



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

JOSÉ RÔMULO BATISTA XAVIER JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE DA
EMENDA CONSTITUCIONAL nº 96/17**

**JOÃO PESSOA
2020**

JOSÉ RÔMULO BATISTA XAVIER JÚNIOR

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL nº 96/17

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Francisco José Garcia
Figueiredo

**JOÃO PESSOA
2020**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

X3i Xavier Júnior, José Rômulo Batista.
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE DA
EMENDA CONSTITUCIONAL nº 96/17 / José Rômulo Batista
Xavier Júnior. - João Pessoa, 2020.
119 f.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direitos Fundamentais. 2. Direito Animal. 3.
Controle de Constitucionalidade. I. Título

UFPB/CCJ

JOSÉ RÔMULO BATISTA XAVIER JÚNIOR

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL nº 96/17

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Francisco José Garcia Figueiredo

DATA DA APROVAÇÃO: 05/04/2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Ms. FRANCISCO JOSÉ GARCIA FIGUEIREDO
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. HUGO CÉSAR ARAÚJO DE GUSMÃO
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS
(AVALIADOR)**

À Força Divina, manifesta na unidade da vida.

**Aos fracos e pequenos. Nossos companheiros
mudos, os animais.**

**À amada esposa, com quem contraí núpcias
durante a elaboração deste trabalho.**

**Ao meu pai e à minha mãe, além de tudo, por
meu possibilitarem estar aqui.**

AGRADECIMENTOS

Externo, neste espaço, meus agradecimentos à minha esposa, Amandda Figueiredo, por todo apoio, discussões e revisões;

Ao amigo Rômulo Azevedo, por, involuntariamente, chamar minha atenção à causa animal;

Ao meu orientador Francisco Garcia, por ser na prática, além de um grande e paciente orientador, um soldado permanentemente a serviço do respeito à vida;

Ao amigo e professor Hugo César Araújo de Gusmão, que, em poucas e rápidas conversas informais, apontou-me caminhos para a execução desta monografia;

A toda equipe da Coordenação do Curso de Ciências Contábeis/CCSA, desta Universidade Federal da Paraíba, pelo companheirismo no ambiente de trabalho, que me rendeu valiosos momentos de estudo.

**“Se observares um caso de crueldade para com
uma criança ou um animal, é teu dever intervir.**

**Se vires alguém violando as leis do país, deves
informar as autoridades.**

**(Naturalmente em casos manifestamente graves,
como o da prática da crueldade, ou quando
intimado a fazê-lo.)**

**Se estiveres incumbido de instruir uma outra
pessoa, pode tornar-se teu dever adverti-la
suavemente de suas falhas.**

**Exceto em tais casos, ocupa-te de teus próprios
negócios e aprende a virtude do silêncio.”**

(J. KRISHNAMURTI, Aos pés do Mestre)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo averiguar a (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da Emenda Constitucional nº 96/17. Para tanto, faz-se uso do método dedutivo. Sendo assim, primeiramente, traça-se as linhas gerais de uma correta compreensão dos direitos fundamentais na sistemática constitucional brasileira, com ênfase naqueles de maior relevância para a questão principal. Em seguida, procede-se à análise das questões relativas à defesa da Constituição, para que se possa verificar o que e como deve ser realizada a averiguação relativa à EC nº 96/17. Enfim, após construída uma base teórica sólida, realiza-se o exame concreto da (in)constitucionalidade e da (in)convencionalidade da EC nº 96/17. Adianta-se que, organizado da forma descrita, este estudo possibilita a abordagem relativa aos fundamentos das questões mais relevantes ao estudo da (in)constitucionalidade e da (in)convencionalidade da EC nº 96/17, de tal sorte que, por via de consequência, são abordadas as bases do próprio debate da proteção constitucional à vida não humana, sendo, portanto, produção relevante não só ao Direito Constitucional, mas também ao Direito Animal.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito Animal. Controle de Constitucionalidade.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - What the hell is this? – Controle de constitucionalidade brasileiro.....	66
Figura 2 - Quando você estuda o controle de constitucionalidade brasileiro.....	72
Figura 3 - Alice e Humpty Dumpty.....	94

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CIDH – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

EC – EMENDA CONSTITUCIONAL

PEC – PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

PGR – PROCURADOR/PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM	16
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO CONSTITUCIONAL.....	17
2.3 A CONCEPÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	22
2.4 O DEBATE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA VERIFICAÇÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 96/17.....	30
2.4.1 Cultura e Direitos Culturais	31
2.4.2 Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.....	34
2.4.3 A Vedaçāo às Práticas Que Submetam os Animais à Crueldade	40
2.4.4 A Vedaçāo ao Retrocesso (Socio)Ambiental e o Controle de Convencionalidade.....	48
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO	54
3.1 LIMITES MATERIAIS DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	56
3.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS.....	60
3.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	61
3.4 OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	63
3.5 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	65
3.6 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI)	67
3.6.1 Coisa Julgada e Efeitos Vinculantes da decisão em sede de ADI. Transcendência dos Motivos Determinantes.....	69
4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE DA EC Nº 96/17	80
4.1 (IN)CONSTITUCIONALIDADE FORMAL.....	83
4.2 (IN)CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE.....	86
4.2.1 Limites Materiais Explícitos	88
4.2.2 Limites Materiais Implícitos.....	104
4.3 TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	107
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIAS	114
APÊNDICE A – A CRUELDADE	119

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico traz como sua questão motora a seguinte pergunta: *é (in)constitucional e/ou (in)convencional a Emenda Constitucional nº 96/17?* A persecução de uma resposta a esse questionamento é pertinente no âmbito de um estudo jurídico, sobretudo porque, atualmente, estão em andamento duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 5728 e ADI 5772) que provocam o Supremo Tribunal Federal a apresentar um juízo sobre essa mesma pergunta.

Em termos práticos, essa questão aguarda uma resposta derradeira do órgão jurisdicional competente para solucioná-la, o que faz dessa problemática, além de pertinente, atual, e aberta a contribuições.

A gênese da Emenda Constitucional (EC) nº 96/17 remete o estudioso ao dia 6 de outubro de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a ADI 4983/CE, movida pela Procuradoria-Geral da República em face da Lei estadual nº 15.299/13, do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural naquele Ente federativo.

Na oportunidade desse julgado, foi declarada a inconstitucionalidade dessa lei, e firmada a tese jurisprudencial da incompatibilidade da prática da vaquejada com o sistema constitucional brasileiro – precisamente com o art. 225, § 1º, inc. VII -, sob o fundamento de consistir em prática na qual a crueldade é inerente, de tal modo que não há a possibilidade de que dela se afaste o tratamento cruel dado aos animais não humanos sem a descaracterização total da atividade.

Dada à eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões em sede de ADI, a prática denominada vaquejada foi declarada inconstitucional, não podendo mais ser legalmente promovida em todo território nacional.

Ainda em 19 de outubro de 2016, o Senado Federal apresentou a proposta de emenda constitucional (PEC) nº 50, que na Câmara tramitou sob denominação de PEC nº 304, e deu origem à EC nº 96/17, promulgada em 6 de junho de 2017, menos de oito meses após sua propositura.

A emenda altera a Constituição Federal para estabelecer que não se consideram crueis as manifestações culturais definidas na Constituição e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, desde que regulamentadas em lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Antes, em 29 de novembro de 2016, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.364, que eleva o Rodeio e a Vaquejada à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio

cultural imaterial. Tal instrumento normativo recebeu um incremento pela Lei nº 13.873, de 17 de setembro de 2019, que reforçou o rol de modalidades esportivas caracterizadas como manifestações culturais nacionais.

Percebe-se, portanto, que a Emenda Constitucional nº 96/17 se consubstancia em verdadeira reação legislativa à interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, caracterizando o denominado efeito *backlash*. Entretanto, a existência desse efeito por si só, não representa nenhuma afronta à Constituição.

Conforme leciona Barroso (2016), discordando da interpretação dada pelo STF a uma norma constitucional, pode o Poder Legislativo, respeitados o quórum e os demais requisitos necessários, emendar a Constituição, superando o entendimento firmado pela corte suprema, salvo com relação às matérias protegidas por limites matérias ao poder de emenda à Constituição.

Trata-se de problemática complexa que requer, inicialmente, que seja observada sob a perspectiva mais ampla possível, a fim de que se possa perceber o máximo de aspectos que a ela são sensíveis.

De um olhar amplo, percebe-se, a princípio, que o próprio fato de se discutir a submissão de animais não humanos a tratamentos crueis em âmbito jurídico expressa o seguinte fato: a vida evolui, e o pensamento humano também. O direito, produto do pensamento humano, carece de evoluir para acompanhar as constantes mudanças sociais.

É dizer: o tratamento jurídico dado aos animais não humanos reflete a evolução do pensamento humano. E o debate da (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da EC nº 96/17 está em sintonia com a necessidade de progresso do direito e, sobretudo, com a necessidade de que ele não involua. O tratamento jurídico dado aos animais não humanos, em verdade, reflete o nível de consideração social dado à vida em si.

Tendo-se isso em mente, percebe-se a responsabilidade de se abordar esse tema, de modo que se chama a atenção para o fato de que para averiguar a (in)constitucionalidade e/ou a (in)convencionalidade da EC nº 96/17, é necessário compreender-se adequadamente o que é ser constitucional ou não uma norma, bem como o que significa ser ela um instrumento inconvencional. Ou seja, é preciso debater-se os mecanismos de defesa da Constituição.

Por outro lado, da observação da atividade jurisdicional relevante ao tema, notadamente à atividade do STF no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, e nas ADIs nº 2.514/SC, 1856/RJ, e 4983/CE, percebe-se que a problemática da (in)constitucionalidade e da (in)convencionalidade da EC nº 96/17 envolve a colisão e a necessidade de se equacionar, por meio de ponderação, na ordem jurídica pátria, o dever geral de proteção ao meio ambiente (art.

225 da Constituição) e o direito às manifestações culturais (art. 215 da Lei maior), de tal sorte que a correta compreensão da noção de direitos fundamentais se faz também imperiosa para a apresentação de uma resposta adequada e fundamentada à pergunta que move este estudo.

Diante dessa realidade, escolheu-se o método dedutivo como mais adequado para a realização da empreitada científica neste estudo, tendo-se em vista que tal método dita ao pesquisador que inicie sua investigação a partir de questões gerais, a fim de que estabeleça uma base de discussão e possa, em seguida, verticalizar o debate rumo a reflexões específicas.

Assim, a fim de apresentar uma resposta pertinente e fundamentada à questão motora deste trabalho, buscar-se-á, no Capítulo 2, compreender os direitos fundamentais na sistemática constitucional brasileira, com ênfase naqueles de maior relevância para a questão principal; em seguida, no Capítulo 3, proceder-se-á à análise das questões relativas à defesa da Constituição, para que se possa verificar o que deve ser considerado e como deverá ser realizado o exame da EC nº 96/17. Enfim, no Capítulo 4, após construída uma base teórica sólida, será realizada a averiguação concreta da (in)constitucionalidade e da (in)convencionalidade da EC nº 96/17.

As reflexões tecidas ao longo desta monografia permitem concluir que a EC nº 96/17, com as alterações trazidas à sistemática constitucional brasileira, revela-se inconstitucional, formal e materialmente, além de inconvencional.

Os debates enfrentados nas páginas seguintes providenciarão ao leitor os fundamentos das conclusões acima mencionadas.

Adianta-se que, organizado da forma descrita, com o uso do método dedutivo, este estudo possibilitará a abordagem relativa aos fundamentos das questões mais relevantes à averiguação da (in)constitucionalidade e da (in)convencionalidade da EC nº 96/17, de tal sorte que, por via de consequência, serão abordadas as bases do próprio debate da proteção constitucional à vida não humana, sendo, portanto, produção relevante não só ao Direito Constitucional, mas também ao Direito Animal.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme preliminarmente exposto, o debate que se pretende empreender nas páginas deste estudo requer uma reflexão mais detida acerca do tema dos **direitos fundamentais**. Para tanto, neste capítulo proceder-se-á, de início, a uma delimitação do sentido da locução direitos fundamentais quando aqui utilizada.

Verdadeiramente, tal tentativa só pode ser bem sucedida quando analisado o quadro histórico de evolução dos **direitos do homem**. Após essa reflexão preliminar, a lógica dita que se verticalize o debate, de modo que se tentará compreender o que são direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro, para, enfim, debater-se, dentro dos limites possíveis deste trabalho, os direitos fundamentais mais relevantes para a análise da (in)constitucionalidade e/ou da (in)convencionalidade da Emenda Constitucional nº 96/17.

Assim, inevitável recorrer às lições de Norberto Bobbio (2004), em seu *A Era dos Direitos*, no qual o autor chama a atenção para a vagueza da expressão direitos do homem, da qual se aduz a impossibilidade de se chegar a uma definição material do termo que seja satisfatória¹.

Ainda na esteira do Mestre Italiano, tal fato decorre, dentre outros fatores, de que os direitos do homem “são produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação” (BOBBIO, 2004, p. 32).

Dessa forma, é possível registrar, ao menos em caráter preliminar, que ao se utilizar o vocábulo direitos do homem se está a evocar a noção de um leque de direitos que varia em função do contexto histórico analisado, cujo respeito e garantia se reputam inalienáveis ao homem.

¹ Importante o registro mais detalhado acerca da referida vagueza do termo direitos do homem: “[...] direitos do homem é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas: ‘Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem’. Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: ‘Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado’. Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: ‘Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.’ E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. O acordo é obtido, em geral, quando os polemistas- depois de muitas concessões recíprocas – consentem em aceitar uma fórmula genérica, que oculta não resolve a contradição: essa fórmula genérica conserva a definição no mesmo nível de generalidade em que aparece nas duas definições precedentes. Mas as contradições que são assim afastadas renascem quando se passa do momento da enunciação puramente verbal para o da aplicação.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17).

Importante, todavia, compreender melhor, ainda que de forma sumária, o itinerário histórico dos direitos do homem, a fim de delimitar a noção de direitos fundamentais aqui defendida.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet (2007), assentado no magistério de Klaus Stern, destaca três etapas do desenvolvimento dos direitos do homem, quais sejam: a) uma pré-história, que vai até o século XVI; b) uma fase de elaboração das doutrinas jusnaturalistas e de afirmação dos direitos do homem, que aqui assumia caráter de debate eminentemente filosófico; c) a fase de positivação dos direitos do homem, notadamente o processo de constitucionalização desses direitos em diversos Estados, cujo marco inicial foi o ano de 1776, com a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, e as sucessivas declarações de direitos dos Estados Americanos².

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, marca, segundo Bobbio (2004), uma nova fase, na qual a afirmação e a busca da garantia de direitos do homem transpõem as fronteiras dos Estados, tomando um caráter de universalidade por meio do consenso, e dando início a um processo que, segundo ele, trará em seu fim a possibilidade de serem os direitos do homem “efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado” (BOBBIO, 2004, p. 30).

Em que pese ser majoritária a concepção de que os primeiros direitos do homem não surgiram na antiguidade, segundo Sarlet (2007), é correto afirmar que provém do mundo antigo alguns conceitos que influenciaram o desenvolvimento do pensamento jusnaturalista. O autor identifica ideias que posteriormente influenciaram os jusnaturalistas no Velho Testamento, na filosofia estoica greco-romana, e no pensamento cristão.

Na fase do desenvolvimento do jusnaturalismo moderno, Bobbio (2004) destaca a importância dos escritos de John Locke e de Rousseau, e afirma que o primeiro é o pai da noção

² Imperioso destacar, em se considerando os objetivos deste estudo, o seguinte registro acerca do nascimento do direitos fundamentais na acepção empregada neste trabalho: “A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos esses que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de quem a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua judiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 51-52).

de que “o homem enquanto tal tem direitos, por natureza, que ninguém (nem mesmo o Estado) lhe pode subtrair, e que ele mesmo não pode alienar” (BOBBIO, 2004, p. 28).

Com o desenvolvimento do jusnaturalismo se processa uma intensa disputa no debate filosófico da moral, entre a clássica concepção organicista da sociedade, e a nova concepção individualista da doutrina dos direitos naturais. Essa nova concepção defendida pelo jusnaturalismo alcança patamares muito superiores de relevância ao passo que se tem em conta que Locke “foi o principal inspirador dos primeiros legisladores dos direitos do homem” (BOBBIO, 2004, p. 55).

A etapa seguinte do devir histórico dos direitos do homem é de especial interesse para esta pesquisa. Trata-se do processo histórico de positivação dos direitos do homem, que tem como ponto de principal destaque a constitucionalização desses direitos.

Quando um legislador adere pela primeira vez às teorias jusnaturalistas, e, em o fazendo, coloca tais ideias na base de uma nova concepção de Estado, ocorre uma inflexão na lógica do poder estatal, significando uma inversão na relação entre indivíduo e Estado: primeiro vem o indivíduo, fim em si mesmo, e só depois o Estado; não o inverso, como defendem as concepções organicistas.

Daí, decorre que aos indivíduos, que anteriormente eram imputados primeiro deveres e depois direitos, passam a ser reconhecidos direitos em primeiro lugar. “É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do princípio para o ponto de vista dos cidadãos” (BOBBIO, 2004, p. 58).

Destaque-se aqui a importância de que se dê o devido destaque a esse processo de constitucionalização dos direitos do homem, visto que, conforme leciona Robert Alexy, os debates acerca de diversas questões relacionadas aos direitos do homem são temas importantes da filosofia e pautas centrais de lutas políticas, que, todavia, “tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, [...] vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional” (ALEXY, 2008, p. 25).

Desse modo, diante de tudo o que até aqui foi exposto, é adequada a este trabalho a concepção de direitos fundamentais defendida por Ingo Sarlet (2007), que afirma, com lastro na doutrina do jurista catalão Pérez Luño, que os direitos fundamentais “constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, [...] cuja denominação se deve ao caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.” (SARLET, 2007, p. 38).

Do exposto acima, verifica-se que a noção de direitos fundamentais está vitalmente relacionada com as ordens constitucionais, de onde se observa a necessidade de clarificar as linhas diretrizes sobre o papel desempenhado pelos direitos fundamentais nas constituições, e sobre uma concepção de direitos fundamentais constitucionalmente adequada ao caso brasileiro, o que será feito mais adiante. Por ora, concluir-se-á o breve panorama histórico dos direitos do homem, tecendo-se alguns comentários acerca da etapa inaugurada com a Declaração de 1948.

2.1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, contou com a aprovação de 48 países, e pode ser caracterizada, segundo Flávia Piovesan, por sua amplitude – abrangendo um catálogo de “direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual” – e por sua universalidade – derivada do amplo consenso mundial alcançado pela Declaração (PIOVESAN, 2018, p. 231).

A jurista brasileira chama ainda a atenção para o nome dado ao documento em comento. Segundo ela, ao ser chamada de Declaração Universal, “conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito de direto do Direito das Gentes.” (PIOVESAN, 2018, p. 231).

Apesar de sua relevância e de consistir em debate instigante, uma abordagem mais detida acerca da proteção dada aos direitos do homem na ordem internacional foge aos limites deste trabalho. Todavia, do exposto é possível destacar que hoje há, de fato, sistemas internacionais - cuja definição da natureza importa em debate também não comportado aqui - que têm entre seus fins precípuos a garantia de certos direitos que a comunidade internacional ou regional consagraram como primordiais à existência humana.

Mais adiante, o tema será retomado com o objetivo de destacar alguns aspectos do sistema regional no qual o Brasil está inserido, qual seja, o Sistema Interamericano, notadamente aqueles pontos que guardam aguda relevância para o debate da (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da EC nº 96/17.

Diante disso, impeioso tecer mais um comentário de ordem terminológica. No presente estudo, seguindo a linha de pensamento traçada por Ingo Sarlet (2007), a locução *direitos humanos* será empregada para se referir aos direitos positivados pelo direito internacional, e *direitos fundamentais*, conforme já explicado, se refere àqueles especialmente protegidos pelo ordenamento constitucional de cada Estado.

Forçoso registrar uma última reflexão antes de passar ao próximo tópico do estudo. Os debates relativos à evolução dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos em diversas gerações ou dimensões³ consiste em tema ainda muito fecundo e relevante. Entretanto, para os fins aqui visados importa compreender um aspecto fundamental acerca do conteúdo desses direitos.

Norberto Bobbio (2004) esclarece que os direitos, tendo em conta seu caráter histórico, nascem com o decorrer do tempo, quando o aumento do poder técnico do homem, e o consequente aumento do poder de domínio do homem sobre seu semelhante, gera ameaças inéditas à liberdade da pessoa, ou possibilita “novos remédios para suas indigências” (BOBBIO, 2004, p. 6).

Demandas de limitação do poder se apresentam como resposta às ameaças à liberdade, e correspondem aos direitos de liberdade, convencionalmente referidos como direitos de primeira dimensão ou geração. De outro lado, os direitos de segunda dimensão, os direitos sociais, correspondem à exigência de uma ação positiva deste mesmo poder, a fim de providenciar remédios a determinadas questões (BOBBIO, 2004).

Desse modo, embora didática a disposição cronológica em dimensões, Bobbio identifica que as demandas, relativamente aos poderes constituídos são sempre de duas espécies: “ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie” (BOBBIO, 2004, p. 6).

Neste ponto da linha de pensamento que aqui se vem traçando, já foram apresentados elementos suficientes para se avançar a um novo ponto do debate.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO CONSTITUCIONAL

Com o objetivo de verticalizar o debate, proceder-se-á o esclarecimento de alguns aspectos que tornam possível compreender um conceito de direitos fundamentais constitucionalmente adequado ao caso brasileiro. Antes, contudo, é oportuno proceder a uma sumária digressão acerca do papel dos direitos fundamentais na esfera do Estado constitucional.

De início, é necessário destacar que, nas lições de Paulo Bonavides (2004), os direitos fundamentais e os ditames relativos à composição e funcionamento da ordem política, dentre

³ A classificação dos direitos do homem em gerações ou dimensões consiste no agrupamento de demandas específicas em conjuntos (1^a, 2^a, 3^o gerações/dimensões), expressando o caráter histórico e evolutivo de tais direitos.

os quais as normas referentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade e à forma de governo, exprimem o aspecto material da constituição.

Pode-se, portanto, identificar uma íntima e indissociável vinculação entre direitos fundamentais, Constituição, e Estado de direito, segundo Sarlet (2007), que destaca a primorosa lição de Pérez Luño no sentido de que a existência de um verdadeiro Estado de direito exige e implica a garantia de direitos fundamentais que, de sua parte, exigem e implicam, para sua efetivação, a garantia de um verdadeiro Estado de direito.

No debate relativo aos direitos fundamentais, é imperioso registrar algumas palavras acerca da concepção de Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2008), sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais. Segundo leciona o autor, regras e princípios podem ser reunidos sob o conceito de normas, numa relação gênero (normas) e espécies (regras e princípios). Nesse contexto, “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (ALEXY, 2008, p. 87).

São infinitas as considerações que poderiam ser feitas acerca do tema. Todavia, para os fins aqui pretendidos, importa compreender que entre regras e princípios existe uma diferença de grau de generalidade, e, além disso, uma diferença qualitativa. No tocante à diferença de grau, é possível afirmar que os “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, 2008, p. 87). Inexiste hierarquia entre as espécies, todavia, princípios e regras desempenham funções diversas em um ordenamento jurídico.

Conforme lecionam Barroso e Barcellos (2003), regras são, em geral, relatos objetivos, que descrevem certas condutas, sendo aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Quando no plano fático ocorre a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir por meio do mecanismo tradicional da subsunção, ou seja, se enquadram os fatos na previsão abstrata, e a partir daí se obtém uma conclusão.

Por outro lado, os princípios são normas que possuem relatos com maior grau de abstração, de modo que não especificam uma conduta a ser seguida, e, por isso mesmo, se aplicam a um conjunto amplo e variado de situações.

Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Uma norma que prevê que aqueles que através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação

do pensamento e informação, responderão pelos prejuízos que causarem, é um bom exemplo de uma norma de grau de generalidade baixo.

No tocante à distinção qualitativa entre princípios e regras, é de se notar que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida em que for possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas. Por isso, os princípios são **mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 90).

No que concerne às possibilidades jurídicas de satisfação dos princípios, é de se saber que são determinadas pelo cenário de princípios e regras colidentes. De sua parte, as regras são as normas que admitem apenas ser satisfeitas ou não satisfeitas. Ou seja, “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 91).

Em outras palavras, a aplicação das regras se dá sob a forma de tudo ou nada, ou seja, ou a regra é válida em um determinado caso, e com isso produz todas as suas consequências jurídicas, ou não é válida neste caso, não sendo apta à produção de efeitos.

A distinção entre regras e princípios se expressa com maior clareza quando da ocorrência de colisões entre princípios e conflitos entre regras. Se em uma determinada situação concreta se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, uma delas necessariamente não será válida para a disciplina dessa situação, salvo se existir expressamente uma cláusula de exceção em uma delas, determinando o caminho a ser tomado naquela situação específica, de tal sorte que só uma delas está apta a produzir efeitos. Não existindo cláusula de exceção, aplica-se a mais específica ou a mais recente (ALEXY, 2008).

A solução dada às colisões entre princípios é completamente diversa. Quando dois princípios colidem, um deles deverá ceder, sem que isso signifique que o princípio cedente deva ser declarado inválido.

Em verdade, o que acontece é que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta” (ALEXY, 2008, p. 93). Em outras palavras, em cada caso concreto os princípios têm pesos diferentes, e aqueles com maior peso no caso específico têm precedência.

Do exposto, depreende-se que enquanto conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, colisões entre princípios se dão, para além da validade, na dimensão do peso, tendo

em vista que princípios válidos podem colidir (ALEXY, 2008). Em casos concretos de colisão, o intérprete deverá realizar escolhas fundamentadas, mediante o uso da ponderação (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Normas em geral, sobretudo as normas constitucionais, e, em particular as definidoras de direitos fundamentais, expressam- se tanto por meio de regras quanto por meio de princípios. Nesse contexto, os direitos fundamentais são “expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada” (SARLET, 2007, p. 71). Não são os direitos fundamentais, todavia, expressão de quaisquer valores, senão daqueles valores básicos e fundamentadores do sistema jurídico do Estado.

Na seara da teoria constitucional dos direitos fundamentais foi desenvolvida a noção da dupla dimensão, subjetiva e objetiva, dos direitos fundamentais. À clássica noção de direitos fundamentais como direitos subjetivos, como faculdades outorgadas aos sujeitos, se soma uma dimensão objetiva, significando que eles “também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico” (SARLET, 2018 - A, p. 188).

Ou seja, além de garantias individuais de cunho negativo e positivo, “os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos” (SARLET, 2018 - A, p. 188).

São três os principais desdobramentos dessa dimensão jurídico-objetiva⁴ dos direitos fundamentais: a) eficácia irradiante, ou efeito de irradiação, que significa que a todo o ordenamento jurídico deve ser dada uma interpretação conforme os direitos fundamentais; b)

⁴ Uma breve e rica lição acerca dos referidos desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em Sarlet (2018) é digna de registro: “Como um dos mais importantes desdobramentos da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais, costuma-se apontar para o que boa parte da doutrina e da jurisprudência constitucional na Alemanha denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e avaliação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico. [...] Outra função que tem sido reconduzida à dimensão objetiva está vinculada ao reconhecimento de que os direitos fundamentais implicam deveres de proteção do Estado, impondo aos órgãos estatais a obrigação permanente de, inclusive preventivamente, zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões por parte de particulares e até mesmo por parte de outros Estados. [...] Uma terceira função, igualmente vinculada à dimensão objetiva, e que, além disso, demonstra que todas as funções dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva jurídico-objetiva, quanto na dimensão subjetiva, guardam direta conexão entre si e se complementam reciprocamente (embora a existência de conflitos), pode ser genericamente designada de função organizatória e procedural. Neste sentido, sustenta-se que, a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível extrair consequências não só para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedural que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material” (SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (org.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 - A. p. 189).

reconhecimento de que os direitos fundamentais implicam em deveres de proteção do Estado, que deve permanentemente zelar pela proteção, inclusive preventiva, desses direitos contra eventuais abusos tanto dos poderes públicos quanto de particulares; c) função organizatória e procedural, que denota a noção de que as normas de direitos fundamentais são base tanto para a interpretação de normas procedimentais, como também para a elaboração mesma dessas normas (SARLET, 2018 -A).

Luigi Ferrajoli⁵, em seu *Derechos y Garantias. La ley del más débil*, afirma que os direitos fundamentais, todos, tanto os direitos de liberdade e seus correspondentes deveres abstenção estatal, como os direitos sociais, que correspondem a obrigações positivas do Estado, “equivalem a vínculos substanciais e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e expressam, ao mesmo tempo, os fins que orientam o moderno Estado constitucional de direito” (tradução nossa) (FERRAJOLI, 2004, p.22).

Do exposto, pode-se concluir que os direitos fundamentais trazem em seu seio um caráter direutivo, uma vez que consagram metas, parâmetros e limites da atividade estatal. Assim sendo, no âmbito de um regime democrático os direitos fundamentais desempenham ainda papel determinante “como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder” (SARLET, 2007, p. 73), funcionando assim como anteparo contra a possível ação corrosiva do poder constituído no sentido de atentar desfigurações contra o projeto do poder constituinte.

A essa função dos direitos fundamentais acima referida se relacionam intimamente os limites impostos ao poder de reforma constitucional e o controle de constitucionalidade e, ainda, de convencionalidade. Essas questões serão abordadas mais detidamente adiante.

Paulo Bonavides (2004), ao tecer reflexões acerca da interpretação dos direitos fundamentais, recorre ao pensamento do publicista alemão Paul Kirchhof, de modo a clarificar

⁵ Oportuno registrar de maneira mais completa o raciocínio desenvolvido por Ferrajoli: “El paradigma del Estado constitucional de derecho —o sea, el modelo garantista— no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la «racionalidad formal» y la «racionalidad material» weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una «racionalidad formal»; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una «racionalidad material» orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales —no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos à sustância y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.” (FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias: La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta SA, 2004, p.22).

mais uma noção relativa aos direitos fundamentais relevante a este estudo. De fato, colocados os direitos fundamentais em uma dimensão histórica, sua interpretação pode ter a finalidade de “atualizar o texto constitucional, tornando-o moldável e sensível às variações contidas na evolução da realidade social ou por esta impostas nas figuras de novos problemas e demandas, que impõem respostas normativas” (BONAVIDES, 2004, p. 602).

Debatidos os aspectos relevantes a esta pesquisa no tocante ao papel desempenhado pelos direitos fundamentais nas constituições, se pode agora, com segurança, compreender melhor a concepção de direitos fundamentais expressa pelo constituinte na Constituição de 1988 (CF/88), para que se possa, em seguida, comentar de forma breve alguns direitos fundamentais especificamente caros ao debate acerca da (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade da EC nº 96/17.

2.3 A CONCEPÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A busca por uma compreensão adequada da concepção dos direitos fundamentais expressa no Texto Constitucional de 1988 é vital para a resposta a ser apresentada à questão motora desta investigação, uma vez que deste debate, como será visto, decorrem alguns dos parâmetros necessários à averiguação da constitucionalidade e da convencionalidade da EC nº 96/17. Outros parâmetros serão expostos no capítulo seguinte, quando serão abordadas questões relativas à defesa da constituição.

Neste debate será apresentada a linha de pensamento defendida por Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais” na qual o autor aplica a noção, oriunda dos pensamentos de Robert Alexy e Gomes Canotilho, de que os direitos fundamentais são caracterizados por sua dupla fundamentalidade, em sentido formal e material, ou substancial.

Segundo Alexy, “com a tese das fundamentalidades formal e substancial afirma-se que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico” (ALEXY, 2008, p. 523). Com base nesse raciocínio é possível traçar as linhas de uma concepção material de direitos fundamentais na CF/88, o que integra o caminho a ser percorrido para a obtenção das respostas aqui buscadas, tendo-se em vista os métodos escolhidos a para a realização deste estudo.

Sendo assim, oportuno apresentar, de início, alguns aspectos da Constituição Federal de 1988 que guardam maior pertinência com o tema que será desenvolvido. Por certo, o primeiro ponto a que se deve dar destaque é a utilização inédita no constitucionalismo brasileiro da

expressão genérica *direitos e garantias fundamentais* (SARLET, 2018 - A). Repise-se que essa questão terminológica revelar-se-á de importância capital, o que será demonstrado mais à frente.

Outro ponto que expressa a relevância dada pelo constituinte aos direitos fundamentais é a posição topográfica do catálogo de direitos (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) dentro do texto constitucional, localizado no início da Constituição, imediatamente após o preâmbulo e os princípios fundamentais. Tal fato expressa uma dose de rigor lógico, tendo em vista que os direitos fundamentais constituem “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica” (SARLET, 2007, p. 79).

Três características comumente atribuídas à CF/88 podem ser também atribuídas ao título dos direitos e garantias fundamentais (Título II), quais sejam, seu caráter analítico, seu pluralismo e o forte caráter programático e dirigente (SARLET, 2018 - A). O caráter analítico da Constituição releva, segundo Sarlet (2007), certa desconfiança do constituinte relativamente ao legislador infraconstitucional, e a intenção de proteger certas posições jurídicas de uma possível atuação supressiva ou corrosiva dos Poderes constituídos.

O referido pluralismo se mostra sobretudo no acolhimento e conciliação das teorias liberal e social dos direitos fundamentais na Constituição pátria, o que reflete a diversidade dos interesses defendidos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. O caráter programático e dirigente advém do elevado quantitativo de “disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos” (SARLET, 2007, p. 78).

Nesse contexto, “talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata” (SARLET, 2018 - A, p. 187). Essa importante disposição elimina, ao menos em princípio, o caráter programático dessas normas. Todavia, há dissenso doutrinário no tocante ao alcance do referido diploma.

Tendo-se em mente o até aqui exposto, importa agora adentrar no debate relativo à característica da fundamentalidade em sentido formal e em sentido material, inerente aos direitos fundamentais, que advém da proteção e dignidade especialmente atribuídas a esses direitos em um sistema constitucional (SARLET, 2007).

Nas palavras de Alexy, “A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”

(ALEXY, 2008, p. 520). Nota-se, portanto, que a fundamentalidade formal guarda íntima relação com o direito constitucional positivo.

No caso brasileiro, segundo Sarlet (2007), a fundamentalidade formal engloba três aspectos: a) a natureza supralegal dos direitos fundamentais, tendo-se em vista que, por comporem a constituição escrita, localizam-se no ápice do ordenamento jurídico, sendo, desse modo, dotados de máxima preeminência normativa, e vinculando diretamente todos os poderes constituídos; b) a sujeição das normas de direitos fundamentais a limites de reforma constitucional, sendo eles: o procedimento diferenciado (art. 60, § 2º) e os limites materiais explícitos impostos pelo estabelecimento de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), e os limites matérias implícitos; c) a aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), vinculando entes públicos e privados.

De sua parte, a fundamentalidade material, ou fundamentalidade substancial, advém do fato de que, como já exposto alhures, os direitos fundamentais são parte integrante da assim denominada Constituição material. Novamente bebendo na fonte do jusfilósofo alemão⁶, “Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tornadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade” (ALEXY, 2008, p. 522).

Apesar de os aspectos formal e material da fundamentalidade não estarem necessariamente associados, no caso brasileiro a compreensão adequada de uma concepção material de direitos fundamentais passa obrigatoriamente pelo correto entendimento de um dispositivo de direito positivo, o § 2º do art. 5º da CF/88 (SARLET, 2007). O referido diploma assim dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (Brasil, 1988).

Do acima transcrito, uma primeira análise já permite afirmar que somente por meio do estudo do conteúdo de um determinado dispositivo ou direito se pode averiguar sua fundamentalidade material, “isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade” (SARLET, 2007, p. 89). A norma

⁶ O seguinte trecho é pertinente para compreender melhor a nota da fundamentalidade material: “O fato de as decisões sobre o conteúdo das normas de direitos fundamentais incluírem decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade é algo que decorre dos objetos regulados. Questões relativas à liberdade e à igualdade não são questões apenas de um ramo do direito, elas permeiam todos os ramos. A forma como elas são solucionadas em cada um desses diferentes ramos do direito não é, para esses ramos do direito, uma questão específica, mas urna questão fundamental. Também nos casos de objetos regulados de forma menos abstrata o que está em jogo são questões substanciais fundamentais.” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 522).

contida no § 2º do art. 5º da CF/88 expressa uma cláusula “que consagra a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo” (SARLET, 2018-B, p. 552). Desse modo, apesar de o caráter analítico do catálogo de direitos fundamentais (Título II da CF/88), trata-se de um catálogo não taxativo.

Assim, da doutrina das fundamentalidades formal e material, e do conteúdo da cláusula de abertura material (art. 5º, § 2º), decorre o fato de que há no sistema constitucional brasileiro “direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição, [...] mesmo não constando no catálogo” (SARLET, 2007, p. 93). Explicando, há direitos fundamentais constantes da constituição formal, mas fora do catálogo (Título II), e ainda direitos fundamentais não expressamente contidos no texto constitucional, inclusive implícitos.

Diante de todo o exposto, importante registrar de maneira literal a seguinte lição acerca de uma concepção de direitos fundamentais constitucionalmente adequada ao caso brasileiro, baseada no magistério de Robert Alexy:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não assento na constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo) (SARLET, 2007, p. 91).

Com base nos raciocínios apresentados, importa apresentar a proposta classificatória defendida por Ingo Wolfgang Sarlet, que sustenta a existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais no ordenamento pátrio: os direitos expressamente positivados e os direitos fundamentais não escritos (SARLET, 2007).

O primeiro grupo comporta duas categorias, quais sejam, os direitos fundamentais expressamente consagrados no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto da Constituição de 1988, e os direitos fundamentais com sede em tratados internacionais (SARLET, 2007).

O Supremo Tribunal Federal (STF), por diversas oportunidades, já se manifestou no sentido do reconhecimento de direitos fundamentais expressos em preceitos localizados fora do catálogo do Título II. Um exemplo eloquente é a ADI 939/DF (BRASIL, 1994), na qual se firmou a tese de que o princípio da anterioridade, positivado no artigo 150, III, “b”, da CF

constitui, por força da cláusula de abertura material (art. 5º, § 2º, da CF), autêntico direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte.

Já os direitos fundamentais não escritos podem ser divididos em outras duas categorias, os direitos fundamentais implícitos e os decorrentes do regime e dos princípios (SARLET, 2007).

Os direitos fundamentais implícitos são aquelas posições fundamentais que podem ser subentendidas nas normas que definem direitos e garantias fundamentais. Importante destacar que essa categoria de direitos não escritos compreende tanto a possibilidade de dedução de novos direitos fundamentais, quanto uma possível extensão do âmbito de proteção de um dado direito fundamental expresso na CF/88 (SARLET, 2007).

Não se pode deixar de refletir que a ideia de direitos implícitos remete à noção de direitos já contidos e reconhecidos na constituição de forma não expressa, que podem, por isso mesmo, ser subentendidos, descobertos, clarificados. Ou seja, caberá ao intérprete extraír do texto constitucional o que nele já está contido.

De outra banda, os assim denominados pelo próprio texto constitucional direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios correspondem à possibilidade admitida pelo constituinte de maneira expressa, “de se deduzirem novos direitos fundamentais (no sentido de não expressa ou implicitamente previstos), com base no regime e nos princípios da constituição” (SARLET, 2007, p. 105). Ou seja, são direitos não compreendidos no texto constitucional, nem de forma expressa, nem tacitamente, mas que fazem parte da constituição material por seu conteúdo.

É possível apontar alguns exemplos, com base na doutrina pátria, de direitos fundamentais não escritos, dentre eles o direito à resistência, o direito à desobediência civil, o direito à identidade genética da pessoa humana, a vedação ao retrocesso, a segurança jurídica, entre outros.

Imperioso, neste ponto do pensamento, compreender quais critérios devem ser adotados para a averiguação da fundamentalidade material de um determinado dispositivo ou direito que não componha o catálogo de direitos fundamentais expresso no Título II de nossa Constituição.

Melhor dizendo, como saber se se está diante de um direito fundamental ou não? Como averiguar se um determinado dispositivo constitucional ou convencional consagra uma regra de direito fundamental? E ainda, como identificar um direito fundamental implícito ou decorrente?

Pois bem, para Sarlet, “não restam dúvidas de que direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo” (SARLET, 2007, p. 106).

Quer isso dizer que os critérios do conteúdo e da importância, embora não apresentem uma resposta completa sobre a equiparação, devem nortear a investigação, tanto no tocante a direitos expressos fora do catálogo ou em tratados de direito internacional, quanto em relação aos direitos implícitos e decorrentes.

Desse modo, é correto afirmar que qualquer posição jurídica, não importando para tanto se expressa na Constituição (fora do catálogo), ou no direito convencional, ou se enquadrada na ideia de direitos decorrentes ou implícitos, “deverá, para ser considerada autêntico direito fundamental, equivaler - em seu conteúdo e dignidade – aos direitos fundamentais do catálogo” (SARLET, 2007, p. 107).

Quanto à avaliação do critério da importância, o exame dependerá necessariamente dos estudos e reflexões elaborados pela comunidade de intérpretes, e, é claro, da sensibilidade do intérprete no caso concreto.

No que concerne ao critério do conteúdo, imperiosa uma compreensão mais adequada dos direitos fundamentais do Título II, em seus elementos comuns, tomados como um todo, ainda que heterogêneo, o que, de sua parte, requer um esforço exegético mais detido em relação ao § 2º do art. 5º da CF/88.

Nesse contexto, Sarlet identifica a necessidade da compreensão correta do significado dos vocábulos “regime” e “princípios” no âmbito do art. 5º § 2º, e afirma razoável aduzir do diploma citado que: os referidos termos indicam para o Título I, arts. 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais) (SARLET, 2007).

Oportuno anotar que Silva (2014), baseado nos escritos de Canotilho e Vital Moreira, afirma que os princípios fundamentais têm a função teleológica de definir e caracterizar o Estado, expressando as mais basilares opções político-constitucionais adotadas em uma coletividade política.

Avançando na lição, Silva (2014) conclui que os dispositivos constitucionais consagradores dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil são a síntese ou matriz de todas as demais normas constitucionais, de modo que todas elas podem, direta ou indiretamente, ser reconduzidas aos princípios fundamentais.

Desse modo, pode- se concluir que o conteúdo dos direitos fundamentais, como não poderia ser diferente, guarda estreita sintonia com os princípios fundamentais da Constituição, por lógica, e pelo que pode ser depreendido da cláusula de abertura material (art. 5, § 2º).

O conteúdo do Título I da CF/88 expressa as opções político-constitucionais básicas do Estado brasileiro, no sentido de sua forma de Estado (Federação), forma de Governo (República), sob regime democrático (MAGALHAES, 2009). Esse Título consagra, ainda, os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que dirigem o Estado brasileiro no âmbito interno e internacional.

Por óbvio, não há aqui espaço para se proceder a uma análise pormenorizada dos dispositivos constantes do Título I. Todavia, é necessário que se destaque, como já foi feito, o caráter basilar das disposições nele contidas, não apenas para a Constituição, senão para o Estado brasileiro.

No contexto deste debate, o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, III, CF/88, ganha relevo especial, de modo que “direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2007, p. 130). Isso não significa que o princípio em comento configure o único critério a ser adotado, nem que qualquer posição jurídica que possa ser reconduzida à dignidade da pessoa humana configure um autêntico direito fundamental.

Diante do exposto, salta um aspecto relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, como elemento proliferador de direitos fundamentais. Oportuno aqui destacar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por oportunidade do julgamento do REsp 625161/RJ (BRASIL, 2007), reconheceu o direito ao devido funeral como sendo uma posição jurídica derivada do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entrementes, a dignidade da pessoa humana deve ser tomada como critério basilar, não exclusivo, para a verificação da fundamentalidade material. Dessa maneira, crescem em importância os demais princípios fundamentais, visto que também são referenciais hermenêuticos de todo o sistema constitucional, obrigando o intérprete, no exercício de averiguação da fundamentalidade material, a inquirir sobre a existência de sintonia entre a posição jurídica estudada e os princípios fundamentais da CF/88, todos, com especial atenção à dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007).

Cabe aqui chamar a atenção para duas considerações. Primeiramente, que a dignidade humana não tem um conteúdo fixo, estático. Em segundo lugar, algo que para efeitos deste estudo é ainda mais relevante: o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que, apesar da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana para o Estado brasileiro, a Constituição de 1988 não tem um caráter antropocêntrico radical, reconhecendo dignidade para a vida além da humana.

Assim se manifestou a ministra Rosa Weber em seu voto no Julgamento da ADI 4.983/CE, de relatoria do Min. Marco Aurélio de Mello: “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 introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito” (BRASIL, STF, 2016).

Prosseguindo, faz-se necessário encontrar mais alguns referenciais para a identificação de direitos materialmente fundamentais. Efetivamente, Sarlet aponta que outro critério a ser utilizado é a correta distinção entre as normas da parte organizatória da Constituição, e as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, visto que, apesar de o fato de que a Constituição deve ser interpretada tomada como um todo, no qual há fluidez entre todas as esferas, “não há como sustentar, ao menos em princípio, a existência de preceito de cunho tipicamente organizatório e que possa ser, ao mesmo tempo, autêntica norma definidora de direito ou garantia fundamental localizada fora do catálogo” (SARLET, 2007, p. 132).

Da doutrina internacional vem mais dois referenciais que podem ser utilizados. Nesse contexto, Sarlet (2007), com base no magistério do professor português Vieira de Andrade, afirma que os direitos fundamentais podem ser identificados pela existência de um “radical subjetivo”, significando que os direitos fundamentais conferem ao indivíduo certas posições subjetivas.

Além disso, “todos os direitos fundamentais possuem função protetiva (ainda que de intensidade variável), já que necessariamente objetivam assegurar e proteger certos bens individuais ou coletivos considerados essenciais” (SARLET, 2007, p. 131).

É pertinente observar que esses últimos dois referenciais apontados guardam estreita relação com a noção de dupla dimensionalidade, formal e material dos direitos fundamentais, já exposta alhures. À dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se pode associar o referido “radical subjetivo”, ao passo que a função protetiva pode ser alinhada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Diante da linha de pensamento exposta, já se pode prosseguir na investigação, que tem como passo lógico seguinte, segundo o método dedutivo, aqui utilizado, particularizar ainda mais o raciocínio, de sorte que se torna oportuno, após tecidas todas as considerações teóricas necessárias, compreender os direitos fundamentais dentro do debate da averiguação da (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da Emenda Constitucional (EC) nº 96/17.

2.4 O DEBATE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA VERIFICAÇÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 96/17

Assim dita o texto da Emenda Constitucional nº 96/2017:

Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:
“Art. 225. [...]”

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, 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.”

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2017).

Do texto transscrito, pode-se observar com certa facilidade que a discussão aqui pretendida passará necessariamente pela compreensão de dois dispositivos constitucionais integrantes do Título VIII (“DA ORDEM SOCIAL”) da CF/88, quais sejam, o art. 215, que compõe o Capítulo III (“DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO”), e o art. 225, que inaugura o Capítulo VI (“DO MEIO AMBIENTE”).

Para fins de facilitar o desenvolvimento do estudo, é oportuno registrar na íntegra as partes componentes dos referidos diplomas que são de interesse mais urgente para este trabalho.

Seguem, portanto, o art. 215 *caput* e § 1º, e art. 225 *caput*, § 1º, e seu inciso VII:

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.

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

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988)

Os arts. 215 e 225 consagram, respectivamente, os direitos culturais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Defrontando esses dispositivos, a lógica dita que se inquiria: os direitos culturais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representam, no sistema constitucional brasileiro, direitos fundamentais localizados fora do catálogo do Título II?

Pois bem, levando-se em conta os critérios referenciais para a identificação de direitos materialmente constitucionais na ordem constitucional brasileira, já expostos, é possível identificar que a melhor doutrina e a jurisprudência apontam para uma resposta positiva ao questionamento levantado.

Nesse sentido, da obra “Comentários à Constituição do Brasil”, pode-se extrair a afirmação categórica de que a “cultura e os direitos culturais são na sistemática constitucional brasileira, direitos fundamentais, individuais e sociais” (MOLINARO; DANTAS, 2018, p. 2063).

Sarlet, por sua vez, identifica ambos, a garantia do exercício dos direitos culturais e o direito ao meio ambiente equilibrado, como direitos materialmente fundamentais. O autor afirma ainda: “certo é que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) pode ser enquadrado nesta categoria (direito de terceira dimensão), em que pese sua localização no texto, fora do título dos direitos fundamentais” (SARLET, 2007, p. 80).

Corroborando esse entendimento, o Ministro do STF Luiz Roberto Barroso, por ocasião de seu voto-vista no julgamento da ADI 4.983/CE, de 2016, expressou posicionamento que importa ser transscrito em sua literalidade:

A Constituição de 1988 trouxe um capítulo específico sobre o meio ambiente, como parte da Ordem Social. No *caput* do art. 225 previu-se que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...), impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Trata-se de direito que tem sido reconhecido como de caráter fundamental, por sua importância em si e por ser pressuposto essencial de outros direitos fundamentais, constantes do Título II da Constituição, como o direito à vida e à saúde. (BRAIL, STF, 2016).

Diante dessa constatação, tendo-se em vista os fins buscados neste capítulo, proceder-se-á a uma sumária reflexão acerca do conteúdo da garantia ao exercício dos direitos culturais e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.4.1 Cultura e Direitos Culturais

A primeira reflexão que deve ser feita é que a ideia de cultura é demasiado ampla, de modo que, a depender da perspectiva adotada pelo investigador, serão postos em evidência os mais variados aspectos. Pode-se destacar que para a noção de cultura é possível encontrar conceitos de cunho antropológico, etimológico, sociológico, jurídico e outros tantos, conforme a forma de aproximação escolhida para abordar esse objeto.

Pela natureza mesma deste estudo, é evidente que se terá por base os ditames constitucionais, de sorte que a perspectiva jurídica será privilegiada. Todavia, muito pode somar ao debate uma das perspectivas do estudo da cultura no âmbito da antropologia.

Nesse contexto, a cultura pode ser entendida como “algo alheio, mas que permite o reconhecimento do outro, e nos conduz a pensar que nós pertencemos a uma cultura, uma forma de viver, um modelo que é um entre os muitos possíveis”, de modo que “à ideia de cultura se associa a ideia de diversidade do humano que se especializa e se identifica como a cultura brasileira, a cultura germânica, a francesa e assim por diante, logo um conceito antropológico de cultura” (MOLINARO; DANTAS, 2018, p. 2061).

Assim, importa atentar para a locução cultura nacional, presente no *caput* do art. 215 da CF/88. Um breve esforço exegético possibilita compreender que cultura nacional se relaciona intimamente com os diversos grupos que integram a comunidade brasileira, em especial os indígenas, os afro-brasileiros, as diversas comunidades tradicionais, e demais grupos étnicos e regionais participantes do processo civilizatório nacional, e diz respeito notadamente ao “complexo de arquétipos do comportamento, das crenças, dos conhecimentos tradicionais ou saberes adquiridos pela hereditariedade e práticas comuns, dos costumes e demais particularidades que distinguem os diversos grupos” (MOLINARO, DANTAS, 2018, p. 2062).

Desse modo, direitos culturais representam direitos de acesso e participação na vida cultural, ou nas suas manifestações culturais. A doutrina identifica íntima sintonia entre os direitos culturais e os direitos fundamentais à livre manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e da comunicação (art. 5º, IV e IX, da CF/88).

Diante do exposto, é possível afirmar que direitos culturais compreendem “o direito de criação cultural; o direito de acesso às fontes da cultura nacional; o direito de difusão das manifestações culturais; direito de proteção às manifestações culturais, e; o direito-dever de formar e manter o patrimônio cultural brasileiro.” (COSTA-CORRÊA, 2009, p. 2293).

A Constituição de 1988 definiu patrimônio cultural em seu art. 216, *caput*, como sendo constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, desde que portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Os cinco incisos do referido dispositivo densificam a conceituação expressa no *caput*, indicando que no patrimônio cultural brasileiro se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, além

dos conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

No tocante aos bens culturais de natureza material e imaterial, o constituinte adotou procedimento de proclamação enunciativa, de modo que exemplificou nos incisos I, II e III do art. 216 (as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas) o que se deve entender por bens de natureza imaterial. Nos incisos IV e V do mesmo artigo (as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico culturais, além dos conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico) está expressa a base do que deve ser entendido por bens culturais de natureza material.

Tratando-se de proclamação enunciativa, tanto no que concerne aos bens de natureza material quanto aos de natureza imaterial, é possível admitir a existência de outros bens culturais, desde que tão valiosos quanto os enumerados, como integrantes do acervo cultural brasileiro (MOLINARO; DANTAS, 2018).

Prosseguindo, da análise do texto da EC nº 96/17, salta a necessidade de compreender melhor a expressão manifestação cultural. Nesse contexto, a proteção constitucionalmente outorgada às manifestações culturais revela uma especial preocupação do constituinte em tutelar a assim denominada “cultura etnográfica onde estão contidas as memórias exemplares que potencializaram as crenças, os conhecimentos, os costumes e as expressões artísticas de determinados grupos nacionais” (MOLINARO; DANTAS, 2018, p. 2064).

Os grupos nacionais, importa repetir, são todos os que de alguma forma contribuíram para a construção da identidade do povo brasileiro, compreendidos assim índios, portugueses, africanos, italianos, alemães, japoneses, entre outros, além de grupos regionais e tradicionais formados no decorrer da história pátria.

Importante ainda registrar que as disposições referentes à cultura no regime constitucional brasileiro implicam no reconhecimento de espectros de promoção e proteção da cultura. No que concerne ao espectro de promoção, trata-se de garantia programática que deve ser cumprida pelo Estado, de sorte que a cada indivíduo e aos grupos sociais é outorgado o direito de obter do Estado instrumentos cuja função precípua deve ser o apoio, o incentivo, a valorização e a difusão das manifestações culturais (COSTA-CORRÊA, 2009).

Quanto ao espectro da proteção, em primeiro lugar cabe destacar que o constituinte previu o compartilhamento dessa responsabilidade entre o Estado, que a tem como um dever, e a comunidade, no papel de colaboradora. Por outro lado, essa proteção não se limita a certos objetos e documentos, mas diz respeito às “manifestações culturais populares dos grupos

participantes do processo civilizatório nacional e, também, do patrimônio cultural brasileiro” (COSTA-CORRÊA, 2009, p. 2292).

Do exposto, é possível perceber que ao outorgar a garantia do exercício dos direitos culturais, a Constituição Federal de 1988 visa a salvaguarda de questões capitais da existência do ente humano, de modo que, por isso mesmo, o assunto ora abordado guarda estreita sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Abordadas as questões principais no tocante a esse tema, pode-se avançar ao tópico seguinte, no qual serão abordados alguns aspectos relativos ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.4.2 Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

Em primeiro lugar é preciso deixar claro que a constitucionalização do ambiente é tema extremamente vasto e que comporta uma infinidade de debates, de modo que para os fins aqui pretendidos é importante compreender adequadamente alguns aspectos relativos à proteção outorgada ao meio ambiente pela Constituição de 1988, para que se possa debater especificamente a vedação constitucional às práticas que submetam os animais a crueldade.

Sendo assim, não se pode deixar de destacar que o conteúdo da CF/88 relativo à proteção do meio ambiente é de abrangência e relevância sem precedentes no constitucionalismo pátrio, além de ser parte do que há de mais arrojado na atual sistemática constitucional brasileira, de tal sorte que José Afonso da Silva afirma que “O capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988” (SILVA, 2014, p. 861).

Ainda que não exista espaço para reflexões acerca do desenvolvimento do direito ambiental e de sua constitucionalização na experiência comparada, é oportuno aqui destacar que a importância dada ao meio ambiente na seara da CF/88 compõe um movimento de constitucionalização ambiental integrado também pelas constituições de países como Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978), todos sob direta influência da Declaração de Estocolmo de 1972⁷ (BENJAMIN, 2015).

A necessidade urgente de formas de enfretamento da crise ambiental de escala global e sem precedentes na história, acirrada após a Segunda Guerra mundial é, sem dúvidas, a principal questão motora do mencionado processo de constitucionalização do ambiente.

⁷ A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que ocorreu entre 5 e 16 de junho de 1972, em Estocolmo, na Suécia, foi o primeiro evento organizado pela Organização das Nações Unidas (ONU) para discutir de maneira global sobre as questões ambientais. Nessa oportunidade foi aprovado documento comumente chamado de Declaração de Estocolmo.

Nesse cenário, é salutar a percepção de que o art. 225 da CF/88 representa apenas a parte mais saliente, mais facilmente perceptível, de um conjunto de dispositivos constitucionais de alguma forma dedicados à proteção do meio ambiente (BENJAMIN, 2015).

Dissertando sobre o aspecto acima mencionado, Guerra (2018) aponta como exemplos de dispositivos espraiados no texto constitucional que integram a tutela outorgada ao meio ambiente, dentre outros, o art. 5º, incisos XXIII (função social da propriedade privada), LXXI (mandado de injunção), LXXIII (ação popular), a inovadora distribuição de competências ligadas à proteção ambiental entre os entes federados (art. 24, VI e VIII), a competência do Conselho de Defesa Nacional (art. 91), o art. 186 (função social da propriedade rural), e o art. 231, que versa sobre os direitos indígenas⁸.

A norma contida no art. 225 outorga o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao passo que impõe deveres concernentes à defesa do meio ambiente, simultaneamente ao estado e à coletividade. O § 1º do artigo 225 consigna uma série de deveres concretos atribuídos ao Poder Público e também aos particulares. Deveres que, pela sua natureza, consistem mais especificamente em deveres de proteção. Nesse contexto, é acertado afirmar que o “direito ao meio ambiente possui um regime jurídico constitucional de direito-dever fundamental” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 40).

Prosseguindo nessa linha de pensamento, importa esclarecer que é problemática a busca de um conceito derradeiro e constitucionalmente adequado de meio ambiente, tendo-se em vista as críticas que podem ser tecidas no tocante à precisão mesma da expressão meio ambiente. Logo, é mais frutífero o entendimento de certas características da proteção outorgada pela atual sistemática constitucional.

Ainda assim, não é de todo desaconselhável registrar que a lei instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) define meio ambiente natural em seu art. 3º, inciso I, como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

⁸ Diante da importância do tema em debate, segue o registro: “De fato, na Constituição de 1988 são encontrados diversos dispositivos relacionados ao meio ambiente, tais como: 5º, incisos XXIII, LXXI, LXXIII; artigo 20, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e §§ 1º e 2º; artigo 21, XIX, XX, XXIII alíneas “a”, “b” e “c”, XXV; artigo 22, IV, XII, XXVI; artigo 23, I, III, IV, VI, VII, IX, XI; artigo 24, VI, VII, VIII; artigo 26, I, II, III, IV; artigo 30, I, II, VIII; artigo 43, § 2º, IV e § 3º; artigo 49, XIV, XVI; artigo 91; artigo 129, III; artigo 170, artigo 174, §§ 3º e 4º; artigo 176 e §§; artigo 182 e §§; artigo 186; artigo 200, VII, VIII; artigo 216, V, e §§ 1º, 3º e 4º; artigo 225 e seus §§; artigo 231; artigo 232 e nos atos das disposições constitucionais transitórias no artigo 43 e artigo 44 e seus §§. Nesses artigos estão mescladas matérias de natureza processual, penal, econômica, sanitária, tutela administrativa, além de normas atributivas de competência legislativa.” (GUERRA, Sidney. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição de 1988: Do seu Reconhecimento como Direito Fundamental à sua Mitigação? O Desafio do Congresso Nacional Imposto à Autoridade do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito em Debate, v. 27, n. 49, p.299-330, ago. 2018. p. 308).

Todavia, a tutela constitucional do meio ambiente é mais ampla do que a noção expressa no diploma infraconstitucional acima mencionado, abarcando diversas facetas do meio ambiente, tais como o meio ambiente natural, urbano, cultural e laboral⁹. Diante disso, adequado afirmar que segundo os ditames constitucionais, a noção de meio ambiente abrange “o conjunto de fatores naturais, artificiais, culturais e laborais que constituem a ambiência em que todos os seres humanos, bem como os demais seres vivos, nascem e se desenvolvem” (RODRIGUES, 2009, p. 2347).

Por óbvio, de maior relevância para este debate é a faceta natural do meio ambiente. Importa ainda registrar que apesar de didática e útil neste ponto do raciocínio, a noção transcrita apresenta caráter ainda demasiadamente antropocêntrico.

A evolução do pensamento humano permitiu que a ordem constitucional brasileira abandonasse uma concepção privatista clássica de natureza como mera coisa, e abraçasse uma concepção holística e juridicamente autônoma de meio ambiente.

Por concepção holística se quer dizer que a CF/88 expressa uma percepção ampliada de meio ambiente, partindo do todo, a biosfera, para se chegar às partes, de modo que “o todo e os seus elementos são apreciados e juridicamente valorizados em uma perspectiva relacional ou sistêmica, que vai além da apreensão atomizada e da realidade material individual desses mesmos elementos (ar, água, solo, florestas, etc.)” (BENJAMIN, 2015, p. 111).

Desse modo, do reconhecimento da autonomia jurídica do meio ambiente, no sentido de ser considerado um todo juridicamente valorado, “decorre um regime próprio de tutela, já não centrado nos componentes do meio ambiente como coisas; muito ao contrário, trata-se de um conjunto aberto de direitos e obrigações, de caráter relacional” (BENJAMIN, 2015, p. 112).

A doutrina reconhece na valorização constitucional do ambiente levada a cabo no Brasil, que expressa uma concepção holística de meio ambiente, a existência de fundamentos baseados no antropocentrismo mitigado (mitigado, por exemplo, no tocante à necessária observância da equidade intergeracional). Essa, sem dúvidas é posição doutrinária ainda majoritária no tocante aos debates na esfera do constitucionalismo pátrio.

Ainda assim, é amplamente reconhecida também a presença de argumentos “biocêntricos e até ecocêntricos (o que leva a um holismo variável, mas, em todo caso,

⁹ Sobre o tema, importante destacar: “O meio ambiente natural resta consagrado no artigo 225; o meio ambiente cultural está previsto nos artigos 215 e 216 - que asseveram que o Estado garantirá o pleno exercício dos direitos culturais e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais e dispõem sobre o patrimônio cultural brasileiro; o meio ambiente urbano encontra esteio nos artigos 182, 183 e 227, § 2º; o meio ambiente do trabalho vem disposto nos artigos 7º, XXII e XXIII e 200, VIII” (MARTINI, Sandra Regina; AZEVEDO, Juliana Lima de. Sobre a vedação constitucional de crueldade contra animais. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 13, n. 1, p.193-215, abr. 2018. p. 200).

normalmente, acoplado a certa atribuição de valor intrínseco à natureza” (BENJAMIN, 2015, p. 111). Ou seja, na sistemática constitucional brasileira, no que toca à tutela do meio ambiente e seus elementos, há na doutrina pátria tanto pensadores que reconhecem na tutela ambiental de sede constitucional normas de caráter antropocêntrico mitigado, como também outros que se posicionam pelo reconhecimento de normas de cunho biocêntrico e até ecocêntrico.

Por antropocentrismo se pode entender a concepção segundo a qual o homem é o centro do universo, representando a referência absoluta de todos os valores. Por outro lado, de maneira breve, é possível definir biocentrismo como “a perspectiva filosófica que atribui valor intrínseco a outras formas de vida além da humana ou a outros elementos da natureza (MARTINI; AZEVEDO, 2018, p. 205).

De fato, assim se manifestou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983/CE, de 2016:

Gostaria de dizer que eu faço uma interpretação biocêntrica do art. 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma perspectiva antropocêntrica, que considera os animais como “coisas”, desprovidos de emoções, sentimentos ou quaisquer direitos. (BRASIL, STF, 2016).

Diante da concepção exposta, forçoso destacar integralmente trecho da obra “Direito Constitucional Ambiental Brasileiro”, no tocante à abrangência da tutela ambiental consagrada no texto da CF/88, no sentido de que a norma constitucional pátria

[...] estabelece uma obrigação genérica de não degradar, fonte do regime de explorabilidade limitada e condicionada dos recursos naturais; ecologiza o direito de propriedade e sua função social; atribui perfil fundamental a direitos e obrigações ambientais; legitima a intervenção estatal em favor da natureza; reduz a discretionaryade administrativa no processo decisório ambiental; amplia a participação pública, em especial, nas esferas administrativa e judicial; agrupa preeminência e proeminência à questão e aos conflitos ambientais; robustece a segurança normativa; substitui a ordem pública ambiental legalizada por outra de gênese constitucional; enseja o controle da constitucionalidade da lei sob bases ambientais; e, por fim, reforça a interpretação pró-ambiente das normas e políticas públicas. (BENJAMIN, 2015, p. 108-109).

É certo que, apesar de dignos de registro, tendo-se em conta o nível da lição transcrita, nem todos os aspectos relacionados na síntese acima transcrita podem, pela natureza deste estudo, ser aqui abordados em maiores detalhes no seguir deste estudo, mesmo porque parte do conteúdo do magistério reproduzido já deflui de algumas reflexões tecidas nesta pesquisa.

Entretanto, o leque de vantagens da constitucionalização do ambiente supracitado servirá de base segura para os comentários a serem feitos neste tópico daqui em diante.

Primeiramente, no tocante à fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, forçoso refletir acerca dos destinatários de tal direito. Isso porque, primeiramente, o direito fundamental ao meio ambiente tem por principal fundamento a dignidade da pessoa humana (MARTINI; AZEVEDO, 2018). Relaciona-se intimamente com o direito à vida, representando, desse modo, um direito individual pertencente a cada ser humano.

É também direito social, por pressupor uma ação positiva do Estado para sua garantia. Ademais, é direito “transindividual, difuso, no sentido de que sua titularidade abrange um contingente enorme de pessoas, sem que entre elas haja necessariamente um vínculo jurídico, e seu exercício se dá sob o influxo da indivisibilidade e da indisponibilidade” (RODRIGUES, 2009, p. 2348).

Destaque-se que a abrangência da titularidade do direito em comento, estampada no *caput* do art. 225, engloba ainda as *gerações futuras*, de sorte que consagra a equidade intergeracional, reconhecendo direitos àqueles que estão por vir, não importando quando. Para além do caráter transindividual, tendo em conta seus fundamentos éticos de caráter biocêntrico, a regra insculpida no art. 225 da CF/88 “permite incluir no conceito de titular de direito outros seres vivos, cada um em sua singularidade, sendo irrelevante que tenham uma utilidade específica para os seres humanos” (RODRIGUES, 2009, p. 2348).

Diante da importância e abrangência do objeto tutelado, e da realidade das ameaças a serem enfrentadas, o constituinte pátrio reconheceu a insuficiência do enfrentamento dessas ameaças “exclusivamente pelas autoridades públicas (a fórmula do nós-contra-o-Estado), ou mesmo por iniciativas individuais isoladas, pois vítimas são e serão todos os membros da comunidade, afetados indistintamente” (BENJAMIN, 2015, p. 86), incluídas entre os afetados também as gerações futuras.

Nesse panorama, a CF/88 introduziu importante inovação na estrutura normativa de atribuição de deveres de cunho ambiental. O art. 225 *caput* impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente. Ao fazê-lo dessa forma, marca uma ruptura tanto com a clássica fórmula das normas instituidoras de direitos/deveres individuais, o “eu-contra-o-Estado”, quanto com a estrutura das normas de direitos sociais, o “nós-contra-o-Estado” (BENJAMIN, 2015).

Em verdade, o art. 225, *caput*, consagra a fórmula do “nós-todos-em-favor-do-planeta”, de modo que a norma constitucional “passa a agregar, na mesma vala de obrigados, sujeitos públicos e privados, reunidos numa clara, mas constitucionalmente legitimada, confusão de posições jurídicas” (BENJAMIN, 2015, p. 85).

São três as principais consequências dessa inovação na estrutura normativa de imposição de deveres de ordem ambiental¹⁰, a saber: a) quebra da rigidez formal entre as posições de credores e devedores, tendo-se em vista que a todos é atribuído, simultaneamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de sua proteção; b) a insignificância da diferenciação entre sujeito estatal e privado, pois a devastação ambiental pode ser ocasionada por um ou outro, ou até mesmo ambos em conjunto; c) atenuação da absoluta separação entre o meio e seus componentes (o objeto da relação jurídica na dogmática privatista) e os sujeitos da relação, o que resulta na limitação da disposição dos sujeitos em face do meio (BENJAMIN, 2015).

Decorre da elevação do meio ambiente ao plano constitucional pela Constituição Federal de 1988 um outro aspecto de vital importância para o debate aqui desenvolvido, e que guarda, como se verá, íntima relação com alguns pontos já expostos.

Ocorre que, consistindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado em direito de caráter fundamental, expressa uma decisão sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, de modo que, conforme visto, irradia efeitos por toda sistemática constitucional pátria.

Dessa forma, é de se notar que no ordenamento jurídico brasileiro o direito à propriedade é temperado pelo já consagrado princípio da função social da propriedade. Além disso, e a este ponto é preciso que se dê especial destaque, sob o regime da CF/88 o direito à propriedade foi atualizado, de forma a se tornar receptivo à proteção do ambiente. Em outras palavras, foi

¹⁰ Importante registrar a clara explanação na íntegra: “Nesse complexo quadro de aspirações individuais e sociais, ganham relevo categorias novas de expectativas (e a partir daí, de direitos), cujos contornos estão em divergência com a fórmula clássica do eu-contra-o-Estado, ou até da sua versão welfarista mais moderna, do nós-contra-o-Estado. Seguindo tal linha de análise, a ecologização do texto constitucional traz um certo sabor herético, deslocado das fórmulas antecedentes, ao propor a receita solidarista – temporal e materialmente ampliada (e, por isso mesmo, prisioneira de traços utópicos) – do nós-todos-em-favor-do-planeta. Nessa, comparando-a com os paradigmas anteriores, nota-se que o eu individualista é substituído pelo nós coletivista, e o típico nós welfarista (o conjunto dos cidadãos em permanente exigência de iniciativas compensatórias do Estado) passa a agregar, na mesma vala de obrigados, sujeitos públicos e privados, reunidos numa clara, mas constitucionalmente legitimada, confusão de posições jurídicas; finalmente, e em consequência disso tudo, o rigoroso adversarismo, a técnica do eu/nós contra o Estado ou contra nós mesmos, transmuda-se em solidarismo positivo, com moldura do tipo em favor de alguém ou algo. Não há aí simples reordenação cosmética da superfície normativa, constitucional e infraconstitucional. Ao revés, trata-se de operação mais sofisticada, que resulta em tríplice fratura no paradigma vigente: a diluição das posições formais rígidas entre credores e devedores (a todos se atribuem, simultaneamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de protegê-lo); a irrelevância da distinção entre sujeito estatal e sujeito privado, conquanto a degradação ambiental pode ser causada, indistintamente, por um ou pelo outro, e até, com frequência, por ambos de maneira direta ou indiretamente concertada; e, finalmente, o enfraquecimento da separação absoluta entre os componentes naturais do entorno (o objeto, na expresso o da dogmática privatista) e os sujeitos da relação jurídica, com a decorrente limitação, em sentido e extensão ainda incertos, do poder de disposição destes (= *dominus*) em face daqueles (= *res*).” (BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-156, p. 84 e 85)

introduzida uma “função ecológica autônoma, que deve ser cumprida necessariamente pela propriedade, sob pena de perversão de seus fins, de sua legitimidade e de seus atributos” (BENJAMIN, 2015, p. 146).

O aspecto acima destacado é de relevância ímpar dentro do campo de interesse desta monografia, tendo-se em vista que a atribuição de uma função ecológica autônoma à propriedade tem repercussões importantes sobre o quanto o ser humano pode dispor da natureza e seus elementos, bióticos (a flora, os animais etc.) e abióticos (os rios, as reservas minerais, etc.), na persecução de seus interesses, sobretudo econômicos.

Devendo a propriedade cumprir uma função ecológica autônoma, são reconhecidos limites à ação do homem no que concerne às consequências delas sobre toda a ambiência, sobretudo pelo percepção do valor e dignidade inerentes a toda biosfera e seus elementos, percepção essa consagrada pela existência de normas de cunho biocêntrico e ecocêntrico no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na Constituição de 1988.

Tais repercussões tomam escala sistêmica quando se observa que a elevação dos direitos/deveres ambientais ao patamar de direitos/deveres fundamentais lhes garante a observância de um regime de proteção e garantia todo especial, conforme já exposto.

Sendo assim, é boa a hora de se relembrar que aos direitos fundamentais é reconhecida uma dimensão objetiva, que lhes outorga eficácia irradiante, ou efeito de irradiação, que significa que a todo o ordenamento jurídico deve ser dada uma interpretação conforme os direitos fundamentais. *In casu*, conforme as diversas facetas que compõem a tutela ambiental consagrada pela Constituição de 1988.

Com isso em mente, pode- se passar a debater o significado da vedação às práticas que submetam os animais a tratamentos cruéis, insculpida no inciso VII do § 1º do art. 225 da CF/88.

2.4.3 A Vedação às Práticas Que Submetam os Animais à Crueldade

Neste ponto crucial do estudo aqui desenvolvido, forçoso retomar e melhor esclarecer algumas questões já primariamente abordadas, o que permitirá aprofundar a investigação a fim de melhor se compreender o significado e as consequências do mandamento constitucional contido no inciso VII do § 1º do art. 225 da CF/88.

Conforme já explicado, o *caput* do art. 225 da CF/88 outorga o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao passo que impõe deveres concernentes à defesa do meio ambiente, simultaneamente ao estado e à coletividade. No § 1º do artigo 225 são determinados

uma série de deveres concretos ao Poder Público e aos particulares, fazendo com que o regime jurídico do direito ao meio ambiente tome uma feição de direito-dever fundamental.

Prosseguindo na reflexão, e tendo-se em mente que na presente monografia se está implementando uma operação mental dedutiva, é imperioso trazer ainda mais uma vez para o debate específico, aspectos já analisados quando da consecução de reflexões mais gerais.

Verdadeiramente, o reconhecimento do meio ambiente como direito/dever fundamental tem como fundamento principal a íntima sintonia que guarda com a dignidade da pessoa humana, dela decorrendo diretamente, conforme os critérios materiais de identificação de direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da CF/88 expostos alhures, com base na cláusula de abertura material expressa no § 2º do art. 5º da Constituição brasileira.

Cresce em importância, desse modo, a já explicada função de proliferadora de direitos fundamentais desempenhada pela dignidade da pessoa humana. Com isso em mente, importa destacar que a dignidade da pessoa humana “constitui conceito submetido a permanente processo de reconstrução, cuidando-se de uma noção histórico-cultural em permanente transformação quanto ao seu sentido e alcance” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 49). Disso decorre sua abertura aos desafios sempre novos que a vida em sociedade apresenta.

Considerando-se esses aspectos da concepção de dignidade da pessoa humana no debate jurídico, sobretudo seu conteúdo histórico-cultural, torna-se de extrema relevância para este estudo retomar o questionamento sobre se na sistemática constitucional brasileira os animais, e a natureza em si, devem ser tutelados em razão de sua utilidade na satisfação das necessidades humanas ou se essa proteção deve ter por fundamento derradeiro o reconhecimento de um valor que lhes seja intrínseco.

A questão levantada acima é a problemática já abordada relativa à definição do caráter antropocêntrico ou biocêntrico da norma do art. 225 e seus parágrafos. Além de não ser consenso, esse debate representa expressiva disputa doutrinária no âmbito do direito constitucional ambiental brasileiro. Ainda assim, uma compreensão mais acurada dos fundamentos jurídicos de uma concepção que não relegue à natureza um tratamento meramente instrumental, pode ser útil para o andamento do raciocínio aqui desenvolvido.

Nesse contexto, Martini e Azevedo (2018) esboçam um acurado panorama da doutrina brasileira, e apontam Paulo de Bessa Antunes como representante daqueles que enxergam no art. 225 da CF/88 um dispositivo claramente antropocêntrico. Por outro lado, Paulo Affonso Leme Machado sustenta que o *caput* do art. 225 é antropocêntrico, enquanto que nos parágrafos desse artigo haveria uma mescla de antropocentrismo e biocentrismo. De sua parte, Guilherme

Figueiredo reconhece nesse dispositivo uma quebra com o paradigma antropocêntrico, consagrando efetivamente normas de cunho biocêntrico.

Autores como Sarlet, José Rubens Morato Leite, Fensterseifer, e Patryck de A. Ayala sustentam a noção de um antropocentrismo jurídico ecológico, relativo ou alargado, posição que se distancia do antropocentrismo clássico, uma vez que não traz em si uma concepção meramente instrumental e dicotômica da natureza (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013).

Tal concepção visa, segundo Sarlet e Fensterseifer, a “reconhecer o valor intrínseco inerente não apenas ao ser humano, como também a outras formas de vida não humanas (e a Natureza em si)” (2013, p. 40).

Segundo os autores, os deveres fundamentais positivados nos incisos I e VII do § 1º do art. 225, respectivamente, preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, e 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, são exemplos eloquentes de uma tutela jurídica autônoma dos bens jurídicos ambientais.

Em outras palavras, segundo os autores, os incisos I e VII do § 1º do art. 225 impõem ao Estado e aos particulares deveres de proteção para com o ambiente natural e seus componentes pelo fato de reconhecer um valor intrínseco inerente a todas as formas de vida não humanas e à natureza em si. Esse reconhecimento do valor intrínseco das formas de vida não humanas e da natureza como um todo no texto constitucional brasileiro leva à “atribuição de dignidade para além da esfera humana, além, é claro, de permitir a identificação de uma dimensão ecológica da própria dignidade da pessoa humana” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p.40).

A referida dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana “contempla a qualidade de vida como um todo, inclusive do ambiente em que a vida humana (mas também a não humana) se desenvolve” (SARLET, FENSTERSEIFER, 2013, p. 72).

Essa concepção alargada de dignidade da pessoa humana expressa a visão (acertada) de que o homem compõe, como parte integrante, o meio em que habita, não estando dele dissociado, apartado, de modo que, por consequência lógica, a noção de dignidade humana guarda em si um conteúdo de reconhecimento de dignidade inerente à vida para além da humana.

Imperioso destacar que é de imensa relevância encontrar na doutrina constitucional brasileira, fora do restrito grupo de autores assim denominados animalistas, escritos que defendam o reconhecimento constitucional da dignidade inerente à vida não humana. Neste

ponto da discussão, o debate já foi desenvolvido o suficiente para que se analise de forma mais detida o conteúdo do inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição brasileira.

Entre os doutrinadores que compõem a comunidade de intérpretes da sistemática constitucional brasileira, poucos são os que ousam enunciar o passo lógico seguinte ao reconhecimento constitucional de dignidade inerente à vida não humana: a outorga constitucional de legítimos direitos para além dos seres humanos.

O Magistrado e professor Vicente de Paula Ataide Junior (2018) enxerga na CF/88, para além do reconhecimento de uma dignidade intrínseca à vida não humana concebida como conjunto, o reconhecimento de uma dignidade animal inerente a cada indivíduo animal não humano, e a outorga de legítimos direitos para formas de vida não humanas na modalidade vida animal, em decorrência das disposições da parte final do inciso VII do § 1º do art. 225.

Ou seja, para Ataide Junior (2018), a Constituição Federal brasileira atribui legítimos direitos aos animais não humanos, por determinação da cláusula de vedação às práticas cruéis contra animais.

Da análise do texto do inciso VII do § 1º do art. 225, Ataide Jr. (2018) destaca a existência de uma dicotomia constitucional, de modo que o mesmo dispositivo consagra duas normas autônomas, uma expressa na primeira parte, qual seja: incumbe ao Poder Público (e à coletividade, por força do *caput* do art. 225) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e as práticas que provoquem a extinção de espécies.

Por outro lado, a segunda parte desse mesmo dispositivo constitucional consagra a seguinte norma: incumbe ao Poder Público (e à coletividade, por força do *caput* do art. 225) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que submetam os animais à crueldade.

Assim sendo, na sistemática constitucional pátria, o animal não humano pode ser considerado fauna, quando relevante por sua função ecológica, enquanto espécie. Pode também, por outro lado, ser tomado enquanto indivíduo senciente, dotado de valor intrínseco e dignidade própria inerente ao ser individualizado (ATAIDE JUNIOR, 2018).

A posição expressa pelo Min. Luís Roberto Barroso no julgamento da ADI 4983/CE, de 2016, corrobora com o entendimento acima exposto: “a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista” (BRASIL, STF, 2016, p. 42).

Quando um ser humano fere, maltrata, mutila ou abusa de um animal não humano, esse fato pouco importa para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em verdade, “Esse fato viola a dignidade individual do animal submetido à crueldade e não a sua função ecológica” (ATAIDE JUNIOR, 2018, p. 53).

O fato biológico de serem os animais não humanos, em sua maioria, dotados de senciência, ou seja, de serem capazes de sentir dor, prazer, experimentar sofrimentos físicos e psíquicos, fundamenta o reconhecimento constitucional da **dignidade animal** (ATAIDE JUNIOR, 2018).

A senciência – e também a consciência – dos animais foi cientificamente comprovada pela “Declaração Sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos”, proclamada em Cambridge, em 2012, e elaborada por uma equipe de cientistas composta por neurocientistas, neuroanatomistas, neurofisiologistas, neurofarmacologistas, e neurocientistas computacionais cognitivos, que, reunidos na Universidade de Cambridge, no Reino Unido, concluíram que boa parte dos animais não humanos, incluídos aí todos os animais vertebrados e alguns invertebrados, como os polvos, possui aparato neuroanatômico, neuroquímico e neurofisiológico capaz de lhes proporcionar estados de consciência, além de os tornar capazes de demonstrar intenções, ou seja, de determinar a si mesmos no sentido de não experimentar sofrimento. (CAMBRIDGE, 2012).

Como exposto alhures, já não é novidade a leitura constitucional no sentido de que o estado evolutivo da humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da vida humana. Todavia, diante da autonomia norma da vedação da crueldade contra animais, posta na Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que o fato biológico da senciência dos animais não humanos foi juridicamente valorado na CF/88, de maneira que o texto constitucional reconheceu cada animal não humano enquanto “indivíduo senciente, portador de valor intrínseco e dignidade própria” (ATAIDE JUNIOR, 2018, p. 50).

Com base nas lições de Peter Häberle, Ataide Junior argumenta que o reconhecimento de dignidade traz como consequência necessária a sua proteção por meio de direitos fundamentais, de modo que, “como toda dignidade deve ser protegida por direitos fundamentais, não se podendo conceber dignidade sem um catálogo mínimo desses direitos, então a dignidade animal deve ser entendida como a base axiológica de direitos fundamentais animais” (2018, p. 50).

De acordo com o debate realizado acerca de uma concepção de direitos fundamentais constitucionalmente adequada ao caso brasileiro, ficaram evidentes alguns critérios referenciais que podem ser utilizados para o reconhecimento de direitos fundamentais fora do catálogo do

Título II da CF/88, de acordo com a cláusula de abertura material, expressa no § 2º do art. 5º da Constituição pátria.

O principal critério a ser observado para que determinada posição jurídica possa ser reconhecida enquanto fundamental, é que decorra diretamente da dignidade da pessoa humana. A sintonia com os Princípios Fundamentais, expressos no Título I da CF/88, é outra referência que deve ser adotada.

Cabe, ainda, lembrar duas características dos direitos fundamentais já apontadas da mesma forma como critérios referenciais para o reconhecimento de novos direitos igualmente fundamentais, quais sejam: a) os direitos fundamentais conferem ao indivíduo certas posições subjetivas; b) todos os direitos fundamentais possuem função protetiva, mesmo que de intensidade variável, tendo-se em vista que necessariamente objetivam assegurar e proteger certos bens individuais ou coletivos considerados essenciais.

Ora, conforme visto, a dignidade da pessoa humana possui em seu conteúdo uma dimensão ecológica, que guarda íntima relação com o reconhecimento de dignidade para além da esfera humana. Assim, dignidade animal e dignidade da pessoa humana guardam íntima sintonia. Em termos jurídicos, a dignidade animal decorre diretamente da dimensão ecológica da dignidade humana.

O art. 3º da CF/88 compõe o Título I (Dos Princípios Fundamentais), e elenca em seus incisos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. A norma autônoma da vedação da crueldade contra animais ressoa em uníssono com os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Ora, o especismo é, quer queira, quer não, uma forma de discriminação.

Pela sistemática constitucional pátria, que atribui em seu art. 23, inciso VIII, competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para fomentar a produção agropecuária, não há a possibilidade de garantir aos animais submetidos à exploração pecuária e pesqueira o direito à vida. Todavia, “isso não lhes retira a dignidade própria como indivíduos que sofrem, nem o seu direito fundamental à existência digna, posta a salvo dos meios cruéis utilizados no processo produtivo” (ATAIDE JUNIOR, 2018, p. 53).

Sendo assim, de acordo com os critérios referenciais para identificação de direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da CF/88, e levando em conta o texto constitucional em sua totalidade, é possível concluir que a cláusula de vedação à crueldade contra animais não humanos consagra aos animais no Brasil o direito fundamental à existência digna.

Todo animal tem o direito a uma existência digna, ou seja, cada indivíduo animal não humano é titular de uma posição subjetiva que, para ser garantida conta com a proteção outorgada por força do dispositivo constitucional inaugurador do Direito Animal brasileiro. Dessa feita, todos os critérios referenciais para a identificação de direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da CF/88 são observados pelo direito fundamental animal à existência digna, tratando- se, portanto, de um direito formal e materialmente fundamental.

Conforme já afirmado, os direitos fundamentais podem ser expressos por regras ou princípios, de modo que a segunda parte do inciso VII do § 1º do art. 225 da CF/88 consagra também os princípios da dignidade animal e da universalidade.

O primeiro decorre do já comentado reconhecimento do valor intrínseco e dignidade inerente aos animais não humanos, enquanto o princípio da universalidade decorre do fato de que a CF/88 não indica quais espécies animais estão postas a salvo de práticas cruéis, de tal sorte que a universalidade “diz respeito à amplitude subjetiva do reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos” (ATAIDE JUNIOR, 2018, p. 63).

Conforme leciona Patryck de Araújo Ayala, o mandamento constitucional que proíbe comportamentos cruéis em face de animais não humanos se destina à proteção de todos eles, “não distinguindo espécies particulares ou modalidades classificatórias da fauna específicas” (2015, p. 444).

Imperioso destacar que a presença do direito fundamental animal à existência digna na ambiência constitucional brasileira significa uma inflexão no status jurídico conferido aos animais no ordenamento pátrio. Significa dizer que não é compatível com a Constituição de 1988 o tratamento privatista que relega aos animais a posição de coisas ou bens.

Nas palavras do Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto-vista na ADI 4983/CE, de 2016: “O próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro – “bens suscetíveis de movimento próprio” (art. 82, *caput*, do CC) – revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão” (BRASIL, STF, 2016, p. 56).

Frente às reflexões expostas, não se pode deixar de anotar a seguinte definição: “O Direito Animal positivo é o conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos fundamentais dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental ou ecológica” (ATAIDE JUNIOR, 2018, p. 50).

Por oportuno, convém destacar que a corrente doutrinária e jurisprudencial que reconhece na sistemática constitucional brasileira a existência e outorga de verdadeiros direitos aos animais não humanos já é vasta, encontrando-se à em plena expansão e, o fato do reconhecimento da autonomia da cláusula de vedação à crueldade estar presente em um voto

proferido por Ministro do Supremo Tribunal Federal (Min. Luís Roberto Barroso), sinaliza que as proposições discursivas do Direito Animal, apesar de ainda não aceitas em sua completude, tem ganhado espaço nos tribunais superiores.

Para finalizar o debate relativo à vedação constitucional de práticas que submetam os animais à crueldade, é forçoso pôr à luz o sentido do vocábulo “crueldade”, tendo-se em vista a diversidade de significados atribuídos ao termo ao longo da doutrina e da jurisprudência.

Segundo Castro Jr. e Vital (2015), a expressão crueldade, presente no inciso VII do § 1º do art. 225, trata-se de um conceito indeterminado, ou seja, conceito vago, aberto, de modo que se impõe ao intérprete um maior grau de liberdade interpretativa na promoção jurisdicional. Desse modo, importante destacar que “a proibição de crueldade permite justificar a adoção de medidas de proteção independentemente da demonstração objetiva de suplício ou sofrimento físico ou psíquico que tenha sido infligido ao animal” (AYALA, 2015, p. 444).

Ou seja, crueldade e sofrimento não são a mesma coisa. A identificação da existência de crueldade requer a avaliação valorativa e psíquica do agressor, enquanto sofrimento tem dimensão mais objetiva e limitada, ainda que não se restrinja à ordem física (AYALA, 2015). De maneira oposta, Castro Jr. e Vital tomam “crueldade como sinônimo de sofrimento, dor e angústia, causados aos animais nas suas mais diversas formas” (CASTRO JÚNIOR e VITAL, 2015, p. 156).

Mais uma vez recorrendo-se à argumentação sustentada pelo Min. Luís Roberto Barroso na ADI 4983/CE, de 2016: “O termo crueldade está associado à ideia de intencionalmente causar significativo sofrimento a uma pessoa ou a outro ser senciente. O sofrimento pode ser físico ou mental” (BRASIL, STF, 2016, p. 46). Ou seja, consiste a crueldade em infligir, de forma deliberada, sofrimento físico ou mental ao animal.

A propósito, cabe trazer, por oportuno, o conceito de crueldade trazido pela vanguardista lei instituidora do “Código de Direito e Bem-Estar Animal da Paraíba” – Lei nº 11.140/18, a saber: “Art. 7º [...] § 1º Para os efeitos desta Lei, entende-se como: [...] XII - crueldade: tratamento doloso ou culposo que causa sofrimento, danos físico-psíquicos e/ou morte de animais [...]”.

Para o Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV –, crueldade é “qualquer ato intencional que provoque dor ou sofrimento desnecessários nos animais, bem como intencionalmente impetrar maus tratos continuamente aos animais” (BRASIL, Resolução nº 1.236/18).

Ainda na esteira do Min. Barroso, oportuno fechar o debate com o registro que segue, contido em seu voto-vista da referida ADI, acerca da relação entre a proteção

constitucionalmente conferida aos animais não humanos e um importante princípio do direito ambiental, o princípio da precaução:

A proteção dos animais contra a crueldade, que vem inscrita no capítulo constitucional dedicado ao meio ambiente, atrai a incidência do denominado princípio da precaução. Tal princípio significa que, na esfera de sua aplicação, mesmo na ausência de certeza científica, isto é, ainda que exista dúvida razoável sobre a ocorrência ou não de um dano, o simples risco já traz como consequência a interdição da conduta em questão. Com mais razão, deve este relevante princípio jurídico e moral incidir nas situações em que a possibilidade real de dano é inequívoca, sendo certo que existem inúmeras situações de dano efetivo (BRASIL, STF, 2016, p. 47).

Ou seja, para fins da proteção contra crueldade conferida aos animais não humanos em sede constitucional, não há necessidade de comprovação científica inequívoca da existência de crueldade, pela incidência do princípio da precaução.

Chega-se ao último ponto de debate deste capítulo que, de maneira breve, abordará alguns aspectos relativos ao direito fundamental implícito – na Constituição - da vedação ao retrocesso ambiental, tendo-se por base a concepção constitucionalmente adequada de direitos fundamentais aqui defendida.

2.4.4 A Vedaçāo ao Retrocesso (Socio)Ambiental e o Controle de Convencionalidade

Logo de início, imperioso destacar que o título deste estudo é **A (in)constitucionalidade e/ou a (in)convencionalidade da EC 96/17**, de tal sorte que, para além de uma análise relativa à sistemática constitucional brasileira, notadamente aos direitos fundamentais nela resguardados e à defesa da constituição, faz-se necessário refletir sobre a posição do Brasil no plano internacional, ou ao menos regional, para que se possa verificar a conformidade da EC 96/17 relativamente à Constituição de 1988 e aos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário.

Segundo o Magistério de Valerio de Oliveira Mazzuoli, em razão do disposto nos §§ 2º e 3º do art. 5º da CF/88, notadamente esse último, que foi adicionado pela EC nº 45/04, passou a ter relevo no Brasil o debate acerca do Controle de convencionalidade, que é “o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos” (2014, p. 480).

O internacionalista brasileiro anota ainda que, como os tratados de direitos humanos são ou materialmente constitucionais, por força do §2º do art. 5º da CF/88, ou material e formalmente constitucionais, quando aprovados pelo rito previsto no § 3º do dispositivo em

comento, “é lícito entender que o clássico **controle de constitucionalidade** deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle (**de convencionalidade**) da produção e aplicação das normas internas” (MAZZUOLI, 2014, p. 480).

O controle de convencionalidade, ainda segundo as lições de Mazzuoli (2014), pode ser exercido por meio da provocação do Supremo Tribunal Federal, quando se questiona a compatibilidade entre norma interna e conteúdo presente em tratado de direitos humanos que não seja consagrado pela Carta Federal de 1988, como também, acionando-se as Cortes e Comissões integrantes do sistema Global ou Regional de proteção aos direitos humanos.

Todavia, conforme já expresso, as atenções estão aqui especialmente voltadas para as reflexões no plano constitucional. Isso não se dá sem razão. É que, relativamente à emenda constitucional nº 96/17, é de interesse do debate do direito internacional a questão concernente à vedação ao retrocesso, e em específico à vedação ao retrocesso em temas ambientais, visto que tal proibição foi expressamente acordada na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), em seu artigo 26, e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), notadamente no art. 11 item 2, onde está expressa a vedação ao retrocesso ambiental.

Anote-se que o Brasil é signatário de todos instrumentos normativos retomados.

Entretanto, segundo a concepção de direitos fundamentais constitucionalmente adequada ao caso brasileiro aqui defendida, a vedação ao retrocesso e especificamente ao retrocesso ambiental já faz parte do sistema constitucional brasileiro, como será argumentado a seguir, visto ser um princípio constitucional implícito.

Sendo assim, está justificado o enfoque dado à seara constitucional, pois o debate empreendido nesta esfera evolui naturalmente para a discussão aqui empreendida sobre a vedação ao retrocesso, e diz respeito à efetiva concreção e defesa dos preceitos constitucionais.

É de se notar que as reflexões desenvolvidas no que concerne ao conteúdo do princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso são também úteis para o entendimento dessa mesma vedação no plano convencional, pois os avanços e conquistas sociais e ambientais foram alvo de especial tutela nas duas esferas, constitucional e convencional, de modo que uma linha argumentativa que vise a enquadrar determinada ação ou omissão estatal como atentatória à noção de vedação ao retrocesso é útil para fundamentar tanto posicionamentos sobre a (in)constitucionalidade dessa ação ou omissão estatal, como sobre sua (in)convencionalidade.

Na esfera constitucional, violações à garantia da vedação ao retrocesso darão ensejo à utilização dos instrumentos processuais de controle de constitucionalidade adequados a cada

caso concreto, não havendo, portanto, sentido em se falar na provocação do STF para que se manifeste acerca da (in)convencionalidade da EC nº 96/17.

Entretanto, no âmbito internacional, pelo fato de o Brasil ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e do protocolo adicional de San Salvador, violações à vedação retrocesso ambiental podem ser objeto de petição frente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), desde que esgotadas as esferas jurisdicionais internas, salvo no caso de injustificada demora processual (PIOVESAN, 2018).

Ou seja, neste estudo o debate acerca da vedação ao retrocesso ambiental compõe a investigação da (in)constitucionalidade da EC 96/17. Todavia, o autor tem em mente a importância de que se aprofunde essa discussão, porquanto, uma vez que se possa enxergar no conteúdo da referida emenda constitucional uma violação ao princípio em debate, contata-se simultaneamente, conduta estatal atentatória também ao conteúdo do Protocolo de San Salvador, de sorte que há a possibilidade de qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou organizações não governamentais, fazerem uso de uma linha argumentativa pautada na vedação ao retrocesso ambiental para fundamentar uma petição endereçada à CIDH.

De tal maneira, as reflexões aqui empreendidas no tocante ao exame da (in)convencionalidade da EC 96/17 estarão centrados no conteúdo da vedação ao retrocesso ambiental, a fim de que se possa verificar uma possível violação aos instrumentos internacionais acima referidos.

Desse modo, a primeira consideração a ser feita é que a vedação ao retrocesso guarda íntima conexão com a ideia de segurança jurídica que, por sua vez, é expressão necessária do Estado de direito. É expressão inarredável do Estado de Direito justamente por que guarda vinculação umbilical com a noção de dignidade da pessoa humana, uma vez que não há possibilidade de vida digna onde haja um tal grau de instabilidade jurídica que não permita aos indivíduos confiar minimamente nas instituições sociais e estatais ou construírem projetos de vida para si (SARLET, 2007).

Além de umbilicalmente vinculada à dignidade da pessoa humana, à segurança jurídica e às garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, a noção de vedação ao retrocesso está em apertada sintonia com o princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, dentre outros (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013).

Desse modo, é possível afirmar ser o princípio da vedação ao retrocesso se trata de conteúdo já contido e reconhecido na Constituição de forma não expressa, de maneira que pode ser subentendido das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Trata-se,

portanto, de princípio constitucional implícito que expressa direito/garantia materialmente fundamental.

No tocante ao seu conteúdo, esta garantia constitucional está ligada à noção de que o Estado não pode voltar atrás no tocante aos direitos que já reconheceu, de sorte que as conquistas “levadas a cabo ao longo da caminhada histórica da humanidade e consolidadas no seu patrimônio jurídico-político fundamental não podem ser submetidas a um retrocesso, de modo a fragilizar a tutela da dignidade da pessoa humana” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 306).

Nesse contexto, a vedação ao retrocesso se consubstancia em uma garantia de salvaguarda aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana em face da atuação do legislador na esfera constitucional e infraconstitucional, bem como contra a atuação da Administração Pública.

Assim, é possível afirmar que a vedação ao retrocesso está vinculada à noção de um “direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático)” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 290), além de possibilitar a rejeição de atos legislativos que subtraiam supervenientemente o grau de concreção de um mandado constitucional dado por diploma legislativo precedente.

Convém, ainda, destacar que o princípio implícito ora debatido está ligado à noção de progressividade na implementação de direitos, de modo que para além do dever de não piorar as condições normativas presentes, exige do Estado aprimoramento das condições fáticas e normativas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013).

Todavia, é imperioso destacar que a vedação ao retrocesso não pode comportar caráter absoluto, de modo que é possível aceitar determinadas reduções no âmbito de conquistas em esfera infraconstitucional. O que se procede é uma redução da liberdade de conformação do legislador a fim de proibir a revogação, anulação, aniquilação ou esvaziamento do núcleo essencial dos direitos fundamentais (SARLET, 2007). Dessa maneira, alterações em nível constitucional ou infraconstitucional que restrinjam o grau de efetividade e concreção outorgado a determinado direito fundamental violam o princípio da vedação ao retrocesso.

Finalizando o debate aqui empreendido, é imperioso destacar que, tendo-se em conta a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, e a outorga do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos, inclusos aí os indivíduos integrantes das futuras gerações, todas as considerações relativas à vedação ao retrocesso devem ser observadas também - e sobretudo, em se considerando a centralidade da preservação das condições ambientais para a

concretização de qualquer direito fundamental - na seara da proteção constitucionalmente outorgada ao próprio ambiente, tomado sob concepção uma holística, e de todos os seus componentes.

Ademais, tendo-se em vista a posição de destaque reservada ao ambiente na sistemática constitucional pátria, e a necessidade de progressividade de sua tutela e da efetiva concreção de tais ditames constitucionais, é adequado o uso do termo vedaçāo ao retrocesso ambiental.

Assim sendo, medidas legislativas ou administrativas que tenham por consequência esvaziar o conteúdo dos mandamentos constitucionais concernentes à proteção do meio ambiente e qualquer de seus elementos, ou que por seu conteúdo signifiquem redução significativa das possibilidades de eficácia e efetividade de tais comandos, ou ainda que venham a reduzir o grau de concreção dada aos preceitos constitucionais por ato legislativo precedente, importam necessariamente em violação à garantia da vedaçāo ao retrocesso ambiental.

Diante de todas as reflexões aqui já trazidas, é possível afirmar que a noção de direitos fundamentais está ligada à positivação constitucional de direitos do homem, ou seja, de direitos cuja observância foi reconhecida em um determinado contexto histórico, dentro de uma comunidade política, como imperativa ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Pela importância de seu conteúdo, tais direitos são ditos fundamentais pela centralidade que ocupam na estrutura de um legítimo Estado de direito, compondo o leque de opções político-constitucionais mais basilares do Estado, o que, como visto, atrai para a matéria relativa aos direitos fundamentais uma sistemática de observância e proteção diferenciada e vigorosamente mais poderosa do que a que gozam os demais direitos reconhecidos pelo Estado.

No âmbito da sistemática constitucional brasileira, observou-se para além de uma positiva diversidade de direitos fundamentais expressos, a existência de uma cláusula de abertura material (art. 5, § 2º), o que permitiu ao autor tecer reflexões sobre uma concepção de direitos fundamentais constitucionalmente adequada ao caso brasileiro.

Assim, a abordagem de critérios referenciais para a identificação de direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da Constituição Federal de 1988 permitiu a visualização de diversos direitos fundamentais não expressamente tidos como tais pelo texto da CF/88. Dentre tais direitos fundamentais, reconheceu- se como de interesse do debate relativo à (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da EC 96/17 os direitos culturais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito fundamental animal à existência digna e a garantia constitucional da vedaçāo ao retrocesso ambiental.

Todavia, antes de se verificar a compatibilidade da EC 96/17 com a Constituição Federal de 1988 e com os tratados internacionais, notadamente em nível regional, dos quais o Brasil é

signatário, forçoso tecer algumas reflexões acerca da defesa da constituição, a fim de que se possa dispor de elementos suficientes para a averiguação da (in)constitucionalidade da referida emenda. É o que se fará no capítulo seguinte.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Neste ponto da linha de pensamento traçada com o intuito de apresentar uma resposta satisfatória à pergunta: “é (in)constitucional e/ou (in)convencional a Emenda Constitucional nº 96/17?”, percebe-se a necessidade de se clarear, de maneira breve, algumas questões acerca do controle de constitucionalidade, visto que responder à pergunta acima se torna, neste momento da investigação, equivalente a responder outra pergunta, qual seja: *que é ser uma norma constitucional ou não?* Assim, no presente capítulo será implementada uma tentativa de elucidar alguns aspectos relativos a esse tema, notadamente aqueles mais relevantes e relacionados à questão que move esta investigação.

Sendo assim, forçoso se faz, de início, destacar-se as lições de José Alfredo de Oliveira Baracho em estudo denominado “Teoria Geral do Poder Constituinte”, quando afirma, abalizado na doutrina de Emmanuel Sieyès, que o vocábulo “Constituinte qualifica poder que tem o povo de constituir-se em sociedade civil ou Estado” (BARACHO, 1981, p. 20).

A doutrina costuma estabelecer uma linha distintiva entre poder constituinte originário e poder constituinte constituído ou derivado (BONAVIDES, 2004). O professor paraibano prossegue seu magistério ao afirmar que o poder constituinte originário “faz a constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico” (BONAVIDES, 2004, p. 146). Tendo-se em vista a não submissão desse poder a qualquer ordenamento positivo, Baracho (1981) afirma que sua competência não deriva de nenhum outro poder.

Por outro lado, o poder constituinte derivado tem gênese constitucional, de modo que sujeito a limitações expressas e tácitas, sendo, desse modo, essencialmente jurídico, e traz como objeto a reforma do texto constitucional. Sendo o poder constituinte originário quem cria o poder constituinte derivado e o poder legislativo, adquire, como não poderia ser diferente, uma importância hierárquica, tendo-se em vista que todos os poderes constituídos devem obediência à Constituição. (BARACHO, 1981).

Essa superioridade hierárquica da qual goza o poder constituinte originário em relação aos poderes constituídos – notadamente, quando considerando o objeto do presente estudo, os poderes de reforma constitucional e legislativo ordinário – manifesta-se em uma relação de superioridade hierárquica do texto constitucional em relação às possíveis reformas em seu corpo normativo e à legislação ordinária (BONAVIDES, 2004).

Aqui, convém evocar a exposição de José Afonso da Silva (2000), no sentido de que a obra concebida pelo poder constituinte originário é feita para durar¹¹. No caso brasileiro em específico, a Constituição Federal inaugura uma nova ideia de direito, um projeto de Estado, sob concepção diversa daquela instituída nas constituições precedentes.

Ora, se são feitas para durar, as constituições, sobretudo as mais progressistas, necessitam de mecanismos de defesa contra possíveis ataques¹², operados pelos setores do poder, sobretudo econômico, descontentes com o projeto de Estado concebido pelo constituinte, e que podem, no correr dos anos, intentar desfigurações na fisionomia original do texto constitucional.

Apenas a superioridade hierárquica formal da norma constitucional não é suficiente para garantir sua defesa e estabilização. Há de haver formas de efetivamente defender a essência do texto constitucional. A doutrina separa os fatores de defesa da constituição em duas espécies: defesa política e defesa jurídica (SILVA, 2001). Pela natureza mesma do presente estudo, à segunda espécie deve aqui ser da maior atenção.

Assim, ainda na lição do mestre mineiro, “a defesa jurídica da constituição consiste em técnicas criadas por suas próprias normas, destinadas a assegurar sua estabilidade”, de modo que as normas que disciplinam a defesa da constituição “fornecem os elementos, mecanismos e técnicas asseguratórios da durabilidade da Constituição e da proteção dos princípios fundamentais que a inspiram” (SILVA, 2000, p.240).

Tendo-se em mente o que até agora foi exposto, convém refletir um pouco mais acerca da superioridade hierárquica da constituição. Muitas constituições, como a brasileira, a portuguesa e a alemã, são dotadas de uma característica que a doutrina denomina majoritariamente de rigidez constitucional.

Constituições rígidas são aquelas que “não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias” (BONAVIDES, 2004, p. 83), demandando um rito especial de revisão. Essa rigidez é manifestação da já referida posição de superioridade hierárquica do poder

¹¹ Adverte Silva: “As Constituições são feitas para perdurar, regendo as estruturas, situações, comportamentos e condutas que a interpretação do constituinte teve como aferidas aos valores de convivência social dentro da comunidade a que se referem. A permanência de determinada ordem constitucional depende de fatores extrínsecos e de fatores intrínsecos. Os primeiros são de ordem política, sociológica e psicológica; os segundos são técnicas jurídicas criadas pelas próprias normas constitucionais, destinadas a assegurar sua estabilidade” (SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 237).

¹² Importante destacar que “O mais grave tipo de ataque, contudo, é o boicote à Constituição. A resistência em aplicar suas normas, seus institutos, por aquelas autoridades, inclusive judiciárias, que têm o dever de cumpri-la e observá-la. Entra também no conceito de defesa da Constituição promover um trabalho de esclarecimento e de persuasão no sentido de que se trata de um instrumento adequado ao momento da vida brasileira, protetor dos direitos fundamentais e de valores políticos e sociais, que, encontrando base na nossa evolução histórica, aponta para o futuro, que só não serve a esses poucos retrógrados que o estão combatendo.” (SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 240).

constituente, e dela, a rigidez constitucional, decorre a supremacia da constituição (SILVA, 2000), ou, na terminologia adotada por José Joaquim Gomes Canotilho (1993), a preeminência da norma constitucional.

A supremacia da constituição significa que a constituição está topograficamente localizada no ponto mais alto do sistema jurídico do país, ao qual confere validade. Outra decorrência dessa superioridade é a necessidade de conformação de todo Poder Público aos ditames constitucionais. Sendo assim, vital a observação de que “a previsão de um modo especial de mudança constitucional constitui o pressuposto fundamental da estabilidade e, também, de todos os mecanismos de garantia e defesa jurídica da constituição” (SILVA, 2000, p. 241).

Nesse contexto, é acertado afirmar que a “rigidez e, portanto, a supremacia da constituição reposam na técnica de sua reforma (ou emenda), que importa em estruturar um procedimento mais difícil, para modificá-la” (SILVA, 2014, p. 65).

Do exposto, depreende-se que o processo especial demandado para a reforma do texto constitucional é, de *per si*, o primeiro dos mecanismos de defesa da constituição. Forçoso, portanto, tecer alguns esclarecimentos acerca de outras formas de defesa jurídica da constituição, notadamente em relação aos limites materiais de reforma constitucional (cláusulas pétreas), à jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade.

3.1 LIMITES MATERIAIS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

A referida superioridade hierárquica que tem o poder constituinte originário em relação a todos os poderes constituídos se manifesta, para além da exigência de rito qualificado para a reforma constitucional, mediante limitações materiais ao poder de reforma constitucional. Significa dizer que o poder de reforma não pode atingir qualquer dispositivo constitucional, uma vez que existem certos conteúdos, expressos em determinados dispositivos que não podem ser objeto de emenda ou revisão.

Na paradigmática obra *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Otto Bachof (1977) leciona que o poder de reforma à constituição resta submetido tanto a limites materiais explícitos, no sentido de constitucionalmente positivados, quanto a limites materiais implícitos.

Na sistemática constitucional brasileira, os limites materiais explícitos são conhecidos como cláusulas pétreas ou garantias de eternidade, previstas na CF/88 no § 4º do art. 60, que veda até mesmo a deliberação de “proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa

de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, 1988).

Sobre os limites materiais implícitos, Bachof chama a atenção para a possibilidade de inconstitucionalidade por infração dos “princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição” (BACHOF, 1977, p. 64).

Dado o que se refletiu no capítulo anterior, é de se notar que tais princípios constitutivos não escritos a que se refere o autor alemão se identificam, no ordenamento constitucional brasileiro, aos princípios (e aqui é preciso lembrar que direitos fundamentais se expressam também por princípios) implícitos e àqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados peça CF/88 a que faz referência o § 1º, de seu art. 5º.

O jurista alemão assevera que “estes princípios não podem ser modificados à vontade, seguindo o caminho do processo de revisão regulado pela lei constitucional: a faculdade de revisão *não pode romper o quadro da regulamentação legal-constitucional em que assenta*” (BACHOF, 1977, p. 65).

Nesse contexto, é de se notar o sempre oportuno magistério de Luís Roberto Barroso, ao afirmar que “as emendas constitucionais devem reverência absoluta aos preceitos do Texto Constitucional acima noticiados. Se os violar, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e podem ter pronunciada sua invalidade” (BARROSO, 2009, p. 69).

Na esfera jurisprudencial o STF já se posicionou no sentido da possibilidade de ser uma emenda constitucional objeto de controle de constitucionalidade, por oportunidade da ADI 939/DF, de 1994, de relatoria do Min. Sydney Sanches.

Convém explicitar que, no que importa aos limites materiais implícitos consagrados na sistemática constitucional brasileira, a esta pesquisa é de especial interesse o princípio implícito da vedação ao retrocesso, debatido alhures. Conforme exposto, o princípio da vedação ao retrocesso revela um conteúdo já inserido e reconhecido na constituição de forma não expressa, de maneira que pode ser subentendido das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Trata-se, portanto, de princípio constitucional implícito que expressa direito/garantia materialmente fundamental.

Assim, pela importância de seu conteúdo, ao se tratar de garantia de eficácia de todo e qualquer direito fundamental, o princípio da vedação ao retrocesso integra o leque de obrigações político-constitucionais mais basilares do Estado brasileiro, compondo assim parte da própria identidade da Constituição de 1988. Considerando-se que o Constituinte de 1988, ao dotar a Carta Constitucional brasileira de uma série de mecanismos de defesa de seu conteúdo mais basilar, visou obstar a destruição de seus elementos essenciais, almejando a preservação

da identidade constitucional contra possível ação corrosiva dos poderes constituídos, é possível e razoável afirmar que o princípio da vedação ao retrocesso, em todas as suas dimensões, constitui autêntico limite implícito ao poder de reforma à Constituição.

No que concerne ao significado de cada cláusula pétreas, deve-se notar que a validade de emenda ou proposta de emenda em face do princípio da divisão dos poderes, da forma federativa de Estado ou dos direitos e garantias individuais exige a delimitação do conteúdo de cada uma dessas categorias, e que a “exata delimitação da extensão das cláusulas pétreas é, sem dúvida, tarefa magna das Cortes Supremas” (MENDES, 2012, p. 794). Ou seja, a delimitação do significado das garantias de eternidade representa esforço situado no campo hermenêutico, e deve levar em conta toda a sistemática constitucional pátria.

Diante do objeto da pesquisa aqui empreendida, é de especial interesse refletir-se brevemente sobre o conteúdo do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF/88, ou seja, sobre aquele dispositivo que diz respeito aos direitos e garantias individuais. Antes, porém, fazem-se necessárias mais duas considerações de cunho geral.

Primeiramente, quando estabelece os limites materiais de reforma, o texto constitucional prevê que não serão objeto de deliberação propostas de emenda à Constituição tendentes a abolir qualquer item do elenco das cláusulas pétreas. Não quer isso dizer que estão proibidas apenas as emendas que declarem expressamente: “Fica abolida a forma federativa de Estado, ou Fica abolido o voto direto” (SILVA, 2014, p. 69).

Em verdade, conforme leciona Gilmar Mendes (2012), o vocábulo abolir, no contexto em debate, significa mitigar, atenuar, reduzir o significado e a eficácia da tutela constitucionalmente outorgada aos conteúdos elevados à condição de cláusula pétreas.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal tem há tempos entendido ser cabível o manejo de mandado de segurança “contra o simples processamento de emenda constitucional que viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º” (BARROSO, 2009, p. 70). São exemplos desse tipo de tutela o MS 21.747, de 1993 e o MS 21.642, de 1993, ambos de relatoria do Min. Celso de Mello. Pode-se, enfim, passar ao debate sobre o alcance da proteção dada aos direitos fundamentais contra o poder constituinte reformador.

Essa questão gira em torno da exegese a ser realizada do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF/88. Em outras palavras, o debate tem por objeto a definição do sentido e alcance da expressão direitos e garantias individuais no dispositivo em comento. Parte considerável da doutrina brasileira advoga pela tese de que “tais cláusulas hão de ser interpretadas de forma restritiva” (MENDES, 2012, p. 792).

Baseando-se na correta preocupação de que a extensão demasiada da amplitude de proteção das cláusulas pétreas pode gerar um engessamento da ordem constitucional, que poderá obstar qualquer mudança significativa eventualmente necessária para a adaptação do Texto Constitucional às novas circunstâncias e desafios sociais (MENDES, 2012), defende-se uma leitura que identifica como limites materiais à reforma constitucional apenas aqueles direitos elencados no art. 5º da CF/88, ou aqueles a eles equiparáveis.

Essa interpretação restritiva é problemática em mais de um sentido. Primeiramente, trata-se de exegese de cunho estritamente literal, que por via de consequência exclui da proteção outorgada pela norma contida no art. 60, § 4º, inc. IV, além dos direitos sociais (arts. 6º a 11), os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13) e os direitos políticos (arts. 14 a 17). Ademais, é preciso ter em mente que a função precípua das garantias de eternidade é a de obstar a destruição dos elementos essenciais da Constituição, servindo, portanto, para a preservação da identidade constitucional contra possível ação corrosiva dos poderes constituídos (SARLET, 2007).

Na verdade, já em seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 estabelece que o Brasil é um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça [...]” (BRASIL, 1988), ou seja, a garantia dos direitos individuais e sociais é, de fato, objetivo permanente do Estado brasileiro.

Demais disso, não se pode deixar de refletir que o conteúdo do Texto Constitucional “consagra a ideia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º incs. I a III, e art. 3º, incs. I, III e IV” (SARLET, 2007, p. 432).

Desse modo, fica evidente a centralidade dada aos direitos fundamentais sociais na concepção de Estado estabelecida pela atual ordem constitucional brasileira, de tal sorte que tais direitos compõem os elementos essenciais, a própria identidade da CF/88 (SARLET, 2007).

Ademais, importa destacar que em nenhuma passagem a Constituição brasileira estabelece qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa), identificados com os direitos individuais, e os direitos sociais, muito menos estabelece primazia dos primeiros sobre os segundos.

Um outro argumento pode ser utilizado para rechaçar uma leitura restritiva do art. 60, § 4º, inc. IV: todos os direitos fundamentais, até mesmo aqueles consagrados fora do Título II, têm, em última análise, titularidade individual, ainda que alguns tenham expressão coletiva, incluindo-se aí o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. De todo o exposto se pode concluir que os direitos e garantias individuais a que se reporta o inc. IV, do § 4º, do art.

60 da CF/88 “incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos de nacionalidade e cidadania (direitos políticos)” (SARLET, 2007, p. 433).

Diante disso, tendo-se em conta o já discutido acerca do caráter basilar dos direitos fundamentais dentro de uma ordem constitucional, e a função precípua das cláusulas pétreas de promover a proteção dos elementos essenciais, ou seja, da identidade da Constituição, chega-se naturalmente à conclusão de que “os direitos fundamentais, expressa e/ou implicitamente reconhecidos pelo Constituinte de 1988, estejam situados no Título II ou em outras partes do texto constitucional, constituem sempre limites materiais expressos ou implícitos” (SARLET, 2007, p. 435) à reforma constitucional.

Após brevemente refletir sobre os limites materiais de reforma constitucional, notadamente sobre o significado e alcance da proteção outorgada pela CF/88 aos direitos e garantias individuais, pode-se prosseguir no debate, que agora buscará lançar luz sobre as noções de jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade.

3.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS

Em que pese o uso indistinto das locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, mesmo entre abalizada doutrina, feliz a advertência de Barroso (2016) no sentido de que não se tratam de sinônimos. Oportuno se faz, portanto, traçar as devidas distinções.

Trata-se, a jurisdição, da função estatal – em verdade, é ao mesmo tempo função, poder e atividade¹³ – de fazer operar a norma jurídica ao caso concreto, por meio do processo (GRINOVER, DINAMARCO, CINTRA 2006). Nesse sentido, na lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal “jurisdição constitucional designa a aplicação da constituição por juízes e tribunais” (BARROSO, 2016, p. 25).

¹³ Assim definem os autores: “é uma das funções do estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser解决ado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir e impor imperativamente decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que lhe comete.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 145)

Imperioso, todavia, destacar que nessa acepção ampla dada ao termo, toda e qualquer atividade jurisdicional é também jurisdição constitucional (REIS, 2017), visto que, no desempenho de suas atividades, juízes e tribunais, quando chamados a apresentarem soluções aos casos concretos, estarão, direta ou indiretamente, sempre aplicando a Constituição.

Na esteira do processualista Ronaldo Brêtas, a jurisdição constitucional, enquanto atividade jurisdicional exercida pelo Estado, pode ser caracterizada por seus objetivos, quais sejam: a tutela do princípio da supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais nela estabelecidos (BRÊTAS, 2015).

Nesse contexto, a fim de melhor delimitar o sentido dado ao vocábulo jurisdição constitucional para os fins deste estudo, é possível afirmar que ela “compreende toda a ação dos tribunais judiciários destinada a assegurar a observância das normas constitucionais” (SILVA, 2000, p. 247).

Os seguintes pontos se destacam no tocante ao seu objeto: controle de constitucionalidade dos atos do poder público, conflitos entre dois ou mais órgãos componentes do governo, conflitos entre entidades interestatais anônimas e, no caso de violação de direitos fundamentais, conflitos entre o Estado e grupos ou indivíduos (SILVA, 2000).

Quando, no exercício da função jurisdicional, o Estado-Juiz aplica a constituição, tutelando sua supremacia normativa e/ou protegendo os direitos fundamentais nela estabelecidos, seja diretamente, quando uma situação fática é disciplinada pela própria norma fundamental, seja indiretamente, quando ela é utilizada como baliza para conferir sentido a uma norma infraconstitucional ou como parâmetro de sua validade, está-se diante do exercício da jurisdição constitucional.

A última hipótese apontada – utilização da constituição como parâmetro de validade da norma infraconstitucional – pode ser entendida como sendo o controle (judicial) de constitucionalidade que é, portanto, espécie do gênero jurisdição constitucional (BARROSO, 2016).

Urge realizar sumária abordagem acerca da espécie controle de constitucionalidade, dentro dos limites possíveis e oportunos para o presente trabalho, de modo a destacar-se os aspectos mais relevantes à resolução da questão que move este estudo.

3.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao iniciar a abordagem do tema controle de constitucionalidade, em seu Curso de Direito Constitucional, o professor Paulo Bonavides (2004) destaca ser tal controle uma

consequência das constituições rígidas, visto que a supremacia da constituição decorre ela mesma dessa rigidez.

A supremacia da constituição significa, como mencionado anteriormente, que o Texto Constitucional se localiza no vértice do sistema jurídico do país, sendo a Constituição “o fundamento de validade de todas as demais normas” (BARROSO, 2016, p. 24). Além disso, é quem cria e confere competência a todos os poderes constituídos.

Sendo o Poder Legislativo um dos poderes constituídos, “não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida” (BONAVIDES, 2004, p. 297).

Assim, é possível definir-se controle de constitucionalidade como um mecanismo destinado a velar pela harmonia do sistema constitucional, “consistindo na verificação da compatibilidade entre a lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição” (BARROSO, 2016, p. 23). Forçoso ainda destacar que o controle de constitucionalidade é realizado em relação a qualquer ato do poder público, todavia, para fins desta monografia, será dado enfoque ao controle realizado sobre os atos normativos.

Nesse ponto, já foram levantados elementos suficientes para um proveitoso retorno à questão levantada no início do capítulo - *que é ser uma norma constitucional ou não?* -, de tal sorte que determinada norma só será constitucional quando compatível, tanto formal quanto materialmente, com a constituição.

Uma lei ou ato normativo é dito formalmente inconstitucional quando em seu processo legislativo não foram obedecidos os ditames constitucionais referentes ao órgão que confeccionou a lei: será analisado se o órgão agiu dentro de sua competência, se foi respeitado o quórum necessário, dentre outros aspectos.

Por outro lado, a “inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio” (BARROSO, 2016, p. 38). O Ministro Barroso prossegue sua lição ao destacar um aspecto do controle de constitucionalidade particularmente relevante ao presente estudo: “um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, *inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais* (grifo nosso)” (BARROSO, 2016, p. 24).

Repise-se que inconstitucionalidade tanto pode ocorrer mediante uma ação do poder público que viole os ditames constitucionais quanto por uma omissão sua, nos casos em que o poder público se abstém em exercer determinados atos constitucionalmente exigidos. De posse

do que já foi dito, o exame aqui realizado impõe compreender melhor como se dá a fiscalização jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos no sistema constitucional brasileiro. Antes, porém, conveniente tecer alguns comentários acerca dos modelos de controle de constitucionalidade que inspiraram a elaboração do sistema brasileiro.

3.4 OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme afirmado, compete, antes de adentrar às especificidades do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, tecer algumas considerações acerca da história do controle de constitucionalidade no mundo, especialmente sobre seu surgimento, as características do dito modelo americano e do modelo europeu, tendo-se em vista que, como será demonstrado adiante, no Brasil o sistema constitucional consagrou características de ambos os modelos citados.

Importante destacar que não será feita análise aprofundada dos modelos mencionados, mas apenas uma apresentação sumária para fins de contextualização histórica, seguida de exposição de algumas modalidades de controle de constitucionalidade, identificadas com este ou aquele modelo.

De início, é imperioso lembrar que, de um modo geral, quando aqui se fala em controle de constitucionalidade, está implícito o vocábulo judicial, ou seja, a fiscalização de constitucionalidade da qual se fala é a jurisdicional, uma vez que para os fins pretendidos importa compreender os principais aspectos do controle de constitucionalidade realizado por autoridade judiciária.

Essa noção mesma de uma verificação de constitucionalidade como competência do Poder Judiciário (*judicial review*) foi inaugurada com o famoso caso “*Marbury v. Madison*”¹⁴. Na célebre decisão desse caso concreto, cuja análise mais detida do conteúdo, apesar de salutar, foge aos limites deste estudo, o juiz John Marshall desenvolveu refinada argumentação a fim de demonstrar a supremacia da constituição, o poder da Suprema Corte dos Estados Unidos da

¹⁴ “*Marbury v. Madison*, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.29).

América do Norte de realizar o controle de constitucionalidade e de negar a aplicação às leis que fossem inconstitucionais de acordo com sua interpretação (BARROSO, 2016).

Na Europa, o responsável por introduzir o controle de constitucionalidade foi Hans Kelsen, por meio da constituição da Áustria, em 1920. Na sua concepção, o controle de constitucionalidade tinha fisionomia bem distinta do judicial review, não figurando como uma atividade judicial, e sim como função constitucional, uma função política mais assemelhada com uma atividade legislativa negativa. Foi ele o criador do tribunal constitucional e do controle concentrado de constitucionalidade, que será explicado a seguir (BARROSO, 2016).

Neste ponto da exposição, antes de apresentar algumas classificações oriundas da doutrina no tocante às modalidades de controle de constitucionalidade, no intuito de que, na sequência, seja possível traçar um perfil do modelo brasileiro, imperioso destacar que parte da doutrina não concorda com a posição defendida pelo constitucionalista Luís Roberto Barroso, e exposta neste capítulo, no sentido de ser o controle de constitucionalidade uma espécie do gênero jurisdição constitucional.

Isso porque, tendo-se em vista as diferenças sumariamente expostas entre o modelo americano e o modelo europeu de controle de constitucionalidade, alguns estudiosos usam a expressão *controle jurídico* para se referirem ao modelo americano, e *controle político* para fazer referência ao modelo europeu, de tal maneira que entendem ser a *jurisdição constitucional* a aplicação da constituição realizada no caso concreto.

Outros estudiosos, como José Afonso da Silva (2014), defendem outra ideia de controle político e controle jurídico, estando-se diante do primeiro quando a verificação de constitucionalidade é legada a um órgão de natureza política, como o parlamento, por exemplo. Já o controle jurídico ocorre quando a competência para a realização da fiscalização da constitucionalidade do ato é de um órgão jurisdicional. Há ainda o sistema misto de controle de constitucionalidade, no qual essa competência em determinados casos pertence a um órgão político e, em outros, ao Poder Judiciário.

Quando o controle é realizado por órgão jurisdicional, pode ser classificado quanto ao seu modo (por via incidental ou por via principal) e quanto ao órgão judicial que o exercer (difuso ou concentrado). O controle por via incidental (controle por via de exceção ou defesa) é exercido “quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar” (BONAVIDES, 2004, p. 302). Nesses casos, a questão de ordem constitucional aduzida pela parte desponta como uma questão prejudicial, que precisa de resolução para que então possa a lide ser decidida (BARROSO, 2016).

Quando solucionada pela via incidental, a controvérsia acerca de constitucionalidade não tem como consequência a anulação da lei, mas apenas o afastamento de sua aplicabilidade ao caso em que foi realizada a demanda (BONAVIDES, 2004).

Já o controle por via principal (por ação direta) consiste em uma verificação de constitucionalidade em abstrato, por meio de instrumento previsto na própria constituição. “Nesse caso, impugna-se perante um determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e consequentemente ser anulada *erga omnes*” (BONAVIDES, 2004, p. 307).

No tocante ao órgão jurisdicional que realiza a fiscalização de constitucionalidade, tem-se que o controle é dito difuso quando essa competência é reconhecida a todos os componentes do Poder Judiciário, enquanto o controle é concentrado quando exercido por órgão de cúpula desse mesmo Poder ou por órgãos criados especificamente para esse fim (SILVA, 2014).

O controle difuso e o controle por via incidental são decorrentes do sistema americano, enquanto o controle por via principal e o controle concentrado têm sua origem no modelo europeu. Todavia, importante destacar que, conforme o que foi apresentado, controle incidental e difuso não são sinônimos¹⁵, bem como não o são o controle por via principal e o controle concentrado (BARROSO, 2016).

3.5 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade teve sua gênese sob forte influência do constitucionalismo dos Estados Unidos, sendo consagrado na Constituição de 1891 o controle difuso e por via de exceção. As constituições subsequentes foram responsáveis por introduzir, aos poucos, elementos ligados ao método concentrado e por via principal (SILVA, 2014). Sendo assim, a doutrina costuma caracterizar o sistema brasileiro como híbrido ou misto (BARROSO, 2016).

Em crítica de tom jocoso, relativamente à referida hibridez do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tendo em vista algumas incompatibilidades entre o modelo americano e o modelo europeu, foi publicada a seguinte imagem na página do Instagram do

¹⁵ Veja-se o que afirma Barroso em relação a esse tema: “O controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronunciamento em tese. Contudo, assim como controle incidental e difuso não são sinônimos, tampouco se confundem a fiscalização principal e concentrada. É certo que, como regra, há no direito brasileiro coincidência entre ambas, mas tal circunstância não é universal. Ao contrário, nos países europeus existem exemplos nos quais ocorrerá controle concentrado, exercido pelo tribunal constitucional, mas por via incidental.” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55).

projeto de extensão denominado Pílulas Constitucionais, vinculado ao curso de graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), de onde se pode dimensionar a peculiaridade e complexidade da sistemática adotada na CF/88.



Figura 1 - *What the hell is this? – Controle de constitucionalidade brasileiro.* Fonte: página <https://www.instagram.com/pilulasconstitucionais/> (2020).

Naturalmente, os limites deste estudo fazem com que ele não comporte uma análise minuciosa acerca das inovações trazidas pela Constituição de 1988, tampouco, que se desça a todas as minúcias acerca da fiscalização de constitucionalidade que se pode aduzir da Carta Constitucional vigente no país.

Deve-se destacar, no entanto, que no Brasil, sob o regime da Constituição Federal de 1988, há o controle por via incidental, operado de maneira difusa por todos os juízes e tribunais, e o controle exercido por meio de ação direta (por via principal), de competência concentrada do STF ou dos Tribunais de Justiça dos Estados, e do Distrito Federal e dos Territórios, no caso de atos normativos em face de constituição estadual, e da Lei Orgânica do Distrito Federal, respectivamente.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de competência do STF, a CF/88 consagrou o seguinte rol de ações: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (Ação genérica, ADI) (art. 102, I, “a”); b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”); d) ação direta intervintiva (art. 36, III); e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Desse elenco, é de especial interesse para esta monografia a compreensão da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, da CF/88), que consiste em verdadeira ação, na qual o legitimado provoca o exercício da jurisdição constitucional a fim de obter uma manifestação

do Estado Juiz acerca da (in)compatibilidade de determinado ato normativo com os preceitos consagrados constitucionalmente. Assim, é de interesse didático que se dedique um tópico específico para esse instrumento processual.

3.6 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI)

Neste tópico serão abordadas as questões relativas à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) identificadas como mais relevantes à análise da (in)constitucionalidade da EC nº 96/17. Em primeiro lugar, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi disciplinada no plano infraconstitucional juntamente com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, pela Lei nº 9.868, de 11 de outubro de 1999, dispositivo no qual estão contidas várias das informações sobre as quais se refletirá neste tópico.

Trata-se a ADI de verdadeira ação, apesar de configurar exercício atípico de jurisdição, visto não haver lide, nem se prestar à solução de controvérsia subjetiva, só sendo possível falar em partes sob o aspecto formal (CLÈVE, 2010). Refere-se, assim, a processo objetivo que se destina à “proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição” (BARROSO, 2016, p. 121).

Falando-se de mecanismo de controle de constitucionalidade por via principal, o objeto da ação, ou seja, sua questão principal, é o juízo de constitucionalidade a ser realizado pelo órgão julgador acerca do diploma normativo indicado pelo autor, que deve apontar também as normas constitucionais em face das quais tal diploma está sendo questionado, acompanhado, obviamente, das respectivas razões (BARROSO, 2016).

Cabe, aqui, destacar que o “parâmetro para a fiscalização abstrata é amplo, compreendendo toda a Constituição, independentemente das normas apontadas pelo requerente. Isso porque o STF vincula-se, apenas, ao pedido declaratório da ADI, e não à causa de pedir” (CLÈVE, 2010, p. 102).

A sistemática constitucional brasileira permite o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade tanto em face de afronta à Constituição Federal, quando o julgamento da ação é de competência do Supremo Tribunal Federal, quanto frente à violação de Constituição Estadual, oportunidade na qual deve ser julgada pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado membro ou do Distrito Federal.

Regra geral, neste trabalho as reflexões dirão respeito à apresentação desse tipo de ação em face de afronta à CF/88. Assim, cabe ressaltar que, conforme já foi afirmado no decorrer

das reflexões empreendidas, as emendas constitucionais podem ser objeto de ações diretas de inconstitucionalidade.

Prosseguindo-se na discussão, a doutrina costuma apontar como uma das principais inovações da CF/88, em sede de controle de constitucionalidade a ampliação do rol de legitimados à proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que até então era prerrogativa exclusiva do Procurador-Geral da República (PGR), e hoje pode ser proposta – para além do PGR – pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, pela Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação no Congresso Nacional e por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Figuram no polo passivo da ADI os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação. Todavia, não se pode olvidar que “uma vez que se trata de processo objetivo, a demanda não se volta contra alguém, e sim se dirige contra ato normativo ilegítimo do ponto de vista constitucional” (CLÈVE, 2010, p. 104).

Nesse contexto, é de se pontuar também a atuação obrigatoria do Advogado Geral da União “que funciona como uma espécie de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público” (BARROSO, 2016, p. 124). O Procurador Geral da República deve também, obrigatoriamente, apresentar parecer acerca da (in)constitucionalidade do ato impugnado, sempre que não figurar no polo ativo da ação.

A Lei nº 9.868, de 11 de outubro de 1999, por meio do 2º de seu art. 7º, introduziu no Direito brasileiro a possibilidade de que certos órgãos ou entidades tenham a oportunidade de se manifestarem sobre a matéria levada a julgamento, quando demonstrados a relevância da discussão e a representatividade do postulante.

Trata-se de instituto análogo ao do *amicus curiae* do direito anglo-saxão (BARROSO, 2016). A participação do *amicus curiae*, ou dos *amici curiae*, “qualifica-se como fator de legitimação das decisões da Suprema Corte, aperfeiçoando o sistema de controle abstrato da constitucionalidade ao favorecer sua democratização” (CLÈVE, 2010, p. 105), haja vista possibilitar que a discussão em sede de ADI não se restrinja aos argumentos do legitimado ativo, do órgão que produziu o ato normativo, do Procurador Geral da República e do Advogado-Geral da União.

Por pertinente, vale ressaltar que esse instituto foi expressamente trazido pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), em seu art. 138¹⁶, entre as hipóteses de intervenção de terceiro no processo. Cuida-se, nas palavras de Theodoro Júnior, de um auxiliar especial do Juiz, “a quem cabe fornecer informações técnicas reputadas relevantes para o julgamento da causa. Não se confunde, entretanto, com aqueles auxiliares que habitualmente participam do processo, tais como o escrivão, o perito, o tradutor, o curador, o *custos legis* etc.” (2019, p. 212).

Outro dispositivo da referida Lei nº 9.868/99, que importa em fator de legitimação das decisões proferidas pelo STF em sede de ADI, é o art. 9º, § 1º, que prevê que em caso de necessidade poderá o relator designar data para realização de audiência pública, com o intuito de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, o que, por óbvio, importa em abertura cognitiva do processo para membros da sociedade civil apresentarem argumentos relevantes à demanda em curso no STF. Poderá, ainda, ser nomeado perito ou comissão de peritos com vistas à emissão de parecer sobre a questão debatida.

Compreendendo-se a impossibilidade de se exaurir os debates sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, passa-se a debater brevemente acerca dos efeitos de suas decisões. Convém, todavia, dada à complexidade do sistema de controle de constitucionalidade consagrado no Brasil e os interesses discursivos deste estudo, limitar a reflexão aos efeitos inerentes à decisão que julga procedente o pedido em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, voltando-se as atenções de maneira especial para aquilo que é relevante no caso do objeto da ADI ser uma emenda constitucional.

Para tanto, necessário dissertar-se brevemente acerca dos efeitos propriamente ditos da decisão em sede de ADI, e dos limites objetivos e subjetivos da eficácia com que a coisa julgada reveste essas decisões após o trânsito em julgado.

3.6.1 Coisa Julgada e Efeitos Vinculantes da decisão em sede de ADI. Transcendência dos Motivos Determinantes

¹⁶ Assim dispõe o artigo 138 do Código de Processo Civil: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º; § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*; § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.” (BRASIL, 2015).

Primeiramente, no que tange aos efeitos da decisão pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle abstrato, “a decisão do Tribunal estará declarando que a norma é nula de pleno direito. A declaração de nulidade situa-se no plano da validade do ato jurídico: é a sanção pela invalidade da norma” (BARROSO, 2016. p. 143-144).

A consequência disso, é que a lei ou ato normativo nulo não mais poderá produzir efeitos, de sorte que do plano da validade, o feito da decisão passa para o plano da eficácia da norma, que deve ser paralisada. Assim, declarada a inconstitucionalidade da norma, as consequências são a sua nulidade e ineficácia. (BARROSO, 2016).

A premissa teórica segundo a qual lei inconstitucional é lei nula traz consigo duas consequências importantes. Primeiramente, reconhecer a inconstitucionalidade significa constatar uma realidade preexistente, de modo que decisão judicial com manifestação nesse sentido tem natureza declaratória, de tal sorte que, regra geral, seus efeitos retroagem ao momento do ingresso da norma que teve sua inconstitucionalidade declarada no mundo jurídico. Ou seja, a decisão, de regra, produz efeitos *ex tunc* (BARROSO, 2016).

Conquanto no Brasil seja vencedora a tese da nulidade da norma inconstitucional, com o advento da Lei nº 9.868/99 foi expressamente positivada a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão que declara inconstitucionalidade de ato normativo, pois o art. 27 do referido diploma legal permite ao STF “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (BRASIL, 1999).

Por seu turno, a *coisa julgada* “é uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela imutabilidade do julgado e de seus efeitos, depois que não seja mais possível impugná-los por meio de recurso” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 343). Em verdade, passada em julgado, a sentença reveste-se de imutabilidade e de indiscutibilidade, ou seja, produz força de lei, via de regra, em relação às partes às quais é dada, não prejudicando terceiros, por disposição do art. 506 do Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Todavia, há na lei processual previsão de situações nas quais a coisa julgada repercute também sobre pessoas estranhas à relação processual. Nesse cenário, Theodoro Júnior (2015) destaca a disciplina do parágrafo único do art. 18 do NCPC, que prevê a possibilidade de substituição processual, que está presente quando a lei autoriza alguém a demandar em nome próprio a defesa de direito alheio.

Nesses casos, “a coisa julgada provocada pela atividade do substituto operará sobre a situação jurídica material do substituído, mesmo que este, processualmente, não tenha figurado

como parte” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 361). Nesse contexto, importa reconhecer que o “direito de propositura da ação direta é um exemplo típico de substituição processual: os órgãos legitimados atuam em nome próprio, mas no interesse da sociedade como um todo” (BARROSO, 2016, p. 141).

Por esse motivo, conforme leciona Gilmar Mendes (2006), nos termos expressos da Constituição e da Lei n. 9.868/99, não subsistem dúvidas de que a decisão de mérito sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade possui força de lei e eficácia contra todos, ou *erga omnes*.

Significa isso dizer que a imutabilidade e indiscutibilidade da matéria transitada em julgado surte efeitos contra todos, este é seu limite subjetivo. Cabe, todavia, refletir acerca dos limites objetivos das referidas características da imutabilidade e indiscutibilidade nas decisões em sede de ADI.

Avançando no debate, é vital para a resolução do problema que move esta monografia a correta compreensão da eficácia preclusiva da coisa julgada e do efeito vinculante, atribuído às decisões em sede de ADI. Na verdade, eficácia preclusiva significa que “a matéria coberta pela autoridade da coisa julgada não poderá ser objeto de novo pronunciamento judicial” (BARROSO, 2016, p. 141).

Diante disso, o constitucionalista carioca conclui que se determinado diploma normativo for julgado inconstitucional em sede de ADI, não será possível o ajuizamento de nova ação direta para obter pronunciamento acerca da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade do mesmo diploma.

No primeiro caso, porque não existiria nem mesmo interesse de agir, visto não haver sentido que o STF se pronuncie duas vezes sobre a mesma coisa. No segundo caso, isto é, um possível pedido de declaração de constitucionalidade, não seria possível trazer de volta ao mundo jurídico um diploma já fulminado por declaração de inconstitucionalidade.

Desse modo, conclui-se que as decisões que julgam procedente o pedido expresso em ADI, após passadas em julgado, revestem-se da autoridade da coisa julgada material, que “impede qualquer novo pronunciamento acerca da matéria já decidida” (BARROSO, 2016, p. 142).

É relevante destacar que a discussão muda completamente de sentido quando se avalia uma decisão que julga improcedente um pedido de declaração de inconstitucionalidade, ou procedente pedido de declaração de constitucionalidade de dispositivo normativo, pelo fato de que, nesses casos, admite-se, ainda que em caráter excepcional, que o STF se ocupe novamente da aferição de sua legitimidade, desde que haja mudança significativa nas circunstâncias fáticas

e/ou relevante alteração das concepções jurídicas dominantes, de tal maneira que Gilmar Mendes assim se posiciona: “parecer-nos plenamente legítimo que se suscite perante o STF a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade” (MENDES, 2006, p. 217).

Oportuno fazer referência à atenta e sagaz percepção dos membros do já citado projeto de extensão Pílulas Constitucionais que, sobre as peculiaridades do controle de constitucionalidade pátrio publicaram a seguinte sátira na respectiva página do *instagram*:

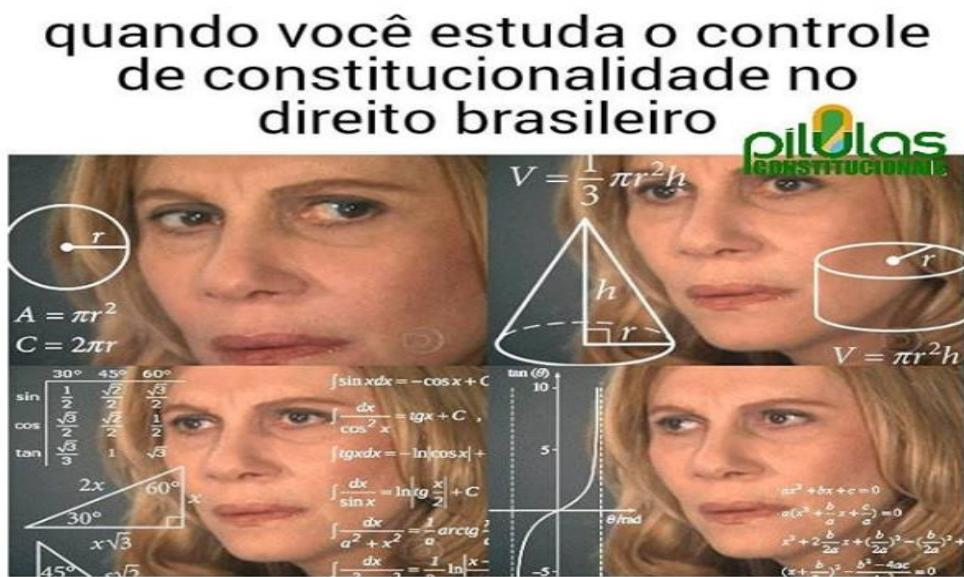


Figura 2 - Quando você estuda o controle de constitucionalidade brasileiro. Fonte: página <https://www.instagram.com/pilulasconstitucionais/> (2020).

A imagem acima representa uma leitura crítica sobre a complexidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, dada à importação de institutos de diferentes tradições de controle de constitucionalidade, que guardam muitas vezes incompatibilidades entre si, sobretudo quando se considera uma aproximação da atuação do STF à do tribunal constitucional do modelo europeu que, como já exposto, nem mesmo revela-se como órgão jurisdicional.

Prosseguindo-se, convém destacar que o Texto Constitucional, no art. 102, § 2º, e a Lei nº 9.868/99, em seu art. 28, parágrafo único, expressamente atribuíram eficácia geral (*erga omnes*) e, além disso, **efeito vinculante** às declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive à interpretação conforme à Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Diante disso, Mendes (2006) alerta que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante devem ser tratados como **institutos afins, mas distintos**, diante da nítida separação traçada pelo direito positivo.

A grande discussão que surge dentro desse contexto de reflexão, e que muito é caro ao debate da (in)constitucionalidade de EC nº 96/17, diz respeito à distinção existente entre os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada (da força de lei, efeito *erga omnes*), e do efeito vinculante, nas decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF.

Dissertando sobre o tema, Gilmar Mendes (2006) assevera que **em relação à coisa julgada e à força de lei**, seus efeitos estão adstritos à parte dispositiva da decisão. O Código de Processo Civil não deixa dúvidas ao dispor, em seu art. 504, inc. I, que “não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (BRASIL, 2015).

Esclarecedoras as lições de Theodoro Júnior no sentido de que os motivos da decisão, embora relevantes para fixação do dispositivo da sentença, ao passo que influenciam sua interpretação, “não se recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da *res iudicata*¹⁷. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o porquê dessa resposta” (2015, p. 354).

Neste ponto reside a nota distintiva entre a coisa julgada e o efeito vinculante, ambas características das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Convém repetir que, conforme afirmado acima, coisa julgada, notadamente no que diz respeito à eficácia *erga omnes*, e efeito vinculante, devem ser tratados como institutos afins, mas distintos, diante da nítida separação traçada pelo direito positivo brasileiro.

A característica da intangibilidade, própria da coisa julgada, alcança apenas a parte dispositiva da decisão, este é seu limite objetivo. Entretanto, o debate cresce em complexidade, e os limites objetivos são mais amplos, quando a reflexão trata dos **limites objetivos e subjetivos do efeito vinculante** das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Dizer que decisões declaratórias de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado possuem efeito vinculante significa afirmar que juízes e tribunais, quando provocados a decidirem determinada questão, têm a obrigação de considerar, como premissa necessária, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a validade ou não das normas que dizem respeito ao caso concreto com que se deparam. Ademais, os posicionamentos

¹⁷ A expressão *res iudicata*, utilizada por Theodoro Júnior (2015) é o equivalente, em latim, da locução coisa julgada.

sustentados pelo STF deverão ser necessariamente observados também pelos da Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.

No tocante aos limites subjetivos do efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade não há maiores controvérsias, de maneira que Fernandes (2007) afirma que todos os órgãos do Poder Judiciário estão obrigados à observância dos posicionamentos expressos por essa Corte, excetuando-se o próprio STF, que pode, desde que justificadamente, alterar seu entendimento. Cabe saber se os demais órgãos do Poder Judiciário deverão observar apenas o dispositivo da sentença ou também seus motivos determinantes.

Perquirir-se sobre os limites objetivos do efeito vinculante das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, significa questionar se os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública devem render observância apenas à parte dispositiva dessas decisões, ou se são os próprios fundamentos determinantes das decisões que vinculam sua atuação (eficácia transcendente).

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) (Lei nº 13.105/15) traz, em seu art. 927, a previsão de um rol de precedentes que possuem efeito vinculante, assim dispondo: “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;” (BRASIL, 2015).

Em seu art. 988, o NCPC estabelece a forma de fazer valer o referido efeito vinculante, e expressamente discorre sobre os limites objetivos transcendentais desse efeito:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) [...]

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV *compreendem a aplicação indevida da tese jurídica* e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. (grifo nosso) (BRASIL, 2015).

João Paulo Loreto, com base nas lições de Didier Júnior, e em sintonia com a distinção aqui traçada entre a eficácia da coisa julgada e o efeito vinculante, afirma sobre os dispositivos em comento que “não se trata aqui de respeito à coisa julgada produzida nesses processos. São os fundamentos determinantes do julgamento que produzem o efeito vinculante de precedente para todos os órgãos jurisdicionais” (2018, não paginado).

No mesmo sentido, na lista de Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), consta o enunciado nº 168, aprovado no FPPC IV, que assim dispõe:

168. (art. 927, I; art. 988, III) Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

Diante do atual cenário normativo brasileiro, a doutrina também tem se posicionado no sentido da aceitação da tese da transcendência dos motivos determinantes. Em artigo publicado na Revista Brasileira de Teoria Constitucional, no ano de 2019, Mendes Júnior e Jurubeba afirmam:

Portanto, o fundamento determinante da decisão, motivador da parte dispositiva, deve ser observado em casos posteriores. Isso significa que o efeito vinculante produzido pela decisão de mérito do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, alcança as razões de decidir, obrigando sua observação por outros órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública quando da análise de casos futuros semelhantes (MENDES JÚNIOR; JURUBEBA, 2019, p. 23).

Em sentido semelhante, Oliveira (2019), tece comentário que, tendo em conta sua relevância para o debate aqui empreendido, deve ser transscrito na íntegra:

[...] o Código de Processo Civil de 2015, apesar de não ser a legislação responsável pela existência da transcendência dos motivos determinantes no controle de constitucionalidade, teve papel fundamental ao trazer uma nova cultura de respeito às decisões proferidas pelos tribunais superiores, atribuindo também a estes o dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, na busca pela uniformidade, estabilidade e previsibilidade. Em que pese a previsão constitucional do efeito vinculante se apresente suficiente para autorizar a reclamação fundamentada na violação aos motivos determinantes, a previsão de cabimento da reclamação no CPC para garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade inclusive no caso de aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam (artigo 988, III, §4º do CPC/15) foi de extrema relevância para o STF reviver o debate [...] (OLIVEIRA, 2019, não paginado).

Anteriormente à vigência da Lei nº 13.105/15, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal oscilou sobre o limite objetivo do efeito vinculante, ou seja, ora afirmado que assim como na coisa julgada, se restringe à parte dispositiva, ora reconhecendo que se revela mais amplo, aceitando-se a tese da eficácia transcendente.

Entretanto, de acordo com o Informativo STF nº 886, em 29 de novembro de 2017, ao julgar as ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, de relatoria da Min. Rosa Weber, a Corte trouxe grande novidade ao tema em debate.

As duas Ações Genéricas visavam apenas à declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe a extração do amianto em todo

território daquele Estado membro, e prevê a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham.

Todavia, em ambos os casos, tendo em vista que o julgamento se deu de forma conjunta, “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, **incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e erga omnes.**” (grifo nosso) (BRASIL, STF, 2017, p. 1). Ou seja, ocorreu o reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei nº 9.055/95 de forma incidental, no seio de uma ação de controle concentrado, pois a lei federal não era o objeto da demanda e, à declaração incidental, foi atribuído efeito vinculante.

Forçoso relembrar que no controle por via incidental (controle por via de exceção ou defesa) o debate de ordem constitucional desponta como uma questão prejudicial, que precisa de resolução para que então possa a controvérsia principal ser decidida. (BARROSO, 2016). Significa dizer que “incidental é aquilo considerado na fundamentação; incidental é o oposto de principal, aquilo que é decidido no dispositivo” (LORETO, 2018, não paginado).

Dessa feita, lançando-se luz sobre as reflexões tecidas, observa-se que o STF declarou, por via incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, e atribuiu a essa decisão efeito vinculante. O controle por via incidental releva-se como questão prejudicial, de modo que não compõe a questão principal da ação e, por isso mesmo, sua resolução não está contida na parte dispositiva da decisão, compondo apenas os motivos determinantes do juízo.

Logo, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal atribuiu efeitos vinculantes a uma declaração incidental, que se encontrava na fundamentação da decisão das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, de modo que, aos motivos determinantes da decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade foram reconhecidos efeitos vinculantes, revelando que na ordem constitucional brasileira a vinculação se estende aos motivos determinantes desse tipo de decisão.

O autor tem em mente que os debates acerca do reconhecimento ou não da transcendência dos motivos determinantes em decisões de controle concentrado de constitucionalidade variaram na jurisprudência brasileira ao longo dos anos, de modo que é imperioso um debate atualizado do tema, como foi feito. Todavia, construções argumentativas elaboradas em debates pretéritos, não necessariamente perdem sua força retórica, nem sua validade, sobretudo quando tecidos em sede doutrinária.

Diante disso, oportuno evocar a argumentação de Gilmar Mendes, que, considerando a origem germânica do instituto do efeito vinculante e a sua necessária harmonização com outros institutos consagrados no Direito brasileiro, afirma:

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional (MENDES, 2006, p. 222).

Concluindo, o constitucionalista brasileiro assevera que o “efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes” (MENDES, 2006, p. 225).

Do exposto, pode-se concluir que o ordenamento positivo brasileiro, com a expressa distinção entre a eficácia da coisa julgada e o efeito vinculante, trazida no Texto Constitucional por meio do art. 102, § 2º, e na Lei nº 9.868/99, em seu art. 28, parágrafo único, e ainda com as disposições contidas na Lei nº 13.105/15, notadamente em seus artigos 927 e 988, § 4º, possibilitou ao Supremo Tribunal Federal reconhecer força adicional às suas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, outorgando efeitos vinculantes não apenas à parte dispositiva de tais decisões, mas também aos seus motivos determinantes. Logo, faz-se presente, na sistemática constitucional brasileira, a transcendência dos motivos determinantes.

Nesse cenário, com base no magistério de Fernandes (2007), e Mendes Júnior e Jurubeba (2019), respectivamente sobre os limites subjetivos e objetivos do efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é possível afirmar que os fundamentos determinantes das decisões dessa natureza proferidas pela Corte devem ser observados por todos os demais órgãos do Poder Judiciário, em qualquer parte do território brasileiro, porquanto os fundamentos da decisão independem de ser o objeto do controle uma lei estadual ou federal.

Frente a todas as reflexões até aqui tecidas, verificou-se a existência de superioridade hierárquica do poder constituinte originário relativamente a todos os poderes constituídos, e que a obra desse poder juridicamente ilimitado é feita para durar. Não significa isso dizer que se vise à perenidade do Texto Constitucional, uma vez que o próprio constituinte previu a possibilidade e estabeleceu os critérios e procedimentos a serem seguidos para que se leve a cabo uma reforma constitucional.

Nesse contexto, constatou-se ainda que a sistemática constitucional brasileira consagrou rito qualificado para a aprovação de emendas à Constituição, de modo que a CF/88 é dotada da qualidade doutrinariamente denominada de rigidez constitucional, de onde decorre a supremacia da Constituição em relação a todo o ordenamento jurídico brasileiro, a quem confere validade.

A fim de evitar desfigurações ao Texto Constitucional, que poderiam desvirtuar o projeto de Estado consagrado pelo Constituinte, a CF/88 foi dotada de mecanismos jurídicos de defesa, a começar pelo próprio processo especial demandado para a reforma de seu texto. Para além disso, foram estabelecidos limites materiais de reforma constitucional (cláusulas pétreas ou garantias de eternidade).

Conforme retoricamente comprovado, os direitos fundamentais, dada à vinculação basilar que guardam com a própria noção de Estado Democrático e Social de Direito consagrada na Carta Constitucional brasileira, restam todos, os individuais, os sociais, e até mesmo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a salvo de emendas tendentes a abolir, no sentido de mitigar, atenuar, reduzir o seu significado e a eficácia o seu conteúdo, dado que representam limites materiais de reforma constitucional.

Cânone da referida supremacia da constituição é a possibilidade da realização de juízo de constitucionalidade de atos e diplomas normativos. Avaliar a constitucionalidade de dispositivo legal significa verificar a observância dos procedimentos formais constitucionalmente estabelecidos para a elaboração de cada tipo normativo, e examinar a existência de compatibilidade substancial, isto é, material, de conteúdo, entre o diploma normativo objeto de controle, e a Constituição, tomada como um todo sistêmico que carrega em si, para além de preceitos organizatórios e regras, um conteúdo axiológico e teleológico.

Demonstrou-se ainda que sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é resultado da acomodação, nem sempre harmoniosa, de elementos originários de diversos modelos de controle de constitucionalidade consagrados nos Estados ocidentais, notadamente nos Estados Unidos da América, na Áustria, que consagra o modelo proposto por Hans Kelsen, e na Alemanha.

A verticalização do debate relativo à defesa da constituição levou a discussão até a análise de aspectos relativos à Ação Direta de Inconstitucionalidade, em virtude de que, nesse tipo de ação, cada ministro do STF tem como obrigação, para que o Tribunal cumpra sua função jurisdicional, apresentar respostas a perguntas análogas à questão motora deste estudo, qual seja, é (in)constitucional a EC nº 96/17?

Diante dessa realidade, concluiu-se que a sentença que declara a inconstitucionalidade de diploma normativo o declara nulo de pleno direito e, portanto, destituído de validade. A consequência imediata da declaração da invalidade da norma é a paralisação de sua eficácia. Possuindo natureza declaratória, de regra, esse tipo de decisão produz efeitos retroativos. Ademais, essas decisões, quando transitadas em julgado se revestem de eficácia preclusiva e *erga omnes*.

Para além dos efeitos relativos à coisa julgada e à força de lei, por expressa determinação constitucional, a sentença que declara inconstitucionalidade de diploma normativo possui efeito vinculante.

Tal fato, juntamente com as disposições trazidas pela Lei nº 13.105/15, notadamente em seus artigos 927 e 988, § 4º, possibilitou ao Supremo Tribunal Federal reconhecer força adicional às suas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, outorgando efeitos vinculantes não apenas à parte dispositiva de tais decisões, mas também aos seus motivos determinantes. Logo, faz-se presente, na sistemática constitucional brasileira, a transcendência dos motivos determinantes.

Nesse cenário, com base no magistério de Fernandes (2007), e Mendes Júnior e Jurubeba (2019), respectivamente sobre os limites subjetivos e objetivos do efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é possível concluir que os fundamentos determinantes das decisões dessa natureza proferidas pela Corte devem ser observados por todos os demais órgãos do Poder Judiciário, porquanto os fundamentos da decisão independem de ser o objeto do controle uma lei estadual ou federal.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE DA EC N° 96/17

Este capítulo representa o ponto de convergência de todos os debates até aqui desenvolvidos. Nele se buscará prover efetivamente uma resposta à questão que moveu todos os esforços empreendidos neste estudo, qual seja, é (in)constitucional e/ou (in)convencional a Emenda Constitucional nº 96/17?

Conforme exposto na introdução, a análise da problemática desta monografia permitiu identificar que a apresentação de uma resposta satisfatória depende da correta compreensão dos direitos fundamentais e seu papel no Estado constitucional, e dos mecanismos de defesa da própria Constituição.

Seguindo-se os ditames do método dedutivo, escolhido como o mais adequado para este estudo, partiu-se de considerações gerais, e a partir delas se desenvolveu o raciocínio, sempre em direção às questões específicas, de modo que cada debate específico realizado é decorrência das considerações feitas em caráter geral. Em outras palavras, agora, na análise concreta de cada ponto que importa à verificação da (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da EC nº 96/17, cada juízo e cada posição tomada pelo autor tem seu fundamento nas considerações tecidas ao longo dos capítulos anteriores.

É de toda importância destacar mais uma vez uma observação acerca da pertinência prática do debate ora realizado. Hoje, tramitam no STF duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade pugnando a declaração de inconstitucionalidade da EC nº 96/17: a ADI 5728, proposta pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, em 13 de junho de 2017, e a ADI 5772, de autoria da Procuradoria-Geral da República. Por óbvio, as estratégias argumentativas levadas a cabo nas referidas ações compõem o universo de considerações a serem empreendidas neste capítulo.

Todavia, não se pretendeu, neste estudo, limitar os debates às alegações formuladas nas referidas Ações Genéricas, de modo que tanto o espectro de análise como os próprios fundamentos dos juízos de (in)constitucionalidade a serem realizados se baseiam, também, nas reflexões doutrinárias sobre o tema, e em toda jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, o primeiro ponto a ser analisado diz respeito à observância dos preceitos formais necessários para a confecção de emendas constitucionais, ou seja, à (in)constitucionalidade formal da EC nº 96/17. Destaque-se que nem a ADI 5728 nem a ADI 5772 pugnam pela inconstitucionalidade formal desse dispositivo.

Em seguida, será averiguada a compatibilidade material entre o conteúdo da emenda em estudo e a Constituição brasileira, considerada de forma sistêmica, avaliando-se, sobretudo, se o legislador extrapolou os limites materiais, explícitos e implícitos que lhes são impostos, respectivamente, por força do art. 60, § 4º, que consagra cláusulas pétreas no âmbito positivo de maior hierarquia do ordenamento brasileiro, e pelo sistema constitucional como um todo, dada à consagração de conteúdos e posições fundamentais e basilares do Estado e da Constituição brasileira, e que, por isso mesmo, foram postos à guarda de qualquer tentativa de desfiguração legislativa.

Antes, porém, oportuno trazer à luz alguns fatos acerca da promulgação da EC nº 96/17.

Em verdade, a gênese da emenda em estudo remete ao dia 6 de outubro de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI 4983/CE, movida pela Procuradoria-Geral da República em face da Lei estadual nº 15.299/13, do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no âmbito daquele Ente.

Convém transcrever a ementa da decisão do STF na ADI 4.983/CE:

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* (grifo nosso) (STF, 2016).

Por oportunidade desse julgado, como se vê, foi declarada a inconstitucionalidade da lei estadual, e firmada a tese jurisprudencial da incompatibilidade da prática da vaquejada com o sistema constitucional brasileiro, sob o fundamento de consistir em prática na qual a crueldade é inerente, de tal modo que não há a possibilidade de que dela se afaste o tratamento cruel dado aos animais não humanos sem a descaracterização total da prática.

Nesse cenário, com base no magistério de Fernandes (2007), e Mendes Júnior e Jurubeba (2019), respectivamente sobre os limites subjetivos e objetivos do efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é possível afirmar que os fundamentos determinantes das decisões dessa natureza proferidas pela Corte devem ser observados por todos os demais órgãos do Poder Judiciário, porquanto os fundamentos da decisão independem de ser o objeto do controle uma lei estadual ou federal.

Sob esse apoio doutrinário, é possível afirmar que a manifestação denominada vaquejada foi declarada inconstitucional por ser considerada pelo STF uma prática

inerentemente cruel, e esse entendimento deve ser obrigatoriamente observado por todos os demais órgãos do Poder Judiciário, não podendo, por isso, ser legalmente promovida em todo território nacional.

Ainda em 19 de outubro de 2016, o Senado Federal apresentou a proposta de emenda constitucional (PEC) nº 50, que na Câmara tramitou sob denominação de PEC nº 304¹⁸, e deu origem à EC nº 96/17, promulgada em 6 de junho de 2017, menos de oito meses após sua propositura.

A emenda altera a Constituição Federal para estabelecer que não se consideram crueis as manifestações culturais definidas na Constituição e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, desde que regulamentadas em lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Antes, em 29 de novembro de 2016, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.364, que elevou o Rodeio e a Vaquejada à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial¹⁹.

Percebe-se, portanto, que a Emenda Constitucional nº 96/17 se consubstancia em verdadeira reação legislativa à interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, caracterizando o denominado efeito *backlash*. O constitucionalista Luís Roberto Barros (2016) afirma, em obra doutrinária, que a existência do efeito *backlash* por si só não representa nenhuma afronta à Constituição. Segundo ele, discordando da interpretação dada pelo STF a uma norma constitucional, pode o Poder Legislativo, respeitados o quórum e os demais requisitos necessários, emendar a Constituição, superando o entendimento firmado pela corte suprema, salvo se violar os limites matérias ao poder de emenda à Constituição.

Outros autores, como Gordilho e Borges, afirmam que a EC nº 96/17 teve como único objetivo destituir o STF de sua posição de guardião da ordem Constitucional, e “modificar, caprichosamente, a sua decisão de declarar inconstitucional uma lei que regulamentava a vaquejada, em uma grave violação do princípio da separação dos poderes, o que seria inimaginável no Estado de Direito de uma democracia avançada” (2018, p. 213).

O autor comprehende que a averiguação acerca de uma violação ao princípio da separação dos poderes não prescinde de uma reflexão sobre teoria do Estado, de modo que o

¹⁸ Importante esclarecer que, no processo legislativo das emendas constitucionais, uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) tramita na casa propositora sob uma numeração e na casa revisora sob outra. *In casu*, no Senado a proposta era denominada PEC nº 50/16, e na Câmara, PEC nº 304/2016.

¹⁹ Em 17 de Setembro de 2019 foi sancionada a Lei nº 13.873, que altera a Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, para incluir o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional, e elevar essas atividades à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

presente estudo monográfico não comporta uma tomada de decisão nesse sentido. Entretanto, como dito, será avaliado se o legislador constituinte reformador extrapolou – ou não – os limites materiais, explícitos e implícitos que lhes são impostos.

Traçado esse breve panorama, passa-se, efetivamente, à análise da (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da EC nº 96/17, iniciando-se pela averiguação da observância, *in casu*, dos requisitos estabelecidos em sede constitucional para a proposição, trâmite e aprovação desse tipo legislativo.

4.1 (IN)CONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Conforme exposto alhures, um diploma legislativo, especificamente uma emenda à Constituição, é dita formalmente inconstitucional quando não foram obedecidos os ditames constitucionais referentes ao seu processo legislativo. O processo ou procedimento legislativo completo compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação.

O art. 60, *caput*, da CF/88 elenca, em seus incisos, os legitimados para a propositura de EC, e estabelece condições a serem observadas por tais legitimados. O inc. I do artigo em comento prevê que a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal podem apresentar proposta de emenda à Constituição, desde que a iniciativa parta de, no mínimo, um terço dos membros da casa propositora.

A EC nº 96/17 foi proposta, inicialmente, sob a alcunha de proposta de emenda constitucional nº 50/2016, no Senado Federal, sob a autoria dos seguintes Senadores: Senador Otto Alencar (PSD/BA), Senadora Ana Amélia (PP/RS), Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), Senador Armando Monteiro (PTB/PE), Senador Benedito de Lira (PP/AL), Senador Cidinho Santos (PL/MT), Senador Davi Alcolumbre (DEM/AP), Senador Elmano Férrer (PTB/PI), Senador Fernando Bezerra Coelho (PSB/PE), Senador Flexa Ribeiro (PSDB/PA), Senador Garibaldi Alves Filho (MDB/RN), Senador Ivo Cassol (PP/RO), Senador Jorge Viana (PT/AC), Senador José Agripino (DEM/RN), Senador José Maranhão (MDB/PB), Senador José Medeiros (PSD/MT), Senadora Lídice da Mata (PSB/BA), Senador Lindbergh Farias (PT/RJ), Senador Magno Malta (PL/ES), Senador Pastor Valadares (PDT/RO), Senador Paulo Rocha (PT/PA), Senador Pedro Chaves (PSC/MS), Senador Raimundo Lira (MDB/PB), Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), Senador Roberto Muniz (PP/BA), Senador Telmário Mota (PDT/RR), Senador Valdir Raupp (MDB/RO), Senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM) (SENADO, 2017).

Do exposto, percebe-se que a PEC nº 50/2016 possui 28 Senadores como autores, número que representa mais do que um terço do total de 81 daqueles que compõem a casa alta do Congresso Nacional brasileiro. Desse modo, tem-se que no tocante à iniciativa a EC nº 96/17 não padece de vícios.

O art. 60, § 2º da CF/88 prevê que propostas de emenda à constituição devem ser discutidas e votadas em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovadas se obtiverem, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Com relação à aprovação, a emenda obteve o quórum qualificado de três quintos nos dois turnos de votação realizados em cada uma das casas legislativas do Congresso Nacional.

Todavia, forçoso destacar que, quando em tramitação do projeto de emenda na Câmara dos Deputados, foi impetrado Mandado de Segurança (MS) nº 34802, com pedido de medida cautelar, pelo Deputado Federal Marcelo Henrique Teixeira Dias (PR-MG), contra o rito da Proposta de Emenda Constitucional 304/2017.

Dentre as suas alegações, o impetrante apontou violação aos artigos 1º, inciso II, 5º, inciso XXXV, e 37, *caput*, todos da CF, tendo em vista que o Regimento Interno do Senado Federal (Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970) estabelece, em seu art. 362²⁰, que, no trâmite de propostas de emenda à Constituição, o interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco dias úteis.

Entretanto, sem nenhuma fundamentação, foi aprovado o Requerimento 920/2016, a fim de estabelecer um rito excepcional à PEC 50/2016, de modo que os dois turnos de votação foram realizados no dia 14 de fevereiro de 2017, com apenas meia hora entre um e outro turnos (STF, 2017).

Sobre o tema, é possível afirmar, com certa margem de segurança, que a finalidade da regra contida no parágrafo 2º do artigo 60 da CF é permitir que se possa conhecer melhor e discutir, com maior cautela e reflexão, o teor da proposição que se está a votar. Ou seja, é uma forma de se evitar que a mudança da Constituição, norma de maior hierarquia formal e axiológica no ordenamento jurídico, dê-se ao sabor de maiorias ocasionais.

Dado o conteúdo do art. 1º, *caput*, e inc. II da Constituição da República Federativa do Brasil, este é um Estado Democrático de Direito, de modo que, além do exposto, é finalidade do parágrafo 2º do artigo 60 da CF possibilitar a cada cidadão conhecer, compreender, debater e, querendo, manifestar-se sobre decisões legislativas que importem em alterações, ou até

²⁰ O artigo 362 da Resolução do Senado nº 93 de 1970, compõe seu TÍTULO IX (“DAS PROPOSIÇÕES SUJEITAS A DISPOSIÇÕES ESPECIAIS”), Capítulo I (“DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO”), e assim dispõe: “Art. 362. O interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco dias úteis” (BRASIL, 1970).

desfigurações, no Texto Constitucional, que comporta as mais basilares opções político-constitucionais adotadas em uma coletividade política.

Assim, um intervalo razoável entre os turnos de votação é corolário da promoção da cidadania, ao oportunizar a cada indivíduo, às minorias, e à coletividade como um todo, atuar como atores políticos no sentido de apoiar o resultado da votação realizada em primeiro turno, ou de rechaçá-la, pressionando o Poder Legislativo no sentido de uma mudança de posicionamento.

Oportuno transcrever o posicionamento do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF, julgada em 14 de março de 2013:

O artifício de abrir e encerrar, numa mesma noite, sucessivas sessões deliberativas, não atende à exigência constitucional da realização de uma segunda rodada de discussão e votação, precedida de razoável intervalo até para a serenização de ânimos eventualmente exacerbados, ao lado de amadurecimento das ideias (STF, 2013, p. 29).

No julgamento da mesma ADI, o também ex-Ministro Joaquim Barbosa, então presidente do STF, assim se manifestou:

A votação apressada do projeto de emenda tolheu a capacidade individual de cada congressista, das minorias políticas representantes e de cada um dos cidadãos representados de compreender e de influenciar, no momento oportuno, a discussão de tema tão grave. Talvez essa falta de oportunidade para boa compreensão do tema tenha resultado no placar final de votação, que não registrou contrariedade à proposta (STF, 2013, p. 183,184).

Todavia, apesar das razões expostas, a maioria dos ministros do STF compreendeu, no julgamento da ADI 4.357/DF, em 2013, que a Constituição Federal não estabelece o intervalo entre os turnos de votação no exame da proposta de emenda à Constituição.

Ao julgar o Mandado de Segurança (MS) 34802, o Ministro Ricardo Lewandowski, considerando que no Estado brasileiro existe uma partilha do poder de forma horizontal, afirmou que a orientação jurisprudencial da Corte estabelece que as matérias relativas à interpretação de normas regimentais do Congresso Nacional se revestem de natureza *interna corporis*, ou seja, que sua interpretação diz respeito apenas ao Congresso Nacional, internamente, de sorte que refogem à revisão judicial (STF, 2017).

Data maxima venia, o autor comprehende que as posições e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são certas porque derradeiras, mas não derradeiras porque certas,

pois, em verdade não foi apenas o regimento interno do Senado Federal descumprido, senão a própria Constituição da República foi violada, em seu art. 60, § 2º.

A aplicação de prazo que não atenda à finalidade da norma constitucional em questão (art. 60, § 2º) – que, repita-se, é o de permitir a dupla reflexão, em momentos distintos, sobre proposta de emenda constitucional – não está de acordo com a Constituição Federal, ou seja, não obedece aos ditames constitucionais referentes ao processo legislativo de emendas à Constituição.

A consequência, em caso de verificação da ocorrência dessa mácula durante o processo legislativo, não poderá ser outra senão a declaração de invalidade da emenda constitucional aprovada com vício de inconstitucionalidade formal. **Entende-se, portanto, que a EC nº 96/17 padece de vício formal que faz dela uma norma constitucional inconstitucional, portanto, inválida e de todo ineficaz.**

Finda a análise concernente aos aspectos formais referentes à inconstitucionalidade da EC nº 96/17, passa-se à análise das questões materiais.

4.2 (IN)CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E/OU (IN)CONVENCIONALIDADE

A averiguação da (in)constitucionalidade em sentido material da EC nº 96/17 será realizada tomando-se por base o notável magistério do jurista alemão Otto Bichof (1977), exposto alhures, segundo o qual o legislador, no uso do poder constituinte derivado, está submetido tanto a limites materiais explícitos, no sentido de constitucionalmente positivados, quanto a limites materiais implícitos.

No tocante às cláusulas pétreas, a investigação consiste em saber se o conteúdo da EC nº 96/17 mitiga, atenua ou reduz o significado e a eficácia da tutela constitucionalmente outorgada aos conteúdos elevados à condição de direitos fundamentais, tendo em vista a argumentação levada a cabo no item 3.1, onde, considerando-se o caráter basilar dos direitos fundamentais dentro de uma ordem constitucional, e a função precípua das cláusulas pétreas de promover a proteção dos elementos essenciais, ou seja, da identidade da Constituição, defendeu-se uma interpretação não restritiva do art. 60, § 4º, inc. IV, possibilitando-se afirmar, à guisa de conclusão, que “os direitos fundamentais, expressa e/ou implicitamente reconhecidos pelo Constituinte de 1988, estejam situados no Título II ou em outras partes do texto constitucional, constituem sempre limites materiais expressos ou implícitos” (SARLET, 2007, p. 435) ao poder de reforma constitucional.

Do exposto, depreende-se que é possível argumentar pela inclusão de limites implícitos ao legislador constituinte derivado por força do próprio art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição da República. Todavia, a melhor técnica dita que se estabeleça uma linha distintiva, ainda que permeável, entre os limites explícitos (cláusulas pétreas) e implícitos, por diversas razões.

Primeiramente, ainda goza de expressiva força doutrinária e jurisprudencial a corrente que empresta ao 60, § 4º, inc. IV uma interpretação restritiva, de modo que a própria inclusão de direitos diversos dos elencados no art. 5º da CF/88 nessa categoria já representa, por si só, relevante desafio argumentativo, que já foi enfrentado alhures.

Por outro lado, adianta-se que as reflexões aqui empreendidas no tocante à verificação de uma possível atuação do legislador constituinte derivado em desrespeito aos limites implícitos a ele estabelecidos girarão em torno do princípio implícito da vedação ao retrocesso, no sentido de se saber se esse princípio restou ferido pelo conteúdo da EC nº 96/17.

Assim, considerando-se que, conforme já exposto, a doutrina brasileira se prestou à densificação do conteúdo da vedação ao retrocesso no sentido de que esse princípio impõe efeitos de garantia de eficácia dos direitos fundamentais não apenas contra o poder de reforma constitucional, mas também contra o legislador ordinário e demais órgãos estatais, tendo em vista que medidas administrativas e judiciais também têm o condão de atentar contra a segurança jurídica e a proteção da segurança, identificar esse princípio constitucional implícito como cláusula pétreia seria, no mínimo, problemático, pois se estaria a diminuir consideravelmente seu campo de incidência.

Sobre o princípio em comento, forçoso ainda relembrar que, relativamente à emenda constitucional nº 96/17, é de interesse do debate do direito internacional justamente a questão concernente à vedação ao retrocesso, e em específico à vedação ao retrocesso em temas ambientais, haja vista que a vedação ao retrocesso foi expressamente acordada na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), em seu artigo 26, e, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) (1988), notadamente no art. 11, item 2, onde está expressa essa dita vedação ao retrocesso ambiental²¹.

Sendo o Brasil signatário de ambos, é de se notar que neste país os avanços e conquistas sociais e ambientais foram alvo de especial tutela em duas esferas, constitucional e convencional, de tal maneira que os juízos realizados acerca de uma possível violação ao

²¹ A Convenção Americana de Direitos Humanos foi internalizada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 27 de 28 de maio de 1992 e pelo Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992. Já o Protocolo de San Salvador foi internalizado por meio do Decreto Legislativo nº 2.754, de 27 de agosto de 1998, e pelo Decreto Presidencial nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

conteúdo do princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso são, simultaneamente, juízos de descumprimento de deveres assumidos no plano internacional.

Na esfera constitucional, violações à garantia constitucional da vedação ao retrocesso darão ensejo à utilização dos instrumentos processuais de controle de constitucionalidade adequados a cada caso concreto, dentre os quais a já debatida Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No âmbito convencional, pelo fato de o Brasil ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e do protocolo adicional de San Salvador (1988), violações à vedação ao retrocesso ambiental podem ser objeto, inclusive, de petição frente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), oferecidas por qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou organizações não governamentais, desde que esgotadas as esferas jurisdicionais internas, salvo no caso de injustificada demora processual (PIOVESAN, 2018).

Desse modo, esclarece-se que o enfoque constitucional dado a este estudo, apesar de englobar também verificação de (in)convencionalidade, expressa-se no presente capítulo no fato de que o juízo de (in)convencionalidade aqui realizado estará contido no subtópico referente à análise da observância do legislador constituinte derivado aos limites materiais implícitos estabelecidos ao poder de emenda.

Tal fato se justifica pois, dada à forma de organização e apresentação do raciocínio aqui desenvolvido, a (in)convencionalidade da EC nº 96/17 decorre da avaliação de se seu conteúdo consiste - ou não - em violação à vedação ao retrocesso ambiental que, conforme exposto, representa autêntico limite material implícito ao poder de reforma constitucional, constituindo assim critério de avaliação da (in)constitucionalidade da emenda em debate.

Prosseguindo-se, a fim de avaliar concretamente a (in)constitucionalidade e a (in)convencionalidade substancial da EC nº 96/17, proceder-se-á à verificação de sua compatibilidade material com o sistema constitucional brasileiro, especificamente no que concerne ao respeito aos limites materiais a que está submetido o poder constituinte de reforma, analisando-se, primeiramente, se o legislador obedeceu aos limites materiais explícitos a ele impostos para, em seguida, efetuar-se essa mesma avaliação com relação aos limites materiais implícitos.

4.2.1 Limites Materiais Explícitos

De início, convém novamente transcrever o conteúdo do § 7º do art. 225 da CF/88, adicionado pela Emenda Constitucional nº 96/17, promulgada em 7 de junho de 2017.

Art. 225 [...]

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, 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 (BRASIL, 2017).

Da análise do conteúdo do dispositivo transcreto, verifica-se que, ao alterar a Constituição Federal para estabelecer que não se consideram cruéis as práticas desportivas reconhecidas como manifestações culturais, nos termos definidos na Constituição e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, desde que regulamentadas em lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos, o dispositivo em comento coloca em rota de colisão dois direitos formal e materialmente fundamentais, quais sejam, o direito à cultura, garantido por força do art. 215 da CF/88, e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com toda carga normativa e axiológica que traz em si o art. 225 da Lei Maior, notadamente em relação à vedação à crueldade contra animais.

Conforme visto, as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, sobretudo aquelas definidoras de direitos fundamentais, são expressas tanto por meio de regras quanto por meio de princípios. Já se esclareceu que enquanto a aplicação das regras se dá no esquema tudo ou nada, e a aplicação dos princípios acontece de forma graduada, irradiando o máximo de eficácia possível, em vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. Os princípios constituem, assim, segundo Robert Alexy (2008), mandamentos de otimização.

Em ordens democráticas, não é raro que os princípios entrem em tensão dialética, indicando para sentidos opostos. Por esse motivo, “sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 34).

A Emenda Constitucional nº 96/17 cria uma regra de exceção no art. 225 da Constituição da República: simultaneamente, diminui a proteção outorgada aos animais pelo seu § 1º, inc. VII, a cláusula de vedação à crueldade, e aumenta o espectro de incidência do exercício dos direitos culturais. A questão é saber se a diminuição da proteção consagrada ao meio ambiente e especificamente aos animais na Constituição de 1988, a que deu cabo a emenda em comento,

é compatível com a Constituição brasileira, ou se atenta contra a própria identidade constitucional.

Percebe-se, portanto, que dada à complexidade da problemática envolvida, a ADI 5728 e a ADI 5772 tratam de autênticos casos difíceis, ou *hard cases*, visto existir, *in casu*, dois princípios cujas amplitudes de eficácia entram em conflito, cabendo ao intérprete definir os limites de incidência de cada um. Imperioso, portanto, destacar-se que em vista dos objetivos deste estudo, não se buscará debater sobre a melhor estratégia argumentativa a ser traçada, baseado nessa ou naquela teoria, apesar de se reconhecer ser uma abordagem por demais oportuna.

Nesse contexto, importante chamar a atenção para instigante estudo de Grubba e Cadore (2017): “A proteção ao Meio Ambiente, aos animais, e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy”, que analisa o tema aqui debatido sob perspectiva de análise de argumentação; e ainda para outro, denominado “Análise da Decisão Judicial sobre a *Briga de Galos* (ADIN nº 1.856/2011) a Partir da Teoria Argumentativa de Niel MacCormick”, de Lopes e Benício (2015).

Aqui, todavia, dita a lógica dedutiva que se analise o conteúdo da EC nº 96/17 com base nas reflexões tecidas no Capítulo 2 sobre o direito à cultura e a proteção constitucional ao ambiente e aos animais, e de acordo com o que se observou no Capítulo 3 acerca do conteúdo das cláusulas pétreas, notadamente sobre a função que exercem na defesa da identidade da Constituição contra possível ação corrosiva dos poderes constituídos, sobretudo possíveis maioriais parlamentares representantes de interesses econômicos escusos. Em seguida, faz-se mister compreender como vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal quando acionado sobre o tema. Assim, se ter-se-á embasamento suficiente para uma tomada de posição adequadamente justificada.

No segundo capítulo deste estudo foi realizado amplo debate acerca do direito à cultura e da proteção constitucional ao meio ambiente, especialmente no que se refere à proibição de práticas que submetam animais a tratamentos cruéis.

Sendo assim, neste ponto da linha de raciocínio traçada, é possível trazer ao debate de forma sumária alguns aspectos detalhadamente refletidos alhures, sem que com isso se comprometa a higidez da argumentação ora traçada, tendo-se em vista que tudo o que aqui for apontado sobre o regime constitucional de garantia ao exercício dos direitos culturais, e de proteção ao meio ambiente, encontra invariavelmente seu fundamento nos debates enfrentados ao longo do Capítulo 2.

Nessa linha de pensamento, importante lembrar que os direitos culturais representam direitos de acesso e participação na vida cultural, ou nas suas manifestações culturais, compreendendo “o direito de criação cultural; o direito de acesso às fontes da cultura nacional; o direito de difusão das manifestações culturais; direito de proteção às manifestações culturais, e; o direito-dever de formar e manter o patrimônio cultural brasileiro.” (COSTA-CORRÊA, 2009, p. 2293).

A Constituição de 1988 definiu patrimônio cultural em seu atr. 216, *caput*, como sendo constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, desde que portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Os cinco incisos do referido dispositivo densificam a conceituação expressa no *caput*, indicando que no patrimônio cultural brasileiro se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, além dos conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Por outro lado, o art. 225 da CF/88 representa apenas a parte mais saliente, mais facilmente perceptível, de um conjunto de dispositivos constitucionais de alguma forma dedicados à proteção do meio ambiente (BENJAMIN, 2015), e estabelece um regime jurídico constitucional de direito-dever fundamental, cabendo ao Estado, por força do § 1º, inc. VII do artigo em debate, não apenas se abster da realização de práticas cruéis contra animais, mas também coibi-las entre os particulares.

Destaque-se, ainda, que o direito fundamental ao meio ambiente tem por principal fundamento a dignidade da pessoa humana (MARTINI; AZEVEDO, 2018), e relaciona-se intimamente com o direito à vida, representando desse modo um direito individual, pertencente a cada ser humano. É, também, direito transindividual difuso, no sentido de que sua titularidade abrange um contingente enorme de pessoas, sem que entre elas haja necessariamente um vínculo jurídico, e seu exercício se dá sob o influxo da indivisibilidade e da indisponibilidade.

Conforme debatido, na Constituição brasileira, inerente ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, em razão da sua íntima relação com a proteção ao meio ambiente, é o reconhecimento de valor intrínseco e dignidade inerentes às formas de vida não humanas (e à Natureza em si). Dessa maneira, o art. 225, § 1º, inc. VII, segunda parte (incumbe ao Poder Público - e à coletividade, por força do *caput* do art. 225 - proteger a fauna e a flora, vedadas,

na forma da lei, as práticas que submetam os animais à crueldade) é norma autônoma que existe em função do reconhecimento da dignidade inerente à vida animal.

O reconhecimento da dignidade animal se dá em razão de serem todos os animais vertebrados - e ainda alguns invertebrados - dotados de senciência – e conscientes dessa mesma senciência, tal como testificado pela Declaração Sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos (Cambridge, 2012) –, que é a capacidade de experimentar prazer e sofrimento, e determinar a si mesmo no sentido de evitar o sofrimento.

Como à toda dignidade é inerente um catálogo de direitos fundamentais que tem por função protegê-la, se chegou à conclusão, no Capítulo 2, que a sistemática constitucional brasileira outorgou a cada animal não humano o direito fundamental à vida digna.

Não há o estabelecimento de distinção na proteção constitucionalmente deferida aos animais em razão da espécie a que pertencem. Silvestres ou domesticados, todos os animais em território brasileiro são titulares do direito fundamental à vida digna, por força do art. 225, § 1º, inc. VII da Constituição da República de 1988.

Foi dito que o poder constituinte originário possui superioridade hierárquica em relação a todos os poderes constituídos, que se manifesta, para além da exigência de rito qualificado para a aprovação de emenda constitucional, mediante limitações materiais ao poder constituinte de reforma. Significa dizer que o poder de reforma não pode atingir indistintamente qualquer dispositivo constitucional, uma vez que existem certos conteúdos basilares, expressos em determinados dispositivos que não podem ser objeto de emenda ou revisão.

O estabelecimento de limites materiais ao poder constituinte de reforma contido no art. 60, § 4º da Lei fundamental, não significa a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos expressamente protegidos.

É vedada até mesmo a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir direitos fundamentais. Conforme leciona Gilmar Mendes (2012), o vocábulo abolir, no contexto em debate, significa mitigar, atenuar, reduzir o significado e a eficácia da tutela constitucionalmente outorgada aos conteúdos elevados à condição de cláusula pétrea.

Desse modo, ao aumentar o espectro de incidência do exercício dos direitos culturais, artificialmente declarando a constitucionalidade de práticas cruéis contra animais, desde que elevadas ao patamar de patrimônio cultural, a EC nº 96/17 literalmente abole por completo a eficácia do direito fundamental à vida digna de cada um dos indivíduos animais não humanos que são submetidos a essas práticas culturais, independentemente de qual seja a prática específica.

O legislador constituinte originário outorgou a todos os animais em território brasileiro, silvestres ou domesticados, de toda e qualquer espécie, o direito fundamental à vida digna, vedando quaisquer condutas humanas que submetam a vida animal não humana a tratamentos cruéis.

O poder constituinte reformador, por meio da EC nº 96/17, permite a realização de práticas que submetam animais a tratamento cruel, desde que elevadas ao patamar de patrimônio cultural por meio de lei. O que se percebe é que com a disciplina dada pela emenda em comento, todos os indivíduos animais não humanos que são utilizados nessas circunstâncias deixariam de ser sujeitos do direito fundamental à vida digna, porquanto constitucionalmente permitida sua submissão a tratamentos cruéis, posto que uma prática inherentemente cruel não deixa se sê-lo pelo fato de ser reconhecida por lei como patrimônio cultural.

Nesse sentido, o ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, na petição inicial da ADI 5772, afirma que a EC nº 96/17 tem em si uma insuperável mácula lógica, pois define como não cruéis práticas desportivas que são reconhecidas como manifestação cultural. Todavia, se certa atividade é intrinsecamente cruel, essa crueldade “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” (STF, 2017).

Nesse cenário, Ingo Sarlet (2017), em coluna que escreve sobre direitos fundamentais ao portal eletrônico Consultor Jurídico (ConJur), afirma que o legislador reformador cria um conceito normativo de crueldade, dizendo (o legislador), em outras palavras, que mesmo aquilo que “representa uma crueldade de fato (pela natureza da prática concreta e suas consequências em termos de sofrimento desnecessário) o deixa de ser por decreto normativo” (SARLET, 2017, não paginado).

Parece, ao autor deste estudo, que o legislador constituinte reformador buscou inspiração em Humpty Dumpty, famoso personagem de Lewis Carroll. Oportuno transcrever pequeno trecho do famoso diálogo entre Humpty Dumpty e Alice, na obra **Através do espelho e o que Alice encontrou por lá:**



Figura 3 - Alice e Humpty Dumpty. Fonte: site: <https://www.meisterdrucke.pt/>

— Não sei o que quer dizer com glória, disse Alice.
 Humpty Dumpty sorriu, desdenhoso. — Claro que não sabe... até que eu lhe diga.
 Quero dizer é um belo e demolidor argumento para você!
 — Mas glória não significa um belo e demolidor argumento, Alice objetou.
 — **Quando eu uso uma palavra**, disse Humpty Dumpty num tom bastante desdenhoso, — **ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos**.
 — A questão é, disse Alice, - se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes
 — A questão, disse Humpty Dumpty, — é saber quem vai mandar - só isto. (grifo nosso) (CARROLL, 2010, p. 157).

Com a promulgação da EC nº 96/17, quando o legislador constituinte reformador usa expressões como **crueldade**, ou **prática cruel**, deve estar convicto de que, como Humpty Dumpty, pode fazer com que essas expressões signifiquem quaisquer coisas que queira.

Todavia, conforme debatido alhures, segundo Castro Jr. e Vital (2015), a expressão **crueldade**, presente no inciso VII do § 1º do art. 225, revela-se um conceito indeterminado, ou seja, conceito vago, aberto, de modo que se impõe ao intérprete um maior grau de liberdade interpretativa na promoção jurisdicional. Não se trata, entretanto, de expressão vazia, à qual possa ser dado todo e qualquer conteúdo de significado, como pretendeu o legislador, ao criar um conceito puramente normativo de **crueldade**.

Na argumentação sustentada pelo Ministro do STF Luís Roberto Barroso, no julgamento da ADI 4983/CE, em 2016, ele afirma que: “o termo **crueldade** está associado à ideia de intencionalmente causar significativo sofrimento a uma pessoa ou a outro ser senciente. O sofrimento pode ser físico ou mental” (STF, 2016, p.46). Ou seja, consiste a **crueldade** em infligir, de forma deliberada, sofrimento físico ou mental, sem que seja necessária a demonstração objetiva de suplício ou sofrimento físico ou psíquico que tenha sido imposto ao

animal, nem a comprovação científica inequívoca, tendo em vista que a vedação à crueldade atrai a incidência do princípio da precaução.

Conforme disse Humpty Dumpty no trecho transcrito, **a questão é saber quem vai mandar**. Foi dito alhures que a averiguação de uma efetiva violação ao princípio da separação dos poderes não é objeto deste estudo. Todavia, não há dúvidas de que a guarda jurisdicional da Constituição, sobretudo da identidade constitucional, é função do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe também a realização de esforço hermenêutico para a densificação de conceitos abertos, e a harmonização de valores que ocasionalmente entrem em tensão dialética.

Sendo assim, o que se pretende aqui é saber se o legislador, agindo tal qual Humpty Dumpty, violou os limites materiais de reforma à Constituição.

Das reflexões já empreendidas, averiguou-se que a EC nº 96/17 cria um conceito puramente normativo de crueldade em sede constitucional, não considerando cruéis práticas esportivas elevadas ao patamar de patrimônio cultural por meio de lei, ainda que de fato submetam animais a tratamento cruel.

Com a disciplina dada pela emenda em análise, todos os indivíduos animais não humanos que são utilizados nessas práticas deixariam de ser sujeitos do direito fundamental à vida digna, porquanto constitucionalmente permitida sua submissão a tratamentos cruéis, pois uma prática inherentemente cruel não deixa de ser o fato de ser reconhecida por lei como patrimônio cultural.

Assim, a emenda literalmente extingue por completo a eficácia do direito fundamental à vida digna de cada um dos indivíduos animais não humanos que são submetidos a essas práticas culturais, independentemente de qual seja a prática específica.

De posse dessa base argumentativa já sólida, buscar-se-á agora demonstrar a evolução da posição construída pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema ao longo dos anos, a fim de fortalecer a fundamentação da posição a ser tomada acerca da (in)constitucionalidade da EC nº 96/17.

Significa isso dizer que é necessário compreender, portanto, como vem se posicionando o STF quando provocado em situações nas quais há a necessidade de equacionar, por meio de ponderação, na ordem jurídica pátria, o dever geral de proteção ao meio ambiente e o direito às manifestações culturais, tendo em vista que compõe a atividade jurisdicional desta corte superior tanto a determinação do conteúdo desses direitos, quanto a sua correta harmonização.

A primeira oportunidade na qual a problemática foi abortada pelo Tribunal foi no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, apreciado em

3 de junho de 1997, no qual se pretendia a proibição, no Estado de Santa Catarina, da denominada Festa da Farra do Boi. Conforme assinala Ayala (2015), a discussão envolvia avaliar se essa manifestação pretensamente cultural poderia ser situada à sombra da proteção conferida pelo art. 216 da CF/88 ao patrimônio cultural brasileiro, ou se consistiria em prática constitucionalmente censurada, por ser considerada cruel.

Assim, é por demais oportuno transcrever a didática ementa do referido julgado, importante para corretamente compreender a abordagem dada ao conteúdo dogmático da obrigação estatal de garantir o livre exercício das práticas culturais.

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. 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 da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que vedava prática que acabe por submeter os animais à crueldade**. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi” (grifo nosso) (STF, 1997).

A ementa transcrita demonstra com clareza o resultado da ponderação realizada pelos membros do STF, no sentido de que ao Poder Público cumpre render obediência aos ditames constitucionais que o impõem o dever de garantir o exercício de direitos culturais. Todavia, as práticas que submetem os animais à crueldade, ainda que consideradas culturais, além de não estarem incluídas no dever constitucional de promoção aos direitos culturais, devem ser coibidas pelo Poder Público, com fundamento na cláusula de vedação à crueldade.

Sobre esse julgado é ainda de importância ímpar registrar a seguinte manifestação do relator do caso, Min. Francisco Rezek, considerando-se que consiste em argumento importante para a defesa dos animais num plano jurisdicional ainda dominado pela mentalidade antropocêntrica, no que concerne especificamente à importância de se proteger a vida animal não humana e coibir práticas cruéis:

As duas tentações que podem rondar o julgador e que devem ser repelidas para um correto exame da controvérsia são, primeiro, a consideração metajurídica das prioridades: por quê, num país de dramas sociais tão pungentes, há pessoas preocupando-se com a integridade física ou com a sensibilidade dos animais? Esse argumento é de uma inconsistência que rivaliza com sua impertinência. A ninguém é dado o direito de estatuir para outrem qual será sua linha de ação, qual será, dentro da Constituição da República, o dispositivo que, parecendo-lhe ultrajado, deva merecer seu interesse e sua busca por justiça. **De resto, com a negligência no que se refere à sensibilidade de animais anda-se meio caminho até a indiferença a quanto se faça a seres humanos.** Essas duas formas de desídia são irmãs e quase sempre se reúnem, escalonadamente (grifo nosso) (STF, 1997, p. 397).

A segunda oportunidade em que a Corte Suprema foi provocada à análise do tema aconteceu por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.514/SC, Relator Min. Eros Grau, julgada em 29 de junho de 2005, que tinha por objeto lei do estado de Santa Catarina que não apenas autorizava a prática denominada briga de galo, mas propunha um completo regime de regulação, que estaria sob o controle direto do próprio Estado, oportunizando inclusive a instituição de taxas públicas para a sua exploração (AYALA, 2015).

Do julgado, o que se pode apontar como mais significativo é sua ementa que, portanto, deve ser transcrita:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE “BRIGAS DE GALO”. A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente (grifo nosso) (STF, 2005)

Do transcrito, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente que a ordem constitucional brasileira coloca sob sua proteção não apenas a vida humana. De acordo com a ementa do acórdão, “a vida animal constitui, sim, objeto de proteção constitucional, e, por essa razão, e devido à proibição inscrita no inciso VII do art. 225, experiências cruéis não são compatíveis com a Constituição brasileira” (AYALA, 2015).

Mais tarde, em 2011, por oportunidade do julgamento da ADI 1856/RJ, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei do estado do Rio de Janeiro que também regulamentava a prática das brigas de galo.

Oportuno destacar que nesse julgamento o STF firmou a tese segundo a qual a prática denominada briga de galo não caracteriza manifestação cultural nos termos consagrados no Texto Constitucional. Tal fato faz com que os debates realizados em sede dessa Ação Genérica se distanciem em alguma medida das reflexões sobre a (in)constitucionalidade da EC nº 96/17, visto que, conforme exposto, no caso dessa emenda, as ponderações necessariamente consideram a harmonização entre direitos culturais e proteção ambiental.

No entanto, dois pontos abordados da ementa do julgado são importantes para se ratificar reflexões sobre o princípio da universalidade, destacado por Ataide Júnior (2018) e que decorre do fato de a CF/88 não indicar quais espécies animais estão postas a salvo de práticas cruéis, protegendo todas igualmente:

- A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.

- Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”). Magistério da doutrina. (grifo nosso) (STF, 2011).

Mais recentemente, em 6 de outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a já mencionada Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4983/CE, que tinha por objeto lei do estado do Ceará que regulamentava a prática de vaquejada naquela localidade, de modo que esse precedente, dadas as questões debatidas nos votos dos ministros, é o mais paradigmático do STF sobre o tema, e foi ementado da seguinte forma:

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** (grifo nosso) (STF, 2016).

Nesse acórdão foi declarada a inconstitucionalidade da lei estadual, e firmada a tese jurisprudencial da incompatibilidade da prática da vaquejada com o sistema constitucional brasileiro, sob o fundamento de consistir em prática na qual a crueldade é inerente, de tal modo que não há a possibilidade de que dela se afaste o tratamento cruel dado aos animais não humanos sem a descaracterização total da prática.

Dado o que se concluiu, com base no magistério de Fernandes (2007), e Mendes Júnior e Jurubeba (2019), respectivamente sobre os limites subjetivos e objetivos do efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é possível afirmar que os fundamentos determinantes das decisões dessa natureza proferidas pela Corte devem ser observados por todos os demais órgãos do Poder Judiciário, porquanto os fundamentos da decisão independem de ser o objeto do controle uma lei estadual ou federal.

Sob esse apoio doutrinário, é possível afirmar que a manifestação denominada vaquejada foi declarada inconstitucional por ser considerada pelo STF uma prática inerentemente cruel, e esse entendimento deve ser obrigatoriamente observado por todos os

demais órgãos do Poder Judiciário, não podendo, por isso, ser legalmente promovida em todo território nacional.

No início do seu voto, o relator da ADI 4983/CE, Min. Marco Aurélio, equacionou a problemática que envolve o tema debatido de forma bastante didática, de sorte que, como o próprio autor deste estudo também tentou esclarecer os termos da colisão de direitos presente nessa problemática, é bem vinda a transcrição:

O dever geral de favorecer o meio ambiente é indisputável. A problemática reside em saber o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito. Ante essa circunstância, não raro fica configurado o confronto com outros direitos fundamentais, tanto individuais, como o da livre iniciativa, quanto igualmente difusos, como o concernente às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, de que trata o aludido artigo 215 do Diploma Maior. Cumpre ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis (STF, 2016, p. 10).

Não se pode deixar de apontar que nos debates levados a cabo na decisão da ADI 4983/CE, não obstante a questão principal fosse o conflito entre o direito às manifestações culturais e o direito ao meio ambiente, uma outra reflexão permeou os votos dos Ministros: a discussão sobre as consequências econômicas da proibição da vaquejada.

A relevância econômica da atividade foi um dos argumentos sustentados pelo estado do Ceará, em defesa da lei pugnada, e Martini e Azevedo (2018) chamam atenção para a extrema preocupação do Ministro Gilmar Mendes com as consequências econômicas da declaração da constitucionalidade da lei.

Em artigo denominado Meio Ambiente, Constituição e Direito Econômico: argumentos econômicos *versus* proteção animal, Cabral e Mascarenhas (2018) denominam consequencialismo jurídico os programas teóricos e as posturas que condicionem, ainda que implicitamente, a adequação de uma decisão jurídica às consequências econômicas a ela associadas.

Os autores ponderam que a ótica econômica é uma das formas de se analisar um determinado objeto social, de tal sorte que pode sim ser útil e relevante para a correta compreensão de determinado caso, servindo como ferramenta na tomada de decisão.

Todavia, alertam que a utilização de ferramentas e técnicas da ciência econômica passa a ser problemática a partir do momento em que “a racionalidade econômica pretende se sobrepor ao que prescreve expressamente a legislação” (CABRAL; MASCARENHAS, 2018, p. 81). É dizer, o problema reside em se relativizar mandamentos legais ou, ainda pior, constitucionais, sob a alegação de que as consequências econômicas da decisão são relevantes.

Nesse contexto, é acertado concluir que é salutar que se incorpore a racionalidade econômica na construção de uma decisão jurídica, visto que colabora com a reflexão dos julgadores sobre as consequências econômicas de sua decisão. Todavia, “não pode essa racionalidade econômica submeter a racionalidade jurídica na interpretação e aplicação do direito. A racionalidade jurídica é que deve compor o núcleo essencial da decisão jurídica” (CABRAL; MASCARENHAS, 2018, p. 81).

Em suma, o que não se deve fazer é confundir o papel que as ferramentas econômicas podem exercer nas decisões judiciais. As ferramentas econômicas são auxiliares do julgador, ao comporem o leque de informações que lhes são disponíveis sobre o objeto da decisão que deve proferir. Não são, em hipótese alguma, o Norte, o guia, da decisão judicial.

Conhecendo essa realidade, o Min. Luís Roberto Barroso assim se manifestou em seu voto-vista na ADI em comento:

Reconheço que a vaquejada é uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos Estados, sobretudo os da região Nordeste do país. Não me é indiferente este fato e lastimo sinceramente o impacto que minha posição produz sobre pessoas e entidades dedicadas a essa atividade. No entanto, tal sentimento não é superior ao que sentiria em permitir a continuação de uma prática que submete animais a crueldade (STF, 2016, p. 55).

Prosseguindo-se, um ponto a que deve ser dada especial atenção diz respeito ao objeto da ADI 4983/CE. O Min. Luís Roberto Barroso pondera que “a vaquejada, comparada à farra do boi e às brigas de galo, impõe um desafio maior à Corte. Em nenhum daqueles casos, havia dúvida de que os animais envolvidos estavam sendo submetidos a crueldade” (STF, 2016, p. 46). A Corte não necessitou, nos precedentes anteriores à ADI 4983/CE, explorar o significado do termo crueldade tal como inscrito na Constituição da República. O Ministro conclui sua ponderação nos seguintes termos:

Já na prática da vaquejada, em que o sofrimento de animais não é tão evidente, uma vez que os animais aparecam estar em bom estado antes, durante e logo após as provas, muitos são levados a crer que ela não envolve crueldade alguma. Entretanto, para ser prudente e levar a sério a tutela constitucional dos animais contra crueldade em casos como o presente, mostra-se particularmente necessário entender o que se comprehende por crueldade e como é possível determinar se ela ocorre em determinada prática envolvendo animais (STF, 2016, p. 46).

Não por acaso o sentido dado ao termo crueldade, tal como densificado pela doutrina, já foi debatido alhures. Foi dito que “a proibição de crueldade permite justificar a adoção de

medidas de proteção independentemente da demonstração objetiva de suplício ou sofrimento físico ou psíquico que tenha sido infligido ao animal” (AYALA, 2015, p. 444).

Nesse sentido, Ayala (2015) chama a atenção para o fato de que a identificação da existência de crueldade requer a avaliação valorativa e psíquica do agressor, ou seja, há uma dimensão subjetiva inerente ao termo.

Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso, conclui que “o termo crueldade está associado à ideia de intencionalmente causar significativo sofrimento a uma pessoa ou a outro ser senciente. O sofrimento pode ser físico ou mental” (STF, 2016, p. 46). Dada à forma como se expressou, o Ministro dá ao termo tanto uma dimensão subjetiva, ligada à avaliação valorativa do agressor, como uma objetiva, relacionada à ideia de sofrimento, que não se restringe à ordem física.

Em razão de ser o objeto desta reflexão a (in)constitucionalidade da EC nº 96/17, não cabe neste estudo nenhum tipo de descrição da prática da vaquejada. Importa, entretanto, saber que o Relator da ADI 4983/CE, Min. Marco Aurélio, considerando sobretudo a documentação comprobatória técnica trazida aos autos pela Procuradoria-Geral da República, afirmou demonstrada a existência de “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 [...]” (STF, 2016, p. 12).

O Ministro conclui que “ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas” (STF, 2016, p. 12), e sintetiza ainda as dificuldades do caso, apresentando a solução na seguinte passagem:

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura. Cabe indagar se esse padrão decisório configura o rumo interpretativo adequado a nortear a solução da controvérsia constante deste processo. **A resposta é desenganadamente afirmativa, ante o inequívoco envolvimento de práticas cruéis contra bovinos durante a vaquejada.** (grifo nosso) (STF, 2016, p. 12)

É imperioso, levando-se em conta a totalidade das reflexões empreendidas neste estudo, sobretudo no que concerne à eficácia transcendente dos efeitos vinculantes das decisões tomadas em sede de ADI, transcrever as palavras finais do voto do Ministro Marco Aurélio:

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos [sic] aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará. É como voto (grifo nosso) (STF, 2016, p. 13).

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre conflitos entre o direito à cultura, expresso no art. 215, e a vedação à crueldade contra animais (art. 225, § 1º, inc. VII), conclui-se que a Corte tem firme posicionamento, mantido ao longo de tempo, no sentido de que mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos, de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

Diante de todas as reflexões tecidas, percebe-se a possibilidade de duas fundamentações distintas para um juízo de (in)constitucionalidade da EC nº 96/17: uma segundo a posição que vem sendo construída pelo STF, e uma posição pessoal do autor deste estudo.

O STF mantém firme posição desde a primeira vez em que a Corte foi provocada, sob o regime da CF/88, acerca da colisão entre o direito à cultura e a proteção à fauna. Sua posição, ao proceder à ponderação de direitos, normas e fatos é de entender que manifestações que submetem animais à crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, ainda que consideradas como manifestações culturais.

A Constituição não é obra estática, imutável, insensível à realidade político-social e cultural. O sentido de seus mandamentos se revela com o correr dos anos por meio da atividade jurisdicional. O Supremo Tribunal Federal é o órgão que possui competência constitucional para exercer sua guarda e correta interpretação.

O órgão autorizado a interpretar a Constituição entende que a obrigação estatal de 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 § 1º do art. 225 da Constituição brasileira, o qual veda prática que acabe por subjugar os animais à crueldade,

de modo que manifestações que submetem animais à crueldade são incompatíveis com o citado dispositivo, ainda que consideradas manifestações culturais.

A Emenda Constitucional nº 96/17 intenta alterar a Constituição para que não sejam consideradas crueis as manifestações culturais definidas nela própria e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, criando uma regra de exceção ao seu art. 225.

Desse modo, vai de encontro com o sentido dado pelo STF ao Texto Constitucional, o que significa clara mitigação do significado e da eficácia da tutela constitucionalmente outorgada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental transindividual, ou seja, de titularidade difusa, elevado ao patamar de cláusula pétrea por compor a própria identidade da Constituição, violando os limites de reforma constitucional impostos pelo art. 60, § 4º da CF/88.

O autor, por outro lado comprehende que o fundamento da declaração de inconstitucionalidade é outro. Entende-se que, ao aumentar o espectro de incidência do exercício dos direitos culturais, artificialmente declarando a constitucionalidade de práticas crueis contra animais, desde que elevadas ao patamar de patrimônio cultural, a EC nº 96/17 literalmente abole por completo a eficácia do direito fundamental à vida digna de cada um dos indivíduos animais não humanos que são submetidos a essas manifestações culturais, independentemente de qual seja a atividade específica.

A título de reforço, para que não se caia na tentação de relegar à outorga constitucional de direitos a animais não humanos a posição de simples quimera, ou obra do pensamento de grupo radical, convém somar aos argumentos já desenvolvidos o posicionamento de dois juristas no que se refere à possibilidade do reconhecimento de efetivos direitos aos animais.

Pois bem! Ao comentar o uso da expressão **direitos humanos**, José Afonso da Silva assevera: “objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais” (SILVA, 2014, p. 178).

Norberto Bobbio, no artigo **Sobre o fundamento dos direitos do homem**, que compõe a obra **A Era dos Direitos**, mas que foi publicado originalmente no já (relativamente) longínquo ano de 1966, asseverou: “não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não apenas dos homens” (BOBBIO, 2004, p.18). Na mesma obra, no artigo que lhe dá nome, publicado pela primeira vez em 1989, o Mestre italiano anota:

Olhando para o futuro, já podemos entrever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos. (BOBBIO, 2004, p. 59).

O futuro a que Bobbio se referia chegou! No âmbito doutrinário, já é expressiva a corrente que defende o Direito Animal enquanto disciplina autônoma. O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu que a proteção constitucional outorgada aos animais não humanos é autônoma, ou seja, apesar de fazer parte da proteção dirigida ao meio ambiente, a vedação a práticas cruéis independe de seu impacto no equilíbrio ecológico, porque pretende proteger a dignidade de cada indivíduo animal.

Nessa perspectiva, observa-se que o poder constituinte de reforma violou os limites materiais que lhes são impostos no art. 60, § 4º, por abolir para os animais submetidos a práticas elevadas ao patamar de patrimônio cultural, o direito individual à vida digna de que são titulares todos os animais não humanos sencientes em território brasileiro.

Entende-se, de todo modo, que a EC nº 96/17 padece de vício material, que faz dela uma norma constitucional inconstitucional, portanto, inválida e de todo ineficaz.

Dito isso, pode-se prosseguir ao tópico seguinte, no qual será analisado se o legislador feriu os limites materiais implícitos de reforma à Constituição.

4.2.2 Limites Materiais Implícitos

Primeiramente, convém sintetizar o que já foi suficientemente explicado: dada à forma de organização e apresentação do raciocínio aqui desenvolvido, a (in)convencionalidade da EC nº 96/17 se depreende da avaliação de se seu conteúdo consiste ou não em violação à vedação ao retrocesso ambiental que, conforme exposto, representa autêntico limite material implícito ao poder de reforma constitucional, constituindo assim critério de avaliação também da (in)constitucionalidade da emenda em debate.

Conforme foi dito, o princípio da vedação ao retrocesso trata de conteúdo já inserido e reconhecido na constituição de forma não expressa, de maneira que pode ser subentendido das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Fala-se, portanto, de princípio constitucional implícito que expressa direito/garantia materialmente fundamental.

Uma leitura da sistemática constitucional brasileira sob a ótica da teoria das normas constitucionais inconstitucionais, elaborada por Otto Bachof (1977), permitiu identificar a

vedação ao retrocesso como autêntico limite material implícito a que está submetido o poder constituinte de reforma.

O desrespeito à vedação ao retrocesso ambiental significa também violação, por parte do Brasil, à Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), e ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) (1988), dos quais o Brasil é signatário.

No tocante ao seu conteúdo, a vedação ao retrocesso está ligada à noção de que o Estado não pode voltar atrás no tocante aos direitos que já reconheceu, de sorte que as conquistas “levadas a cabo ao longo da caminhada histórica da humanidade e consolidadas no seu patrimônio jurídico-político fundamental não podem ser submetidas a um retrocesso, de modo a fragilizar a tutela da dignidade da pessoa humana” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 306).

Assim, tem-se que esse princípio impõe a obrigação de progressividade na implementação de direitos, de modo que para além do dever de não piorar as condições normativas presentes, exige do Estado aprimoramento das condições fáticas e normativas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013). Isso significa a possibilidade de rejeição de atos legislativos que subtraiam, supervenientemente, o grau de concreção dado a um mandado constitucional.

O grau de concreção dado ao artigo 225 da Carta Federal é formado por diplomas legislativos que venham a atender aos seus ditames, como, por exemplo, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, e, ainda, pela jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal acerca desse diploma constitucional.

Como na sistemática constitucional brasileira, prevalece o entendimento de que nas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade proferidas pelo STF o efeito vinculante se estende aos motivos determinantes de decisão, todas as razões determinantes que embasaram decisões de Ações Genéricas sobre a proteção constitucionalmente outorgada ao meio ambiente compõem também o grau de concreção dado ao art. 225 da CF/88.

Nesse contexto de reflexão, José Rubens Morato Leite e Tiago Fensterseifer fazem análise sobre o conteúdo da EC nº 96/17 que merece ser trazida na íntegra:

A EC 96/2017, em total dissintonia com tal marco jurídico, abre um flanco de vulnerabilidade normativa para muito além da prática da “vaquejada”, a qual teria motivado a emenda constitucional ora em análise como represália à decisão do STF no julgamento da ADI 4.983/CE, que declarou inconstitucional legislação estadual cearense que visava regulamentar tal prática no referido Estado da Federação. **A EC 96/2017 representa retrocesso contundente da temática da proteção dos animais,**

podendo inclusive ser manuseado contra o § 7º do art. 225 o princípio da vedação de retrocesso em matéria ambiental, já que a proteção aos animais está no núcleo irredutível da proteção ecológica edificada na Constituição brasileira. (grifo nosso) (FENSTERSEIFER; LEITE, 2018, p. 2191).

Nesse mesmo sentido, na petição inicial da ADI 5728, de autoria do Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, evidencia-se que a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a proteção constitucionalmente outorgada aos animais representa “conquista já alcançada pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, que não pode ser desconstituída. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 96 corresponde a uma ulterior redução ou supressão desses direitos pelo Estado” (STF, 2016, p. 29).

Sarlet, comentando o conteúdo da EC nº 96/17, anota ser possível invocar a “incidência do princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental, porquanto aberta a porteira para uma relativização da proibição (estabelecida pelo constituinte originário) de crueldade com os animais” (SARLET, 2017, não paginado).

Sendo assim, diante do que se apurou acerca do conteúdo da vedação ao retrocesso, e tendo-se em vista as alterações a que dá cabo a EC nº 96/17, pode-se afirmar, apoiado também nas posições expostas, que a referida emenda reduz o nível de concreção dado pela jurisprudência do STF ao mandamento constitucional de vedação à crueldade contra animais, dispendo, em verdade, em sentido diametralmente oposto às razões fundamentais firmadas pela Corte superior sobre o tema, de modo a significar evidente retrocesso ambiental.

O juízo a que se chegou acima permite concluir que : a) **a EC nº 96/17 padece de vício material, por violar limite material implícito ao poder de reforma à Constituição, fazendo dela uma norma constitucional inconstitucional, portanto, inválida e de todo ineficaz;** b) Ao representar inequívoco retrocesso ambiental, a emenda em análise viola disposição expressa no art. 11, item 2 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de modo que **trata-se a EC nº 96/17 de dispositivo inconvenicional.**

Nesse ponto, todas as questões relativas à (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da EC nº 96/17 já foram satisfatoriamente respondidas. Todavia, imperioso tecer ainda uma reflexão, a derradeira deste capítulo, sobre mais um aspecto dos efeitos das decisões em sede de ADI, relativamente às consequências da jurisprudência já firmada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a proteção constitucionalmente outorgada aos animais não humanos.

4.3 TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Com a expressa distinção entre a eficácia da coisa julgada e o efeito vinculante, consagrada no Texto Constitucional, por meio do art. 102, § 2º, e na Lei nº 9.868, em seu art. 28, parágrafo único, e ainda de acordo com as disposições contidas na Lei nº 13.105/15, notadamente em seus artigos 927 e 988, § 4º, o ordenamento positivo brasileiro possibilitou ao Supremo Tribunal Federal reconhecer força adicional às suas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, outorgando efeitos vinculantes não apenas à parte dispositiva de tais decisões, mas também aos seus motivos determinantes.

Logo, faz-se presente, na sistemática constitucional brasileira, a transcendência dos motivos determinantes da decisão.

Significa isso que os órgãos judiciais e a Administração Pública restam obrigados à observância, para além da parte dispositiva da decisão, da “norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação — e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional — é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado” (MENDES, 2006, p. 225).

Ou seja, o efeito vinculante da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade não está restrito à parte dispositiva da decisão, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes da sentença, de tal sorte que os órgãos judiciais e a Administração Pública são obrigados a conformar seus posicionamentos e condutas às razões determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesse tipo de controle.

Sendo, assim, diante da vasta jurisprudência já firmada pelo Supremo Tribunal Federal sobre situações nas quais há a necessidade de se equacionar, por meio de ponderação, na ordem jurídica pátria, o dever geral de proteção ao meio ambiente e o direito às manifestações culturais, observa-se que essa Corte considera que 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 vedava prática que acabe por submeter os animais à crueldade.

Sustentando essa tese, o Tribunal declarou, por ocasião do julgamento do no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, a inconstitucionalidade da prática denominada farra do boi, por ser considerada atividade que submete animais não humanos a tratamentos cruéis. Em mais de uma oportunidade a Corte se posicionou, em sede de ADI, no sentido de que as rinhas de galo discrepam da sistemática constitucional brasileira, também por ser considerada invariavelmente cruel. Na ADI 4983/CE, o Tribunal reconheceu a impossibilidade de realização da manifestação

conhecida como vaquejada sem a submissão de animais a tratamento cruel, de modo que tal manifestação cultural não é compatível com a Constituição da República.

Conclui-se, em consideração mais larga, no entanto em sintonia com a posição adotada por Gordilho e Figueiredo (2016), que: como os efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle concentrado são vinculante, e não apenas a parte dispositiva da sentença é tocada por tal efeito vinculativo, mas também os motivos determinantes da decisão, tem-se que, **mesmo que se considerasse a EC nº 96/17 isenta de vícios de constitucionalidade, qualquer tentativa do legislador ordinário de elevar as práticas denominadas briga de galo e vaquejada ao patamar de patrimônio cultural, a fim de coloca-las sob a proteção da referida emenda, não é compatível com a ordem constitucional brasileira, pelo fato de que a Corte já firmou o entendimento de que a crueldade lhes é inerente, de sorte que são práticas vedadas em território nacional.**

Nesse sentido, o ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, na petição inicial da ADI 5772, requereu a declaração de inconstitucionalidade não apenas da EC nº 96/17, mas também da expressão **Vaquejada**, nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 13.364, de 29 de novembro de 2016, que eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os debates enfrentados neste trabalho monográfico permitiram observar que a noção de direitos fundamentais está ligada à positivação constitucional de direitos do homem, ou seja, de direitos cuja observância foi reconhecida em um determinado contexto histórico, dentro de uma comunidade política, como imperativa ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Em vista à importância de seu conteúdo, tais direitos são ditos fundamentais pela centralidade que ocupam na estrutura de um legítimo Estado de direito, compondo o leque de opções político-constitucionais mais basilares do Estado, o que, como visto, atrai para a matéria relativa aos direitos fundamentais uma sistemática de observância e proteção diferenciada e vigorosamente mais poderosa do que a que gozam os demais direitos reconhecidos pelo Estado.

No âmbito da sistemática constitucional brasileira, observou-se para além de uma positiva diversidade de direitos fundamentais expressos, a existência de uma cláusula de abertura material (art. 5, § 2º, CF/88), o que permitiu ao autor tecer reflexões sobre uma concepção de direitos fundamentais constitucionalmente adequada ao caso brasileiro.

Assim, a abordagem de critérios referenciais para a identificação de direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da Constituição Federal de 1988 permitiu a visualização de diversos direitos fundamentais não expressamente tidos como tais pelo texto da CF/88.

Dentre tais direitos fundamentais, reconheceu-se como de interesse do debate relativo à (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da EC 96/17 os direitos culturais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito fundamental animal à existência digna e a garantia constitucional da vedação ao retrocesso ambiental.

Verificou-se, ainda, a existência de superioridade hierárquica do poder constituinte originário relativamente a todos os poderes constituídos, e que a obra desse poder juridicamente ilimitado é feita para durar. Não significa isso dizer que se vise à perenidade do Texto Constitucional, visto que o próprio constituinte previu a possibilidade e estabeleceu os critérios e procedimentos a serem seguidos para que se leve a cabo uma reforma constitucional.

Nesse contexto, constatou-se que a sistemática constitucional brasileira consagrou rito qualificado para a aprovação de emendas à constituição, de modo que a CF/88 é dotada da qualidade doutrinariamente denominada de rigidez constitucional, de onde decorre a supremacia da Constituição em relação a todo o ordenamento jurídico brasileiro, a quem confere validade.

A fim de evitar desfigurações ao Texto Constitucional, que poderiam desvirtuar o projeto de Estado consagrado pelo Constituinte, a CF/88 foi dotada de mecanismos jurídicos de defesa, a começar pelo próprio processo especial demandado para a reforma de seu texto. Para além disso foram estabelecidos limites materiais implícitos e explícitos à reforma constitucional.

Conforme retoricamente comprovado, os direitos fundamentais, dada à vinculação basilar que guardam com a própria noção de Estado Democrático e Social de Direito consagrada na Carta Constitucional brasileira, restam, todos, os individuais, os sociais, e até mesmo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a salvo de emendas tendentes a abolir, no sentido de mitigar, atenuar, reduzir o seu significado e a eficácia o seu conteúdo, dado que representam limites materiais de reforma constitucional.

Cânone da referida supremacia da constituição é a possibilidade da realização de juízo de constitucionalidade de atos e diplomas normativos. Avaliar a constitucionalidade de dispositivo legal significa verificar a observância dos procedimentos formais constitucionalmente estabelecidos para a elaboração de cada tipo normativo, e examinar a existência de compatibilidade substancial, isto é, material, de conteúdo, entre o diploma normativo objeto de controle, e a Constituição, tomada como um todo sistêmico que carrega em si, para além de preceitos organizatórios e regras, um conteúdo axiológico e teleológico.

Demonstrou-se, ainda, que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é resultado da acomodação, nem sempre harmoniosa, de elementos originários de diversos modelos de controle de constitucionalidade consagrados nos Estados ocidentais, notadamente nos Estados Unidos da América, na Áustria, que consagra o modelo proposto por Hans Kelsen, e na Alemanha.

A verticalização do debate relativo à defesa da constituição levou a discussão até a análise de aspectos relativos à Ação Direta de Inconstitucionalidade, visto que, nesse tipo de ação, cada ministro do STF tem como obrigação, para que o Tribunal cumpra sua função jurisdicional, apresentar respostas a perguntas análogas à questão motora deste estudo, qual seja, é (in)constitucional a EC nº 96/17?

Diante dessa realidade, concluiu-se que a sentença que declara a inconstitucionalidade de diploma normativo atesta, a um só tempo, sua nulidade de pleno direito e, portanto, deixa-o destituído de validade. A consequência imediata da declaração da invalidade da norma é a paralisação de sua eficácia. Possuindo natureza declaratória, de regra, esse tipo de decisão produz efeitos retroativos. Ademais, essas decisões, quando transitadas em julgado, revestem-se de eficácia preclusiva e *erga omnes*.

Para além dos efeitos relativos à coisa julgada e à força de lei, por expressa determinação constitucional, a sentença que declara a inconstitucionalidade de diploma normativo possui efeito vinculante.

Por fim, como último desdobramento das reflexões empreendidas sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, concluiu-se que na sistemática constitucional brasileira ecoa a teoria da transcendência dos motivos determinantes, de tal modo que o efeito vinculante da sentença que declara inconstitucionalidade de diploma normativo diz respeito não apenas à parte dispositiva da sentença, senão aos próprios fundamentos determinantes.

Em seguida, aplicou-se as reflexões tecidas sobre direitos fundamentais e defesa da constituição à verificação concreta da (in)constitucionalidade e/ou (in)convencionalidade da EC nº 96/17, iniciando-se pela análise da (in)constitucionalidade formal da emenda. Dessa análise, foi possível observar-se que, no Senado Federal, a aprovação da emenda se deu mediante a votação em dois turnos realizados no mesmo dia, com apenas meia hora de intervalo entre cada turno.

Diante disso, inferiu-se que aplicação de prazo que não atenda à finalidade da norma constitucional do art. 60, § 2º, que é o de permitir a dupla reflexão, em momentos distintos, sobre proposta de emenda constitucional, não está de acordo com a Constituição Federal, ou seja, não obedece aos ditames constitucionais referentes ao processo legislativo de emendas à Constituição.

A consequência da ocorrência dessa mácula durante o processo legislativo não é outra senão a declaração de invalidade da emenda constitucional aprovada com vício de inconstitucionalidade formal. **Entende-se, portanto, que a EC nº 96/17 padece de vício formal que faz dela uma norma constitucional inconstitucional, portanto, inválida e de todo ineficaz.**

A averiguação da (in)constitucionalidade material da EC nº 96/17 foi feita tomando por base a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, de Otto Bachoff (1977), segundo o qual o poder de reforma à Constituição resta submetido tanto a limites materiais explícitos, no sentido de constitucionalmente positivados, quanto a limites materiais implícitos.

Percebeu-se que a vedação ao retrocesso ao mesmo tempo que representa autêntico limite material implícito ao poder de reforma constitucional, resta expressamente positivada no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), notadamente em seu art. 11 item 2, que consagra especificamente a vedação ao retrocesso ambiental.

Diante disso, chegou-se ao juízo de que a EC nº 96/17 reduz o nível de concreção dado pela jurisprudência do STF ao mandamento constitucional de vedação à crueldade contra animais, de modo a significar evidente retrocesso ambiental.

O juízo a que se chegou permitiu concluir que : a) **a EC nº 96/17 padece de vício material, por violar limite material implícito ao poder de reforma à Constituição, fazendo dela uma norma constitucional inconstitucional, portanto, inválida e de todo ineficaz**; b) ao representar inequívoco retrocesso ambiental, a emenda em análise viola disposição expressa no art. 11, item 2 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de modo que, sendo o Brasil signatário desse diploma internacional, **a EC nº 96/17 é inconvencional**.

Ainda no que concerne à concreção dada pelo Supremo Tribunal Federal ao comando constitucional relativo à vedação à práticas que submetam animais à crueldade, e sabendo-se que os efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas por esse Tribunal são vinculantes, e não apenas a parte dispositiva da sentença é tocada por tal repercussão vinculativa, mas também os motivos determinantes da respectiva decisão, tem-se que, **mesmo que se considerasse a EC nº 96/17 isenta de vícios de constitucionalidade, qualquer tentativa do legislador ordinário de elevar as atividades denominadas briga de galo e vaquejada ao patamar de patrimônio cultural, a fim de coloca-las sob a proteção da referida emenda, não é compatível com a ordem constitucional brasileira, pelo fato de que a Corte já firmou o entendimento de que a crueldade lhes é inerente, de sorte que são práticas vedadas em território nacional**.

Foi possível perceber ainda que o legislador feriu os limites materiais explícitos ao poder de reforma à Constituição, de tal maneira que **a EC nº 96/17 padece de vício material, por violar limite material implícito ao poder de reforma à Constituição, fazendo dela uma norma constitucional inconstitucional, portanto, inválida e de todo ineficaz**.

Ocorre que, no que concerne ao fundamento desse juízo, há que se distinguir duas posições distintas. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mantém firme posição desde a primeira vez em que a Corte foi provocada, sob o regime da CF/88, sobre a colisão entre o direito à cultura e a proteção à fauna. A posição da Corte, ao proceder à ponderação de direitos, normas e fatos é de entender que manifestações que submetem animais à crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, ainda que consideradas como manifestações culturais.

Assim, a EC nº 96/17 mitiga, atenua, reduz o significado e a eficácia da tutela constitucionalmente outorgada ao meio ambiente - direito fundamental, transindividual, ou seja,

de titularidade difusa, elevado ao patamar de cláusula pétreia por compor a própria identidade da Constituição -, violando assim os limites de reforma constitucional impostos pelo art. 60, 4º da CF/88.

O autor comprehende, contudo, que o fundamento da declaração de inconstitucionalidade é outro. O entendimento do autor é que, ao aumentar o espectro de incidência do exercício dos direitos culturais, artificialmente declarando a constitucionalidade de práticas cruéis contra animais, desde que elevadas ao patamar de patrimônio cultural, a EC nº 96/17, literalmente, abole por completo a eficácia do direito fundamental à vida digna de cada um dos indivíduos animais não humanos que são submetidos a essas manifestações ditas culturais, independentemente de qual seja a atividade específica.

Nessa perspectiva, observa-se que o poder constituinte de reforma violou os limites materiais que lhes são impostos no art. 60, § 4º por abolir, para os animais submetidos a práticas elevadas ao patamar de patrimônio cultural, o direito individual à vida digna de que são titulares todos os animais não humanos sencientes em território brasileiro.

Assim, conclui-se que além de se verificar a inconstitucionalidade e a inconvencionalidade da Emenda Constitucional nº 96/17, pôde-se, neste estudo, introduzir, fundamentadamente, em um debate pertinente ao Direito Constitucional, o entendimento que vem sendo desenvolvido pelos estudiosos do Direito Animal.

Significa dizer que aqui foi realizado também, e até mesmo sobretudo, um esforço argumentativo inerente à própria justificação da existência autônoma dessa disciplina, não com o intuito de se falar da matéria para pesquisadores animalistas. Pelo contrário, aqui se defendeu o Direito Animal dentro do debate do Direito Constitucional, compondo assim o movimento de densificação acadêmica dessa nova disciplina jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 627 p.

ATAIDE JUNIOR, Vicente. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 13, n. 3, p.48-76, 8 nov. 2018. Universidade Federal da Bahia. <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v13i3.28768>. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768>. Acesso em: 12 jan. 2020.

AYALA, Patryck de Araújo. O Novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental Do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 413-475.

BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Coimbra: Atlantida, 1977. 92 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Poder Constituinte. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 52, n. 35, p.7-58, jan. 1981.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 432 p.

_____. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 426 p.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p.25-65, mar. 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-156.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 212 p.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF. Presidência da República.

BRASIL. Lei 6.398. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 939/DF. Diário de Justiça, 1994. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.624/DF. Diário de Justiça, 1993. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.747/DF. Diário de Justiça, 1993. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. RExt nº 153.531/SC. Diário de Justiça, 1997. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.514/SC. Diário de Justiça, 2005. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.856/RJ. Diário de Justiça, 2011. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4357/DF. Diário de Justiça, 2013. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4893/CE. Diário de Justiça, 2016. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5728. 06 jun 2017. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5772. 13 set 2017. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 625.161/RJ. Diário de Justiça, 2007. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ministro nega trâmite a mandado de segurança contra PEC da Vaquejada. 2017. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344659. Acesso em: 25 fev. 2020.

CABRAL, Mário André Machado; MASCARENHAS, Fábio Sampaio. Meio ambiente, constituição e direito econômico: Argumentos econômicos versus proteção animal. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 13, n. 03, p.77-89, set. 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28578/16985>. Acesso em: 15 fev. 2020.

CARROLL, Lewis. Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do Espelho e o que Alice Encontrou Por Lá. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. 205 p.

CASTRO JUNIOR, Marco Aurélio de; VITAL, Aline de Oliveira. DIREITOS DOS ANIMAIS E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE VEDAÇÃO À CRUELDADE. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 10, n. 18, p.27-56, 25 jun. 2015. Universidade Federal da Bahia. <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v10i18.13825>. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/13825>. Acesso em: 07 dez. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 383 p.

CLÈVE, Clémerson Merlin. Ação Direta de Inconstitucionalidade. A&c Revista de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 40, n. 10, p.99-116, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/524>. Acesso em: 28 jan. 2020.

COSTA-CORRÊA, André L. Comentários aos arts. 215 e 216 da CF/88. In: BONAVIDES, Paulo et al (org.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2291-2296.

FERNANDES, André Dias. Da eficácia das decisões do STF em Adin e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes. 2007. 239 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ordem Jurídica Constitucional, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007. Disponível em: <http://www.repository.ufc.br/handle/riufc/12513>. Acesso em: 04 mar. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias: La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta SA, 2004. 180 p.

GORDILHO, Heron José Santana; FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. A Vaquejada à Luz da Constituição Federal. Revista Brasileira de Biodireitos e Direitos dos Animais, Curitiba, v.

2, n. 2, p.78-96, jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/1363>. Acesso em: 07 dez. 2019.

GRUBBA, Leilane Serratine; CADORE, Caroline Bresolin Maia. Proteção ao meio ambiente, aos animais e o direito à cultura: a aplicação da fórmula do peso refinada de Robert Alexy. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 12, n. 02, p.193-219, maio 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22996>. Acesso em: 18 nov. 2019.

GUERRA, Sidney. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição de 1988: Do seu Reconhecimento como Direito Fundamental à sua Mitigação? O Desafio do Congresso Nacional Imposto à Autoridade do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito em Debate, [s.l.], v. 27, n. 49, p.299-330, 16 ago. 2018. Editora Unijui. <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2018.49.299-330>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8119>. Acesso em: 20 fev. 2020.

LEITE, José Rubens Morato; FENSTERSEIFER, Tiago. Comentários ao art. 225, § 1º, inc.VII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (org.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 2191-2196.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a "Briga de Galos" (ADIN Nº 1.856/2011) A partir da teoria Argumentativa de Neil McCormick. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 10, n. 20, p.37-58, nov. 2015.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Comentários ao art. 1º da CF/88. In: BONAVIDES, Paulo et al (org.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 7-26.

MARTINI, Sandra Regina; AZEVEDO, Juliana Lima de. Sobre a vedação constitucional de crueldade contra animais. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 13, n. 1, p.193-215, 6 abr. 2018. Universidade Federal da Bahia. <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v13i1.26184>. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26184>. Acesso em: 07 mar. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito dos Tratados. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 638 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direito Constitucional Módulo V: Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: EMAGIS, 2006. 426 p.

_____. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 803 p.

MENDES JÚNIOR, José Ribamar; JURUBEBA, Yuri Anderson Pereira. Revisitando a Transcendência dos Motivos Determinantes: O Supremo Tribunal Federal e a proteção da liberdade de imprensa e expressão. Revista Brasileira de Teoria Constitucional, Florianópolis, v. 5, n. 1, p.21-36, jun. 2019.

MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Comentários à Seção II, Título VII, CF/88. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (org.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 2058-2067.

OLIVEIRA, João Roberto Machado Neves de. A Transcendência dos Motivos Determinantes no Controle de Constitucionalidade e o Código De Processo Civil De 2015. Caderno Virtual - IDP, Brasília, v. 3, n. 45, p.111-140, nov. 2019. Disponível em:

<https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/issue/viewIssue/198/19>. Acesso em: 15 mar. 2020.

PARAÍBA. Lei nº 11.140, de 08 de junho de 2018. João Pessoa, PB. Governo do Estado da Paraíba.

PARAÍBA. Projeto Pílulas Constitucionais. Universidade Estadual da Paraíba. Página do Instagram. 2020. Instagram: @pilulasconstitucionais. Disponível em: <https://www.instagram.com/pilulasconstitucionais/>. Acesso em: 18 jan. 2020.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600274/pageid/4>. Acesso em: 03 jan. 2020.

REIS, Lidiane Maurício dos. Jurisdição Constitucional e os Procedimentos de Controle de Constitucionalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Revista Athenas, Conselheiro Lafaiete, v. 1, n. 6, p.124-144, jan. 2017. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/>. Acesso em: 06 dez. 2019.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Comentários ao art. 225 da CF/88. In: BONAVIDES, Paulo et al (org.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2343-2367.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. 503 p.

_____. Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil - o caso da EC 96/2017. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protecao-constitucional-animais-ec-962017>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (org.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 - A. p. 185-215.

_____. Comentários ao art. 5º, § 2º, CF/88. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (org.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 - B. p. 549-552.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. 382 p.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 934 p.

_____. Poder Constituinte e Poder Popular. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil anotado. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984878/>. Acesso em: 30 mar. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al (org.). Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro: (de acordo com o novo código de processo civil, lei 13.105, de 16 de março de 2015.). Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6596-9/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

APÊNDICE A – A CRUELDADE

Após proferir seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983/CE, o Ministro Luís Roberto Barroso fez a seguinte fala no plenário do Supremo Tribunal Federal:

Presidente, antes de elaborar o meu voto, assisti a algumas dezenas de vídeos, todos à disposição de quem quiser entrar na internet. Em todos, não tive nenhuma dúvida de que há lesão ao animal e prática de crueldade, independentemente do que se escreva no papel. Estou falando da vida real, do que os olhos veem e o coração sente, basta ver o filme. (STF, 2016, p. 57).

Diante disso, segue pequena lista de vídeos encontrados na famosa página *Youtube*, e disponíveis para qualquer indivíduo com acesso à internet.

- BOI QUEBRA PESCOÇO E MORRE EM VAQUEJADA:
<https://www.youtube.com/watch?v=0LnE2s0Kuaw>
- BOI MORRE EM PROVA DE RODEIO APÓS QUEDA:
<https://www.youtube.com/watch?v=bu-aamGE-6o>
- BOI QUEBRA Perna EM RODEIO E É SACRIFICADO:
<https://www.youtube.com/watch?v=cvoEkCH1Af4>
- CAVALO QUEBRA PATA EM PROVA DE LAÇO
<https://www.youtube.com/watch?v=2UUGa-DF7Lw>
- CAVALOS MORREM EM VAQUEJADA:
<https://www.youtube.com/watch?v=tXJBnZFfh1M>
- ENTREVISTA: ex-LOCUTOR DE RODEIO “ASA BRANCA”:
<https://www.youtube.com/watch?v=dguV57UbD14>