

A emenda da vaquejada e o efeito *backlash*

Eliseu Antônio da Silva Belo*

Sumário

1. Introdução. 2. O chamado “efeito *backlash*” como fruto do diálogo institucional. 3. Vícios materiais de inconstitucionalidade apontados em relação à emenda constitucional da vaquejada. 4. Considerações finais. Referências.

Resumo

Em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal – STF declarou a inconstitucionalidade da prática desportiva denominada “vaquejada”, nos autos da ADI 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio. Imediatamente, o Congresso Nacional editou a Lei Federal nº 13.364/2016, reconhecendo a vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro; e, alguns meses depois, a EC 96/2017, conhecida como “emenda da vaquejada”, que acrescentou o §7º ao art. 225 da Constituição Federal, segundo o qual não mais se consideram cruéis práticas desportivas que usem animais, desde que elas sejam reconhecidas, legalmente, como manifestações culturais. A esse conjunto de reações legislativas à referida decisão do STF dá-se o nome de efeito *backlash*, que se insere no marco dos diálogos institucionais. Ocorre, porém, que a EC 96/2017, já objeto de questionamento em duas ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite no STF, realmente deve ser declarada inconstitucional, por ofender, de forma clara e intensa, o princípio da razoabilidade, decorrente da garantia fundamental do devido processo legal em sua vertente material, bem como por promover um grave retrocesso ambiental e civilizatório em torno da eficácia normativa da regra constitucional prevista no art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, na qual reside a vedação absoluta de submissão dos animais à crueldade.

Palavras-chave: Emenda constitucional. Vaquejada. Efeito *backlash*. Garantia fundamental. Razoabilidade. Devido processo legal material. Cláusula pétrea. Controle de constitucionalidade.

1. Introdução

Em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal - STF julgou inconstitucional a Lei cearense nº 15.299/2013, a qual regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. A ementa do referido julgamento ficou assim redigida:

* Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Promotor de Justiça do Ministério Público de Goiás. Assessor jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público de Goiás.

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. [...] VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (ADI 4983, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016)

Alguns meses depois, sobreveio a Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017,¹ que acrescentou o §7º ao artigo 225 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do §1º deste artigo,² não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o §1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Sem a menor dúvida, essa reforma constitucional, ao lado da Lei Federal nº 13.364/2016, constitui uma rápida e forte reação legislativa do Congresso Nacional àquela decisão do STF, na ADI 4983, visando refutar, de forma clara, o entendimento da Corte quanto à inconstitucionalidade da prática conhecida como “vaquejada”.

Curioso notar que essa reação legislativa, por sua vez, desencadeou, logo em seguida, o ajuizamento de duas ADIs no STF: i) ADI 5728, ajuizada pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, de relatoria do Min. Dias Toffoli; ii) ADI 5772,³

¹ Antes dela, foi editada a Lei Federal nº 13.364/2016, a qual “eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial”, como consta de sua ementa.

² A mencionada parte final veda práticas que submetam os animais à crueldade. Veja-se: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

³ Essa ADI é mais abrangente do que a primeira, pois, além da EC 96/2017, tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de duas leis federais que reconhecem e protegem a vaquejada: Lei nº 10.220/2001 e Lei nº 13.364/2016, que, basicamente, eleva a prática da vaquejada à condição de patrimônio cultural

ajuizada pelo Procurador-Geral da República, de relatoria do Min. Roberto Barroso; ambas ainda pendentes de julgamento.

O presente trabalho, diante desse contexto, tem por objetivo apontar, de maneira fundamentada, se a reação legislativa, levada a efeito pelo Congresso Nacional por meio da EC nº 96/2017, é ou não constitucionalmente válida, o que poderá, inclusive, contribuir com o debate que haverá no STF quando do julgamento das duas ações diretas indicadas no parágrafo anterior.

2. O chamado “efeito *backlash*” como fruto do diálogo institucional

A reversão legislativa de um julgamento do STF, em que se declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado pelo Poder Legislativo, é conhecida como uma espécie de efeito *backlash* (*backlash effect*). Conforme anota a doutrina, de forma ampla:

[...] A palavra *backlash* pode ser traduzida como uma forte reação por um grande número de pessoas a uma mudança ou evento recente, no âmbito social, político ou jurídico. Assim, o efeito *backlash* nada mais é do que uma forte reação, exercida pela sociedade ou por outro Poder a um ato (lei, decisão judicial, ato administrativo etc.) do poder público. No caso do ativismo judicial, como afirma George Marmelstein, “[...] o efeito *backlash* é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo”. Nas palavras do brilhante professor de Harvard Cass Sunstein, o efeito *backlash* é uma “intensa e sustentada rejeição pública a uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover a sua força legal”.

[...]

Em outras palavras, podemos dizer que o efeito *backlash* é uma reação majoritária contra uma decisão contramajoritária. Isso porque muitas vezes o Judiciário, para tutela dos direitos das minorias, acaba contrariando o interesse da maioria [...].⁴

imaterial brasileiro, editada pouco mais de um mês após o julgamento da ADI 4983, como inequívoco fruto de pressão social e política de boa parte da população nordestina que explora e vive dessa mesma prática.

⁴ NUNES JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., 2018, p. 88-89. Com base na doutrina norte-americana, VICTOR, Sérgio A. F. afirma que: “*Backlash* é a intensa e persistente manifestação pública contra uma decisão judicial acompanhada de sérias tentativas de resistência ao seu cumprimento” (*Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*, 2015, p. 206). Ao concluir o estudo que fez do tema, MARLMELSTEIN, George entende que: “o *backlash* segue um processo que se inicia com uma decisão judicial polêmica, seguida de uma reação política de feição ideológica contrária ao ponto de vista adotado na decisão, que pode culminar com a ascensão política do grupo que critica a decisão e com a consequente aprovação de medidas que acarretam um retrocesso legislativo ao debate de fundo”. In: *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional*:

O STF, em votos proferidos pelo Min. Luiz Fux, já reconheceu a existência desse fenômeno, consignando ser dever da Suprema Corte levá-lo em consideração como uma forma de aumentar a legitimidade democrática de suas decisões, revelando “responsividade à opinião popular”. Confira-se, a propósito, a passagem abaixo:

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos ROBERT POST e REVA SIEGEL (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, disponível no sítio papers.ssrn.com/abstract=990968) identificam, como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões.⁵

Esse tipo de reação legislativa integra a dinâmica própria dos chamados diálogos institucionais ou constitucionais que devem ocorrer entre os Poderes Legislativo e Judiciário, a fim de que seja encontrada a melhor interpretação que se possa extrair das normas constitucionais, de modo que não haja um órgão ou Poder que seja sempre o que dará a última palavra sobre o sentido e alcance da Constituição.

No constitucionalismo brasileiro, a doutrina aponta que:

[...] o número de normas editadas pelo Congresso Nacional declaradas inconstitucionais pelo STF é baixíssimo e que o tribunal se abstém de declará-las inconstitucionais em cerca de 90% dos casos. Isso revela uma postura deferente do STF em relação ao

reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: http://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional Acesso em 19.09.2018.

⁵ Trecho do voto proferido pelo Min. Luiz Fux na ADC 29, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012. A passagem transcrita encontra-se na página 27 do respectivo acórdão.

Congresso Nacional, com a consequente preservação da vontade majoritária, ao contrário do que alardeado.⁶

Além disso, nos pouquíssimos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo STF em que o Congresso Nacional reage mediante a edição de nova emenda constitucional, mudando o parâmetro de controle, percebe-se que o Tribunal se torna ainda mais deferente, pois, “com a aprovação de emenda constitucional, o Congresso praticamente garante que dará a última carta no jogo (pelo menos provisoriamente)”⁷ Afinal, o “Supremo só poderá invalidar emendas em caso de ofensa clara às cláusulas pétreas da Constituição”.⁸

Note-se que outra forma de se referir a esse mesmo fenômeno é por meio da expressão “leis *in your face*”, conforme bem explicado pelo Min. Luiz Fux, em outro julgado do STF,⁹ demonstrando que a superação legislativa de precedentes da Suprema Corte¹⁰ é fruto dos diálogos institucionais que devem ser travados entre os Poderes em questão, na definição conjunta do sentido e alcance das normas constitucionais.¹¹ Veja-se:

Sucedede que, a despeito desse arranjo, não se pode advogar que o arquétipo constitucional pátrio erigiu um modelo de supremacia judicial em sentido forte (ou material), de vez que, além de equivocada, sob a ótica descritiva, não se afigura desejável, sob o ângulo prescritivo.

Por uma vertente descritiva, há diversos precedentes de reversão legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal, seja por emenda constitucional, seja por lei ordinária, que *per se* desautorizariam a concepção de última palavra definitiva. Essa práxis dialógica, além de não ser intumescimento na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso ativismo congressual, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais.

⁶ VICTOR, Sérgio A. F. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*, 2015, p. 211. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*, 2018, p. 154.

⁷ VICTOR, Sérgio A. F. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*, 2015, p. 226.

⁸ VICTOR, Sérgio A. F. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*, 2015, p. 226.

⁹ ADI 5105, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015.

¹⁰ O ministro arrola, ao longo de seu voto, uma série de precedentes reveladores do comportamento do STF – geralmente dialógico e deferente – diante de reversões legislativas a declarações anteriores da Corte no sentido da inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Em seguida, conclui pela “ausência [em nosso sistema constitucional democrático] de supremacia judicial em sentido forte e [pel]a abertura dialógica, por parte da Corte, a correções legislativas de sua jurisprudência, mesmo que veiculadas em legislação ordinária” (página 23 do respectivo acórdão na ADI 5105). Tanto assim que, a seu ver, o “[...] Supremo Tribunal Federal agirá como um ‘catalisador deliberativo’, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214) (página 30 do mesmo acórdão).

¹¹ Até porque, como bem consignado pelo Min. Luiz Fux: “É prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição” (final da página 23 do respectivo acórdão na ADI 5105).

Para os fins da presente discussão, reputo ser prescindível inventariar todas as hipóteses de reação legislativa, de modo que me restringirei a descrever alguns casos mais paradigmáticos, em especial quando a reversão jurisprudencial foi questionada perante o Tribunal. Com isso, será possível extrair a diretriz jurisprudencial utilizada pela Corte para aferir a validade jurídico-constitucional de tais reversões.

[...]

Da análise dos retromencionados arestos e da postura institucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai *ex ante* a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (ii) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60 e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestricção e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexistente, descritivamente, qualquer supremacia judicial nesta acepção mais forte.

Como se vê no trecho acima transcrito, a reação do STF à reversão legislativa de sua jurisprudência constitucional dependerá do tipo de ato normativo que for utilizado pelo Congresso Nacional para tanto. Se for uma emenda constitucional, como no caso, ela somente será considerada inválida pela Corte se atentar, de forma clara, contra os limites definidos no art. 60 e seus §§, da Constituição; caso contrário, deverá prevalecer.¹²

Assim, é preciso estabelecer, neste trabalho, se na hipótese da EC nº 96/2017 está ou não presente alguma ofensa a esses limites, o que, aliás, sustenta-se, de forma positiva, nas ADIs 5728 e 5772, com base em argumentos que serão sumariados e examinados no item seguinte.

¹² Por outro lado: “Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o escólio do Professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, ‘quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.’ (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167)” (trecho do voto do Min. Luiz Fux, páginas 30-31 do acórdão na ADI 5105).

3. Vícios materiais de inconstitucionalidade apontados em relação à emenda constitucional da vaquejada

Nas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a EC 96/2017, acima indicadas, os requerentes sustentam, em síntese, os seguintes vícios de inconstitucionalidade: i) grave ofensa ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob o argumento de que a proteção aos animais, inclusive domésticos, integra esse direito fundamental e compõe o seu núcleo essencial¹³; ii) falta de lógica e de razoabilidade no teor do §7º do art. 225, incluído pela EC 96/2017, “ao rotular, de forma artificiosa, como não cruéis práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam ‘manifestações culturais’ reguladas por lei específica”¹⁴.

Nosso principal objetivo é examinar essa segunda alegação, sustentada da seguinte forma pelo Ministério Público Federal, em sua petição inicial na ADI 5772, Rel. Min. Roberto Barroso:

A emenda constitucional ainda contém uma ilogicidade insuperável: define como não cruéis as práticas desportivas se forem reconhecidas como manifestação cultural. Ocorre que a crueldade intrínseca à determinada atividade não desaparece nem deixa de ser ética e juridicamente relevante pelo fato de uma norma jurídica a rotular como “manifestação cultural”. A crueldade ali permanecerá, qualquer que seja o tratamento jurídico a ela atribuído.¹⁵

¹³ Isso é expressamente defendido na petição inicial da ADI 5728, ajuizada pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, de relatoria do Min. Dias Toffoli. Em função dos limites deste trabalho, não iremos aqui nos debruçar sobre essa alegação, a qual nos parece difícil de ser acolhida, tendo em vista que a não submissão dos animais à crueldade, pelo que se vê do art. 225 da Constituição, é um dos diversos elementos que conduzem ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como deixa claro o seu §1º, no qual são arroladas diversas medidas que deverão ser adotadas pelo Poder Público, entre as quais se inclui a não submissão dos animais à crueldade. Além disso, a EC 96/2017 visou permitir somente as práticas desportivas que utilizem animais e que sejam, ao mesmo tempo, manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, assim regulamentadas por lei. Ou seja, não houve autorização ampla e sem controles legais para que toda e qualquer prática ou manifestação supostamente cultural possa se valer de animais, submetendo-os a tratamento cruel. Por esses singelos motivos, torna-se difícil afirmar, a nosso ver, que a EC 96/2017 atingiu o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como exige a jurisprudência do STF em matéria de controle material de constitucionalidade de emendas à Constituição. Confira-se: “[...] de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (trecho da ementa relativa ao julgamento da ADI 2024, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2007). Ou, mais recentemente, como disse o Min. Luiz Fux, em seu voto condutor na ADI 5316 MC/DF: “[...] o controle de constitucionalidade das emendas deve ser reservado aos casos de inequívoca violação ao núcleo das cláusulas pétreas [...]” (página 27 do respectivo acórdão).

¹⁴ Passagem contida na petição inicial (página 14) da ADI 5772, ajuizada pelo PGR, de relatoria do Min. Roberto Barroso

¹⁵ Página 14 da exordial.

A despeito da correção do argumento, nota-se que o Procurador-Geral da República não explorou, com a devida profundidade, tudo que, em termos constitucionais, se pode extrair dessa ilogicidade da referida emenda.

Com efeito, a nosso ver, está em jogo aqui a tutela de uma garantia fundamental altamente relevante, consagrada em nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, assim redigido: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Como se sabe, o devido processo legal, em virtude de desenvolvimento jurisprudencial que recebeu no Direito norte-americano, deve ser compreendido, em sua faceta material, como um verdadeiro “limitador do arbítrio legislativo”, erigindo-se “em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais. Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social”.¹⁶ Como bem ressalta a doutrina:

O papel da cláusula *due process of law*, considerada sob o prisma isonômico, é justamente o de impedir o abuso do poder normativo governamental, isto em todas as suas exteriorizações, de maneira a repelir os males da *irrazoabilidade* e da *irracionalidade*, ou seja, do destempero das instituições governativas, de que não está livre a atividade de criação ou de concreção das regras jurídicas nas gigantescas burocracias contemporâneas.¹⁷

No caso da EC 96/2017, ao pretender retirar, de forma ilusória (meramente retórica), a crueldade de uma prática desportiva, pela mera circunstância de tal prática ser legalmente considerada uma manifestação cultural, acabou por desprezar, por assim dizer, a natureza das coisas, pois a crueldade ou não de uma prática desportiva, em relação aos animais que são por ela utilizados, é algo intrínseco ou imanente a essa mesma prática, fruto do conjunto de elementos e fatores que a definem em sua particular existência e dinâmica no mundo do ser.¹⁸ Logo, é evidente que não se pode alterar a natureza das coisas a golpes de papel e tinta.¹⁹ Por isso:

¹⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 2010, p. 137.

¹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 2010, p. 139.

¹⁸ Por isso, não se pode admitir um conceito de crueldade que seja pura e exclusivamente normativo, como parece ter sido a intenção do constituinte reformador, ao editar a EC 96/2017. Assim: “No caso de determinada lei permitir práticas (ainda que ressaltando textualmente que vedada a crueldade e violação do bem-estar dos animais) que de fato, ou seja, comprovadamente mediante avaliação de seu procedimento e consequências concretas, impliquem crueldade para com os animais, por evidente que tal legislação — a exemplo do que ocorreu no caso da vaquejada tal como decidido (*sic*) pelo STF — encontra-se em flagrante contradição com a regra constitucional proibitiva”. In: SARLET, Ingo Wolfgang, Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil — o caso da EC 96/2017, *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protacao-constitucional-animais-ec-962017>, acesso em 10.8.2018.

¹⁹ Como bem pontuou o Min. Celso de Mello em seu voto na ADI 4983, valendo-se de contribuição do Deputado paulista Roberto Tripoli: “Inexiste norma legal que possa alterar a natureza dos fatos. Uma

[...] calha a advertência de Heinrich Stoll no sentido de que “se o legislador passa por alto ou deprecia a natureza das coisas e crê poder configurar o mundo segundo seus desejos, em breve terá que experimentar a verdade da máxima horaciana: *naturam expellas furca tamen usque recurret*”. Em verdade, ou se respeita a natureza das coisas, ou se há de enfrentar posteriormente os revezes da própria natureza aviltada, que acaba refluindo, mais cedo ou mais tarde, para exigir contas à sociedade e aos agentes da representação política e da implementação da ordem jurídica.²⁰

A propósito, não há dúvida de que a vaquejada é uma prática desportiva intrinsecamente cruel com os animais que nela são empregados. Isso ficou bem delineado nos votos vencedores, no julgamento da ADI 4983, Rel. Min. Marco Aurélio. Para ilustrar esse ponto, confirmam-se as seguintes passagens de alguns desses votos:

Voto do Min. Marco Aurélio, Relator:

O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas²¹ tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas. O ato repentino e violento de tracionar o boi pelo rabo, assim como a verdadeira tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam atuação a implicar descompasso com o que preconizado no artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta da República.

prática violenta, que ameaça a integridade física e mental dos animais, não deixa de ser cruel porque a lei a classifica como desportiva ou cultural. E pelo princípio da moralidade, práticas dessa natureza devem ser abolidas, e não regulamentadas” (páginas 90-91 do respectivo acórdão).

²⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 2010, p. 218.

²¹ Interessante notar que esses dados empíricos não foram enfrentados, nem abordados, pelos ministros que ficaram vencidos na ADI 4983.

O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. *Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento*²²

Voto do Min. Roberto Barroso:

62. Poder-se-ia considerar que a vaquejada pode ser regulamentada de modo a evitar que os animais envolvidos sofram. *Considero, todavia, que nenhuma regulamentação seria capaz de evitar a prática cruel à qual esses animais são submetidos.* Primeiro, porque a vaquejada é caracterizada pela “puxada do boi” pela cauda. Sendo assim, qualquer regulamentação que impeça os vaqueiros de tracionarem e torcerem a cauda do boi descaracterizaria a própria vaquejada, fazendo com que ela deixasse de existir. Em segundo lugar, como a vaquejada também é caracterizada pela derrubada do boi dentro da chamada “faixa”, regulamentá-la de modo a proibir que o animal seja tombado também a descaracterizaria.

63. Não desconsidero que há hoje os chamados “rabos artificiais”. Mas esse artefato, por si só, não é capaz de evitar que o animal sofra, já que ele é preso à própria cauda, que continua a sofrer estiramentos, tensões e lesões, causando dores incalculáveis aos animais. Além disso, o animal continuará tendo que ser derrubado. *Portanto, estamos diante de uma prática que só poderia ser regulamentada descaracterizando-a de tal modo a sacrificar sua própria existência.* Por essa razão, embora a lei questionada obrigue a organização da vaquejada a adotar medidas de proteção à saúde dos animais ou estabeleça punição ao vaqueiro que “se exceder no trato com o animal, ferindo ou maltratando-o de forma intencional”, entre outras questões, a regulamentação feita por ela é nitidamente insuficiente. E isso por uma simples razão: *é impossível regulamentar essa prática de modo a evitar que os animais envolvidos, especialmente bois, sejam submetidos à crueldade.*²³ (grifo nosso).

²² Páginas 12-13 do acórdão.

²³ Páginas 54-55 do acórdão. Recomenda-se, ainda, a leitura do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, que também entende ser a vaquejada uma prática cruel por natureza, como ele bem ressalta nas páginas 90-91 do mesmo acórdão. Nos debates, o Min. Barroso, com certo tom irônico, consignou que: “[...] a definição de vaquejada é tracionar o rabo do boi para derrubá-lo e virá-lo com as quatro patas para cima

Assim, o legislador não pode ignorar ou fingir que não existe esse dado da realidade, que revela ser a vaquejada uma prática desportiva intrinsecamente cruel. Se assim agir, será arbitrário e autoritário, em total descompasso com o devido processo legal, sob o prisma material.²⁴ O repúdio a atos normativos arbitrários, por ofensa a essa importante garantia fundamental, já foi explicitado pelo STF, conforme se extrai do seguinte precedente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 8.713/93 (ART. 8º, §1º, E ART. 9º) – PROCESSO ELEITORAL DE 1994 - SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL – CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI – IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO – DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, §1º) - INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA – A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS – SIGNIFICADO – FILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DOMICÍLIO ELEITORAL (ART. 9º) – PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE – MATÉRIA A SER VEICULADA MEDIANTE LEI ORDINÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW* – CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA: [...] *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW* E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, *mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do*

dentro da faixa. É claro que, se alguém quer acreditar que é possível fazer isso sem lesionar o boi, respeito. Mas é uma premissa que não se sustenta factualmente” (página 112 do acórdão).

²⁴ O Min. Roberto Barroso, invocando a dimensão deliberativa da democracia, já teve o ensejo de demonstrar que uma reação legislativa do Congresso Nacional a um julgamento de inconstitucionalidade do STF (efeito *backlash*) não pode ser uma imposição de “[...] leitura da Constituição, sem que fosse indicado qualquer elemento que pudesse ao menos justificar a revisão da interpretação que havia sido consagrada meses antes pelo próprio Tribunal. O único argumento utilizado pelo Congresso foi o argumento de autoridade, o qual, todavia, não se sustenta em um regime democrático”. (trecho do voto que ele proferiu na ADI 5105/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 01.10.2015, página 108 do acórdão). Na mesma página, o Min. Barroso já havia afirmado que não se pode admitir que o “[...] Congresso, simplesmente, esvazie uma decisão do STF porque quer, sem oferecer nenhum tipo de razão capaz de passar pelo crivo do debate público”.

necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, *que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal*. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. [...] (ADI 1063 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1994, DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-01 PP-00083 RTJ VOL-0178-1 PP-00022). (grifo nosso)

Assim, a EC 96/2017, ao instituir uma exceção – por meio da inclusão do §7º ao art. 225 da CF/1988 – à vedação que impede o tratamento cruel aos animais, padece de inconstitucionalidade material, justamente por ser uma inovação normativa arbitrária que fere por completo,²⁵ como visto, a garantia fundamental que dimana do *substantive due process of law*, incidindo, desse modo, na limitação material ao poder de reforma constitucional, prevista no art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal.²⁶

Falamos que o §7º do art. 225 da Constituição Federal, incluído pela EC 96/2017, é uma exceção, porque não há dúvida de que o inciso VII do §1º do mesmo artigo, ao vedar *práticas que submetam os animais à crueldade* é uma norma regra, na exata concepção definida pela Teoria dos Princípios de Robert Alexy, estabelecida em sua obra seminal intitulada “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Como bem observado nesta obra: “Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.²⁷ (itálico no original)

No presente caso, estamos diante de uma determinação (uma vedação ou proibição) estabelecida pelo constituinte originário que impede, de forma clara e peremptória, qualquer prática que submeta animais a crueldade. Isso significa que o constituinte originário, ao elaborar a nossa Lei Maior, sopesou todas as razões em sentido diverso que poderiam ser extraídas de quaisquer princípios constitucionais, entre eles o previsto no art. 215, *caput* e §1º, da Constituição, e decidiu que deve prevalecer a impossibilidade de submissão dos animais a tratamento cruel.²⁸ Veja-se que esse raciocínio se encaixa perfeitamente no seguinte ensinamento de Robert Alexy:

²⁵ Parcela da doutrina destaca, com razão, a “técnica legislativa quase que escandalosamente inapropriada” de que padece a EC 96/2017. O trecho citado é do jurista SARLET, Ingo Wolfgang, Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil — o caso da EC 96/2017, *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protacao-constitucional-animais-ec-962017>, acesso em 10.8.2018.

²⁶ Quanto ao juízo de inconstitucionalidade que possa recair sobre uma emenda constitucional, é sempre bom ter em mente a observação do Min. Sepúlveda Pertence: “Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma”. (trecho da ementa do MS 24875, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2006, DJ 06-10-2006).

²⁷ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2012, p. 91.

²⁸ Assim, o constituinte originário, ao solucionar a colisão entre os diferentes princípios envolvidos, estabeleceu a regra expressa no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, que proíbe, de forma absoluta,

Quando, por meio de uma disposição de direito fundamental, é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes, então, por meio dela não é estabelecido somente um princípio, mas também uma regra. [...] as determinações devem ser levadas a sério na medida em que forem suficientes. A exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado de vinculação à Constituição. E é apenas uma parte desse postulado, porque, dentre outras razões, tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por elas estabelecidos são normas constitucionais. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, *do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. [...] Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios.* Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. *É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.*²⁹ (grifo nosso)

Portanto, diferentemente do que se possa pensar à primeira vista, não há que se falar em colisão (real)³⁰ entre o princípio constitucional de proteção das manifestações

sem qualquer margem de relativização, a submissão de animais a atos de crueldade. Nesse sentido, checar SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 142. Cite-se, ainda, o seguinte trecho de voto proferido pelo Min. Luiz Fux, no RE 633703/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23.03.2011, em que preservada a incidência plena da regra constitucional prevista no art. 16 da Constituição Federal, verdadeira garantia fundamental eleitoral, com base na qual se afastou a aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010, *in verbis*: “[...] as regras se caracterizam justamente pela segurança e pela previsibilidade que decorrem de seu método subsuntivo de aplicação, que parte da hipótese de incidência para alcançar o comando nela cristalizado. E esse método de aplicação se justifica pois *as regras já representam uma decisão, pelo legislador, acerca da acomodação dos diversos vetores em jogo*, que, no caso dos princípios, ao contrário, é delegada pela lei ao aplicador, de modo a ser feita à luz das particularidades do caso concreto” (grifo nosso).

²⁹ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2012, p. 139-140. Esse fenômeno normativo já foi reconhecido em outras ocasiões pelo STF, embora não com essa fundamentação técnica, como, por exemplo, em relação à confirmação da regra constitucional prevista no art. 128, §5º, II, “d”, da Constituição, norma essa que veda ao membro do Ministério Público “exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”, nos autos da ADPF 388, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09.03.2016, na qual o Min. Luiz Fux afirmou em seu voto que “num confronto constitucional entre regras e princípios, não há como um princípio superar uma regra” (página 96 do acórdão).

³⁰ Como bem observa MIRANDA, Marcos Paulo de Souza: “Em verdade, defendemos que não há na situação em comento verdadeiro conflito entre o disposto nos artigos 215, parágrafo 1º, 216, parágrafo 1º com o preceituado no artigo 225, parágrafo 1º, VII da Constituição Federal, senão uma antinomia meramente aparente”. *In*: Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional, *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional>, acesso em 10.08.2018. De modo mais fiel à teoria alexyana, SILVA, Virgílio Afonso da ensina que: “Em geral a aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é

culturais populares (art. 215, *caput*, e §1º, da Constituição)³¹ e a regra que veda qualquer prática que submeta os animais a tratamento cruel (art. 225, §1º, VII, da Constituição), pois, como visto, “as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.”³²

Em verdade, a relação que existe entre uma norma constitucional e outra é de restrição, isto é, a regra que proíbe o tratamento cruel aos animais é uma *restrição diretamente constitucional* que o constituinte originário estabeleceu quanto ao princípio constitucional de proteção e estímulo às manifestações culturais brasileiras. Para ilustrar o ponto, veja-se o seguinte dispositivo constitucional: “todos podem reunir-se *pacificamente, sem armas*, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” (art. 5º, XVI, da CF/1988). Para Alexy:

[...] A cláusula “pacificamente e sem armas” pode ser interpretada como uma formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos *prima facie* decorrentes do princípio da liberdade de reunião em não direitos definitivos. Isso corresponde exatamente à definição de restrição fornecida acima. A regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional. Sua peculiaridade consiste no fato de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva. A disposição constitucional tem, nesse sentido, a natureza de regra.³³

Portanto, existe um não direito definitivo, estabelecido pelo constituinte originário, no sentido de que é terminantemente proibida a realização de qualquer

que o resultado de um processo de restrição ao princípio, *cujá expressão é a regra*” (itálico no original). In: *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 141.

³¹ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

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

Aqui se tem um autêntico princípio constitucional, tendo em vista que a norma em questão é um mandado que deve ser otimizado na maior medida possível (O Estado deve proteger, apoiar e incentivar as manifestações culturais brasileiras no maior grau possível), consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas pertinentes.

³² Daí porque é equivocado afirmar algo como: “O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em quatro casos envolvendo a colisão entre a proteção de manifestações culturais e a vedação de crueldade contra animais”, como consta do voto do Min. Roberto Barroso, na ADI 4983, página 43 do acórdão, o qual, mais adiante (na página 45) fala em necessidade de sopesamento entre tais normas constitucionais. Também se equivocou, a nosso ver, o Min. Gilmar Mendes, ao concluir o seu voto vencido da seguinte forma: “Impedir a prática da vaquejada é aniquilar completamente uma parcela da cultura nordestina e, conseqüentemente, desrespeitar o art. 215 da CF, que possui a mesma densidade constitucional do art. 225 da CF” (página 148 do acórdão). Na doutrina, também há quem comete o mesmo erro: NUNES JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., 2018, p. 814.

³³ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2012, p. 287.

No mesmo sentido: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 246-247, em que ela afirma que: “O exemplo acadêmico tradicional de *cláusula restritiva expressa* encontra-se no preceito que consagra o direito de reunir-se, o qual, nas diversas constituições democráticas, vem acrescido da expressão ‘pacificamente e sem armas’” (itálico no original).

prática ou manifestação cultural que submeta animais a tratamento cruel, como se dá com a vaquejada, a “farra do boi”, as “brigas de galo” e similares.³⁴ Por isso, tem toda razão o jurista SARLET, Ingo Wolfgang, ao dizer que:

Outrossim, causa espécie o recurso ao instituto da ponderação, que transparece em vários votos em todos os casos (inclusive no da vaquejada) no sentido de sopesar a proteção dos animais e a proibição de crueldade com direitos e princípios conflitantes, como se dá no caso de práticas culturais tradicionais em determinados ambientes.

O equívoco que aqui se busca desnudar, ao menos para efeitos de reflexão mais crítica, reside no fato de que a proibição de crueldade com os animais, a exemplo da proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante, assume a feição quanto à sua estrutura normativa, de regra estrita, que proíbe determinados comportamentos. *Tal regra já corresponde a uma “ponderação” prévia levada a efeito pelo constituinte e, por isso, não pode ser submetida a balanceamento com outros princípios e direitos. Nessa toada, qualquer manifestação cultural religiosa ou não, somente será legítima na medida em que não implique em crueldade com os animais.*

[...]

Tomando-se por referência a concepção (aqui propositadamente formulada em termos genéricos) de que consiste em crueldade toda e qualquer ação que inflige aos animais, de modo deliberado, um sofrimento relevante e desnecessário, deveria parecer elementar, já também pela circunstância já referida de que não se trata aqui propriamente de uma ponderação, que *práticas como a “vaquejada”, a exemplo do que ocorreu com a rinha de galo e a farra do boi, devem ser proscritas, ensejando eventual adequação dos ritos culturais, desde que respeitem a barreira sim absoluta representada pela vedação de crueldade com os animais não humanos.*³⁵ (grifo nosso)

³⁴ Isso foi bem compreendido pela Min.^a Rosa Weber, em seu voto na ADI 4983, ao notar que: “Nessa linha, se a Constituição diz que as manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado e também proíbe atos cruéis contra os animais, a Constituição está, com clareza solar, dizendo que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas não tolera crueldade contra os animais. Isso significa que o Estado não incentiva e não garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais” (página 69 do acórdão).

³⁵ A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protacao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>, acesso em 10.8.2018. O mesmo autor já havia feito uma reflexão semelhante no seguinte artigo: Legislativo pode abrir segundo turno de análise da vaquejada no STF. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/direitos-fundamentais-legislativo-abrir-segundo-turno-analise-vaquejada-stf>, acesso em 10.8.2018.

Disso decorre que o constituinte originário, visando estabelecer um novo patamar ético na relação entre os homens e os animais ou, nas palavras do Min. Roberto Barroso, um “valioso avanço no processo civilizatório”,³⁶ acabou por produzir um conceito eminentemente jurídico-constitucional de cultura, que não se confunde com uma visão meramente social e antropológica desse bem jurídico protegido pelos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, por mais antiga e tradicional que seja a prática ou a manifestação cultural.³⁷ Esse aspecto foi, inclusive, bem percebido pelo ministro aposentado do STF Carlos Ayres Britto, ao consignar que:

Os dicionários têm como expressão de cultura todo e qualquer arraigado hábito coletivo. Não a Constituição brasileira. Quero dizer: para os dicionários da língua portuguesa, a palavra cultura não é excludente de um tipo de tradição ou costume objetivamente malfazejo para o corpo social. Mas não é o que se dá com a Constituição brasileira, torno a dizer. Para ela, somente é qualificado como bem jurídico o costume socialmente benfazejo. A cultura que interessa ao Direito é aquela por ele mesmo prestigiada. Que é a única vinculante das pessoas e das instituições. A que exclusivamente importa. A que solitariamente vale. Pelo que a cultura contrária nem cultura é. Nem cultura é senão como triste registro vocabular-prosaico ou coloquialmente dicionarizado.³⁸

Percebe-se, assim, que o constituinte originário, ao fixar a vedação contida no art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, decidiu imprimir um novo patamar ético-moral à sociedade brasileira, nas suas relações com os animais, em clara sintonia, a nosso ver, com o fim maior, contido no preâmbulo de nossa Magna Carta, de que venhamos a ser uma sociedade realmente “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das

³⁶ Passagem que consta em seu voto, proferido nos autos da ADI 4983, página 39 do acórdão. Na página 40, referido ministro afirma que “o constituinte fez uma avançada opção ética no que diz respeito aos animais”. Com esse pensamento, parece concordar o Min. Celso de Mello, ao dizer, em seu voto, que: “O sofrimento desnecessário dos animais decididamente não constitui expressão de atividade cultural, pois isso repugna aos padrões civilizatórios que informam as formações sociais contemporâneas [...]” (página 94 do acórdão). Já a Min.^a Rosa Weber, por sua vez, considerou que a vaquejada é “[...] um hábito que não mais se sustenta frente aos avanços da humanidade” (página 74 do acórdão).

³⁷ Para o Min. Roberto Barroso, com o qual também estamos de acordo: “[...] o processo civilizatório nos impõe nos opormos historicamente a práticas, ainda que imemoriais, quando elas sejam erradas” (página 62 do acórdão na ADI 4983). De forma mais enfática, o Min. Barroso acentuou, durante os debates com os demais ministros, que: “[...] a tradição cultural já foi a de que os estrangeiros eram escravizados, que negros eram inferiores, que mulheres não podiam se alfabetizar, que *gays* deveriam ser mortos. Já houve tradições culturais de todo tipo. A meu ver, estamos diante de uma mutação ética. Nós até podemos lidar com ela de uma forma mais brusca ou mais diluída no tempo, mas é uma questão de tempo não se tolerar mais, no mundo civilizado, a crueldade contra animais para entretenimento” (página 108 do acórdão).

³⁸ *Apud* MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional, *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional>, acesso em 10.08.2018.

controvérsias”; na qual não se admite, de forma alguma, que o ser humano seja “submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III)³⁹. Logo, uma sociedade pacífica e que não aceita qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante não pode permitir, sob nenhum pretexto, atos de crueldade contra os animais.

Ao contrário, eles devem ser tratados com o devido respeito e consideração, pelo menos por contribuírem, de forma decisiva, para que tenhamos um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao consagrar a vedação de que eles sejam submetidos à crueldade, o constituinte originário passou a mensagem de que:

O atual estágio evolutivo [da] humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introdução da dimensão ecológica ao Estado de Direito. [...]

A Constituição, no seu artigo 225, §1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada.⁴⁰

Esse avanço civilizatório conferido pelo constituinte originário, a nosso ver, deve ser mantido, justamente por fazer parte do cerne da nossa Constituição e da nossa identidade social por ela delineada, configurando verdadeira cláusula pétrea implícita,⁴¹ que não pode ser desconsiderada, em nenhuma medida, pelo constituinte derivado reformador.

Logo, pelos motivos acima aduzidos, consideramos inconstitucional a EC 96/2017, a qual acrescentou o §7º ao art. 225 da CF/1988.

³⁹ Mais um direito fundamental que tem a estrutura de regra e que não admite qualquer exceção, fazendo parte do que se considera como o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a lição de SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 201-202; em que ele afirma que essa norma de direito fundamental “[...] impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana”.

⁴⁰ Trechos do voto da Min.^a Rosa Weber, na ADI 4983, página 73 do respectivo acórdão. Por isso, consideramos que a EC 96/2017 é um duplo retrocesso em nossa ordem constitucional: ambiental e civilizatório.

⁴¹ De acordo com SARLET, Ingo Wolfgang: “[...] sustenta-se, no âmbito da doutrina pátria, que uma reforma constitucional não poderá jamais ameaçar a identidade e continuidade da Constituição [...]. Também entre nós a doutrina majoritária reconhece a existência – para além dos limites expressamente positivados na Constituição – de limites materiais implícitos à reforma constitucional”. In: *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 432-433.

4. Considerações finais

Ante o exposto, podemos tecer as seguintes conclusões:

i) A Emenda Constitucional nº 96/2017, ao lado de outras medidas legislativas, como a Lei Federal nº 13.364/2016, constitui autêntico exemplo do chamado efeito *backlash*, por ser uma clara reação do Poder Legislativo da União à declaração de inconstitucionalidade que recaiu sobre a prática desportiva denominada “vaquejada”, efetivada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016.

ii) Embora seja difícil sustentar e demonstrar que a EC 96/2017 ofenda o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é possível constatar, sem sombra de dúvida, que o §7º do art. 225 da Constituição Federal, por ela acrescido, ao se revestir de uma clara ilogicidade em seu teor, ofende, em sua integralidade, a garantia constitucional fundamental que resulta do devido processo legal, em sua vertente material, no qual se assenta o princípio da razoabilidade. Tal princípio, como visto, não admite a edição de leis e atos normativos arbitrários e autoritários, que menosprezam a natureza das coisas; e, sendo ele uma cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CF/1988), legitima-se a conclusão de inconstitucionalidade da EC 96/2017.

iii) Além disso, como a regra constitucional prevista no art. 225, §1º, VII, da CF/1988, a qual veda, em toda e qualquer situação, a submissão de animais a tratamento cruel constitui clara opção do constituinte originário de avanço civilizatório da sociedade brasileira, nas relações que nós, cidadãos, travamos com os animais, é de se concluir que essa norma constitucional se revela como uma espécie de cláusula pétrea implícita, porque relativa ao cerne da identidade de nossa ordem constitucional e, como tal, não pode ter o seu sentido e alcance reduzidos ou restringidos pelo constituinte derivado reformador, em virtude da absoluta ausência de poderes para tanto, razão pela qual, com base também nesse fundamento, é de se reputar inconstitucional a EC 96/2017.

Assim sendo, espera-se que o Supremo Tribunal Federal, diante da evidente ausência de lastro constitucional para a adoção de uma postura deferente em relação ao Poder Legislativo;⁴² e em face dos argumentos acima delineados, julgue procedente o pedido de inconstitucionalidade formulado nas ADIs 5728 e 5772 (ambas ainda em andamento), a fim de que seja extirpado do nosso ordenamento jurídico-constitucional o §7º do art. 225 da Constituição Federal, acrescido pela EC 96/2017, mantendo-se o entendimento já consagrado pelo plenário da Corte de que a vaquejada é uma prática desportiva intrinsecamente cruel e, por conseguinte, inconstitucional.

⁴² A esperança, assim, é de que o STF exerça o seu papel iluminista, conforme defendido pelo Min. Roberto Barroso, no sentido de que a Corte promova “determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório” (*A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*, 2018, p. 11. Conferir, quanto à visão que o autor tem sobre os três principais papéis das Cortes Constitucionais, especialmente o capítulo 3 da obra, p. 153-177). Aqui, porém, a rigor, a postura do STF que se deseja venha a ser adotada, no futuro julgamento daquelas ADIs, apenas asseguraria o papel iluminista que foi de fato exercido pelo constituinte originário, ao vedar a submissão dos animais à crueldade (art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal), de modo que o STF estaria unicamente a desempenhar, de forma claramente legítima, o seu indiscutível papel de guardião da Constituição.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARMELSTEIN, George. Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: http://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Constitucional, acesso em 19.09.2018.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional>, acesso em 10.08.2018.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- _____. A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protecao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>, acesso em 10.8.2018.
- _____. Legislativo pode abrir segundo turno de análise da vaquejada no STF. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/direitos-fundamentais-legislativo-abrir-segundo-turno-analise-vaquejada-stf>, acesso em 10.8.2018.
- _____. Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil — o caso da EC 96/2017, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protecao-constitucional-animais-ec-962017>, acesso em 10.8.2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.