus estudiosos indiquem que os farristas não sejam movidos pela maldade com o animal, é sabido que, mesmo nessa versão tradicional, a Farra do Boi pode desbordar objetivamente para situações de maus-tratos e até mesmo de ferimento do animal.

Dessa forma, doravante somente tratarei dessa versão genuína e tradicional, com fins de averiguar se é possível em seu contexto cogitar-se de uma defesa cultural, visto que, como disse, embora “proibida”, a Farra continua a acontecer todos os anos, inclusive gerando prisões com objetivos simbólicos.⁸⁶

Essa avaliação, como dito, passará necessariamente pela análise dos elementos do fato punível.

Assim, em nível de tipicidade, nos termos acima expostos, a prática da Farra do Boi se subsume ao tipo dos maus-tratos tanto na previsão de seus elementos objetivos quanto subjetivo geral, que é o dolo, pois os farristas têm consciência e vontade de submeter o boi a uma situação abusiva, assumindo, de resto, o risco de causar-lhe algum dano e feri-lo. Admito, todavia, que nesse caso o que vem a ser “abuso” do boi possa ser considerado um elemento normativo desse tipo,⁸⁷ passível de uma valoração ética diferenciada por parte dos

⁸⁵ O criminoso comum é aquele que sabe que age errado, pois reconhece a norma jurídica que viola. Logo, ele, noutros contextos, reclama para si a proteção que nega para os outros, atuando em evidente contradição performativa. DIAS, Augusto Silva. *A relevância jurídica penal das decisões de consciência*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 14 ss.

⁸⁶ Conforme o site oficial da Polícia Militar de Santa Catarina, no ano de 2006 alguns farristas ficaram presos 45 dias. Notícia disponível em: <<http://www.pm.sc.gov.br/noticias/1456.html>>. Acesso em: 1 maio 2016. Essa informação não pode deixar de causar espécie para qualquer operador do Direito Penal, pois o crime de maus-tratos aos animais, em decorrência da pena que lhe é cominada, é legalmente considerado de menor potencial ofensivo e, de regra, não poderia sequer implicar prisão (*ut* Lei Federal nº 9.099/95).

⁸⁷ São aqueles elementos do tipo penal para cuja compreensão se faz necessária uma valoração ética ou jurídica. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 409.

farristas, que não identificam na sua prática qualquer abuso. Entretanto, nesse caso, o erro sobre tal elemento normativo é irrelevante para o dolo, mas poderá relevar para a culpa.⁸⁸ Logo, embora não se possa falar em erro de tipo, é possível vislumbrar a figura do *erro de proibição culturalmente motivado*, como adiante aprofundarei.

Ainda nos domínios da tipicidade, poder-se-á cogitar a sua exclusão pela via da *adequação social*, pois um dos caminhos que essa teoria trilhou foi precisamente o da necessidade de reconhecimento do valor dos costumes na sociedade. Como sabido, a adequação social, como forma de exclusão da tipicidade, é uma teoria inicialmente desenvolvida por Hans Welzel sob o pensamento de que não podem ser consideradas delitos aquelas ações que se desenvolvem no âmbito do que historicamente é aceito pela ordem ético-social da vida em comunidade, e, portanto, devem ser consideradas atípicas, ainda que se enquadrem formalmente à descrição do tipo legal.⁸⁹

Sucedem que não se pode sufragar a tese de que os costumes culturais sempre possam resultar num fato socialmente adequado, se ela estiver desligada de uma valoração global, para a qual concorrem dois sentidos: um social e um constitucional.⁹⁰

Em meu sentir, a Farra do Boi não consegue passar por nenhum desses dois crivos, pois, fustigada pela má imagem que os meios de comunicação social tendem a divulgar, é altamente provável que grande parte da sociedade brasileira não a compreenda como uma prática tolerável, vendo-a tão somente como um ato de violência contra o boi, sem conhecer ou querer compreender a sua motivação cultural. Esse é um dado da realidade que torna inviável estimá-la como uma ação socialmente aceita. Em arremate, essa percepção é tonificada pelo estofamento constitucional que a proteção aos animais ostenta. De efeito, não pode ser considerada adequada, *tout court*, uma conduta que não está em perfeita sintonia com um comando constitucional e que, por tal motivo, no passado

⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 470. Roxin igualmente dirá que, se ocorre um erro sobre a definição legal, há apenas um erro de subsunção, que jamais exclui o dolo, mas pode caracterizar um erro de proibição. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte Geral. Tomo I. Madri: Civitas, 1997. p. 460 ss.

⁸⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: RT, 2001. p. 61. Welzel chegou a mudar de posição, considerando por algum tempo a adequação social uma espécie de causa de justificação de direito consuetudinário, voltando posteriormente a considerá-la uma causa de restrição da tipicidade. Todavia alguns autores ainda a consideram uma causa de justificação, outros a concebem como uma causa de exculpação. Atualmente ela é, amiúde, invocada pelos tribunais, em que pese seja alvo de críticas em virtude da imprecisão dos seus critérios e pela superficial relação com os métodos reconhecidos de interpretação, dando azo à insegurança jurídica. Para maiores desenvolvimentos, ver: FARIA, Paula Ribeiro de Faria. *A adequação social*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005. *Passim*.

⁹⁰ DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*. RPCC, n. 1, Coimbra: Coimbra, p. 18, 2006.

recebeu o reproche do STF. Logo, inviável, igualmente, pela via da adequação social, colocar a Farra do Boi aquém do limiar mínimo de relevância jurídico-penal (tipicidade).

Indo além, penso que também não se poderá aceitar uma linha de argumentação estribada na excludente do exercício regular de um direito à cultura (art. 23, III, segunda parte, do CP). Com efeito, conquanto seja sabido que a conduta típica possa ter sua ilicitude neutralizada por uma permissão que provenha de qualquer parte do direito⁹¹ – e nesse caso poder-se-ia cogitar o direito constitucional à preservação cultural,⁹² – é certo que essa excludente não alcança os casos de “abuso” de direito.⁹³ Ora, foi precisamente isso que a maioria dos Ministros do STF considerou: a Farra do Boi excede o direito à manifestação cultural. Todavia, para além do argumento de autoridade oriundo dessa decisão (cujo equívoco já ressaltai em linhas anteriores), sobretudo entendo que a melhor solução não pode passar pela preponderância do direito à cultura sobre a proteção do animal, porque isso seria nocivo em termos de política criminal.⁹⁴ Realmente, a par de abrir hipótese para suposta legitimação constitucional de eventuais excessos dos praticantes (na linha da “cultura acima de tudo”), essa posição inviabiliza a via dialógica na busca de uma proposta conciliadora a respeito da questão, que em meu entender é a solução constitucionalmente mais adequada.

Dito de outro modo, se *a priori* ficar estabelecido que o direito a maltratar o boi é lícito, porquanto constitucionalmente acolhido por um interesse superior (direito à cultura) aos outros interesses que estão na balança, todo o esforço por uma concordância prática em torno do problema será contraproducente, pois o debate partiria do pensamento de que um dos “dois extremos da celeuma” tem razão, quando na realidade não é bem assim; pelo contrário, a concepção de que ninguém “tem o direito constitucional de maltratar” é cada vez mais dominante em todos os quadrantes do Direito, precisamente em atenção às inegáveis mudanças vivenciadas pela sociedade contemporânea.⁹⁵

⁹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 488 ss.

⁹² Taipa de Carvalho analisa essa hipótese para afastá-la, pois, se a Constituição reconhecer a licitude de crimes culturalmente motivados, já não se poderia falar na colisão de deveres jurídicos, intrínseca a uma situação de justificação. Segundo o autor, sairíamos de um totalitarismo cultural para entrar numa pulverização legal. CARVALHO, Américo A. Taipa de. Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal. *Direito e Justiça*, Lisboa: Universidad Católica, v. XVI, Tomo I, p. 140, 2002.

⁹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

⁹⁴ Sobre a importância da política criminal na utilidade ou nocividade de uma causa de justificação ver: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte Geral. Tomo I. Madri: Civitas, 1997. p. 221 ss.

⁹⁵ A propósito, disso parece ser emblemática a recente Lei Federal nº 13.010/2014 (“Lei da Palmada”), que estabelece que a criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto.

Dessa forma, uma vez ultrapassadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da ilicitude que se conseguiu vislumbrar, e resultando que a prática da Farra do Boi deve ser considerada um injusto penal (fato típico e ilícito), há que se perquirir, por fim, se é possível lançar um juízo de censura ao seu praticante, ou seja, se lhe é possível atribuir culpa, o que é feito, obviamente, com base no pressuposto de que é imputável, ou seja, detém condição legal de maioridade penal e sanidade mental que lhe confira a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento.

Nesse toar, quando se está a falar de crimes culturalmente motivados, a relação do ser humano com os animais revela-se emblemática da dificuldade de se atribuir um juízo de censura, e qualquer olhar para o panorama comparatístico assim demonstrará. Tal relação está intimamente ligada com as tradições e com a identidade cultural dos povos, nem sempre sendo fácil, nesses quadrantes, determinar quais práticas constituem abuso e/ou crueldade contra os animais. Como é intuitivo, apesar de a maioria das tradições culturais não admitirem a crueldade de animais, o conceito de “crueldade” com os animais varia muito de uma cultura para outra.⁹⁶

Nesse contexto de múltiplos valores, costumes e compreensões sobre o que é certo ou errado em termos culturais, a doutrina especializada cogita a hipótese de que, no âmbito dos crimes culturalmente motivados, para que seja possível reconhecer uma consciência da ilicitude material (ou seja, não apenas

⁹⁶ Apenas para ilustrar, ao lado das tauromaquias, que na essência é o que se está a tratar aqui, faço um comparativo com a situação do “tiro ao pombo”. Em Portugal, onde as tauromaquias ainda existem, ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) foi submetido o pedido de reconhecimento da ilicitude do tiro ao pombo. Um dos argumentos utilizados pela associação zoófila autora foi no sentido de que, embora na referida atividade desportiva o objetivo seja matar os animais, é certo que os que não têm esse malfadado destino, acabam com lesões graves e sofrimento cruel. Colocou-se, assim, a possibilidade da substituição de animais vivos por alvos artificiais (tiro aos pratos e às hélices), o que traduziria uma evolução civilizacional consentânea com os valores dominantes na sociedade portuguesa do séc. XXI. A ação não foi acolhida pelo STJ, o qual, após salientar que tal prática sempre foi admitida na história legislativa lusitana, proclamou que se deve reconhecer que: “A verdade é que se trata de uma actividade que faz parte dos nossos valores culturais, tal como a tourada, a caça nas diversas modalidades e a pesca desportiva, mesmo que não se pratiquem em alguns países da Europa. De qualquer modo, como atrás se deixou dito, a Constituição Portuguesa impõe a protecção do património cultural. As touradas, a caça, o tiro aos pombos e outras práticas desportivas fazem parte dos costumes ancestrais. São valores que devem ser respeitados e mantidos até que o povo assim o entenda” (Processo nº 06B4413, acórdão de 15 de março de 2007). No Brasil, todavia, ao analisar a mesmíssima prática, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou que o tiro ao pombo configura crueldade aos animais, constitucionalmente vedada. Segundo essa Corte, a Constituição brasileira não protege apenas os animais em extinção, mas o próprio homem de sua agressividade em se comprazer com tais espetáculos de abate desnecessário, como se fossem esporte. Assim, concluiu que o tiro ao pombo pode ser substituído pelo tiro ao prato, sem danos maiores à atividade esportiva e em favor de um crescimento da sensibilidade humana e respeito entre as espécies. (Apelação Cível nº 592049746, julgada em 30 de junho de 1992).

consciência da existência formal da regra proibitiva, mas o seu porquê) não é suficiente que o agente conheça o caráter ilícito da sua ação, pois ele deve, antes, compreender significado desvalioso dela. Dito de outro modo, o agente até pode ter conhecimento de que o fato é proibido, mas é possível que, em razão da sua cultura, não consiga compreender o sentido da proibição legal e assim não consiga internalizar o desvalor da conduta e pautar a sua atuação conforme a norma.

É nessa linha que Eugênio Zaffaroni, atento à realidade multicultural do continente americano, propõe a figura do *erro de compreensão culturalmente motivado* para tratar os casos em que o agente pertença a uma cultura minoritária e conviva noutra cultura dominante, como é caso do imigrante, ou quando o agente vive em seu sítio de origem, mas amiúde se inter-relaciona com a cultura dominante, como é o caso dos indígenas. O autor equipara o erro de compreensão a um erro de proibição com margens mais alargadas.⁹⁷ Nessas situações, argumenta que é possível que o agente tenha consciência do desvalor da sua conduta, mas interna ou externamente pressionado por seus valores culturais, acaba por não se determinar conforme essa consciência. Dito de outro modo, a cultura do agente não lhe permite ser permeável aos valores contidos na norma estatal regente, seja porque eles não lhe fazem sentido, seja porque incompatíveis com os seus valores culturais de origem.⁹⁸

⁹⁷ Em linhas básicas, o erro de proibição, tal como disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro, ocorre naqueles casos em que o agente, conquanto conheça os pressupostos fáticos do injusto, ou entende que a sua conduta não está no âmbito do proibido (erro de proibição direto), ou supõe que esteja ao abrigo de uma causa de justificação que na realidade não existe (erro de proibição indireto). É vencível quando, com alguma diligência, o agente poderia compreender a ilicitude da sua conduta. Se for invencível, afastará a culpa. É uma valoração leiga que ele faz sobre sua conduta e não uma ignorância da lei. Bem por isso, afirma-se que uma coisa é a *obrigatoriedade*, pela qual a lei é válida para todos, quer a conheçam ou não. Outra coisa é o problema da *culpabilidade*, que significa ter ou não condições de aceder ao eventual conflito entre o comportamento e a norma legal. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 342.

⁹⁸ O autor exemplifica com a situação de um índio integrante de uma comunidade que possua, desde séculos, rituais próprios para funeraiis. Esse indígena pode até saber que esse ritual configura um ilícito formal (por conhecer a regra estatal que regula as inumações) e mesmo material (por estar ciente de que essa regra objetiva evitar a propagação de doenças), mas ainda assim não é razoável censurar-lhe penalmente porque ele não cumpre tais regras em virtude do sepultamento ritualístico da sua tribo. Entretanto, o autor explica que o condicionamento cultural nem sempre dá lugar a um erro de proibição, mas pode dar lugar a distintas classes de erros. Cita como exemplo os membros da cultura *Ahuca*, da selva equatoriana, que têm a convicção de que o “homem branco” sempre os matará quando os vir, de modo que devem se adiantar no ato de defesa. Nesse caso haverá um erro culturalmente motivado, mas não um “erro de proibição”, mas uma “justificação putativa”. Afirma, igualmente, que é possível detectar um “erro de tipo” (sobre a causalidade) em casos comuns da cultura africana, que submetem a espancamento, como forma de tratamento, de pessoas “possuídas”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. v. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982. p. 190 ss.

A questão que se coloca é: essa construção doutrinária pode de alguma forma contribuir para a análise criminal da conduta do farrista? Como já aventei em linhas anteriores, é possível que ele, muito embora esteja bem ciente da ilicitude formal (existência do crime) e material (razão da incriminação) da prática da Farra do Boi, em decorrência da forte influência cultural, simplesmente não compreenda tal prática como caracterizadora de um verdadeiro abuso ou maus-tratos com o boi. Logo, seria aceitável excluir-lhe a culpa penal, visto que, por motivos culturais, não consegue se motivar pela norma, atuando num erro de compreensão equiparável ao erro de proibição sobre os elementos normativos do tipo (expressões “abuso” e “maus-tratos”)?

A resposta para essa interrogante, a meu ver, é negativa. Com efeito, a premissa desse argumento deixa claro que atualmente os farristas conhecem muito bem o significado negativo da Farra do Boi à luz do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto não o aceitam, preferindo motivar-se pelos costumes da sua comunidade. Sucede que, muito embora a figura do erro de compreensão culturalmente motivado possa ser uma construção doutrinária adequada para o trato de algumas condutas criminosas praticadas por indígenas, ela, além de ainda não ser contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro,⁹⁹ não corresponde à noção de *compreensão* comumente aceita e aplicável entre nós.

Com efeito, em termos dogmáticos, o Estado não pode exigir ao comum dos cidadãos a aceitação do valor protegido pela norma, mas apenas o seu conhecimento. Como o Estado não pode exigir essa aceitação, não pode exculpar por sua ausência, mormente quando a conduta não se conforma com princípios éticos universalizáveis. Logo, no caso do farrista, concluo que o “erro de compreensão culturalmente motivado” não pode, sem mais, ser invocado em paralelo ao erro de proibição, pois aqui se tem um problema volitivo e não cognitivo.¹⁰⁰

Ainda no âmbito da culpabilidade, penso, pois, que uma via mais consistente de defesa cultural que se pode cogitar em favor do farrista é a linha de ra-

⁹⁹ Com efeito, por influência da doutrina de Zaffaroni, apenas o CP do Peru, de 1991 (artigo 15) acolhe expressamente a figura do “erro de compreensão culturalmente condicionado”. Anoto que o Projeto do novo CP do Brasil – embora não seja claro se de fato prevê a figura do “erro de compreensão”, pois possui uma disposição confusa em termos de técnica legislativa – na rubrica de tratamento “dos índios” (art. 33), reza que se aplicam “as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, comprovado por laudo de exame antropológico”. Para maiores desenvolvimentos, ver: LEITE, Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*, set. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades>. Acesso em: 21 maio 2016.

¹⁰⁰ De fato, para além da irracional pulverização social e jurídica, concordo com Taipa de Carvalho quando afirma que não se pode aplicar aos emigrantes europeus que aportaram no Brasil o mesmo tratamento jurídico-penal dispensável aos índios, afinal são situações socioculturais muito diferentes. CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal*. *Direito e Justiça*, Lisboa: Universidad Católica, v. XVI, Tomo I, p. 140, 2002.

ciocínio traçada com base na compreensão de que, em determinados casos de crimes culturalmente motivados, verifica-se que no agente pulsa uma verdadeira “pressão cultural” a qual, conjugada com uma determinada situação objetiva que se põe frente, como, por exemplo, uma pressão social para que não abandone os costumes de seus ancestrais,¹⁰¹ poderá render ensejo ao reconhecimento de um verdadeiro *estado de necessidade existencial*.

Essa é uma linha de pensamento desenvolvida por Silva Dias, o qual, ante o ordenamento jurídico de Portugal – no qual, diferentemente do Brasil, existe a figura do estado de necessidade exculpante (art. 35 do CP português) – invoca o direito à integridade cultural, como manifestação da personalidade do agente, para desenvolver a tese de que, em alguns casos, os crimes culturalmente motivados possam estar ao abrigo de um estado de necessidade existencial, consoante a natureza dos bens ameaçados e a intensidade da coação ou da ameaça, tornando não censurável ou menos culpável a conduta. O autor diz “que não se pode censurar – pelo menos, não de uma forma plena – uma pessoa a quem a vivência de uma tensão emocional intensa, causada por vínculos culturais com os quais não consegue romper, priva de reais alternativas de ação”.¹⁰²

Notadamente, essa é uma concepção elaborada desde a noção de que a exigibilidade de conduta diversa, ao lado da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude, forma o tripé em que se assenta a culpabilidade.¹⁰³

Nesse sentido, considerando que no Brasil o Código Penal não prevê o estado de necessidade exculpante, haja vista ter adotado a teoria unitária do estado de necessidade, verifica-se que atualmente há uma tendência majoritária em aceitar a inexigibilidade de conduta diversa como uma causa suprallegal de

¹⁰¹ Segundo Eugénio Lacerda, desde os anos noventa os farristas resistem teimosamente em manter suas farras, por se sentirem tratados como “bodes expiatórios”. Eles justificavam a manutenção da farra como a continuidade de um costume. A partir dos anos dois mil, além dessa alegação, eles passam a referir a si mesmos como “açorianos”, resultando que as farras se tornaram mais claramente signos de identidade local, servindo como diacrítico e, seu uso, difundindo-se por outros setores, como imprensa, políticos, redes de ensino, autoridades locais e organizações culturais do litoral. Nesse contexto, mesmo os que não a praticam tendem a defendê-la por se sentirem genericamente atacados em seu modo de vida. Entrevista disponível em: <<http://www.portaldodivino.com/SantaCatarina/entrevista.htm>>. Acesso em: 15 maio 2016.

¹⁰² DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e Culpa nas sociedades multiculturais. In: PALMA, Maria Fernanda et alli (Org.). *Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 114.

¹⁰³ De fato, após a confirmação da imputabilidade e da possibilidade de conhecimento da ilicitude, encontra-se estabelecida a culpabilidade, o que não significa que o ordenamento jurídico necessariamente fará um juízo de reprovabilidade, podendo, ao contrário, renunciar a este juízo e exculpar o agente nas hipóteses em que não se puder exigir do agente que atue conforme a norma. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: RT, 2001. p. 178 ss. Esse é o posicionamento do STF, o qual já proclamou que: “A culpabilidade se determina pela imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e possibilidade do conhecimento do injusto” (HC nº 73097/MS, de 17 de novembro de 1995).

exculpação. Essa concepção parte da premissa fundamental de que o Estado, seja pela via da lei, seja pela via da sua interpretação, somente pode exigir do agente o que lhe seja concretamente possível.¹⁰⁴

Dessa forma, se por alguma razão – inclusive o condicionamento cultural –, não se puder exigir do indivíduo um comportamento de acordo com a norma, não se poderá culpá-lo por não o ter feito.¹⁰⁵

Entretanto, caso se entenda que a inexigibilidade não pode ser concebida como uma “causa geral de exclusão da culpabilidade”, posição que parece mais adequada ao nosso sistema finalista,¹⁰⁶ a tese desenvolvida por Silva Dias bem pode ser alinhada, em solo brasileiro, à *coaço moral irresistível*, que é

¹⁰⁴ Na doutrina brasileira, é majoritário o entendimento a favor da concepção da inexigibilidade como causa suprallegal. Assis Toledo diz que a “inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa suprallegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.” TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 328. Igualmente nesse sentido: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 474. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.059. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 489. Atualmente o STF é partidário dessa compreensão, como se pode ler na sua jurisprudência a respeito dos delitos previdenciários, na qual a incidência da inexigibilidade de conduta diversa, caracterizada pelas dificuldades financeiras, pode ser aceita desde que haja robusto conjunto probatório nos autos. Nesse sentido, há recente precedente do Tribunal, em sua formação plenária: “A inexigibilidade de conduta diversa consistente na precária condição financeira da empresa, quando extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa do que o não recolhimento das contribuições previdenciárias, pode ser admitida como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade do agente. Precedente: AP 516, Plenário, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 20 de setembro de 2011”(ut HC 113418, julgado em 24 de setembro de 2013).

¹⁰⁵ Guilherme Madi apresenta a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpa viável para o tratamento jurídico-penal dos indígenas naqueles casos em que, apesar de conhecerem proibição legal, apresentam extrema dificuldade em internalizá-la, em decorrência da distinção em suas práticas e costumes. REZENDE, Guilherme Madi. *Índio – Tratamento Jurídico-Penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 110-111.

¹⁰⁶ De fato, Welzel sempre sustentou que as causas de inexigibilidade devem estar previstas legalmente e que o direito deve limitar bastante essas situações, no interesse da vigência das suas normas. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: RT, 2001. p. 138. Aliás, essa atualmente é a posição majoritária na doutrina alienígena. Por todos, na Alemanha: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte Geral. Tomo I. Madri: Civitas, 1997, p. 960 ss. Em Portugal: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 610. Na Espanha: CERESO MIR, José. *Derecho Penal*. Parte Geral. Lima/São Paulo: ARA Editores/RT, 2007. p. 994 ss. No Brasil, essa é a posição de Zaffaroni e Pierangeli. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. – Parte Geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 565 ss. Note-se que o STF, inicialmente, igualmente entendia não ser admissível a teoria da inexigibilidade como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade (HC 66192, julgado em 21 de junho de 1988).

uma exculpante positivada (art. 22 do CP).¹⁰⁷ Esse paralelo é possível uma vez que as situações que entre nós geralmente são compreendidas como coação moral, em geral coincidem com as situações do estado de necessidade exculpante acolhidas pelo CP português, excludente mais bem desenvolvida dogmaticamente e que de certa forma absorveu a coação em Portugal.¹⁰⁸

De fato, como visto, a Farra do Boi ainda hoje é uma manifestação cultural extremamente comum no meio em que o farrista nasce e é socializado, o que pode fazer surgir-lhe uma situação de conflito existencial em que se sinta *coagido*, tal como verdadeiro *necessitado*, a se orientar pelo bem que mais estima, ou seja, a preservação da prática cultural, em detrimento da preservação do animal.

Dito de outro modo, é possível compreender que o farrista se sinta de tal forma impelido a participar da brincadeira que se encontre numa situação pessoal de elevada restrição de oportunidade para se motivar pelas normas, em decorrência da forte pressão existente no meio da sua comunidade pela manutenção de tal tradição, encontrando-se, pois, particularmente predisposto a fazer prevalecer uma estrutura de valores éticos que destoa da ordem de valores definida em abstrato pelo Direito. Nesse contexto social, o jurídico deve reconhecer essa situação de pressão cultural, em que o âmbito de autodeterminação do sujeito se encontra sensivelmente limitado, de tal modo que é claramente menos exigível um comportamento conforme o Direito.¹⁰⁹

Sem embargo dessa conclusão, no caso do farrista reputo que duas razões impedem a total exclusão da culpa do farrista. A primeira, de ordem dogmática, parte da perspectiva de que atualmente a Farra do Boi é uma festa preponderantemente lúdica, não mais tendo um caráter ritualístico (aquele “boi como

¹⁰⁷ *Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.* Apesar a dicção legal não se restringir à coação moral (*vis compulsiva*), essa compressão é pacífica na doutrina, visto que a *vis absoluta* torna o coagido um instrumento do coator, sequer realizando uma verdadeira ação ou omissão. Ademais, embora tal redação possa ensejar a interpretação de que o dispositivo aponte para ausência de punição do coagido como uma causa impeditiva de punibilidade, a doutrina brasileira, também de forma pacífica, reconhece a coação moral irresistível como causa de exclusão da culpabilidade. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 328.

¹⁰⁸ A respeito, ver: PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina. p 76-78; p. 196-197. A coação moral não está positivada no CP português, sendo abarcada pelas fórmulas do art. 34 (que trata da excludente de ilicitude do direito de necessidade, nos casos de sensível superioridade do interesse a salvaguardar) e do at. 35 (que trata do estado de necessidade, que exclui a culpa no caso de conflito entre bens de idêntico valor ou até em que o bem ameaçado tenha valor menor que o bem lesado). No Brasil, Zaffaroni e Pierangeli igualmente traçam paralelo entre a coação e o estado de necessidade exculpante. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2006. p. 565.

¹⁰⁹ Ver: DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*. RPCC, n. 1, Coimbra: Coimbra, p. 29 ss, 2006.

hóstia repartida entre os consortes”), de modo que não se pode falar, em termos legais, que a participação do farrista nessa brincadeira possa ser razoavelmente *irresistível*.

Ademais, há que se ter presente a nossa opção legislativa pela teoria unitária do estado de necessidade, a qual fica bem clara no art. 24, § 2º, do CP, que assim prevê: “*Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços*”.¹¹⁰ Ou seja, no caso de conflito entre bens de idêntico valor, como é o caso da Farra (preservação da cultura v. preservação do animal), entre nós a opção legislativa, ainda que criticável, foi pela diminuição da punibilidade, não se orientando pela exculpação.

Ainda que se possa argumentar que esse impeço seja passível de ser afastado pelo caminho da interpretação, com o manejo da inexigibilidade como causa supralegal, reputo que essa via (tortuosa) deve ter por base a utilização dos mecanismos legais e processuais previstos no ordenamento jurídico. É dizer, a via da interpretação deve ter por fio condutor a ideia de que a atividade hermenêutica não deve restringir-se à lei, mas que também não pode perder-se numa transcendência subjetiva. Assim, deve-se abeberar nos contributos da dogmática, das teorias doutrinárias e da jurisprudência, para descobrir, desde o dispositivo legal, a sua teleologia, sendo imperioso que, na dialética processual, descubra os sentidos que se encontram por detrás do texto e, entre as suas significações possíveis, eleger aquela que coincidirá com aqueles valores que, a princípio, o legislador sempre teve em mente: a ética e a justiça. Nesse contexto, não me parece *razoável* exculpar o farrista quando a lei exige *razoabilidade* para *atenuar* a culpa, e o STF proclamou expressamente que o mais *razoável* é não praticar a Farra do Boi.

O outro argumento que invoco, o qual, embora ainda esteja no âmbito da dogmática, não deixa de desvelar uma questão de política criminal, refere-se à circunstância, já assentada, de que os farristas conhecem muito bem o significado negativo da Farra do Boi à luz do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto simplesmente não o aceitam, preferindo motivar-se pelos costumes da sua comunidade. Ou seja, eles experimentam o conflito interno entre a sua tradição e a proibição jurídico-penal, mas assumem claramente a manutenção da prática como resultado da defesa de um esquema de valores distintos do esquema de valores da maioria (representado pela lei).

Nesse contexto, penso, ao fim e ao cabo, que o mais correto é atribuir aos farristas a condição que Silva Dias, noutro contexto, classificou como de “criminosos por convicção cultural”.¹¹¹ De efeito, como disse em linhas ante-

¹¹⁰ Nesse sentido: MARINHO, Alexandre Araripe, FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 245.

¹¹¹ DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. RPCC, n. 1, Coimbra: Coimbra, p. 2 ss, 2006.

riores, a aceitação e a vigência do direito não podem ser deixadas ao arbítrio de cada um. Mas aqueles que, não aceitando caráter criminoso do seu ato, agem segundo as suas convicções, motivados pela sua cultura e conforme sua particular cosmovisão, rejeitando dessa forma a ordem jurídica por entendê-la contrária à sua cultura, devem ter, ao menos, algo reduzida a sua capacidade de entender a ilicitude do seu ato. Em outro giro linguístico, o fator cultural, no caso da Farra do Boi, conquanto não afaste a culpabilidade e menos ainda neutralize eventual juízo de periculosidade, certamente deve acarretar uma diminuição sensível da culpa, mediante uma atenuação da reprovação aplicada ao agente em nível de determinação da pena.

Anoto que a mencionada autoria por convicção cultural poder ser conacionada ao que, entre nós, Zaffaroni e Pierangeli tratam sob a denominação de *autor por consciência dissidente*,¹¹² figura que ocorre, quando os valores pessoais do agente não coincidem com a lei, e este experimenta o afastamento desses seus valores como um sofrimento de consciência. Segundo os autores, embora seja óbvio que não é possível deixar a exigência da lei ao alvedrio de cada consciência individual, esse princípio tem limites que nem sempre é fácil estabelecer, visto que a liberdade de consciência deve ser corretamente ponderada com ele, especialmente nos casos decorrentes da liberdade de culto (ex. a recusa do pai à necessária transfusão de sangue no filho menor, por motivos religiosos). Assim, o autor por consciência dissidente é quem experimenta o conflito entre a realização do injusto e o dever de consciência imposto por um peculiar sistema de avaliações e consequentes diretrizes que não estão de acor-

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2006, p. 563. Nem todos os doutrinadores fazem uma clara distinção entre “criminoso comum”; “autor por convicção” e “autor por consciência”. Nada obstante os estreitos limites dessa quadra não me permitam aprofundar nesse debate, observo, todavia, a partir dos contributos de Silva Dias, que o autor por convicção é aquele que age impelido por uma espécie de “ter de”, que não é universalizável e, portanto, não pode ser aceito como um dever. É autor por convicção é aquele que atua por questões de fé, política cultura, etc. Logo, se a sua conduta colocar em causa de maneira indevida a livre realização e o desenvolvimento do outro, o ordenamento jurídico não poderá ceder às suas pretensões. Já o autor de consciência é tomado a partir de um dever moral, por respeito às leis universais. Ele age seguindo um dever ético, com os princípios formais de uma moral racional. Nesse caso surge ao autor um conflito entre um dever moral e um dever jurídico. Dessa forma, a ação de consciência desenrola-se numa situação comunicativa ideal; já na ação de convicção não há tal situação, pois é desenvolvida numa estratégia heterônoma, fundada num suposto “ter de”. DIAS, Augusto Silva. *A relevância jurídica penal das decisões de consciência*. Coimbra: Almedina, *passim*, especialmente p. 60 ss, p. 137 ss, 1989. Ora, feita tal distinção, fica claro que o exemplo do adepto da religião que se opõe à transfusão de sangue do seu filho menor afetar algum bem jurídico deste, deverá ser enquadrado na hipótese de “autor por convicção”. Já se o mesmo adepto aceita a recusa da esposa em submeter-se à transfusão de sangue, não a conduzindo ao socorro médico em caso de acidente, poderá ser concebido como autor por consciência, pois nesse caso atenderá ao princípio da autodeterminação, que é de cunho moral e universalizável.

do com os valores acolhidos em termos legais. O agente nessa situação deve fazer um esforço muito maior para evitar o injusto, logo, isso sempre deve implicar uma diminuição da sua culpabilidade.

Nesse sentido, pela linha do até aqui exposto, entendo possível o reconhecimento de duas causas atenuantes da punição do farrista. A primeira, advinda do reconhecimento da sua motivação pela preservação da cultura dos seus antepassados, sentimento que sem dúvida deve ser concebido como sendo algo de *relevante valor social*, nos termos do art. 65, III, alínea “a”, do CP. Em acréscimo, também entendo cabível o reconhecimento da atenuante pelo fato ser praticado em *coação resistível*, nos termos do art. 65, III, alínea “c”, do CP, pois, como disse acima, é possível verificar-se uma situação de *pressão social resistível*, que pode ser colocada em analogia à figura legal.

Essa dupla atenuação não deixará de ser uma concessão do Direito Penal à tolerância que deve nortear uma sociedade multicultural como a brasileira. De qualquer modo, como visto em linhas anteriores, sempre será necessária a comprovação robusta de que o agente sofre uma pressão cultural e que a farra foi praticada em razão da sua bagagem cultural, de forma que, destaco uma vez mais, ficam de fora dessa compreensibilidade aqueles indivíduos que dela se apropriam para apenas descarregar a sua brutalidade e boçalidade.

A proposta de tratamento criminal que acabo de assentar não significa que considero a esfera do Direito Penal como a mais correta para lidar com a Farra do Boi e, portanto, não revela uma incongruência com tudo que acima foi defendido, quando disse que a decisão do STF foi equivocada ao lançar indevidamente os farristas para o trato de um Direito Penal meramente simbólico e ineficaz.

Reitero, pois, que ponderadas todas as circunstâncias fáticas e jurídicas que o caso envolve, a melhor solução para Farra do Boi e outras como os rodeios e as vaquejadas somente poderá ser encontrada pela via dialógica, tendente a encontrar uma forma de concordância prática entre a manutenção dessa manifestação cultural e a proteção dos animais, numa representação normativa de todos os interesses envolvidos.

Daí por que, já em jeito de conclusão, para deixar bem clara minha posição a respeito, considero oportuno, ao ocaso, retomar Zaffaroni e Pierangeli, quando dizem que o Direito Penal deve estar antropologicamente fundado, ou seja, deve servir ao homem tendo como ponto referencial o respeito à condição humana. Se não tiver esse fundamento, não deixará de ser Direito, apenas não será efetivo.¹¹³

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. v. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982. p. 316 ss.

Em meu sentir, a atual realidade da Farra do Boi, que, embora proibida, continua a ocorrer de forma marginalizada e mais violenta e nociva para o animal, apresentando nefastos efeitos criminógenos, demonstra, de forma emblemática, o quanto essa assertiva é correta e, portanto, a necessidade de revisão daquilo que sobre ela foi decidido.

Considerações finais

A Farra do Boi, em seu formato genuíno e tradicional, é concebida pelos seus estudiosos como um ritual de inversão e de violência sacrificial. Atualmente, embora proibida, continua a acontecer, conquanto ela tenha perdido em muito a essência desse caráter ritualístico, permanecendo como uma manifestação lúdica que ainda detém caracteres culturais, pese embora represente violência contra o animal, visto que os farristas abusam do boi ao provocar-lhe cansaço e aflição desnecessários, bem como, não raro, objetivamente, ao causar-lhe ferimentos, o que constitui o crime de maus-tratos aos animais.

Juridicamente falando, a Farra do Boi não se enquadra em crueldade, conceito que está intimamente ligado à estrutura dogmática dos elementos subjetivos especiais do tipo, que pode ser caracterizada como uma atitude interior ou um impulso afetivo consistente no prazer de causar sofrimento. Efetivamente, a Farra do Boi manifestação violenta, mas tem, sobretudo, uma motivação cultural que não pode ser corretamente ligada a atos de barbárie e selvageria, como acusam os seus opositores.

Todavia, não se pode desconhecer ou ocultar que, diante dessa sua interface com a violência, a crueldade infiltrou-se no contexto do folguedo popular, que restou desvirtuado por alguns que, sem nenhuma motivação louvável ou compreensível, se valem da Farra do Boi apenas para descarregar sua virulência e boçalidade, incorrendo em atos de pura e simples maldade contra o animal.

O STF, ao não conseguir alcançar a distinção de uma situação da outra, proibindo a Farra do Boi *tout court*, perdeu rica oportunidade de assegurar a coexistência entre a genuína manifestação cultural de uma minoria cultural importante no processo civilizacional da nação e a proteção dos animais. O melhor caminho, guiado pelo princípio da proporcionalidade, seria o da ponderação e o da concordância prática, a determinar a adoção de medidas legais que determinem práticas alternativas e responsáveis que assegurem o exercício dessa forma de expressão popular sem significativa violação à constitucional proteção dos animais.

A atual orientação do STF, para além de ter impedido a busca da concórdia prática em sede legislativa tem como principal efeito negativo lançar a Farra do Boi para a criminalidade, fazendo invocar um Direito Penal de cunho meramente simbólico, ineficaz e com finalidades meramente repressivas, que acaba por atuar como fator criminógeno.

Sem embargo, em que pese o equívoco dessa orientação jurisprudencial, atualmente, no cotidiano forense, aos operadores do Direito resta tratar a Farra do Boi como um crime culturalmente motivado, permitindo que sejam exploradas as potencialidades de uma defesa cultural na hipótese de um farrista vir a ser processado criminalmente pela prática de maus-tratos, desde que ocorrida no seu âmbito original e genuíno.

Dentro dessa virtualidade, a motivação cultural deve ser considerada como causa de atenuação de pena, visto que a manutenção da manifestação cultural – cuja inconstitucionalidade é, no mínimo, duvidosa –, por si, pode ser considerada um fator de relevante valor social. Ademais, a conduta do farrista pode vir a ser enquadrada na atenuante da *coaço resistível*, visto que igualmente pode ser fruto de uma situação de *pressão social resistível*, fenômeno social que pode ser colocado em analogia *in bona partem* à figura legal existente. Ambas as hipóteses, todavia, dependerão da demonstração dos requisitos elencados pela doutrina com a finalidade de comprovar um crime culturalmente motivado.

Nada obstante, a derradeira e melhor conclusão a que se pode chegar, diante dos dados empíricos e jurídicos colacionados, é que a utilização do Direito Penal para o trato da Farra do Boi, além de ser uma via ineficaz, não condiz com a necessidade de respeito no trato das manifestações culturais das minorias.

Efetivamente, além da necessidade de respeito e convivência harmoniosa com a cultura dos grupos minoritários, o fato é que, em virtude da força fática dos costumes, a repressão penal só tende a piorar o estado das coisas. É preciso, antes, compreender que a modificação dos comportamentos culturais lesivos a bens jurídicos de cunho universalizante deve ser produto da uma paulatina alteração interna, resultante de um diálogo que viabilize surgimento de uma nova convicção entre os integrantes das minorias.

É preciso, enfim, abrir-se para a possibilidade de uma postura plural, respeitosa e compreensiva, que busque um denominador mínimo comum, mesmo que isso não implique aceitar a posição do outro, o que é corolário da máxima segundo a qual “não é preciso ser César para compreender César”.