

DIREITO ANIMAL COMPARADO

COMPARATIVE ANIMAL LAW

SACRIFÍCIO DE ANIMAIS E A PRIMEIRA EMENDA: O CASO DA IGREJA LUKUMI BABALU AYE

Animal sacrifice and the first amendment:
The case of Lukumi Babalu Aye¹

*David N. Cassuto*²

Professor PhD da Pace Law Scholl, White Plains, NY. Diretor do Instituto Brasil-Estados Unidos de Direito e Meio Ambiente. Email: dcassuto@law.pace.edu

RESUMO: O autor trata da controvérsia entre a liberdade religiosa e o sacrifício de animais nos Estados Unidos, enfrentando algumas perguntas não respondidas, tais como saber se o abate ritualístico de animais constitui uma forma de expressão religiosa protegida pela Primeira Emenda. Ao identificar as inconsistências do julgamento da Suprema Corte americana no caso Lukumi Babalu Aye vs. Câmara Municipal de Hialeah, Flórida, a partir da análise votos concorrentes, o autor procura demonstrar a dificuldade em se estabelecer uma regra geral nos julgamentos da Suprema Corte dos EUA em questões relacionadas com a liberdade religiosa, tendo em vista a tensão entre os fundamentos utilizados em diferentes casos submetidos à Corte. Em seguida, o autor analisa os parâmetros do controle rigoroso de constitucionalidade exigidos sempre que uma norma restringir direitos fundamentais, especialmente os requisitos da elaboração específica, da aplicabilidade geral e do interesse público relevante dessas normas. Por fim, o autor procura identificar se os direitos dos animais poderiam ser utilizados como fundamento para a proibição do abate animal para fins religiosos.

PALAVRAS-CHAVE: Crueldade, Sacrifício animal, Liberdade de religião, Interesse público

ABSTRACT: The author deals with the controversy between free exercise and the sacrifice of animals in the United States, facing some unanswered questions, such as whether the ritual slaughter of animals is a form of religious expression protected by the First Amendment. By identifying the inconsistencies of the trial of the Supreme Court in the case *Lukumi Babalu Aye* vs. Municipality of Hialeah, Florida, from the concurrences opinion analysis, the author seeks to demonstrate the difficulty in establishing a general rule in the judgments of the US Supreme Court on issues related to free exercise, in view of the tension between the reasoning used in different cases brought before the Court. Then the author analyzes the parameters of the strict scrutiny required whenever a rule restricting fundamental rights, especially the requirements of narrowly tailored and general applicability and compelling governmental interest. Finally, the author tries to identify whether the animal rights could be used as a reasoning for exclude animal slaughter for religious purposes.

KEYWORDS: animal, cruelty, law, religion.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Historicidade. — Santería no sul da Flórida. 3. A fundação da Igreja Lukumi Babalu Aye. 4. A primeira emenda e as religiões. 5. A decisão do caso Lukumi Babalu Aye. 6. A imparcialidade e a análise da aplicabilidade geral. 7. Pode uma lei anti-sacrifício imparcial regular todas as condutas humanas em relação aos animais ? 8. Os decretos de Hialeah foram redigidos restritivamente. 9. A impraticável análise do controle rigoroso. 10. Uma abordagem diferente do controle rigoroso. 11. Uma lei anti-sacrifício pode ser imparcial? 12. As leis federais são divididas e têm exceções. 13. As leis estaduais são da mesma forma improdutivas. 14. O bem-estar animal pode ascender ao nível de um interesse estatal obrigatório? 15. Conclusão: uma lei anti-sacrifício pode sobreviver ao direito de livre exercício religioso? 16. Notas de referência.

1. Introdução

O sacrifício de animais e rituais religiosos têm interligações há milhares de anos. A prática continua a ser parte integrante da Santería, religião afro-cubana que tem muitos adeptos nos Estados Unidos, especialmente no Estado da Flórida. Em 1987, quando a Igreja de Santería *Lukumi Babalu Aye* anunciou planos para expandir-se em Hialeah, Flórida, a cidade reagiu, emitindo

um conjunto de decretos (normas) que proibiam o sacrifício de animais. Processada, a Igreja levantou a questão de saber se a morte ritual de animais se constituía em uma das expressões da proteção religiosa que algumas vezes foram submetidas à Suprema Corte dos Estados Unidos. O caso Igreja *Lukumi Babalu Aye Inc.* v. cidade de Hialeah instou a Suprema Corte a resolver duas questões constitucionais a ele vinculadas: o abate ritualístico de animais constitui uma forma de expressão religiosa protegida pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos? E, se assim for, (ou mesmo senão) pode tal prática ser proibida ou regulada pelo Estado?

Essas são perguntas de difícil resposta e a tentativa da Suprema Corte em solucioná-las levantou outras questões. Este capítulo examina o raciocínio da Suprema Corte no caso, para determinar se ela esclareceu - ou obscureceu ainda mais - a relação entre o sacrifício de animais e a Primeira Emenda. É que a tentativa do voto vencedor em considerar os Decretos da cidade de Hialeah insatisfatórios na proteção animal, foi errada e contraproducente.

Os Decretos de Hialeah procuravam proibir a prática da Santeria dentro dos limites da cidade. Por exemplo, eles continham graves problemas porque, intencionalmente, dirigiam-se a uma determinada religião, embora a Suprema Corte tenha enfrentado, primeiramente, a eficácia dos Decretos na determinação de crueldade contra os animais, uma questão muito além de sua alçada. Como resultado, a análise da Corte descaracterizou as normas e abandonou questões cruciais – isto é, se uma proibição não discriminatória sobre o sacrifício de animais é possível ou admissível à luz da Primeira Emenda – que ficaram não respondidas.

Definir os Decretos de Hialeah como de anti-crueldade – ao invés de anti-sacrifício – possibilitou à Suprema Corte considerá-los ao mesmo tempo amplos demais e discriminatórios. Por essas razões, a Suprema Corte considerou que os Decretos estavam impondo uma intolerável sobrecarga sobre as práticas religiosas.

Este raciocínio não respondeu a questão e deixou a mesma imprecisão que a Corte atribuiu às normas em discussão. A Corte exigiu que a legislação fosse específica para atingir o objetivo e amplamente aplicável a um comportamento que está para além da sua finalidade. Essas expectativas conflitantes criaram uma norma impossível. Além disso, ao considerar que as normas sobre sacrifício de animais violavam as leis anti-crueldade, invalidando-as com base na Primeira Emenda, a Corte inviabilizou futuras tentativas de legislar sobre proteção animal, mesmo quando tais leis só incidentalmente provocam impacto sobre práticas religiosas.

2. Historicidade — Santeria no sul da Flórida

A Santeria tem suas origens na África. No século XVIII, a Espanha trouxe um grande número de escravos de regiões da África de língua *yorubá* (incluindo a Nigéria, Togo e Benim) para sua colônia em Cuba. Ao longo do tempo, estas diversas culturas – que compartilhavam a língua *yorubá* e tradições religiosas – passaram a ser conhecidas coletivamente como “*Lukumi*”. A religião dominante entre os *Lukumi* envolvia o culto do *Olodum-Maré* (“dono do céu”) e “*axé*” (“sangue cósmico” do universo). Os Orixás, espíritos ou guardiões que personificam o “*Axé*”, foram definidos como “povo de santo”.³

Na Cuba colonial, a religião *yorubá* fundiu-se com o catolicismo, a religião oficial da Espanha e de sua colônia cubana. O resultado foi uma fé sincrética exclusiva do afro-cubano que combina Orixás com a adoração da iconografia religiosa católica. Orixás e Santos são igualmente venerados nos dias católicos de celebração, mas também de acordo com as práticas tradicionais da Santeria. Líderes dentro da fé são conhecidos como “santeiros”. Posteriormente, a religião tornou-se conhecida como Santeria: “o caminho dos Santos.”

A Santeria migrou para os Estados Unidos com os cubanos exilados e expatriados. No início dos anos 80, havia um número estimado de cinquenta a cem mil praticantes de Santeria vivendo no sul da Flórida. Após o evento conhecido como “*êxodo de Mariel*”, em 1980, em que Fidel Castro deportou 125.000 pessoas, o número de praticantes fieis da Santeria cresceu muito nos Estados Unidos. Muitos dos refugiados desse êxodo se estabeleceram na área de Miami. Como resultado, no início dos anos 90 descobriu-se que a Santeria estava bem enraizada nos Estados Unidos, particularmente no sul da Flórida.

Na Santeria, os rituais religiosos frequentemente incluem a matança de animais. Sacerdotes da religião sacrificam animais para os Orixás, que necessitam de sangue para se saciarem. Eles sacrificam cabras, porcos da índia, coelhos, galinhas, tartarugas e outros animais nos dias de ação de graça para a cura de doenças, para iniciar alguém na fé, para afastar inimigos, etc. O método de abate envolve a colocação do animal de cabeça para baixo em uma mesa e então eles cortam a sua garganta de modo que o sangue escorra para uma tigela colocada debaixo da mesa. Uma vez que a crença da Santería não possui nenhuma hierarquia formal ou estrutura organizacional, não existe nenhum treinamento processo de certificação para o abate dos animais. A depender do animal e da habilidade dos santeiros, realizar o ritual e matar o animal rapidamente e com eficiência pode se apresentar como um grande desafio. Um número de exemplos de falhas nos sacrifícios foi divulgado nos dias que cercam a festa de Lukumi *Babalu*. demonstrando que as mortes dos animais são por vezes lentas e terríveis.⁴

3. A fundação de igreja Lukumi Babalu Aye

Em 1974, um imigrante cubano, Ernesto Pichardo, juntamente com seu irmão, mãe, padrasto e várias outras pessoas, fundaram a Igreja de *Lukumi Babalu Aye*. Pichardo assumiu o duplo

papel de presidente corporativo (a Igreja foi fundada como uma organização sem fins lucrativos) e porta-voz. A Igreja funcionou por muitos anos sem um endereço físico. Em 1987, ele fez um contrato de locação com opção de compra de uma concessionária de carros usados abandonada no centro de Miami, Flórida.

O anúncio da abertura iminente da Igreja causou uma reação da comunidade mais radical em Hialeah. Talvez, não por coincidência, a Igreja também encontrou dificuldades na ocupação do edifício. O clamor da comunidade logo encontrou apoio de um movimento organizado que se opunha à presença da Igreja em Hialeah. Essa oposição incluía os líderes religiosos locais. O pastor de uma igreja local chegou a proclamar-se em favor da liberdade de expressão e de culto, mas também declarou que “ainda há pessoas nesta era, em nossa sociedade civilizada dos Estados Unidos, que continuam a sacrificar animais... isto é indefensável e repugnante”.⁵

Em uma reunião pública realizada pela Câmara de Vereadores da cidade, fervorosas acusações partiram de todos os lados. Os participantes denunciaram as práticas da Santeria como satânicas e medievais. Até mesmo o Capelão do Departamento de Polícia identificava a prática religiosa como uma abominação ao Senhor, observando que “precisamos ajudar as pessoas e compartilhar com eles a verdade que é encontrada em Jesus Cristo.”⁶ Na audiência, Pichardo foi vaiado, ofendido e chamado de “anti-Cristo” e Satanás, dentre outros epítetos.⁷

Pouco tempo depois, a Câmara de Vereadores da cidade editou uma série de resoluções e decretos proibindo o abate ritual do tipo praticado pela Santeria e seus fiéis. A Resolução 87-66 reconheceu a preocupação dos habitantes de Hialeah com as práticas religiosas conflitantes com os bons costumes, a paz e a segurança e “reiterou” o compromisso da cidade com o proibição do sacrifício de animais. O Decreto 87-40 incorporou a Lei de crueldade animal da Flórida, proibindo qualquer pessoa de “matar desnecessária ou cruelmente” animais. O Procurador-Geral da Flórida já tinha manifestado opinião de que matar ani-

mais para fins religiosos era “desnecessário” nos termos da lei e, portanto, ilegal, a menos que o objetivo primário fosse o consumo alimentar. Assim, ao regulamentar a Lei Estadual, a Câmara da cidade de Hialeah efetivamente proibiu a forma de sacrifício animal praticada pela Santeria.

Como Hialeah é uma parte da Flórida, o Lei Anti-crueldade daquele Estado já estava em vigor, então a incorporação da Câmara de Vereadores foi parcialmente exortatória. No entanto, a interpretação do Procurador-Geral sobre a Lei do Estado (de que o sacrifício de animais fora do contexto do consumo de alimentos era “desnecessário” e, portanto, cruel) não tinha ainda sido testada ou acolhida pelos tribunais. Seja como for, a Lei Anti-Crueldade do Estado da Flórida ganhou especificidade e clareza no contexto dos Decretos de Hialeah.

A Resolução 87-90 estabeleceu a política da cidade de oposição ao sacrifício de animais dentro dos seus limites. O Decreto 87-52 proibiu a posse ou utilização de animais para abate ritualístico, exceto em zonas específicas e em estabelecimentos devidamente licenciados. O Decreto 87-71 proibiu o sacrifício de animais dentro dos limites da cidade, exceto para a finalidade primária do consumo de alimentos e o Decreto 87-72 proibiu o abate de animais em todos os locais não zoneados para tais atividades, normas que reuniram todos os códigos e regulamentos da cidade. Desse modo, essas normas significavam que a Igreja e seus seguidores estavam proibidos de realizar sacrifícios de animais dentro da cidade de Hialeah.

A Igreja e Pichardo entraram conjuntamente com uma ação na Justiça Federal contra a cidade, o Prefeito e a Câmara de Vereadores. Os autores alegaram violações aos seus direitos de liberdade religiosa assegurados pela Primeira Emenda e exigiram que o juiz invalidasse os Decretos municipais. A cidade contestou afirmando que as normas não discriminavam a Santeria ou a sua Igreja, e que, na verdade, procuravam apenas proteger a população contra práticas insalubres e impróprias. Em segui-

da, alegou que os Decretos passariam no controle de constitucionalidade e deveriam ser mantidos.

O Juiz Federal acolheu os argumentos do Município. Ele considerou que muitas das testemunhas de Pichardo não foram convincentes e, desse modo, decidiu que as testemunhas conseguiram provar que se tratava de um caso de discriminação. O Tribunal Federal do Nono Circuito manteve a decisão sem emitir opinião. A Suprema Corte assegurou um *certiorari* para decidir se os decretos municipais de Hialeah, que proibiam o abate ritualístico de animais, violavam a cláusula do livre exercício assegurado pela Primeira Emenda.

A decisão da Suprema Corte surpreendeu a muitos porque não parecia haver qualquer problema de direito constitucional envolvido. Como veremos em breve, a jurisprudência anterior mostrava que os Estados podiam editar normas responsabilizando as religiões, uma vez que o Direito é laico em seus propósitos, imparcial e de aplicabilidade geral. Nem havia uma jurisprudência conflitante visível. Jurisprudência conflitante ocorre quando os tribunais de duas regiões diferentes do país (ou “Circuitos) chegam a conclusões diferentes sobre uma mesma questão jurídica. Em casos como esses, o Direito é aplicado de uma forma em uma região do país e de maneira diferente em outra. Muitas vezes, compete à Suprema Corte resolver esses conflitos. No entanto, apesar da ausência de qualquer novo problema aparente de direito constitucional ou desacordo entre os tribunais, a Corte considerou que o caso da Igreja levantava uma questão importante em relação à Primeira Emenda e que isso exigia a sua atenção. Para entender a questão perante a Suprema Corte bem como o seu processo de decisão exige-se um conhecimento prévia sobre a natureza da Primeira Emenda e o seu tratamento da questão religiosa.

4. A Primeira Emenda e as religiões

O texto da Primeira Emenda declara diretamente que:

O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibir o seu livre exercício,...

Estão inseridas nesta frase duas importantes cláusulas que exigem um delicado balanceamento: a cláusula do estabelecimento e a cláusula do livre exercício. A cláusula de estabelecimento proíbe ao governo federal o favorecimento de uma religião sobre outras, enquanto a cláusula do livre exercício requer que não exista nenhuma proibição governamental às práticas religiosas. Da mesma forma, a Suprema Corte decidiu que, à luz da cláusula do devido processo prevista na Décima Quarta Emenda, estes preceitos também se aplicam aos Estados.⁹ Tomadas em conjunto, as duas cláusulas exigem a imparcialidade do Estado em relação às religiões. Muitos doutrinadores interpretaram que isto significa que as ações e objetivos governamentais devem ser laicos e realizados de forma religiosamente imparcial. Articular tais objetivos e executá-los de uma forma aceitável representa um grande desafio.

Percorrer um caminho entre o não favorecimento de uma religião e a não proibição de sua prática nem sempre é tarefa fácil. É praticamente impossível ao governo impedir completamente algum tipo de auxílio à religião, a menos que deliberadamente negue a religião, algo que é igualmente proibido fazer. Por exemplo, se o corpo de bombeiros (uma entidade do Estado) responde a um alarme de incêndio em uma Igreja, ele está ajudando uma religião, teoricamente em violação da cláusula de estabelecimento. No entanto, se se recusa a apagar o fogo, estará negando assistência por motivo de filiação religiosa, o que também é proibido. Afigura-se que, em muitas circunstâncias, se o Estado age viola a cláusula de estabelecimento e se ele se recusa a agir, viola a cláusula do livre exercício. Assim, se apli-

cada inflexivelmente, a nobre retórica da Primeira Emenda pode paralisar o governo.

A natureza desse dilema levou a Suprema Corte a emitir um leque de decisões que tentam (nem sempre com êxito) esclarecer as obrigações do Estado. Em caráter geral, as duas cláusulas juntas impedem o governo de identificar grupos religiosos específicos para prestações ou encargos. Se o Estado fornece um benefício exclusivamente para uma filiação religiosa, ele viola a cláusula de estabelecimento. Se, por outro lado, impõe um ônus ou penalidade unicamente por causa da filiação religiosa, viola a cláusula do livre exercício.

Ao longo da história do país, inúmeras leis têm sido contestadas em face da cláusula do estabelecimento e o a Suprema Corte tem adotado uma estratégia (que de vez em quando modifica) para decidir. Essencialmente, a Suprema Corte analisa se a lei tem uma finalidade laica, se seu efeito promove ou inibe alguma religião ou se ela cria um entrelaçamento “excessivo” entre o governo e uma religião.¹⁰

Comparativamente, pouca jurisprudência decorreu da cláusula de livre exercício. Isso pode ter ocorrido porque houve menos casos onde os governos federais, estaduais ou locais tentaram suprimir ou punir crenças religiosas ou práticas de forma tão direta que tenham ensejado o controle de constitucionalidade face à cláusula de livre exercício. No entanto, a jurisprudência existente deixa claro que a cláusula de livre exercício proíbe o Estado de cercear uma atividade em razão de sua natureza religiosa ou porque o governo pretenda suprimir ou sobrecarregar uma determinada fé ou prática.

Por exemplo, em *Fowler v Rhode Island*,¹¹ A Suprema Corte impediu a implementação de um decreto municipal que proibia Testemunhas de Jeová de pregarem em um parque público, ao mesmo tempo em que permitia católicos ou protestantes de levarem serviços para os mesmos locais. Da mesma forma, em *McDaniel v Paty*,¹² a Corte invalidou uma lei do Estado de Tennessee que proibia pastores na Assembléia Legislativa do

Estado. Em *Torcasso v. Watkins*,¹³ a Corte invalidou uma exigência do Estado de Maryland para que funcionários declarassem sua crença em Deus antes de tomarem posse em seus cargos.

A jurisprudência recente da Suprema Corte sugere que, se o Estado age de forma religiosamente imparcial, isso não viola a cláusula de livre exercício, mesmo que suas ações, por acaso, promovam uma sobrecarga para os adeptos de uma determinada fé. Em *Departamento de Emprego v. Smith*¹⁴, dois conselheiros tutelares de uma instalação de reabilitação de Oregon foram demitidos por ingerirem “peiete” para fins sacramentais durante um ritual de nativos americanos. A Suprema Corte decidiu que os reclamantes não tinham direito a indenização nem ao seguro desemprego. Ninguém contestou que os dois homens tivessem usado o “peiete” para fins religiosos ou que a lei interferiu em sua capacidade de fazê-lo. Acontece que embora a Corte tenha confirmado a lei, ela negou o pedido de indenização porque entendeu que o Estado não tinha como alvo aquela prática religiosa na promulgação ou aplicação da lei. A intenção do Estado era evitar abuso de drogas e não interferir na atividade religiosa. Os encargos sobre a religião foram acidentais. Por conseguinte, para a Suprema Corte, a lei não violou a cláusula de livre exercício.

O caso *Smith* representa um novo giro na jurisprudência sobre a Cláusula do Livre Exercício. Embora o caso *Smith* não modifique a jurisprudência anterior, a regra nos casos anteriores determinava que se uma lei penalizasse uma crença religiosa, para sobreviver, ela teria que passar por um controle rigoroso (para saber se ela foi feita especificamente para atender a um interesse relevante do Estado). O controle rigoroso representa um enorme obstáculo para a sobrevivência da lei. Quando a Suprema Corte determina que uma ação de Estado deve sofrer um controle rigoroso, isso geralmente significa que ela, a ação, vai ser invalidada. No entanto, não sempre é assim. Por exemplo, em *Estados Unidos v. Lee*,¹⁵ a Corte rejeitou a alegação de que membros da fé *Amish* estavam isentos do pagamento de impos-

tos de seguridade social. A Suprema Corte reconheceu que pagar ou receber prestações de segurança social interferia no livre exercício da fé *Amish*, não obstante, reconhecia que a lei era “essencial para realizar um interesse relevante do Estado.”¹⁶ Como será ser discutido neste capítulo, uma lei que proíba o sacrifício de animais também poderia, conceitualmente, se submeter ao controle rigoroso.

Embora o *caso Smith* não ignorasse explicitamente os casos de livre exercício anteriores, a regra que ele propôs representou claramente isso. No caso *Sherbert v. Verner*,¹⁷ um caso que antecedeu ao caso *Smith* por quase duas décadas, a Suprema Corte determinou que uma lei imparcial deve ser submetida ao exame rigoroso, se o autor conseguir demonstrar que aquela lei dificultava, significativamente, o exercício de sua religião. Em *Verner*, à autora - uma Adventista do Sétimo Dia - tinha sido negado o seguro desemprego porque ela se recusou a trabalhar aos sábados, apesar da exigência legal de que os candidatos estivessem disponíveis para trabalhar de segunda a sábado. A Suprema Corte concordou com a autora, sob o fundamento de que se ela podia demonstrar um fardo significativo sobre o livre exercício de sua religião, ao Estado caberia demonstrar que essa carga era necessária em razão de um relevante. Neste caso, o interesse estatal não foi suficientemente convincente para contrabalançar o peso. Por conseguinte, a autora não poderia ser demitida por ter-se recusado a trabalhar aos sábados.

A diferença chave entre as decisões *Verner* e *Smith* é que em *Verner* a Suprema Corte aplicou o controle rigoroso a uma lei imparcial, mas em *Smith*, considerou que a uma lei imparcial, de aplicação geral, o controle rigoroso era desnecessário. No entanto, ainda que caso *Smith* não anule ou modifique explicitamente o caso *Verner*, a decisão do caso *Smith* criou, nas palavras da Juíza Souter, “uma jurisprudência sobre o livre exercício em tensão consigo mesma...”¹⁸ Como resultado, é difícil extrair uma regra geral dos casos de livre exercício na Suprema Corte. No entanto, com base na confiança explícita da Suprema Corte do

caso *Lukumi Babalu Aye* sob os fundamentos do caso *Smith*, (assim como na crítica apaixonada da Ministra Sauter em seu voto divergente) ficou claro que a regra do caso *Smith* predomina no caso *Lukumi*.¹⁹

5. A decisão do caso *Lukumi Babalu Aye*

Quando a Suprema Corte concedeu *Certiorari* (recurso semelhante a uma liminar) no caso *Lukumi*, isto galvanizou grupos de interesses de ambos os lados da questão. Uma enxurrada de artigos e manifestações surgiu na mídia, com as organizações religiosas geralmente apoiando a posição da Igreja e organizações de defesa dos animais apoiando a Câmara de Hialeah.

No seu voto vencedor (onde o Ministro concorda com o resultado da decisão mas discorda de seus fundamentos), o Ministro Kennedy concordou com a igreja e com a modificação das decisões do Juiz Federal e do Tribunal Federal.²⁰ A combinação dos votos vencedores e dos concorrentes demonstrou, claramente, que os decretos de Hialeah eram inconstitucionais. Em um acordo mais adiante, Hialeah concordou em pagar as taxas judiciais de Pichardo e da Igreja no valor de quase meio milhão de dólares e a pagar um dólar para a Igreja como símbolo de reconciliação. Nem Pichardo, nem a Igreja prosseguiram com a ação judicial contra os vereadores nominados na ação.²¹

De acordo com caso *Smith*, a Suprema Corte decidiu que uma lei que sobrecarrega as práticas religiosas não precisa sofrer controle rigoroso se ela for imparcial e de aplicabilidade geral. No entanto, se a lei não é imparcial ou de aplicabilidade geral, deve ser submetida ao controle rigoroso — ou seja, ela deve ser justificada pelo relevante interesse estatal e por ter sido elaborada especificamente para realizar esse interesse. Caso não passe no controle rigoroso a lei vai ser invalidada por violar a cláusula do livre exercício.

Na opinião da Suprema Corte, os Decretos da cidade de Hialeah não eram de aplicabilidade geral, nem imparciais. O segundo parágrafo do voto da Juíza Kennedy resume a posição da dissidência:

As normas em questão foram elaboradas por funcionários que não entendiam, não conseguiam perceber, ou optaram por ignorar o fato de que suas ações violavam o compromisso fundamental da nação com a liberdade religiosa. As normas impugnadas tinham um objeto inadmissível; em todo caso, o princípio da aplicabilidade geral foi violado porque os fins seculares afirmados na defesa das normas foram direcionados justamente para uma conduta motivada por crenças religiosas.²²

A Suprema Corte considerou que os Decretos de Hialeah não foram elaborados especificamente eram imparciais porque a cidade tinha “manipulado” os decretos para permitir todos os tipos de morte de animais, exceto aquelas realizadas pelos adeptos da Santeria.

Os animais ainda poderiam ser mortos e/ou mal tratados de muitas maneiras. Os Decretos determinavam a proibição de tipos específicos de morte ritual. Por conseguinte, eles foram classificados como meio de prevenção da crueldade contra os animais ou de proteção ao público (finalidades que estavam entre os objetivos dos Decretos).²³ A Suprema Corte constatou que este resultado, quando combinado com a retórica discriminatória que precedeu a sua promulgação, os decretos impediam a fé da Santeria e, conseqüentemente, nem eram imparciais, nem de aplicabilidade geral.

Se uma norma que sobrecarrega uma religião não é nem imparcial nem de aplicabilidade geral, então ela é inconstitucional, a menos que tenha sido elaborada especificamente para assegurar a satisfação de um interesse de Estado. A Suprema Corte concluiu que os Decretos de Hialeah não foram elaborados especificamente porque eles regulamentaram um comportamento que tinha pouco a ver com a sua suposta finalidade. A cidade po-

deria realizar seus objetivos de proteger os animais e o público através de outros meios que não a proibição de sacrifício ritual.

De acordo com o voto vencedor, “ os legítimos interesses governamentais na proteção da saúde pública ... seriam alcançados através de restrições que impedissem bem menos do de uma proibição total da prática do sacrifício pela Santeria...”.

²⁴Da mesma forma, “ no que se refere ao interesse da cidade em assegurar o cuidado adequado dos animais, regulamentar as condições e o tratamento, independentemente do motivo que o animal é submetido, é a resposta lógica para a preocupação da cidade, não a proibição da posse com o propósito de sacrifício”.

²⁵Por exemplo, a Lei Anti-crueldade da Flórida, que a cidade de Hialeah adotou, proíbe a morte desnecessária de animais ou de quaisquer ações que resultem em morte cruel “, ou inflição excessiva ou repetida de dor ou sofrimento desnecessário.” Essa norma não parece vulnerável ao controle da Primeira Emenda (recordando que a Suprema Corte invalidou os Decretos porque eles discriminavam a Santeria). No entanto, o texto da Lei da Flórida, que intimamente relembra o de New York, tem seu próprio conjunto de dificuldades (não-constitucionais), como David Favre torna claro...

Ao proibir totalmente o sacrifício ritual, mesmo quando as preocupações dos cidadãos poderiam ser resolvidas com regras mais específicas, a Suprema Corte fundamentou que o impacto das normas em muito ultrapassaram o escopo e finalidade, portanto, discriminatórios. “Os objetivos declarados não foram perseguidos em relação a conduta não-religiosa análoga, e esses interesses poderiam ser alcançados por decretos mais específicos que impactassem a religião em um grau muito menor”.

²⁶Por conseguinte, as normas não foram nem imparciais, nem de aplicabilidade geral, nem elaboradas especificamente para atender a um relevante. Portanto, elas violaram a cláusula de livre exercício e foram declaradas inconstitucionais.

Esse raciocínio suscita uma série de perguntas. Por exemplo, não está claro o que significa para a Suprema Corte “imparcial”,

“elaborado especificamente” ou “relevante”. Tais questões não estão confinadas ao caso *Lukumi*; elas permeiam grande parte da jurisprudência de controle rigoroso.

O controle rigoroso evoluiu como um método de proteger os direitos fundamentais ou “preferenciais” contra invasões governamentais. Tendo em vista que o Estado pode, apenas ocasionalmente, interferir nos direitos individuais para proteger o bem comum – tais como os enumerados na *Bill of Rights*, aqueles que garantem o acesso ao processo político e, também, aqueles que protegem “minorias discretas e pouco conhecidas” contra a discriminação – eles recebem uma proteção maior. Intromissões estatais nessas áreas e contra tais grupos, revestem-se de um maior grau de ceticismo judicial. O conceito de controle rigoroso evoluiu na década de 1960 como uma forma de codificação do ceticismo judicial.²⁷

No entanto, a interpretação da Suprema Corte sobre o controle rigoroso continua a ser altamente variável. Como explica o professor de direito constitucional Richard Fallon, o conceito de controle rigoroso possui três categorias principais: (1) a posição de uma proibição quase categórica; (2) o teste do equilíbrio ponderado; e (3) o teste de motivo ilícito.

A primeira categoria funciona tanto quanto se poderia esperar. Se uma ação de Estado ameaça direitos fundamentais, a Suprema Corte irá permitir a ação apenas para evitar uma catástrofe iminente. Por exemplo, se há um perigo iminente de morte, lesões graves ou violenta convulsão social, o Estado pode outorgar uma lei restringindo os direitos fundamentais. O critério do equilíbrio ponderado sopesa o interesse do Estado na realização de uma determinada ação contra o interesse público na defesa dos direitos fundamentais. As interpretações são tão fortemente ponderadas em favor dos direitos fundamentais, que o interesse do Estado deve ser bastante forte para substituí-los. No entanto, não precisa haver risco de calamidade iminente. Professor Fallon cita a validação pela Suprema Corte de um decreto que dava ao governo a custódia de documentos do presidente Richard Nixon,

apesar da aparente violação dos direitos de Primeira Emenda de Nixon. Nesse caso, embora a necessidade fosse urgente e relevante, não havia ameaça de nenhum cataclismo iminente.²⁸

O teste de motivo ilícito centra-se na suposição de que o governo age propositadamente (e impropriamente) em direção a um direito fundamental ou grupo protegido. Em caso afirmativo, o comportamento do governo não vai prevalecer. Este teste se preocupa mais com motivo do que com o resultado. Por conseguinte, uma norma promulgada com motivos ilícitos, mas cujo impacto não ameace quaisquer direitos protegidos ou grupos, ainda assim deve ser invalidada.²⁹

A abordagem da Suprema Corte no caso *Lukumi* parece combinar elementos de todas as três categorias. A combinação das abordagens gerou uma falta de coerência interna. Como resultado, o raciocínio da Suprema Corte é muitas vezes difícil de compreender.

6. A imparcialidade e a análise da aplicabilidade geral

A discussão sobre a imparcialidade e a aplicabilidade geral teve foco na história legislativa por trás dos decretos e mostrou que a intenção da Câmara da cidade visava atingir a fé na Senteria. Foram descritas as ações na audiência pública da Câmara Municipal e a resistência da comunidade com a presença da Igreja em Hialeah. A retórica dos vereadores durante o processo legislativo refletiu um preconceito contra a Igreja de *Lukumi Babalu Aye* e as práticas da Santeria em geral. Esse preconceito manifestou-se na promulgação de normas que os autores da ação reivindicavam terem um impacto desproporcional sobre as práticas da Santeria. A análise da Suprema Corte ressaltou como cada um dos decretos municipais parecia mais direcionado a impedir os rituais de Santeria do que proteger os animais ou a população.

Por exemplo, o Decreto 87-71 proibia o sacrifício de animais que não tivessem o propósito primário do consumo de alimentos. Ele excluía o abate ritual *kosher* para o propósito de produzir carne³⁰, ao mesmo tempo em que, efetivamente, isolava e proibia a prática da Santeria. Da mesma forma, a Suprema Corte descobriu que o Decreto 87-52, regulou a posse, o abate e o sacrifício de animais para fins alimentares mas isentou os “estabelecimentos alimentares licenciados” no que diz respeito aos animais “especificamente criados para fins alimentares”, na intenção de isentar o abate *kosher* (e *halal*) e ao mesmo tempo atingir os rituais de Santeria. Os adeptos da Santeria não realizam seus rituais em estabelecimentos licenciados como abatedouros alimentares, nem os animais que eles sacrificam são necessariamente criados para fins alimentares. Como resultado, o ônus das normas recaíram sobre os adeptos da Santeria em oposição aos seguidores de outras religiões. Neste sentido, a lei não foi imparcial em sua aplicabilidade.

A análise da Suprema Corte considerou um desvio de finalidade o Decreto 87-40 incorporar a Lei Anti-crueldade da Flórida e considerar responsável todo aquele que “mate um animal desnecessariamente”. É que o Decreto não fez nenhuma tentativa de proibir a maior parte das demais formas de matar animais, aí incluído a pesca, a caça e o extermínio, ainda que proibisse o sacrifício de animais. Do ponto de vista da Suprema Corte, esta proibição seletiva de apenas certos tipos de matança demonstrava um direcionamento inadmissível a uma expressão religiosa. Sem embargo, embora claramente persuasiva, esta posição apresenta mais problemas do que respostas.

7. Pode uma lei anti-sacrifício imparcial regular todas as condutas humanas em relação aos animais?

A determinação da Suprema Corte foi de que os Decretos de Hialeah eram ao mesmo tempo amplos demais e discriminató-

rios é logicamente suspeita. As normas supostamente tentaram atingir um objetivo específico – proibir o ritual de sacrifício animal – um tipo de matança que a cidade (e o Estado) consideravam “desnecessária”.³¹ A cidade não tomava uma posição ou tentava proibir outros tipos de morte de animais. A Suprema Corte concluiu que esta omissão demonstrava um claro viés contra as práticas de Santeria. No entanto, existem outras possíveis explicações. Pode-se argumentar, por exemplo, que matar animais para a alimentação humana e/ou por esporte têm pouco em comum com o sacrifício ritual, ainda que ambas envolvam a morte de animais.

É possível admitir que matar animais para a alimentação é eticamente defensável enquanto matá-los em um ritual não o seja. O argumento pode ser que alimentos são necessários à existência humana e que a proteína animal têm sido a principal fonte de alimento para os seres humanos por milênios. Portanto, o consumo de carne de animais transcende à ética e reside no reino da necessidade biológica.

Da mesma forma se poderia discutir o inverso, que existem amplas fontes alternativas de proteínas e calorias e que não há nenhuma necessidade de consumir carne de animais. Por outro lado, não há nenhum substituto para os comandos da fé. A fim de viver uma vida ética e encontrar paz na vida futura, devemos obedecer à vontade dos deuses. Ambas as posições, embora diametralmente opostas, têm em comum o ponto de vista de que as duas formas de abate de animais são diferentes e independentes.

Para o nosso objetivo, a força persuasiva desses argumentos são irrelevantes. O que importa é que cada um dos métodos de matar animais citado pela Suprema Corte pode ensejar justificações normativas diferentes. Portanto, agrupá-las juntas e alegar que regulamentar uma delas significa necessariamente regulamentar todas as demais não condiz com qualquer lógica ou história.

A capacidade de diferenciar entre uma e outra dessas atividades indica que elas são normativamente distintas e, portanto, potencialmente sujeitas a restrições diferentes. Na verdade, a caça e a pesca são regulamentadas de forma diferente e o controle de zoonoses também é regulado de forma diferente. O abate de animais para alimentação é da mesma forma controlado por orientações e regulamentos específicos.

Embora uma legislação geral possa ser aplicada ao tratamento dos animais (ou seja, uma lei geral anti-crueldade pode ser aplicada, com a exceção dos animais utilizados na pecuária) cada forma de matar animais é regulada por um conjunto restrito de orientações que se aplicam a essa atividade isoladamente. Unilas sob a rubrica geral da crueldade contra os animais é não reconhecer a diversidade de ações envolvidas e também ignorar o vasto corpo de códigos preexistentes e regulamentos que regem essas práticas. Dizer que a caça e criação de gado devem ser reguladas pelo mesmo conjunto de leis porque ambas envolvem animais é o mesmo que dizer que baseball e tênis devem ter as mesmas regras, porque ambos envolvem o bater em bolas.

8. Os Decretos de Hialeah foram elaborados especificamente

As normas anti-sacrificiais de Hialeah eram bastante específicas; elas se dirigiam apenas ao sacrifício animal, que era o comportamento que ela pretendia regular (em oposição à crueldade contra os animais em geral). Essa limitação de escopo sugere não que os decretos procuravam impor “uma proibição que a sociedade estava preparada para impor sobre os fiéis da Santeria, mas não sobre si mesma”³² (como a Suprema Corte afirmou), mas sim que eram destinados a realizar um objetivo específico – a proibição do ritual de matar animais para fins não-alimentares.³³ Na verdade, a Suprema Corte reconheceu os propósitos específicos da norma quando afirmou que “o resultado final (dos Decretos)

é que poucas ou quase nenhuma morte de animais foram proibidas, exceto as decorrentes do sacrifício realizado pela Santeria, as quais foram proibidas porque ocorriam durante um ritual ou cerimônia e porque o seu principal objetivo não era... o consumo de alimentos.”³⁴ Além disso, a Suprema Corte trata este escopo específico como uma falha, mesmo quando critica as referidas normas pela falta de precisão. Ela exige um âmbito de cobertura dos Decretos que se estende muito além do que os redatores queriam ou que a Câmara de Vereadores gostaria de regular.

A mesma dicotomia surgiu quando a Suprema Corte enfrentou a questão da aplicabilidade geral. As normas devem ter aplicabilidade geral e não destacar um determinado grupo para regulamentar ou dar tratamento especial. Embora seja correto a Suprema Corte invalidar uma norma que especificamente proibia o Povo de Santo, mas não outros grupos religiosos de praticarem o sacrifício religioso, a Corte não fundamentou seu argumento sobre a aplicabilidade geral nesse ponto de vista. Em vez disso, ela concluiu que os Decretos municipais não tinham aplicabilidade geral, porque eles eram seletivos em relação a seus objetivos de, *inter alia*, prevenir a crueldade contra os animais. Isso nos leva de volta a uma discussão sobre o objetivo específico da norma – que ela não regulamenta os modos não-sacrificiais de matar os animais, incluindo caça, pesca, pesquisas médica e eutanásia. O voto majoritário sustentou que uma vez que os decretos não atingiam estas outras formas de matar animais, eles não possuíam aplicabilidade geral e portanto, violavam a segunda ponta do controle de constitucionalidade.

Este raciocínio levanta as mesmas questões de exequibilidade e escopo que nós vimos na discussão sobre a imparcialidade. Além disso, ele complica a análise do controle rigoroso. Quando a Corte decidiu que os Decretos de Hialeah sobre carregavam a religião e não eram nem imparciais nem de aplicabilidade geral, esta conclusão desencadeou uma revisão do controle rigoroso. No entanto, parece impossível existir uma norma que seja ao mesmo tempo, elaborada especificamente, como o controle rigo-

roso requer, e englobe os diversos comportamentos que a interpretação do voto vencedor sobre a imparcialidade e a aplicabilidade geral exigiu. É a tensão entre esses requisitos conflitantes que enfrentaremos a seguir.

9. A impraticável análise do controle rigoroso

Ao concluir que os decretos municipais não passavam no controle rigoroso, a Suprema Corte fez referência à sua conclusão anterior de que os decretos não foram elaborados especificamente, por não abrangerem uma série de outros comportamentos - além do sacrifício ritual - que também matam ou maltratam animais. Parece que a Corte se opõe às normas que proíbem um tipo particular de matar animais, a menos que elas também proíbam praticamente todas as demais formas de matar os animais. Como destacado anteriormente, esse fundamento exige que as normas sejam simultaneamente específicas no escopo e absurdamente amplas em sua aplicação. Poucas ou nenhuma norma consegue preencher essa exigência.

Considere o seguinte exemplo fictício:

A fé Polaricer requer que todos os anos, durante o mês de Janeiro, os seus adeptos saiam em procissão utilizando trenós motorizados à meia-noite pelas ruas de Oshkosh, Wisconsin. Milhares de fiéis fazem a peregrinação anual. Eles se reúnem a cada noite do mês de Janeiro e percorrem as ruas de Oshkosh, com o ruído de seus trenós motorizados ecoando através da cidade. O problema do ruído é agravado pelo fato de que o barulho dos trenós motorizados soma-se com os sons do tráfego (particularmente o ruído de caminhões trafegando pelas rodovias das proximidades).

O ritual perturba muito os habitantes e acaba gerado considerável atrito entre os habitantes locais e os Polaricers. A Câmara Municipal de Oshkosh, declarando sua preocupação com os impactos negativos sobre a saúde pública, o ruído e a

segurança da utilização do trenós motorizados, baixou um decreto proibindo o uso desses trenós motorizados nas ruas da cidade durante a noite.

Um grupo de *Polaricers* ingressou com uma ação judicial, alegando a violação dos seus direitos ao abrigo da cláusula de livre exercício. Eles argumentam que o Governo Municipal se dirigiu, injustamente, contra a prática deles em particular. Uma vez que o decreto não tentou regulamentar todas as formas de transporte que afetavam o bem-estar público, ruído e segurança, as práticas de *Polaricers* foram proibidas injustamente.

Os autores destacaram a falta de qualquer proibição similar aos caminhões, apesar do seu elevado quociente de ruído. Eles também observaram que outros modos de transporte (trenós tobogãs, por exemplo) eram potencialmente perigosos para a saúde e segurança humana, e ainda assim permaneciam não regulamentados. Claramente, eles argumentaram que a preocupação da cidade com a segurança e a saúde pública era um simples pretexto, pois a verdadeira razão para o decreto era a aversão crescente da cidade com o fluxo anual crescente dos peregrinos religiosos. Portanto, os *Polaricers* reivindicam que a norma é inconstitucionalmente abusiva e nula.

Os *Polaricers* sustentam ainda que a norma é abusiva porque existem outras maneiras de realizar os objetivos perseguidos pela cidade. A Câmara Municipal poderia, por exemplo, limitar o tamanho permitidos dos motores dos trenós motorizados após 22h ou exigir silenciadores extras, assim como luzes e sinalizadores de segurança. Em vez disso, a Câmara aprovou uma norma que, efetivamente, tornou impossível para os membros de um determinado grupo religioso obedecer aos princípios de sua fé. Isto constituiria uma discriminação ilegal à luz da cláusula do livre exercício. Os autores pediram então uma indenização e uma medida cautelar.

Baseado no raciocínio da Suprema Corte no caso *Lukumi*, os direitos dos *Polaricers* não deveriam prevalecer? A Câmara Municipal se dirigia a uma forma específica de transporte de in-

verno para regulá-lo de uma forma que penalizava diretamente as práticas religiosas de um determinado grupo. Embora pudesse ter optado por outras formas de salvaguardar a segurança pública, o bem-estar e diminuir o ruído, a Câmara Municipal optou por um método que penalizava, diretamente, os crença dos *Polaricer*. Além disso, o bem-estar e a segurança, bem como a paz da noite permaneciam em risco porque o decreto não regulava todas as possíveis fontes de ruído. Não deveria o decreto municipal ser invalidado porque proibia um comportamento de motivação religiosa ao mesmo tempo em que não proibia outras atividades que representavam uma ameaça semelhante aos objetivos estabelecidos pela Câmara Municipal?

O problema deste raciocínio é que ele exige muito e pouco ao mesmo tempo. De um lado, ele exige que a norma tenha uma elaboração específica para cumprir seus objetivos. De outro lado, amplia o objetivo da norma até um ponto em que a elaboração específica se torna impossível.

O problema para a cidade de Oshkosh não é todo o ruído e todo o perigo para a saúde e segurança pública. A preocupação da Câmara Municipal se dirigia ao ruído dos trens motorizados utilizados durante a noite pelas ruas da cidade e os distúrbios decorrentes disso.

Isso desafia a lógica e os princípios da construção jurídica por exigir que o legislador de Oshkosh regule todo o ruído, apenas porque ele tem preocupações com um tipo particular de ruído. Tal exigência efetivamente tornaria qualquer empreendimento legislativo quixotesco e impraticável. No entanto, esta é aparentemente a condição que a Suprema Corte impôs a cidade de Hialeah.

Uma vez que os Decretos Anti-sacrificiais de Hialeah atingiram um comportamento religiosamente motivado, a Suprema Corte corretamente exigiu que eles tivessem elaboração específica. No entanto, a decisão também exigiu que aos decretos em vigor abordassem todo os comportamentos que afetassem nega-

tivamente os animais. Nenhuma norma poderia com sucesso se adequar a isso como uma luva. Portanto os decretos municipais de Hialeah estavam condenados desde o início.

Como observado anteriormente, uma norma viola o controle restrito quando ela sobrecarrega um grupo protegido ou direito fundamental (de forma parcial). O controle rigoroso exige que a norma tenha uma elaboração específica para promover um interesse relevante do Estado. Se a lei não contemplar esse interesse estatal, ela cria um fardo imotivado sobre uma religião. Desse modo, uma norma que crie um encargo para uma religião deve ter um propósito relevante. Uma norma ineficaz que penalize uma religião ficaria, necessariamente, aquém desse padrão. Portanto, embora a eficácia não esteja explicitamente enumerada nesta análise, uma norma ineficaz não poderia passar por um controle rigoroso.

O problema principal com a abordagem da Suprema Corte reside menos na metodologia do que na caracterização dos objetivos do Município. Nenhuma norma pode eliminar toda crueldade animal, não somente pela muitas definições de “crueldade”. E os decretos de Hialeah – como a Suprema Corte destacou – não fizeram nenhuma tentativa nesse sentido. Pelo contrário, os decretos proibiam um certo tipo de crueldade animal – a crueldade decorrente do ritual de matar animais com objetivos não explicitamente relacionados com o consumo de alimentos. Assim, a Suprema Corte elevou os Decretos a um padrão que elas não podiam (e não tentaram) atingir. A Corte invalidou as referidas normas porque elas ficaram aquém deste padrão artificial. Voltando à terminologia do professor Fallon, a análise da Corte se assemelha ao “critério do equilíbrio ponderado” com a escala calibrada em direção à invalidação dos decretos, de modo a torná-los mais do que uma “quase categórica proibição”. Com efeito, a Suprema Corte erigiu um conjunto de homens de palha, substituiu-os pelos Decretos de Hialeah, e depois invalidou-os.

10. Uma abordagem diferente do controle rigoroso

A. A elaboração específica

A Suprema Corte decidiu que a cidade elaborou seus decretos para realizar um cerco religioso — uma “tentativa inadmissível” de alvejar as práticas religiosas da Santeria. Essa avaliação parece inteiramente correta à luz dos testemunhos xenófobos dos membros da Câmara e dos líderes comunitários na audiência pública antes da aprovação dos decretos. No entanto, determinar se esses decretos tinham como alvo um grupo religioso é uma questão totalmente diferente de determinar se uma norma reguladora dos rituais de abate de animais para fins não alimentares é discriminatória. A conjugação da Corte destas duas questões complica ainda mais — de uma maneira desnecessária — o já complicado corpo de jurisprudência sobre o livre exercício.

A última questão — saber se é constitucionalmente legítimo proibir o abate ritual de animais para fins não alimentares — levanta uma série de questões interessantes que a Corte, no caso *Lukumi*, evitou. Por exemplo, a ligação retórica da Corte sobre o sacrifício animal com todas as outras formas de crueldade contra os animais demanda mais investigação. Embora a morte e a crueldade muitas vezes estejam ligadas, elas não são, sempre decorrentes uma da outra — fato que a lei rotineiramente reconhece em ambas as esferas, humana e animal.

Na seara humana, matar e ser cruel são fenômenos distintos e separáveis. O Direito reconhece certos tipos de morte como aceitáveis ao mesmo tempo em que condena outros. Não se pode imaginar, por exemplo, a Suprema Corte invalidando um código que proíba o sacrifício humano. Não importa que existam outras circunstâncias em que as pessoas sejam rotineiramente mortas (execução, combate militar, etc.). Nem importaria se a lei anti-sacrifício humano regulasse a morte em determinadas situ-

ações e lugares e não em outros, e que tivesse como alvo específico um comportamento religioso. A lei sobreviveria porque, apesar de sua aparente contradição e foco em uma específica prática religiosa, ela satisfaria a tutela de um interesse relevante do Estado (o de evitar mortes humanas “desnecessárias”) e teria sido elaborada especificamente para atingir esse objetivo.

“Crueldade” para o ser humano é de qualquer forma um conceito fluido. A Constituição proíbe o castigo “cruel e desumano”, mas ainda assim as chamadas prisões “Supermax” rotineiramente confinam os presos a uma pequena cela em regime de isolamento por vinte e três horas por dia (a outra hora é gasto em uma canaleta de exercício conhecida como “canil”). Este tipo de confinamento pode levar, e muitas vezes leva, a um trauma psicológico profundo e é considerado altamente punitivo. Ainda assim, continua a ser legal e amplamente tolerado. Além disso, existem certas situações onde um tratamento considerado cruel seja considerado oportuno e socialmente aceitável.

O debate entre a administração Bush e o Congresso, bem como entre os tribunais, para saber o que exatamente constitui “tortura” fornece outro exemplo onde o Estado sanciona a crueldade em algumas circunstâncias, mas não em outras. Que a crueldade seja tolerada em alguns contextos e não em outros, não significa que todas as normas que procuram limitar os comportamentos cruéis, sob certas condições prescritas, sejam inúteis. Isso significa um pouco que as normas pretendem proibir determinados comportamentos que a sociedade considera particularmente censuráveis. Uma vez que outras formas de crueldade não dão origem ao mesmo nível de preocupação social, segue-se que a morte e a crueldade não sejam censuráveis *per se*. Em vez disso, a sociedade aceita certos tipos de morte e crueldade ao mesmo tempo em que proíbe outros.

Uma tolerância semelhante em relação a determinadas formas de morte e crueldade estende-se aos animais. Enquanto muitas normas – estaduais e federais – proíbem os maus-tratos ou morte de animais, estas normas são especificamente elabo-

radas para permitir atividades que podem, de outro modo, ser contrárias aos seus propósitos. A caça, por exemplo, envolve o abate de animais, mas ele é regulamentada e não proibida. O mesmo vale para a pesca. Da mesma forma que não se pode ser um açougueiro de animais domésticos, embora Lei Federal de Abate Humanitário estabeleça diretrizes sobre o abate de animais para a alimentação.

Essa proibição seletiva de maus-tratos aos animais resulta de uma escolha normativa (e legislativa). Embora ocorram muitas mortes gratuitas de animais, isso não significa que as normas que regem a caça e os animais de estimação sejam falhas porque elas não regulamentam ou proíbem os vários outros métodos em que os animais são mortos. Antes, essas normas são intencionalmente elaboradas para não serem totalmente abrangentes. Elas são elaboradas especificamente para realizar determinado interesse do Estado em proibir a matança e os maus-tratos aos animais de determinadas formas particulares que se encaixam com aprovação do Estado.

Com esse esclarecimento em mente, a posição da Corte, no caso *Lukumi*, de que os decretos de Hialeah foram discriminatórios, porque eles se concentravam no sacrifício ritual e não enfrentavam os outros métodos de crueldade contra os animais ou abate, nos parece distorcida. Colocando de lado o fato de que a caça, a pesca e a pesquisa médica são reguladas por outras normas, invalidar uma norma porque ela não regula um comportamento que ela não pretendia regular é fundamentalmente ilógico. Os decretos municipais de Hialeah foram elaborados especificamente para atingir a meta de organizar o sacrifício de animais dentro dos limites da cidade. Se eles tivessem um âmbito mais amplo, eles perderiam seu detalhamento. Além disso, o raciocínio da Suprema Corte exigiu uma cobertura tão ampla da norma que isto estava muito além do que os legisladores ou Câmara Municipal poderiam conseguir. A posição da Suprema Corte não parece ser a de que as normas foram insuficientemente específicas, mas de que teriam sido demasiadamente *específicas*.

B. *Se os decretos fossem elaborados especificamente, os seus objetivos se tornariam relevantes?*

Se, como agora parece claro, os decretos tivessem sido elaborados de forma específica, eles não preencheriam os requisitos do controle rigoroso. A segunda parte do exame exige determinar se a norma contestada promove um interesse público relevante. A Suprema Corte, no caso *Lukumi*, considerou que – nos casos dos decretos de Hialeah – os interesses em questão foram insuficientemente relevantes. Até agora, ainda não estão totalmente claros quais os interesses a Suprema Corte se refere nessa fundamentação.

A posição é altamente crítica em relação à maneira com que os decretos foram manipulados para penalizar a Igreja *Babalu Aye* e as práticas de Santeria. Mas essa manipulação não parece ter sido o fundamento – ou pelo menos o único fundamento – pelo qual a Suprema Corte invalidou as normas. Em vez disso, a Suprema Corte se concentrou no âmbito de alcance das normas e em sua eficácia na prevenção de maus-tratos aos animais.

A maioria das pessoas concorda que uma norma elaborada para excluir uma organização religiosa de uma comunidade não cumpre com nenhum interesse relevante do Estado. Os dados, no caso *Lukumi*, indicam que essa manipulação ocorreu em Hialeah. A atenção da Suprema Corte, no entanto, dirigiu-se sobremaneira para outro lugar. Ela cita como fundamento um caso de 1989, *Florida Star v. B.J.F.*,³⁵ no qual decidiu que “uma norma não pode ser considerada protetora de um interesse ‘de primeira ordem’... quando provocar um dano considerável a um interesse vital supostamente não-proibido.”³⁶ A Suprema Corte, em seguida, decidiu que os decretos de Hialeah eram seletivos em relação à prevenção da crueldade e/ou morte de animais e que apenas a conduta religiosamente motivada foi atingida pelas restrições normativas.

Como nós vimos, essa crítica é apenas parcialmente correta. Enquanto os decretos afetem desproporcionalmente uma prática religiosa, eles não são discriminatórios. Eles são, pelo contrário, elaborados especificamente para realizar seu objetivo declarado de impedir o sacrifício de animais. Quando a Suprema Corte admite que os decretos procuram resolver toda a crueldade animal dentro dos limites da cidade, ela compreende mal essa intenção. Em seguida, bruscamente, afirma que “não pode haver nenhuma alegação séria de que esses interesses justifiquem os decretos municipais.”³⁷

A expressão “esses interesses” na sentença citada acima não tem uma referência clara. Ela pode se referir à prevenção da crueldade contra os animais ou à penalização desta conduta quando possuir motivação religiosa. Se for a primeira, então a decisão é exagerada e derroga a causa da proteção animal. Se for a última, então a indiscutível posição da Suprema Corte perde a oportunidade de avaliar os decretos nas condições sob as quais foram promulgados. Tivesse a Suprema Corte se concentrado mais explicitamente sobre a manipulação religiosa, teria evitado a imposição de uma ônus significativo sobre futuras normas de proteção animal. A insistência da Suprema Corte de que a legislação anti-crueldade deve ser abrangente pode dificultar a promulgação de futuras normas específicas dirigidas a tipos específicos de crueldade contra os animais. Essa intolerância em relação as normas atacadas é particularmente problemática uma vez que a noção do conceito de crueldade continua a evoluir.

C. Normas que discriminam uma religião são inválidas

O comportamento e as declarações dos membros da Câmara de Vereadores da cidade de Hialeah (assim como dos membros da comunidade) nas audiências públicas antes da promulgação dos Decretos demonstraram um inconfundível preconceito contra a Santeria e a Igreja *Lukumi Babalu Aye*. A maioria dos mi-

nistros reconheceu que, a observância “das provas nesse caso, levaram à conclusão de que a supressão de um elemento central do culto da Santeria foi o objetivo dos decretos legislativos municipais” e que isto representou “uma tentativa inaceitável de atingir a Santería.”³⁸Esta explícita discriminação demonstra que o Suprema Corte poderia fazer uma abordagem bem diferente em sua análise.

O exame da imparcialidade e de aplicabilidade geral da norma poderia ter sido curta, rápida e irrefutável. Embora indiscutivelmente de aplicabilidade geral, os decretos não eram imparciais, pois visavam atingir diretamente a Santeria. Esse fato por si só já ensejaria o controle rigoroso, exigindo que, para serem válidos, os decretos deveriam ter sido elaborados especificamente para a realização de um interesse público relevante. Esta abordagem analítica se encaixa no “teste do motivo ilícito” do professor Fallon.

Admitindo que o objetivo dos decretos foi a exclusão da prática da Santeria de Hialeah, a análise da Suprema Corte deixou claro que eles foram elaborados especificamente para atingir esse objetivo. No entanto, no último pino do controle – determinar se os Decretos satisfaziam a um interesse público relevante – os Decretos enfrentaram dificuldades. O Estado não tem nenhum interesse relevante em discriminar nenhuma fé ou prática religiosa em particular. Muito pelo contrário, de acordo com a Cláusula do Livre Exercício, tais interesses são constitucionalmente invioláveis. Se o interesse público de editar um decreto anti-sacrificial tiver o objetivo de suprimir a crença da Santeria, então este decreto não pode ser válido.

Melhor do que se ater a este marco teórico, a Suprema Corte deveria se ocupar da abrangência e eficácia da norma (ou da falta delas) em relação à crueldade contra os animais. À luz da longa fundamentação do Suprema Corte sobre a abrangência dos decretos, assim como de sua omissão sobre a integral análise da natureza discriminatória deles, é no mínimo plausível que a decisão de que “não pode existir nenhuma reivindicação

séria de que esses interesses justifiquem os Decretos” refira-se ao interesse público de proteger os animais da crueldade e da morte desnecessária. Tanto o Ministro Blackmun quanto o Ministro Souter deixaram claro que eles não acreditam que o voto concorrente, referente à questão da proteção dos animais, possa ascender a um nível de interesse público relevante. Não obstante, o voto vencedor a respeito dessa questão está longe de ser pacífico.

Supondo que a Suprema Corte tenha tido a intenção de se referir à proteção dos animais, a decisão desnecessariamente enfraquece esse objetivo, ao mesmo tempo em que cria obstáculos gratuitos para as futuras normas que venham a salvaguardar os animais do sacrifício ritual. Ela mistura o objetivo geral de minimizar o *sofrimento* dos animais com o objetivo específico de abolir o *sacrifício* de animais, e ao fazê-lo, desnecessariamente, dificulta a análise de livre exercício religioso. Já estabelecemos que, no âmbito da jurisprudência do Suprema Corte, as normas podem sobrecarregar e/ou restringir as práticas religiosas, se essas restrições estiverem relacionadas com a aplicação de uma norma imparcial. Infelizmente, quando a Suprema Corte classificou o sacrifício animal como uma forma protegida de expressão religiosa e ao mesmo tempo considerou que as normas que pretendiam regulá-lo também deviam abordar todos os outros tipos de crueldade contra os animais, ela eliminou totalmente a possibilidade de que uma norma que regulamente e/ou proíba o sacrifício de animais possa ser imparcial.

11. Uma norma anti-sacrificial pode ser imparcial?

Em uma primeira leitura, a ideia de uma norma religiosamente imparcial que proíba o sacrifício de animais pode parecer contraditória. Afinal de contas, a noção de sacrifício animal tem poderosas conotações religiosas. Qualquer norma com o objetivo de regulá-lo teria que negociar os obstáculos que seriam impostos às

religiões. No entanto, de acordo com a Suprema Corte, embora “as palavras ‘sacrifício’ e ‘ritual’ tenham uma origem religiosa,... os seus usos atuais admitem também significados seculares... os decretos municipais, além disso, definem ‘sacrifício’ em termos seculares, sem se referir a ‘práticas religiosas’.”³⁹ Assim, ainda que a Corte tendo invalidado os Decretos de Hialeah por inconstitucionalmente penalizarem as práticas religiosas de Santeria, ela reconheceu que o termo sacrifício pode ser definido secularmente e que os Decretos de Hialeah fizeram exatamente isso.

O Decreto 87-52 define “sacrifício” como “matar, torturar ou mutilar desnecessariamente um animal em um ritual público ou privado, ou em uma cerimônia que não tenha como objetivo principal o consumo de alimentos.” O dicionário define ritual” como “a performance de ações em um conjunto ordenado de cerimonial .” Inúmeros tipos de morte seculares de animais se encaixam-se nesta definição. Por exemplo, vídeos de esmagamento”, no quais, mulheres de pernas longas e sapatos altos esmagam” pequenos animais sob os pés, se encaixam no conceito de sacrifício. Da mesma forma, muitos laboratórios fazem experimentos em que os animais são mortos de acordo com orientações precisas. Não estranha o fato de que o termo comum usado para referir-se ao abate de animais de laboratório é “sacrifício”.

O termo chave no Decreto é “desnecessário”. O Procurador-Geral da Flórida opinou que todo sacrifício ritual que não se destine ao consumo de alimentos é desnecessário e, portanto, ilegal sob a Lei Estadual Anti-crueldade. Os decretos de Hialeah simplesmente adotaram a lei estadual. A Suprema Corte considerou que os Decretos de Hialeah eram discriminatórios contra a Santeria quando analisado em sua totalidade, porque eles efetivamente excluíam todas as formas de morte de animais, exceto o sacrifício praticado na Santeria.

Não é preciso divergir dessa conclusão para perceber que o cunho de uma norma que proíbe o sacrifício animal deve necessariamente ser discriminatório. Se o termo pode ter uma definição secular que englobe o maus-tratos e a morte gratuita de

animais, então entendemos que existe uma área própria para a regulação estatal. Deveria igualmente ser possível regular a prática de maneira imparcial e com aplicabilidade geral. Assim, se essa regulação for imparcial, de aplicabilidade geral e elaborada especificamente, ainda que incidentalmente penalize uma religião, de acordo com o caso *Smith*, ele deve passar pelo controle de constitucionalidade.⁴⁰

A dificuldade surge quando um decreto anti-sacrifício não é imparcial e, pelo contrário, busca suprimir uma prática religiosa. A questão passa a ser se a regulamentação foi elaborada especificamente para promover um interesse público relevante. Essa lei poderia ser elaborada especificamente (como demonstrado nos Decretos de Hialeah). Tendo em vista que a supressão de uma religião não é (e não pode ser) um interesse público relevante, a supressão da religião não precisa estar no objetivo da norma. Pode ser que ao invés da prática ser ofensiva para a maioria da sociedade e a legislação deseje acabar com ela (a prática, não a religião). Nesse caso, o legislador deveria focar na erradicação de uma certa prática ofensiva (o sacrifício de animais). O ônus sobre a religião seria incidental, sem nenhuma intenção de suprimir a expressão religiosa.

Nem deve uma norma referir-se aos maus-tratos dos animais em todas as suas formas. A norma poderia simplesmente tentar banir uma forma particular de maus tratos de animais, considerando o que sociedade americana acha intolerável. A questão crucial, em seguida, seria: uma forma específica de proteção dos animais pode tornar-se um interesse público relevante? Em caso afirmativo, uma norma elaborada especificamente para abolir o sacrifício de animais deveria resistir ao controle de constitucionalidade.

Não é novidade que determinar se a abolição do sacrifício animal pode ascender ao nível de interesse público relevante não é uma tarefa simples. Como nós vimos, o termo “interesse público relevante” não é de fácil definição. Como a Suprema

Corte deixa claro, certos tipos de maus-tratos e abate de animais são socialmente aceitáveis. Outros não. As razões para a aceitação da sociedade de algumas formas de maus-tratos e a proibição total de outras estão longe de ser óbvias. Mesmo as normas destinadas a proteger os animais estejam repletas de exceções que retiram sua capacidade de implementação.

12. As leis federais estão fragmentadas por exceções

Na esfera federal, a Lei do Bem-Estar Animal⁴¹ é a principal lei federal que confere proteção aos animais, estabelecendo padrões para o tratamento dessas criaturas. No entanto, essa lei, especificamente, exclui do seu âmbito os animais de criação.⁴² Sem uma legislação guarda-chuvas que lhe dê competência para impedir as práticas industriais que causam sofrimento animal, o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos (“USDA”) não pode editar normas para proteger a saúde e o bem-estar dos animais destinados à alimentação humana. Assim, uma vez que mais de nove bilhões de animais são mortos anualmente, esta lacuna na legislação é altamente significativa.

Similarmente, a Lei de Abate Humanitário⁴³ – promulgada para proteger os animais da pecuária das frequentemente agonizantes mortes que os esperam nos abatedouros industriais – determina que estes animais sejam abatidos com a utilização de “métodos humanitários.”⁴⁴ No entanto, o USDA determinou que o termo “animais de pecuária” excluem as aves domésticas.⁴⁵ Assim, os bilhões de galinhas, perus e patos, abatidos todos os anos, não necessitam ser – e geralmente não o são – insensibilizados antes de serem pendurados, algemados e decapitados. Além disso, o Lei do Abate Humanitário isenta do seu âmbito o abate ritual e os matadouros inspecionados pelos Estados. Numerosos casos de flagrantes crueldades têm sido documentadas nessas instalações.⁴⁶

13. As leis estaduais são do mesmo modo ineficazes

Vinte e oito Estados da federação possuem leis anti-crueldade que especificamente isentam as práticas da pecuária que são geralmente aceitas na indústria.⁴⁷ Esta isenção efetivamente retira das leis sua força ou elemento normativo. Práticas comuns da indústria são tipicamente aquelas que melhor servem a indústria. A isenção dessas práticas da fiscalização estatal permite que as entidades adequem suas práticas para o seu máximo benefício, independentemente dos padrões sociais ou do impacto sobre os animais afetados.

As lei estaduais penais anti-crueldade também se mostraram ineficazes. Em primeiro lugar, porque o Estado deve provar a culpa, uma tarefa complicada face ao enorme número de animais utilizados pelos produtores de alimentos industriais.⁴⁸ Tendo em vista os centenas de milhares de animais sob sua custódia, os produtores podem facilmente alegar que não sabiam da condição de determinado animal. Assim, a indiferença ao bem-estar dos animais termina sendo, na verdade, uma estratégia de defesa contra a acusação.⁴⁹

Além disso, as leis penais não emitem regulamentos. Sem orientações para a indústria ou uma agência administrativa encarregada da implementação das leis, não é possível a realização de inspeções regulares. Isso significa que o trabalho dos agentes locais é impossível, uma vez que sem um mandado de busca eles não podem entrar nas propriedades privadas para garantir a obediência às leis.⁵⁰ Mesmo que eles pudessem fazer cumprir essas leis, estes funcionários teriam pouco incentivo para fazê-lo, uma vez que as sanções e multas por essas violações são geralmente muito baixas.

A baixa penalização das violações das leis de crueldade contra os animais indica um baixo interesse social pela dissuasão de tal comportamento. Esta falta de interesse em proteger os animais contra danos resulta do fato de que o valor dos animais muitas vezes é aumentado em razão dos maus-tratos que eles

sofrem (no sentido de que quanto menos dinheiro for investido em seu bem-estar, maior será o lucro obtido com a venda). Visto de outra forma, a eficácia das leis de proteção animal é inversamente proporcional ao lucro potencial a ser obtido com os maus-tratos dos animais.⁵¹ À luz de tais deficiências normativas, torna-se justo perguntar se a proteção animal realmente poderia ser caracterizada como um interesse público relevante. Dada a natureza esponjosa das normas federais e estaduais, nos parece irrealista classificar a proteção de todos os animais como um interesse público, muito menos como relevante.

Todos os cinquenta estados americanos possuem leis ou códigos anti-crueldade contra os animais e a tendência nos últimos anos tem sido aumentar ao invés de reduzir o alcance dessas leis. Por exemplo, recentemente, vários Estados aprovaram leis proibindo algumas práticas desumanas da pecuária industrial. A Flórida aprovou uma Emenda à Constituição Estadual que proíbe a utilização de grades de gestação para porcas⁵² (e outra limitando a pesca com rede).⁵³ Similarmente o Arizona aprovou uma lei vigente a partir de 31 de dezembro de 2012, que proíbe as grades de gestação para suínos e grades de bezerros para vitela.⁵⁴

Também vale mencionar que as leis federais (incluindo as discutidas acima), embora truncadas em seu alcance, demonstram o interesse estatal de proteger o bem-estar de pelo menos alguns animais. Tendências recentes indicam também uma ligeira mudança em direção a uma maior proteção para os animais a nível federal. Por exemplo, a Lei das Vinte-e-oito horas,⁵⁵ originalmente promulgada em 1873, exigia que animais não fossem confinados por mais de vinte e oito horas contínuas quando transportados por “transportador ferroviário, transportadora expressa ou transportador comum (exceto pelo ar ou água)” e que tivessem, pelo menos, cinco horas de descanso, água e alimentação.⁵⁶ Porém, o USDA entendeu que a Lei se aplicava apenas ao transporte ferroviário e não aos caminhões.⁵⁷ Como caminhões são o principal meio de transporte de animais, esta

interpretação excluía a maioria dos animais das mínimas proteções que a Lei oferecia. Em 2006, após uma ação judicial contra a USDA assinada por várias organizações de ativistas, a Agência admitiu finalmente que a Lei de fato era aplicável ao transporte de animais por caminhões.

14. O bem-estar animal pode ascender ao nível de interesse público relevante?

A abordagem ocasional da proteção animal pelo atual regime jurídico sugere que o bem-estar animal está longe da vanguarda da consciência nacional. No entanto, isso não significa que o Estado (e o poder público) não demonstre nenhum interesse na questão. Alguns animais (por exemplo, as espécies ameaçadas de extinção, os animais de companhia e os animais de serviço) beneficiam-se de um evidente interesse em sua proteção, ainda que esse interesse esteja menos com os próprios animais do que com os benefícios que os humanos ganham com essa proteção. A segunda possibilidade é a de que as leis da nação não refletem fielmente o forte interesse da sociedade pela proteção e bem-estar animal. Outra possibilidade ainda é que o atual regime jurídico dos animais exagere a curva da sociedade em relação à proteção animal, de modo que, se não fosse pelo legislar proativo do governo, os animais teriam ainda menos proteção jurídica.

A possibilidade desta última hipótese (a de que as leis existentes são excessivamente rigorosas e fora da realidade a partir de vagas noções contemporâneas de bem-estar animal) nos parece a menos provável. Questões de bem-estar animal têm desfrutado de crescente visibilidade e apoio, tanto da imprensa quanto das leis.⁵⁸ Além disso, como o público americano tornou-se mais familiarizado com a pecuária industrial, o clamor contra seus métodos estimulou a mudança de algumas das suas práticas mais desumanas. Por exemplo, *Smithfield Foods*, o maior produtor mundial de carne de porco, comprometeu-se a afastar

as grades de gestação para porcas;⁵⁹ a rede *Burger King* concordou em parar gradualmente de usar ovos obtidos em baterias de gaiolas;⁶⁰ e o celebrado chef *Wolfgang Puck* não servirá ovos de galinhas criadas em baterias de gaiolas, produtos de porcos derivados de empresas que utilizam grades de gestação ou *foie gras*, um produto de fígado de pato criado através de alimentação forçada.⁶¹ Essas revelações recentes - bem como a mídia favorável que essa e outras iniciativas vêm recebendo, além da tendência nacional acima mencionada de pressionar as leis de bem-estar animal - militam contra a noção de que existe uma pequena e cada vez menor base de apoio público para o bem-estar animal.

A segunda possibilidade, a de que leis atuais não refletem com precisão o interesse crescente do público com o bem-estar dos animais - novamente à luz dos recentes ganhos nos domínios legal e corporativos - nos parece possível e até mesmo provável. Muitas das empresas que mudaram suas práticas de negócios fizeram-no em resposta à pressão da opinião pública. Da mesma forma, grande parte da legislação recente tem sido impulsionada por grupos de interesse público.⁶² Inquéritos e outros dados demonstram que, quando informado sobre a maneira como os animais são tratados na pecuária industrial e em outros lugares (por exemplo, em indústrias de pesquisas ou de investigação médicas), a resposta do público tende para uma proteção mais forte em favor dos animais.⁶³ Portanto, parece razoável concluir que o interesse público no bem-estar animal é real e crescente e que as leis atuais não refletem satisfatoriamente essa preocupação das pessoas.

No entanto, permanece verdadeiro que a preocupação do público com os animais não é ilimitada. Mesmo os animais domésticos permanecem como propriedade aos olhos da lei. Isso significa que os interesses dos animais estão sempre subordinados aos interesses das pessoas que os "possuem".⁶⁴ Consequentemente, seus direitos e capacidade de fazer valer tais direitos permanecem mínimos.

Ainda mais terrível é a situação dos animais não domésticos. Embora muitos estadunidenses, se não a maioria, acreditam que os animais devam ser melhor tratados durante suas vidas, e somente uma pequena minoria acredita que os animais não devam ser mortos para alimentação. Uma percentagem ainda menor condena o uso de animais para a produção de laticínios. A maioria dos americanos tampouco se opõe à caça ou à pesca. Além disso, apesar das questões sobre eficácia e ética, a experimentação em animais continua a ser uma parte integrante da metodologia científica.

Afigura-se nas leis estadunidenses a falta de coerência de propósito, quando se trata do bem-estar dos animais. A maioria das leis de proteção animal excluem a maioria dos animais do seu âmbito de cobertura. Muitos tipos de maus-tratos a animais são legais e, em alguns casos, ativamente incentivados. Além disso, como a decisão no caso *Lukumi* demonstra, mesmo baseada em práticas religiosas a crueldade animal pode, em tese, reivindicar a proteção constitucional. No entanto, ainda há uma poderosa tendência de preocupação com os animais e o seu bem-estar. Após o caso *Lukumi*, a questão que permanece é saber se o sacrifício de animais pode ser regulamentado ou sempre deve ser considerado um comportamento religioso protegido. Para responder a essa pergunta primeiro devemos determinar se prevenir o sacrifício animal pode ser considerado um interesse público relevante. Se o for, então, independentemente da sobrecarga inevitável sobre o comportamento religioso, uma lei banindo o sacrifício de animais deve sobreviver ao controle de constitucionalidade sob a Cláusula do Livre Exercício.

15. Conclusão: uma lei anti-Sacrifício pode sobreviver ao controle do livre exercício?

A gama de proteções e atenção pública oferecidas aos animais sugere que é variável o interesse nacional sobre proteção

animal. Ela indica ainda que as leis existentes não refletem, necessariamente, a profundidade do interesse público (ou a falta dele). O grau de interesse depende dos animais afetados e das circunstâncias. Sob o atual conjunto de leis, pode-se matar (e comer) alguns animais, mas não outros. Mesmo entre os animais criados para abate, alguns devem ser mortos “humanitariamente” enquanto outros não precisam. Além disso, alguns animais não podem ser mortos em nenhuma circunstância, salvo em situações extremas.

Claramente, as leis protegem alguns animais mais do que outros. Constata-se que o Estado possui um particular interesse em proteger determinados animais de certos tipos de maus-tratos enquanto outros animais que enfrentam outros tipos de danos (ou danos similares) não geram o mesmo nível de interesse. Determinar se existe um interesse público relevante requer uma investigação específica do fato, descobrindo nas leis existentes, o grau de interesse público e outras prioridades sociais dele decorrentes.

Se o legislador estabeleceu leis suplementares que protegem determinados animais de maus-tratos, deixando outros expostos ao perigo, essas leis se mesclariam imediatamente com o atual regime jurídico. Essas leis suplementares podem, por exemplo, proteger determinados animais de certos tipos de mortes consideradas não necessárias, permitindo que esses mesmos animais possam ser mortos de outras maneiras e por outras razões. Por exemplo, um cão vivendo em um ambiente doméstico não pode ser envenenado, mutilado ou sensorialmente privado, mas se esse mesmo cão for objeto de um projeto de investigação científica autorizada, ele pode sofrer alguns ou todos os danos. Da mesma forma, o Estado pode priorizar a morte de animais para alimentação enquanto regulamenta restritivamente outros tipos de abate de animais. O abate ritual sem fins de consumo de alimentos pode cair em uma categoria definida pelo Estado como de usos não necessários. Por conseguinte, o bloqueio ao sacrífi-

cio de animais pode tornar-se relevante, mesmo que o Estado permita outras formas de morte e maus-tratos dos animais.

Assim contextualizada, uma lei que proíba o sacrifício de animais não parece mais inconsistente ou discriminatória do que a maioria das outras leis de proteção animal. Além disso, a Suprema Corte reconhece que as leis que proíbem o sacrifício não precisam especificamente ter como alvo penalizar uma religião, mesmo que elas o façam incidentalmente. À luz do caso *Smith* e suas consequências, qualquer lei anti-sacrifício que incidentalmente penalize as práticas religiosas deve ser imparcial e de aplicabilidade geral. Se ela discrimina práticas religiosas, ela também deveria ser elaborada especificamente e necessária para a legítima promoção de um interesse público relevante. Um decreto bem elaborado que defina o sacrifício de animais com cuidado e o proíba por razões (seculares) relevantes podem sobreviver ao controle rigoroso.

Por outro lado, os decretos de Hialeah provavelmente falharam porque não eram imparciais, nem de aplicabilidade geral. As provas demonstraram esmagadoramente que os decretos alvejavam de maneira específica e buscaram reprimir as práticas religiosas da Santeria. Suprimir uma religião *nunca* é um interesse público relevante.

Se a Suprema Corte tivesse concentrado a sua análise nessa direção, sua conclusão não teria mudado, mas ela teria evitado opiniões sobre o valor relativo da proteção dos animais em relação à liberdade religiosa. O voto vencedor, sem dúvida, manteve-se neste território incerto e sua análise fez pouco para esclarecer a questão. Na verdade, ainda não está claro se a decisão realmente resolveu a questão. Os opositores afirmam que não. De acordo com o Juiz Blackmun, o voto concorrente não enfrentou a questão de saber “se a Cláusula de Livre Exercício admite uma exceção religiosa para uma lei que efetivamente tenha como objetivo proteger os animais de maus tratos.” Para ele, essa é uma pergunta para outro dia e como muito *amici* demonstraram não deve ser tomada de maneira apressada.⁶⁵

O Juiz Blackmun aparentemente leu a frase, “não pode haver nenhuma reivindicação séria de que *esses interesses* justifiquem os decretos municipais de Hialeah” para se referir ao interesse em discriminar práticas religiosas – uma afirmação incontroversa com um predicado constitucional óbvio. Se ele está certo, então a longa análise da Suprema Corte sobre as alegadas abrangência e discriminação dos Decretos de Hialeah e sua relação com a crueldade contra os animais, torna-se simples *dicta*. Se ele estiver errado, porém, então o voto vencedor consagrou a morte ritual de animais no Panteão dos comportamentos constitucionalmente protegido. A Suprema Corte assim o fez com base em uma visão da proteção dos animais que tem pouca correlação com as leis e normas contemporâneas. E ela fez isso desnecessariamente.

16. Notas de referência

- ¹ Tradução de Heron Gordilho, professor doutor da UFBA e Liana Brandão de Oliveira, Mestre em Direito pelo PPGD/ UFBA... 508 E.U. 520 (1993). 508 E.U. 520 (1993).
- ² O professor David Cassuto agradece a Tamie Bryant pelos importantes comentários úteis e edição. Agradece ainda a Steven Sarno e Danielle Cole pela extraordinária assistência desta pesquisa. Finalmente, e como sempre, à Elizabeth Downer e Jesse Cassuto, que são os heróis de tudo o que eu faço.
- ³ Grande parte da descrição da Santeria e a história da Igreja Lukumi são extraídos de David M. O'Brien. *Animal Sacrifice and Religious Freedom* (2004).
- ⁴ Consulte Mirta Ojito, *Santeria Priest Faces Charges in Animal*, Miami Herald, 12 De Junho de 1995, no 2B (descrevendo a acusação de um sacerdote de Santeria que publicamente sacrificou 15 animais em comemoração da decisão de Lukumi, mas foi preso pela maneira violenta com a qual tentou matar os animais); Mike Williams, *Santeria Priest Challenges Fla. City's Ban on Ritual Animal Sacrifice: Freedom of Religion Claim Vies with Cruelty Charges*, Atlanta J-Const., Aug. 31, 1989, at A10 (descrevendo as

dolorosas técnicas empregadas durante sacrifícios rituais da Santeria); G. Savage, *Justices Revisit Unsettled Issue in Santeria Case*, L.A. Times, Nov . 1, 1992, na A22 (discutindo as diferenças entre a Santeria sacrifícios e práticas do matadouro).

⁵ O ' Brien, *supra* Nota 2, às 35.

⁶ *ID.* em 43.

⁷ *ID.*; ver também *Church of de Lukumi Babalu Aye, Inc. v. cidade de Hialeah*, 508 e.u. 520, 541 (1993).

⁸ E.u. Const , alterar. I.

⁹ *Consulte* Everson v. bd. de Educ, 330 1 dos Estados Unidos (1947) (holding que o estabelecimento Cláusula se aplica aos Estados através da alteração do século XIV); *Cantwell v Connecticut*, 310. E.u. 296 (1940) (o livre exercício cláusula aplica-se também aos Estados através da Décima quarta alteração).

¹⁰ *Consulte* Lemon v. Kurtzman, 403 e.u. 602 (1971). O Tribunal revisitou e modificou o tão chamado " *Controle de Contitucionalidade Lemon*" em *Agostini v. Felton*, 521 203 dos Estados Unidos (1997), particularmente o prong "emaranhamento excessivo" concentrar-se mais sobre se a avaliada norma ou regimento tiveram o efeito ilícito de auxílio ou inibindo a religião. No entanto, o *Agostini* Tribunal deixou o controle Lemon em grande parte intacto.

¹¹ 345 67 CONDADOS (1953).

¹² 435 E.U. 618 (1978).

¹³ 367 E.U. 488 (1961).

¹⁴ 494 E.U. 872 (1990).

¹⁵ 455 E.U. 252 (1982).

¹⁶ *ID.* em 257-60.

¹⁷ 374 E.U. 398 (1963).

¹⁸ *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Cidade de Hialeah*, 508 dos EUA 520, 564 (1993) (Souter, j., Voto concorrente em parte e no acórdão).

- ¹⁹ O voto vencedor cita diretamente *Smith* para a proposição de que, “nossos casos estabelecem a proposição geral de que uma lei que é neutra e de aplicabilidade geral precisa não ser justificada por um interesse governamental atraente mesmo que a lei tem o efeito incidental de sobre-carregar uma prática religiosa particular.” *ID.* em 531 (o voto concorrente).
- ²⁰ *Lukumi*, 508 Dos Estados Unidos em 547.
- ²¹ *Consulte* O’ Brien, *supra* Nota 2, em 160.
- ²² *Lukumi*, 508 Dos Estados Unidos em 524.
- ²³ Enquanto o código oficial de Hialeah já não contém as disposições pertinentes, os Decretos estão incluídos no apêndice o parecer do Supremo Tribunal. *Consulte id.* no 548. Resolução n.º 87-66 e Decreto n.º 87-90 identificam especificamente a prevenção de crueldade contra os animais e a proteção da segurança pública como metas das ordenações.
- ²⁴ *ID.* em 538.
- ²⁵ *ID.* em 539.
- ²⁶ *ID.* em 546.
- ²⁷ Robert h. Fallon, Jr. *Strict Judicial Serutiny*, 54 UCLA L. Rev 1267, 1270-71 (2007) (citando *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 e.u. 144, n. 4 152 (1938)).
- ²⁸ *ID.* no n.228 de 1306 (citando *Nixon v. Adm’r do General Servs.*, 433 e.u. 425, 467-68 (1977)).
- ²⁹ *ID.* em 1302-09.
- ³⁰ O Tribunal não aborda práticas halal, mas eles estariam isentos também.
- ³¹ *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. cidade de Hialeah*, 508 e.u. 520, 537 (1993). O facto da cidade ter segundas intenções na promulgação da lei (discriminar práticas de Santeria) não significa que as leis *como escrito* não reclamarism uma diferente motivação.
- ³² *ID.* em 545.
- ³³ O Tribunal cita vários funcionários de Hialeah afirmando sua clara oposição não à matança de animais, mas sim para a utilização de animais em sacrifício religioso. *Consulte ID.* em 541-42.

- ³⁴ *ID.* em 536.
- ³⁵ 491 E.U. 524 (1989).
- ³⁶ *ID.* 541-42.
- ³⁷ *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. cidade de Hialeah*, 508 e.u. 520, 547 (1993) (ênfase adicionada).
- ³⁸ *ID.* em 534.
- ³⁹ *ID.* em 534 (grifo).
- ⁴⁰ A número de municípios têm estatutos anti-sacrifício que são, em muitos aspectos idênticos para o Decreto de Hialeah desafiado 87-52. *Ver, por exemplo*, Los Angeles, CAL, Mlt-i. Código § 53.67 (1990) (que proíbe sacrifício de animais exceto para fins alimentares). O código Municipal de Los Angeles define o sacrifício de animais para significar “o ferir ou matar qualquer animal em qualquer ritual religioso ou de culto ou como uma oferenda para uma deidade, diabo, demônio ou espírito, em que o animal não tenha sido ferido ou morto principalmente para fins alimentares, independentemente de se todo ou parte do animal é consumido posteriormente.” *ID.* a cidade de Chicago código Municipal proíbe a posse ou o abate de animais para a alimentação fins e afirma explicitamente que a proibição “é aplicável a qualquer culto que mata (sacrifícios) animais para qualquer tipo de ritual, independentemente de se deve ou não a carne ou blood do animal deve ser consumido; exceto que abate Kosher está isento deste Decreto.” Chi. III., Mun. Código § 7-12-300 (LexisNexis 2007). A cidade de Euless, Texas passado um decreto que proíbe o abate de animais, exceto para as aves de capoeira para consumo. Euless, Texas, código § 10-3 (1974). Recente atrito entre um local Santería Igreja e o Conselho da cidade de Euless sobre a proibição de sacrifício municipal levado a uma ação contra a cidade. *Consulte Suit Over Animal Sacrifice Ban Highlights Growing Religious Clashes in a More Diverse U.S., Int'l Herald Trib.*, de 27 De Março de 2007, <http://www.ihf.com/articles/ap/2007/03/28/america/NA-FEA-REL-US-Suburban-Sacrifices.php>.
- ⁴¹ *Animal Welfare Act* de 1970, Pub. L. n. ° 91-579, 84 stat. 1560. Seis anos mais tarde, o Congresso aprovou alterações *Animal Welfare Act* de 1976, Pub. L. n. 94-279, 90 stat. 417.
- ⁴² 7 U.s.c § 2132(g) (1970).

- ⁴³ *Humane Methods of Slaughter Act* de 1978, Pub. L. 95-445, 92 stat. 1069 (codificado em 7 dos e.u..C. §§ 1902-1907 (2000)).
- ⁴⁴ 7 U.S.C. § 1902 (2000).
- ⁴⁵ 9 C.F.R. § 3012 (2006).
- ⁴⁶ *Ver, por exemplo*, Matthew Wagner, *Rabbinate Oks Meat Despite Cruelty to Animals*, *Jerusalem Post* (Israel), 14 de Março de 2006, 8 (discutir a aprovação rabínica de valerem-Sorina carne em Iowa com violação e crueldade U.S. Normas decorrentes da utilização de ganchos para rasgar o esôfago e traquéia de animais conscientes). Donald g. McNeil, Jr., *KFC Supplier Accused of Animal Cruelty*, N.Y. *Times* 20 De julho de 2004, no C2 (descrevendo uma longa lista de atos cruéis observado por um investigador coberto que infiltrara planta KFC na Virgínia Ocidental); David J. Wolfson, *além da lei*, 2 *Animal L.* 123 (1996) (observando que normas federais anti-crueldade são aplicáveis aos matadouros inspecionados por Estado e não têm efeito sobre as muitas vezes cruéis, não práticas comuns nesses locais).
- ⁴⁷ Outros Estados, incluindo Maine, Carolina do Norte, Ohio, Vermont e Wisconsin, isentar as práticas do setor específico de controle regulamentar. Outros ainda, incluindo Louisiana e Carolina do Sul, isentar os animais específicas (no caso, aves) de proteção do Estado. *Ver* Wolfson, *supra* Nota 46, em 137; William A. Reppy, *Broad Exemptions in Animal-Cruelty Statutes Unconstitutionally Deny Equal Protection of the Law*, 70 *lei & Contemp. Probs.* 255, 307-23 (2007).
- ⁴⁸ *Ver* David j. Wolfson & Mariann Sullivan. *Foxes in the Hen House, em* *Dos direitos dos animais: os Debates atuais e novos rumos* 209 (Martha Nussbaum e Cass Sunstein eds., 2004); *Ver também* Paula j. Frosso, *The Massachusetts Anti-Cruelty Statute: A Real Dog-A Proposal for a Redraft of the Current Law*, 35 *New Eng. L. Rev.* 1003 (2001).
- ⁴⁹ *Consulte* David N. Cassuto, *Bred Meat: The Cultural Foundation of the Factory Farm*, 70 *Lei & Contemp. Probs* 59, 66 n.44 (Inverno 2007) citando Wolfson & Sullivan, *supra* Nota 48, em 209 (citando *New Jersey v. ISE Farms, Inc.* (Super. CT., 8 de Março de 2001, o Condado de Warren) (ausência de convicção em relação à crueldade contra animais porque as centenas de milhares de galinhas possuídas pelo réu e a pequena quantidade de pessoas realmente responsáveis por elas, significou que duas galinhas doentes e ainda vivas encontradas numa lixeira contendo

muitas galinhas mortas, talvez não tenham sido descartadas conscientemente).

- ⁵⁰ Consulte Wolfson & Sullivan, nota acima, 48, em 209-10.
- ⁵¹ Ver David N. Cassuto. *Animais carne, padrões humanos e outras ficções jurídicas*. 13 REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO ANIMAL. 28 (2011)
- ⁵² Fla. Const Art. 10, § 21.
- ⁵³ *ID.* Art. 10, § 16.
- ⁵⁴ Ann do Fla. Rev. Stat.. § 13-2910-07 (2007).
- ⁵⁵ Ato de transporte de gado, 45 u.s.c. § § 71-74 (2000).
- ⁵⁶ *ID.* § 71; *Ver também* Wolfson, *supra* note 46, em 125.
- ⁵⁷ Ver 49 u.s.c § 80502(c) (2000). 9 C.f.r. pt. 89 (2006).
- ⁵⁸ Consulte, *por exemplo*, Carol Ness et al, *What's New*, S.F. Chron., 10 De Janeiro de 2007, em F2 (comparando rótulos de tratamento humanitário aos produtores de carne, como “certified humane” e “o bem-estar dos animal aprovados”); Nancy Luna, *Restaurants Adopt Humanity*, O Condado de Orange Reg, (CAL.), Maio 11, 2007 (bem-estar animal que descreve como uma questão social importante para diners a crença de restaurantes e chefs que animais criados com compaixão criar mais saudável e mais saborosa comida); Elizabeth Weise, *Food Sellers Push Animal Welfare*, E.u.a. Hoje. Em 13 de agosto, D 01 (descrevendo os esforços do *Food Marketing Institute* e Conselho de cadeia nacional de 2003 Restaurantes para liderar as reformas dos produtores de alimentos para animais); David Barboza, *Animal Welfare's Unexpected Allies*, *N.Y. Times* de 25 De Junho de 2003 em CI (descrevendo os esforços de fast food indústria para elaborar normas para o tratamento humano dos animais criados em fazendas industriais); Michael Leidig, *Government to Farmers: Be Kind to Your Swine*, *Cm Sun Times* 19 De Feb, 2002, em 34 (Directiva do Ministério da agricultura da Alemanha aos agricultores para prever a discutir bem-estar dos suínos, mantendo os suínos feliz com brinquedos, exposição à luz do dia e com “qualidade Time” de vinte segundos por dia com um agricultor); Comissão Directiva 2001/93/CE, 2001 OJ (316 L) 36 (CE) (legislação da União Europeia estabelece normas mínimas para o protecção de suínos criados para fins de criação).

- ⁵⁹ Alexi Barrionuevo, *Pork Producer Says It Plans to Give Pigs More Room*, N.Y. Times 26 De Janeiro de 2007, em C8.
- ⁶⁰ Andrew Martin, *Burger King Shifts Policy on Animals*, N.Y. Times, 28 de mar. 2007, em C1.
- ⁶¹ Kim Severson, *Celebrity Chef Announces Strict Animal-Welfare Policy*, N.Y. Times, 22 De Março de 2007, na A17.
- ⁶² Consulte Brian t. Murray, *A New Crop for the Amish Pennsylvania Farmers Have Found Raising Puppies Is a Lucrative Business, but They're Reaping an Increasingly Bitter Harvest of Cruelty Charges*, Star Ledger (Newark, n.J.), 20 de novembro de 2005, no 1 (discutir o projeto de lei do Senado dos Estados Unidos para adicionar operações de cão de varejo a autoridade de licenciamento e inspeção do departamento de agricultura dos Estados Unidos que foi impulsionado por ativistas, incluindo a Humane Society); April M. Washington, *Circus Acts or Ax Circus? Animals Mistreated, Groups' Report Says*, Rocky Mountain News (Denver, Colorado), 29 de julho de 2004, a 7A (discutindo relatório detalhando o abuso animal no Ringling Bros e Barnum & Bailey Circus escrito por grupos de proteção animal nacional da sociedade americana para a prevenção da crueldade contra os animais, o fundo para os animais e o Instituto de bem-estar Animal que levou a uma iniciativa de cédula em Denver visam proibir circos de usar animais exóticos em seus atos); John Horton, *More Oversight of Wild Animal Ownership Sought*, Plain Dealer (Cleveland, Ohio), 26 de Maio de 2006, a B3 (discutindo apelos da Humane Society dos Estados Unidos e as pessoas para o tratamento ético dos animais apoiar uma proposta de proibição da propriedade privada dos animais selvagens em Ohio).
- ⁶³ Consulte Marni Goldberg, *Bill Aimed at Research Trade, Activists Target Dealers Who Collect Animals-Including, Some Say, Stolen Pets - For Sale to Science Facilities*, Trib Chi., 30 De Junho de 2006, em 3 (creditando o impulso do documentário *Dealing Dogs* da HBO de pressão da opinião pública no Congresso para passar segurança Pet e lei de proteção destinadas a proibir os concessionários da venda de origem aleatória cães e gatos para laboratórios); Jeff Mosier, *Bills Seek To Overturn Horse Slaughter Ban: Humane Society Condemns Proposals in State House and Senate*, Dallas Morning News (Texas), 10 de Março de 2007, em 10-b (discutindo o estado do Texas e contas do Congresso federais prosseguidas pelo Humane Society, associações de corridas de cavalo e celebridades para

acabar com o abate de cavalos para consumo humano e citando uma votação dos texanos mostrando que cerca de três quartos deles contra o abate seria menos propensos a apoiar um legislador que votaram para facilitar uma proibição); David Crary, *U.S. Activists Revive War on Canadian Seal Hunt*, *Globe & Mail* (Toronto, can.), 29 de Janeiro de 2004, a A12 (discutindo a história da caça como destino inicial do movimento de bem-estar dos animais quando clamor público foi despertado por terríveis vídeos de bebê sela brutalmente abate); Bryn Nelson, *cScience at a Price, Ethics as the Argument, New Questions Are Raised About Whether the Gains of Animal Research Are Worth the Ethical Uncertainties*, *Newsday*, 27 de setembro de 2004, em A06 (discutir a evolução de debater sobre a utilização de animais na pesquisa médica).

- ⁶⁴ Consulte Gary Francione, *Taking Sentience Seriously*, 1 *J. Animal L. e ética* 1, 17 (2006) (“A condição de propriedade nos impede de perceber os interesses dos animais como semelhantes aos nossos em primeira instância e subordinados a interesses dos animais para interesses humanos..”); Gary Francione, *Animal Rights Theory and Utilitarianism*, 3 *Animal L.* 75, 96 (1997) (“será quase sempre presumido que proprietários são os melhores juizes quanto ao uso de sua propriedade, incluindo sua propriedade animal.”).
- ⁶⁵ *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. cidade de Hialeah*, 508 dos EUA 520, 581 (1993) (Blackmun, j.Voto concorrente).