



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 5 | n. 1 | janeiro/abril 2018 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



“Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica

“Dialogue” among Powers in Brazil? From inconstitutionality of vaquejada’s practice regulation to vaquejada as a Brazilian intangible cultural heritage: a critical analysis

MÔNIA CLARISSA HENNING LEAL[!] *

[!] Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
moniah@unisc.br

MARIA VALENTINA DE MORAES[!] **

[!] Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
mariavalentina.23@hotmail.com

Recebido/Received: 16.10.2017 / October 16th, 2017
Aprovado/Approved: 31.12.2017 / December 31st, 2017

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56031.

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (São Leopoldo, RS, Brasil), com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: moniah@unisc.br.

** Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUP/CAPES. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: mariavalentina.23@hotmail.com.

Resumo

A (in)constitucionalidade da prática da vaquejada recentemente tornou-se o centro da análise dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo no Brasil. Em alguns meses, a prática foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tornou-se reconhecida por lei como patrimônio cultural imaterial brasileiro e foi objeto de uma Proposta de Emenda à Constituição, da qual decorreu a Emenda Constitucional nº. 96, que excluiu das práticas cruéis aos animais aquelas decorrentes de práticas culturais que sejam regulamentadas e que assegurem o bem-estar dos animais. Pretende-se, nesse contexto, analisar se a postura adotada pelos Poderes do Estado pautou-se no diálogo institucional ou ignorou a relação harmônica inerente ao Princípio da Separação de Poderes, utilizando-se, para tanto, o método dedutivo. Analisa-se, então, num primeiro momento, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.4.983/CE e, após, a referida Proposta de Emenda à Constituição, bem como a Lei nº. 13.364/16, a qual regulamenta a vaquejada, e a Emenda Constitucional nº. 96, sendo por fim, abordada a questão relativa ao diálogo institucional. Se extrai desse conjunto de decisões tomadas pelos três Poderes a tentativa de realização de um diálogo pelo Poder Legislativo, ao menos no que se refere à utilização de argumentos que tentam se contrapor àqueles que levaram à sua declaração de inconstitucionalidade pelo mais alto Tribunal do país.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE; Proposta de Emenda à Constituição nº. 304/2017; Emenda Constitucional nº. 96/2017; vaquejada; diálogo entre Poderes.

Abstract

The (un)constitutionality of vaquejada's practice recently has become the center of Judiciary, Executive and Legislative analysis in Brazil. In a matter of months, the practice was considered an unconstitutionality by Brazilian Federal Supreme Court, it has been recognized by law as a Brazilian cultural heritage and was object to an Amendment Proposed to the Constitution, of which accrue nº. 96 Constitutional Amendment that excluded from the cruel practices those resulting from cultural practices that regulate and ensure animal's welfare. It's intended, in this context, to analyze whether the posture adopted by Powers of State sustained itself in an institutional dialogue or ignored the harmonic relation inherent to Principle of Separation Powers, being used for such thing the deductive method. In a first moment is analyzed the Direct Action of Unconstitutionality nº. 4.983/CE and, after, the PAC referred, as well as Law nº. 13.364/16 and Constitutional Amendment nº. 96, being, lastly, addressed the question about the institutional dialogue. It can be extracted of this set of decisions taken by the three Powers the attempt to realize a dialogue by Legislative Power, at least as regards to the arguments utilization that try to counteract those that had been taken to a declaration of unconstitutionality by the higher Brazilian Tribunal.

Keywords: Direct Action of Unconstitutionality nº. 4.983/CE; Proposed Amendment to the Constitution nº. 304/2017; Constitutional Amendment nº. 96/2017; vaquejada; dialogue among Powers.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a vaquejada; **3.** A Lei nº. 13.364/16 e a Emenda Constitucional nº. 96/2017: o “poder constituinte” e a mudança constitucional como superação da decisão judicial; **4.** O diálogo entre Poderes e a noção de atuação harmônica: a vaquejada como elemento de tensão; **5.** Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A atuação do Poder Judiciário brasileiro tem atraído olhares no cenário atual do país, sendo, especialmente as posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, questionadas a todo momento. Juntamente com esse protagonismo judicial instalado em decorrência dos mais diversos fatores - sejam eles decorrentes dos escândalos políticos, da falta de representatividade dos Poderes eleitos ou mesmo de uma figura paternalista que tem sido atribuída ao mais alto Tribunal brasileiro - a desconfiança quanto aos demais Poderes estatais cresce e tensões nas relações entre Judiciário, Executivo e Legislativo ficam mais evidentes. Diante desse contexto de instabilidades, a análise

de constitucionalidade de uma lei do Estado do Ceará, regulando a “vaquejada”, toma proporções que evidenciam essa relação não tão harmoniosa antes referida.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4983/CE, em que foi declarada a inconstitucionalidade da lei cearense - e, observa-se, não a inconstitucionalidade da vaquejada como manifestação cultural por si só - que regulava os procedimentos a serem adotados na atividade foi o marco inicial de discussão da questão. A decisão proferida em outubro de 2016 teve como reação a promulgação de uma lei, já em novembro do mesmo ano, elevando a vaquejada e outras manifestações culturais à condição de patrimônio cultural brasileiro, em clara oposição ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em mesma linha, meses depois, já no ano de 2017, foi apresentada uma Proposta de Emenda Constitucional com a mesma finalidade, a qual originou a Emenda Constitucional nº. 96/2017, que excluiu do rol de práticas cruéis aos animais aquelas que, reguladas por lei específica - como a Lei nº. 13.364/2016, que torna a vaquejada patrimônio cultural - configurem-se como manifestações culturais.

Frente aos diferentes e divergentes entendimentos adotados pelos três Poderes do Estado e à mudança rápida no que se refere a (in)constitucionalidade de uma prática cultural, analisar os fundamentos presentes, tanto na decisão da Corte brasileira como na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição, mostra-se necessário para compreender a relação que se estabeleceu e, eventualmente, a (in)existência de um diálogo institucional entre Poderes. Dentre os argumentos sustentados, o dever e proteção do Estado e a crueldade contra os animais aparecem em lados opostos, sendo a ponderação entre princípios utilizada para sustentar o entendimento adotado pelo órgão judicial e, ainda, utilizada como fundamento para a proposta de Emenda, visando a sanar a dificuldade criada com a colisão dos princípios constitucionais.

A constitucionalidade da vaquejada, embora possua grande importância por si só, evidencia, para além das discussões quanto à possibilidade de uma prática cruel aos animais encontrar respaldo constitucional para ocorrer, a falta de harmonia que vem norteando uma série de decisões divergentes proferidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, contudo, ao menos no que se refere à utilização de argumentos para realizar a superação de uma decisão já tomada, pode-se visualizar uma abertura e relevância à ideia de uma justiça dialógica que tenha como objetivo principal a proteção do conteúdo trazido na Constituição Federal e dos direitos fundamentais nela assegurados.

Assim, analisam-se, em um primeiro momento, os fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, passando-se à análise da Lei nº. 13.364/16 e da Proposta de Emenda à Constituição nº 304/17, da qual decorreu à Emenda Constitucional nº. 96, traçando-se aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais - que figura como argumento nos posicionamentos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Por fim, observa-se se a lógica que se estabeleceu entre Poderes no caso da

regulamentação da vaquejada compreende a adoção de uma postura dialógica ou não, a partir da perspectiva da teoria do diálogo institucional e da relação entre Poderes.

2. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 4.983/CE: O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A VAQUEJADA

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, julgada em outubro de 2016, teve como objeto central a constitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, pela qual o Estado do Ceará regulamentava a prática da vaquejada, determinando, por exemplo, no artigo 4º¹, que “fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais”². As discussões abordadas nos votos, ainda que a análise fosse relativa à lei em si, englobaram aspectos da vaquejada como um todo, gerando divergências entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo julgado procedente o pedido de inconstitucionalidade da lei por seis dos onze Ministros que compõem o órgão Pleno³.

O conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente, assegurado no artigo 225 da Constituição Federal, e o exercício de direitos culturais, disposto na norma dos artigos 215 e 216, também da Constituição Federal, tornou-se o objeto central da ação, exigindo um exercício de ponderação. Há que se observar que, baseado nos argumentos da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, Robert Alexy propõe, em sua teoria, que os direitos fundamentais devem ser compreendidos como princípios, exigindo um processo de ponderação quando estejam em colisão⁴. O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, salienta, nesse sentido, que a dificuldade se encontra em aferir qual “o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito [...]”. Cumpre ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis⁵.

Já para o Ministro Edson Fachin, a vaquejada estaria configurada como uma manifestação cultural protegida constitucionalmente, não existindo motivação suficiente

¹ A lei pode ser consultada, no todo, no sítio eletrônico da Assembleia Legislativa do Ceará, no endereço <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017, p. 27.

³ Votaram pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade os Ministros Marco Aurélio, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, utilizando diferentes fundamentações e, pela improcedência votaram os Ministros Edson Fachin, Gilmar Ferreira Mendes, Teori Zavasky, Luiz Fux e Dias Tófolli, entendendo, especialmente, que a prática da vaquejada encontraria amparo na Constituição Federal.

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**. Madrid: Trotta, 2014.

⁵ Argumento exposto em trecho do voto do Ministro na decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

para a sua proibição⁶. Percebe-se que o Ministro analisa a vaquejada em sentido amplo, não se atendo especificamente à regulação trazida na lei do Estado do Ceará, não adentrando muito na noção de colisão entre princípios, mas sustentando seu posicionamento no amparo trazido pelo artigo 215 da Constituição brasileira⁷.

De forma contrária ao posicionamento sustentado pelo Ministro Fachin, a Ministra Rosa Weber defende que há uma lógica que decorre da Constituição Federal no sentido de que são protegidas manifestações culturais e são vedadas práticas cruéis aos animais, logo, há a proibição de manifestações culturais que se utilizem dessas práticas, pois “o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas não tolera crueldade contra os animais. Isso significa que o Estado não incentiva e não garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais”⁸.

A crueldade é um argumento que perpassa também os votos dos Ministros Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso, que embasam a inconstitucionalidade da lei na existência de uma crueldade quase que intrínseca à prática, sustentando este último que haveria uma desconstituição da vaquejada caso fosse regulada, pois a atividade estaria descaracterizada com a retirada dos elementos de crueldade que a cercam, como a derrubada do boi com a torção de seu rabo. É interessante frisar que tanto para indicar a crueldade da vaquejada quanto para sustentar a importância cultural e econômica da mesma - que também aparece como um argumento favorável à constitucionalidade da Lei n. 15.299/2013, sendo apontados os valores gerados para a economia do país com os empregos gerados - são apontados estudos e pareceres de *amici curiae*⁹ que reforçam as fundamentações dos votos proferidos.

Outra questão que suscitou divergências na votação se refere à equiparação realizada pelo Ministro Marco Aurélio, no tocante à vaquejada com as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à “farras do boi” e às “brigas de galo”, que foram declaradas como sendo práticas inconstitucionais. Enfatiza o Ministro Marco Aurélio que, nessas decisões, onde também ocorreu um conflito entre direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, “mesmo presente manifestação cultural, verificada a situação a

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

⁷ Pontua que “sendo a vaquejada manifestação cultural, como alias está na própria petição inicial, encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo §1º, e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país. Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja. Eu estou citando essa expressão criar, fazer e viver, que se encontram nos exatos termos do inciso II, do art. 216 da Constituição Federal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 15.

⁸ Referido posicionamento pauta o voto da Ministra Rosa Weber, a qual sustenta a inconstitucionalidade de práticas cruéis, realizando uma interpretação sistêmica da Constituição Federal brasileira. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

⁹ No que se refere à atuação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, ver LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica**. Curitiba: Multideia, 2014.

implicar inequívoca crueldade contra os animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente¹⁰.

Divergindo do entendimento relativo à equiparação dessas práticas, o Ministro Gilmar Mendes defende que há um caráter mais esportivo na vaquejada, que não ocorre no caso da “farra do boi”, onde o objetivo principal é a morte do animal, trazendo ainda a noção de Constituição como cultura desenvolvida por Peter Häberle¹¹.

Pode-se afirmar que as discussões apresentadas ao longo dos votos possuem um caráter mais abrangente, se estendendo à prática da vaquejada como um todo, entretanto destacam que “não se está discutindo diretamente [...] a constitucionalidade da vaquejada em si mesma. Nós estamos discutindo, aqui, a constitucionalidade da Lei n. 15.299, de janeiro de 2013, que veio regulamentar a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará”¹². Busca-se, assim, realizar uma distinção quanto ao objeto de divergência, qual seja, a lei cearense que regulamentou a vaquejada naquele Estado.

Dentre os argumentos levantados pelos entendimentos vencidos no tocante à constitucionalidade da lei cearense, a deferência ao legislador é defendida em dois momentos¹³. O conceito de deferência, para José Estay, “supone ‘de cada órgano del Estado el reconocimiento y respeto de las esferas competenciales en que las autoridades tienen el derecho a tomar decisiones con relativa autonomía’”¹⁴, se aplicando, no caso, a ideia de que houve uma intenção do legislador em regular a prática e que este

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017, p. 12. As decisões citadas são, respectivamente, o Recurso Extraordinário nº 153.531, julgado em 13 de março de 1998 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1856-6 e nº 2514-1, julgadas em 03 de setembro de 1998 e 29 de junho de 2005.

¹¹ Construção realizada também na decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017

¹² Observação apontada pelo Ministro Teori Zavasky que, em seu voto, traz à tona a questão pertinente a análise da lei em comento, salientando, ainda, que “se deve fazer uma distinção fundamental entre a vaquejada e a lei do Estado do Ceará, que veio para regulamentar a vaquejada no referido Estado. Nós estamos, aqui, numa ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, o objeto da análise da constitucionalidade, ou não, não é a vaquejada, até porque, como se viu, a vaquejada, como um ato da realidade, pode ser cruel ou pode não ser cruel ao animal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 59.

¹³ Essa relação é ressaltada pelo Ministro Gilmar Mendes, ao referir que “a lei do Ceará é digna de encômios. Faz-se um esforço no sentido de emprestar tratamento adequado. Nós temos que ver o texto constitucional, tal como ele está colocado, como um modelo de garantia institucional que pode ser desenvolvido - disse bem o Ministro Fux. E o legislador faz esse esforço” e pelo Ministro Luiz Fux, que também aponta que “ora, se nós temos uma colisão de princípios, de duas uma: ou o Judiciário faz a ponderação, ou a ponderação é legislativa. Se a ponderação é legislativa, no meu modo de ver, o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, porque o legislador avaliou todas as condições dessa prática desportiva - porque é considerada uma competição - e verificou que, com esses cuidados, é possível a realização da vaquejada”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017 Fux p. 75 e 103.

¹⁴ Conceito trazido pelo autor em: ESTAY, José Ignacio Martínez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 365-396. 2014. p. 372

aspecto deve ser considerado pelo Poder Judiciário. A colisão dos princípios em análise acarretaria uma ponderação a ser realizada ou pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo, o qual observou que, tendo o legislador realizado essa ponderação, como teria ocorrido com a promulgação da lei do Ceará, “o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, porque o legislador avaliou todas as condições dessa prática desportiva - considerada uma competição - e verificou que, com esses cuidados, é possível a realização da vaquejada”¹⁵.

Questiona o Ministro Gilmar Mendes que “o curioso, neste caso, é que, porque o legislador se preocupou com o tema e fez uma lei, se vai obter como prêmio a declaração de sua inconstitucionalidade”¹⁶, entendendo, contudo, que a lei cearense careça, eventualmente, de um aperfeiçoamento no que se refere a sua execução o que, todavia, não conduz a mesma à inconstitucionalidade. Reconhece, assim, que a preocupação do legislador em regular a questão merece ser sopesada no julgamento, não sendo o caminho mais adequado o da declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. Coloca, ainda, que “se essa legislação carece de alguma censura, há de ser na sua execução, a necessidade de um eventual aperfeiçoamento, de eventuais medidas que se possam tomar no sentido de se reduzirem as possibilidades de lesão aos animais”¹⁷, afastando a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade da norma.

Nota-se, nesse argumento, um respeito à margem de apreciação do legislador¹⁸, a qual “comprende, basicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una o otra fórmula normativa”¹⁹. Esse conceito, tido como princípio em alguns ordenamentos, encontra-se relacionado a uma postura de autocontenção judicial e de deferência, fazendo com que as formas de controle judicial transitem entre um controle mínimo e um máximo, os quais serão definidos

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 75.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 105.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 19.

¹⁸ Uma distinção importante a ser realizada é relativa à margem de apreciação do Legislador na relação interna entre Poderes do Estado e essa margem de atuação em termos de relação do Estado com os Tribunais Internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estando esse segundo conceito vinculado ao princípio da subsidiariedade, em razão do qual “los Estados tengan la deferencia para adecuar su ordenamiento jurídico nacional, conforme a los estándares o precedentes internacionales”. ARROYO, César Landa. **Convencionalización del Derecho peruano**. Lima: Palestra, 2016. Para um paralelo entre a atividade da jurisdição constitucional nacional e a atividade da jurisdição da Corte Interamericana, ver: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

¹⁹ LARRAÍN, Patricia Zapata. **Justicia constitucional**. Teoría y practica en el derecho chileno y comparado. Santiago: Jurídica de Chile, 2008. p. 234.

pelo menor ou maior espaço de decisão deixado ao legislador pela Constituição e pelo próprio Tribunal²⁰.

Sendo assim, pode-se dizer que, ainda que o objeto da ação fosse uma lei em específico, restou demonstrado um posicionamento majoritário - mesmo que por apenas um voto de diferença - por parte do mais alto Tribunal do país no sentido de inconstitucionalidade da prática da vaquejada, dada a crueldade presente na atividade. Diante desse posicionamento adotado pela Corte brasileira em outubro de 2016, a “resposta” legislativa não tardou a ocorrer, sendo promulgada, ainda em novembro do mesmo ano, uma lei de caráter nacional, tornando a vaquejada patrimônio cultural brasileiro, a qual será objeto de análise no próximo tópico.

3. A LEI Nº. 13.364/16 E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 96/2017: O “PODER CONSTITUINTE” E A MUDANÇA CONSTITUCIONAL COMO SUPERAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

No dia 06 de outubro de 2016 foi proferida a decisão de Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei cearense que regulamentava a vaquejada. No dia 29 de novembro de 2016, foi publicada a Lei n.º 13.364/2016, na qual, em seu artigo 1º, se estabelece que “esta Lei eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial”²¹. O Projeto de Lei que deu origem à citada lei é datado do ano de 2015, contudo, é interessante observar que em sua justificativa e nos artigos 1º e 2º não há qualquer referência à vaquejada, sendo seu teor voltado à prática do rodeio²², aparecendo essa apenas no rol do artigo 3º, **no inciso VII - suprimido na publicação da lei em análise - passando a vaquejada ao caput dos artigos antes referidos.**

No que tange à publicação da Lei n. 13.364/2016, não resta demonstrada qualquer preocupação do legislador em regulamentar a prática ou mesmo justificar a sua caracterização como patrimônio cultural imaterial, fazendo parecer que a inserção da

²⁰ Conceito trazido pelo autor em: ESTAY, José Ignacio Martínez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 365-396. 2014. p. 379.

²¹ BRASIL. **Lei n.º 13.364/2016, de 29 de novembro de 2016.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 nov. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 04 jul. 2017

²² A justificativa da lei inicia trazendo que “Rodeio é uma atividade que provém de atividades de trabalho das fazendas. É praticado em vários países do mundo principalmente onde há uma pecuária acentuada tais como Estados Unidos, Austrália e Brasil. Mas também é praticado no Canadá, Itália, França, México e em vários países da América Latina. O que é praticado na zona rural foi “transportado” para as arenas, transformado em esporte e por consequência passou a ter regras, nas quais o Bem Estar Animal é prioridade máxima”. Não há qualquer referência sobre a vaquejada, aparecendo essa apenas na própria lei, no inciso VII, que foi suprimido na publicação da Lei 13.364/2016, passando a vaquejada a figurar ao lado do Rodeio nos artigos anteriores. A justificativa do Projeto de Lei pode ser acessada, na íntegra, em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1342723>

vaquejada naquele projeto destinado à regulamentação do rodeio ocorreu de forma “ocasional”. Diferentemente do que ocorreu com tal lei, a Emenda Constitucional nº. 96/2017 (decorrente da Proposta de Emenda à Constituição nº. 50/2016, proposta no Senado Federal, que gerou a PEC 304/2017) encontra uma justificativa mais robusta e adentra na discussão travada na declaração de inconstitucionalidade relativa à crueldade que estaria presente na atividade da vaquejada (ADI nº. 4.983/CE). Embora posua uma justificativa mais aprofundada, por assim dizer, seu conteúdo dividiu opiniões também no Congresso Nacional, sendo a sua tramitação, inclusive, objeto de um mandado de segurança nº. 34.802.

Na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802, o impetrante alega que referida Proposta de Emenda à Constituição possuía inúmeros vícios, dentre eles: a) foi determinado, sem qualquer fundamentação, um rito especial à tramitação da PEC; b) não foi analisada a questão de ordem levantada pelo impetrante quanto aos vícios existentes; c) não foi respeitado o prazo mínimo de 5 dias úteis de tramitação entre os dois turnos de votação dessa, “uma vez que ambas as votações foram em 14/2/2017, com apenas meia hora entre um e outro turno”²³. A posição adotada, nesse julgamento do Mandado de Segurança: não intervenção judicial em razão de tratar-se de norma *interna corporis*, não cabendo controle judicial.

Como antes referido, a PEC aprovada - originada na PEC nº. 50/2016, que foi “proposta no Senado Federal treze dias após o Supremo Tribunal Federal declarar, no julgamento da ADI 4.983/CE, a inconstitucionalidade de lei cearense que regulamentava a prática da vaquejada por afronta ao art. 225, § 1º, VII, da CF”, como apontou o Ministro Ricardo Lewandowski²⁴ - deu origem à Emenda Constitucional nº. 96/2017, que acrescentou o §7º²⁵ ao artigo 225 da Constituição Federal, estabelecendo que não serão consideradas cruéis as práticas que envolvam animais que sejam consideradas parte do patrimônio cultural brasileiro.

A justificativa dessa PEC faz, por sua vez, menção direta à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao trazer que o objetivo da Proposta era “mitigar a controvérsia decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983, julgada em 6 de outubro de

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgada em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 2.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgada em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 1.

²⁵ “§ 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, 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm).

2016”²⁶, sendo referida a existência de um eventual “confronto principiológico”²⁷ decorrente desses diferentes posicionamentos adotados.

Ou seja, diante do conflito de direitos fundamentais existente na questão relativa à vaquejada, a Proposta de Emenda à Constituição nº. 304/2017 pretendeu sanar o conflito, excluindo as práticas reconhecidas como manifestações culturais do rol de práticas consideradas cruéis com os animais por meio de uma simples alteração constitucional, modificando o paradigma que, em tese, havia dado margem a tal colisão. Como destacou o Ministro Ricardo Lewandowski na decisão proferida na Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº. 34.802²⁸, o impetrante sustentou que citada Proposta de Emenda à Constituição buscava “derrogar o art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal que veda a imposição de práticas cruéis contra animais, por meio de acréscimo de novo parágrafo, o qual passará a permitir os maus tratos desde que travestidas de manifestações culturais”.

Em mais de um trecho que compõe a justificativa e o relatório da Proposta, a decisão do Supremo Tribunal Federal é referida, sendo o conflito entre normas com caráter principiológico colocado como um problema a ser superado, surgindo, nesse contexto, a Emenda Constitucional como forma de acabar com eventuais divergências geradas. Pode-se perceber que a modificação do texto constitucional se traduz como o principal objetivo da PEC, de forma a garantir que a vaquejada seja garantida e reconhecida como uma prática que possui amparo legal. Assim, em eventual novo pedido de inconstitucionalidade, estará respaldada constitucionalmente, não podendo a mesma ser considerada inconstitucional por meio de um sopesamento com o princípio da proteção do meio ambiente, observando o autor da Proposta que “lançando mão da legitimidade que nos foi outorgada – pelo povo, de um lado, e própria Carta Magna, de outro – é que pretendemos abrigar sob a guarda constitucional esse patrimônio imaterial do povo brasileiro, que é a festa de vaquejada”²⁹.

São referidos, ao longo do relatório, estudos que apontam a inexistência de crueldade aos animais, sendo citadas pareceres de veterinários e associações, bem como a existência de algumas regulamentações prevendo a fiscalização das vaquejadas e do cuidado com os animais envolvidos na prática. Ressaltam os legisladores, como

²⁶ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 2.

²⁷ Termo utilizado na Proposta de Emenda Constitucional para referir-se às incompatibilidades geradas pela decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao posicionamento que defendiam os legisladores serem o mais adequado constitucionalmente. A íntegra da PEC pode ser consultada em: BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 2.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgada em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 1.

²⁹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 16.

argumento legitimador de sua atuação, que “o próprio Poder Constituinte Originário – emanado soberanamente do povo – nos legitimou como Poder Constituinte Derivado de Reforma, para alterar o texto constitucional quando os reclames sociais exigissem”³⁰. Resta clara, desse modo, a tentativa de justificação da mudança constitucional e a intenção de que a vaquejada não seja declarada um esporte/atividade inconstitucional.

Outro argumento utilizado se sustenta na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado o dever de promover meios de efetivação dos mesmos, como deveria ocorrer, então, com o direito à manifestação cultural e, assim, com a realização da vaquejada. Essa dimensão material atribuída aos direitos fundamentais foi afirmada pelo Tribunal Constitucional Alemão quando “começa a construir a idéia de que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, isto é, que eles denotam, ao mesmo tempo, um caráter subjetivo e um caráter objetivo”³¹.

Esses direitos deixam de ser reconhecidos apenas por uma perspectiva individual e negativa, configurando-se como um todo de valores objetivos, que indicam diretrizes aos Poderes do Estado e exigem desses uma ação positiva³². Não se mostra mais suficiente uma abstenção por parte do Estado, “ya que contienen obligaciones objetivas en relación al legislador o el ejecutivo”, gerando um dever de atuação e de proteção dos bens jurídicos assegurados por esses direitos³³, exigindo que os poderes públicos ajam no sentido de efetivação dos mesmos, garantindo condições para seu exercício, sejam elas fáticas ou normativas³⁴.

No caso aqui analisado, justificam os legisladores que a exclusão da vaquejada das práticas cruéis aos animais e da criação de leis que regulamentem a prática encontra respaldo no dever de fiscalização do Estado e na noção de que o mesmo deve promover condições para o exercício de direitos, como o direito a manifestações culturais. Em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, o Ministro Gilmar Mendes, defende, em mesma linha, que “o que se está buscando aqui é exatamente a regulação adequada”³⁵. Na Proposta de Emenda à Constituição se observa a menção a diferentes dispositivos que regulariam a prática da vaquejada e que estariam, assim,

³⁰ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2123843>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 16.

³¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 63.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 103-140.

³³ CARA, Juan Carlos Gavara de. La dimensión objetiva de los derechos sociales. In: _____. **Cuadernos de derecho Constitucional**. Barcelona: Librería Bosh, 2010. p. 51.

³⁴ QUEIROZ, Cristina. **O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Lisboa: Coimbra, 2006.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 18.

traçando parâmetros e limites para sua realização. Haveria ao menos a tentativa de proteção dos direitos em conflito.

Dada a essencialidade dos direitos fundamentais, há, pois, “um dever de proteção (*Schutzpflicht*) que decorreria exatamente do especial significado objetivo dos direitos fundamentais para a ordem jurídica objetiva”³⁶. Esse dever de proteção deve ser compreendido diante do conflito de princípios existente na controvérsia jurídica que se apresenta, pois a Constituição é “uma unidade de sentido que serve de referencial para decisões de valor, tem-se que, para sua efetivação, os direitos fundamentais precisam ser percebidos [...] em sua relação com os demais conteúdos e princípios” constitucionais³⁷. Sendo assim, embora a motivação presente na EC nº. 96 seja dirimir um conflito de princípios existentes, há que se questionar se essa mudança encontra respaldo nos demais dispositivos que integram o todo da Constituição Federal brasileira.

O que se pretende analisar, na sequência, é a questão relativa à existência ou não de um diálogo institucional entre Poderes³⁸ que permita uma melhor efetivação de direitos fundamentais e que reflita a adoção de uma postura preocupada com a real concretização da Constituição.

4. O DIÁLOGO ENTRE PODERES E A NOÇÃO DE ATUAÇÃO HARMÔNICA: A VAQUEJADA COMO ELEMENTO DE TENSÃO

As novas perspectivas trazidas com o constitucionalismo e também com o reconhecimento de direitos fundamentais na Constituição Federal acabam por colocar o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, em um papel de destaque, vez que “o sistema de princípios e valores que marca o chamado constitucionalismo gera um espaço de juridicização até então jamais visto na história dos poderes”³⁹. No que se refere à separação de Poderes pensada por Montesquieu, Estay⁴⁰ observa que

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

³⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 70.

³⁸ Observa-se que o conceito de diálogo institucional utilizado no presente artigo refere-se à noção de que “não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas”. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 15. Sobre o tema, ver também a posição de: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

³⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 78.

⁴⁰ ESTAY, José Ignacio Martínez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 365-396. 2014. p. 368.

a noção central de sua teoria se pautava na ideia de que “el poder frene al poder”, garantindo um controle mútuo entre poderes, por meio da noção de *checks and balances*⁴¹, todavia “se trata de modelos elaborados hace tres siglos con referencia a arreglos institucional es incomparablemente más simples que los de las actuales democracias constitucionales”⁴².

Dessa forma, as críticas à atuação judicial, como a adoção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, fazem com que seja necessário observar a relação entre os três Poderes a partir de um novo viés⁴³, superando-se a ideia de supremacia de um poder em relação aos demais e partindo-se para a adoção de uma postura⁴⁴ que envolva o diálogo entre eles, resultando, assim, em “un juego interactivo más complejo”⁴⁵.

No atual cenário brasileiro, marcado por divergências políticas, a aplicação da teoria dialógica⁴⁶ traria consigo maior legitimidade aos Poderes na tomada de decisão,

⁴¹ Gargarella faz uma importante distinção entre essa lógica de freios e contrapesos e o diálogo institucional, salientando que “en todo caso, en mi opinión, el funcionamiento de un sistema de democracia deliberativa requiere una lógica de organización institucional diferente de la que ofrece el sistema de frenos y contrapesos: mientras que ese sistema, según veremos, se orienta a evitar y canalizar la guerra social, el dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida entre iguales”. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: _____. (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 337-343.2008. p. 339.

⁴³ Essa noção de uma necessária articulação entre Poderes já vinha sendo apontada na doutrina norte-americana, na qual “Bickel, na década de 60, já falava em ‘colóquio contínuo’ (*continuing colloquy*) e em ‘conversa permanente’ (*permanent conversation*). Louis Fisher, em publicações das décadas de 70 e 80, já se referia a ‘diálogos constitucionais’. Bruce Ackerman considera essa imagem para pensar a separação de poderes americana, principalmente pela ideia de ‘dualismo constitucional’ (a variação entre momentos de ‘política normal’ e de ‘política constitucional’)”. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 98. Também Bateup aponta a influência de autores como Bickel nas teorias dialógicas atuais, observando que “Bickel’s dialogic legacy is evident in a number of contemporary theories of constitutional dialogue, popular in both the United States and Canada, which propose a similar role for the judiciary in relation to questions of principle”. BATEUP, Chistine A. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, New York, vol. 11, p. 1-88, 2005. p. 42.

⁴⁴ Essa postura é reconhecida e adotada, ao menos em tese, pelo Supremo Tribunal Federal, como já fora referido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105, em voto do Ministro Roberto Barroso, que classificou: “os diálogos institucionais podem se concretizar por meio de diferentes comportamentos [...]. Verificando que alguma matéria é malversada, mas que a correção depende de atuação do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal se manifesta neste sentido, dando ciência ao Legislativo de que há uma mudança a ser feita [...]. A segunda vertente do diálogo institucional, a meu ver, é a devolução da matéria pelo Supremo ao Poder Legislativo [...]. Em vez de dar a última palavra, o Supremo estimula, incentiva o Congresso a prover sobre uma matéria [...]. A terceira e última forma de diálogo institucional, a meu ver, é a superação da jurisprudência, que é precisamente a discussão que nós estamos travando aqui [...]. Devo dizer que a superação de jurisprudência, como é o caso aqui, por aprovação de lei pressupõe que exista mais de uma interpretação constitucional possível e válida para que o Congresso possa optar por uma diferente daquela que o Supremo optou”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105**. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgada em 01 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2016. p. 89.

⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 175.

⁴⁶ Há que se diferenciar a teoria do diálogo institucional da conceituação de diálogo apresentada por César Landa Arroyo, relativa ao diálogo entre Tribunais nacionais e internacionais, onde “el concepto de diálogo se aplica para explicar la relación entre tribunales que tienen una vinculación que se sustenta en una obligación que asumen los Estados de cumplir con fallos internacionales”. ARROYO, César Landa. **Convencionalización del Derecho peruano**. Lima: Palestra, 2016. p.102. Ver também, quanto ao diálogo entre Cortes, ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, XIX, p. 511-553.2013.

facilitando a interação desses em prol da proteção de direitos, uma vez que “el lenguaje del diálogo conlleva, de por sí, una connotación emotiva favorable, en la medida en que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos en momentos marcados por los antagonismos políticos”⁴⁷.

O diálogo institucional pressupõe, portanto, que os Poderes do Estado envolvidos, de boa-fé, busquem a decisão mais adequada e dialoguem a respeito dela, de modo que a própria revisão judicial assumira esse caráter dialógico, sendo essa “parte de um ‘diálogo’ entre los jueces y las Legislaturas”⁴⁸, abandonando-se a ideia de uma última palavra dada pela jurisdição, sem possibilidade de revisões e reconhecendo a “falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar”⁴⁹. É importante, entretanto, que esse diálogo seja pautado por uma argumentação que indique o porquê da adoção dos fundamentos sustentados por cada uma das partes, não se tornando apenas uma sobreposição de diferentes posicionamentos dos Poderes do Estado⁵⁰.

Em uma perspectiva dialógica, “the constitution is no interpreted by aloof judges imposing their will on the people. Rather, constitutional interpretation is an elaborate discussion between judges and the body politic”⁵¹, de forma que as decisões não sejam tomadas de forma totalmente solipsista e que se permitam um efetivo diálogo entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo. Pode-se perceber, assim, que as diferentes teorias dialógicas têm em comum e como contrastam com teorias da última palavra. Dois são os seus principais denominadores comuns: a recusa de uma visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição⁵².

Como coloca Tushnet⁵³, “la idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones – diálogos – entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones

⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: _____. (Org.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

⁴⁸ HOGG, P. W.; BUSHHELL, A. A. El diálogo de la Carta entre los Tribunales y las Legislaturas. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub. Grifos no original.

⁴⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012. p. 208.

⁵⁰ Nesse sentido, interessante referir que, em casos como o da utilização da fosfoetanolamina sintética e das diferentes decisões tomadas no âmbito dos três Poderes do Estado, “o caminho percorrido entre Supremo Tribunal Federal, Congresso Nacional e, novamente, Supremo Tribunal Federal demonstra a ausência de um diálogo institucional e a falta de fundamentação entre diferentes decisões - opostas, inclusive - quanto ao mesmo objeto”, restando clara a falta de harmonia em diversas decisões judiciais e legislativas. Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal; MORAES, Maria Valentina. O princípio da separação de poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, vol. 50, p. 34-52, set./dez. 2016.

⁵¹ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **The Michigan Law Review Association**, Michigan, vol. 91, n. 4, p. 577-682, feb. 1993. p. 653.

⁵² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. p. 98.

⁵³ TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta”, estabelecendo o que entende como sendo uma forma de diálogo ideal, pela qual há a criação de uma lei, sua declaração de inconstitucionalidade e a adoção de uma postura pelo Legislativo (modificação da lei ou reforço do entendimento antes adotado), buscando a melhor decisão para a controvérsia⁵⁴. As decisões pautadas no diálogo relacionam, assim, direitos fortes com medidas judiciais moderadas, diminuindo os níveis de intervenção judicial⁵⁵.

A adoção de um modelo de revisão judicial dialógico faz com que haja modificações significativas quanto ao controle judicial e que sejam reconhecidas tensões que são próprias de um constitucionalismo democrático⁵⁶, trazendo para o debate também os mais diversos segmentos sociais⁵⁷. Não se trata, desse modo, de abandonar o controle judicial, mas de estabelecer mecanismos que permitam um novo posicionamento dos demais Poderes, sem que a “última palavra” prevaleça sempre nas mãos do Poder Judiciário, devendo “haber una reflexión acerca de la decisión judicial por parte del gobierno y se debió adoptar una resolución respecto de cómo reaccionar frente a ella”⁵⁸.

As decisões envolvendo a constitucionalidade da vaquejada permitem compreender como essa relação vem ocorrendo entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Pode-se dizer que o diálogo ideal pensado por Tushnet encontra alguma correspondência no caso em análise, eis que foi criada lei (Lei nº. 15.299/2013) regulamentando a vaquejada no Estado do Ceará, havendo a manifestação do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da mesma (Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE) e, posteriormente a promulgação da Lei nº. 13.364/16 - ainda que sem maiores justificações - e a criação da Emenda Constitucional nº. 96/2017, demonstrando essa o posicionamento que entende o Poder Legislativo como sendo o correto. Há que se observar que, na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição nº. 304, é referido

⁵⁴ TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

⁵⁵ Nesse tocante, Garavito indica que “las decisiones más dialógicas en los casos estructurales involucran reconocer la exigibilidad judicial del derecho en cuestión (derechos fuertes); dejar las decisiones de política pública a las ramas electas del poder al mismo tiempo que establecer un mapa claro para medir el progreso (medidas judiciales moderadas), y supervisar activamente la ejecución de las órdenes del tribunal mediante mecanismos participativos, como las audiencias públicas, los informes de avance y las decisiones sobre el seguimiento (seguimiento fuerte)”. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub

⁵⁶ TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

⁵⁷ Se exige assim, um diálogo que ultrapassa a atuação judicial, como aponta Rodríguez-Garavito: “as noted, this constitutional dialogue involves a broader spectrum of stake holders in the monitoring process. In addition to the court and state agencies directly affected by the judgment, implementation involves victims whose rights have been violated, relevant civil-society organizations, international human rights agencies, and other actors whose participation is useful for the protection of the rights at issue, including grassroots organizations and academics”. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, Texas, v. 89, p. 1-30, 2011. p. 24.

⁵⁸ HOGG, P. W.; BUSHHELL, A. A. El diálogo de la Carta entre los Tribunales y las Legislaturas. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub. Grifos no original.

o posicionamento adotado pelo mais alto Tribunal brasileiro e as razões pelas quais o novo posicionamento deve prosperar.

Tanto no conflito envolvendo a prática da vaquejada como em demais conflitos que venham a surgir diante de posicionamentos divergentes adotados por Judiciário e Legislativo, sempre que “desafiándose mutuamente cada vez que uno de ellos considerara que tiene una justificación superior, habría mayores posibilidades de que produjeran mejores respuestas que aquellas a las que llegan en el marco de un modelo de competencia y conflicto”⁵⁹. Tem-se, assim, a produção - ou ao menos a tentativa - de decisões mais corretas e com um caráter mais democrático, sendo considerados diferentes argumentos e posicionamentos quanto às questões em xeque.

Sendo assim, há que se reconhecer a abertura ao diálogo por parte do Poder Legislativo ao oferecer as razões que entendia como corretas e contrapor os argumentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal em sua decisão, buscando a melhor decisão. Cabe, contudo, aguardar eventual novo posicionamento da Corte brasileira no que se refere à Emenda Constitucional nº. 96/2017.

5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se afirmar que a série de decisões envolvendo a constitucionalidade da vaquejada demonstrou uma falta de harmonia quanto às decisões entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, poucos Ministros demonstraram uma preocupação com a deferência ao legislador.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, utilizada como argumento tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo Congresso Nacional, exige dos poderes públicos a efetivação e a promoção de meios que assegurem esses direitos, podendo a criação de uma lei regulamentadora da prática - e a fiscalização da mesma - ser reconhecida como mecanismo de atuação do Poder Público para a garantia da não ocorrência de práticas cruéis aos animais nas vaquejadas. Assim, tanto o direito ao meio ambiente como a não crueldade com os animais e o direito ao exercício de manifestações culturais ficariam assegurados.

Pode-se afirmar, por fim, a abertura do Poder Legislativo ao diálogo, utilizando-se da ótica da teoria dialógica, vez que apresentou argumentos para demonstrar o entendimento que considerava correto, contrapondo os argumentos apresentados pelo mais alto Tribunal brasileiro em sua declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, a relação entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE, a Proposta

⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 159 - 185. p. 182.

de Emenda à Constituição nº. 304 e a Emenda Constitucional nº. 96 segue um padrão considerado como o ideal para a ocorrência de uma revisão judicial dialógica, existindo uma decisão judicial e uma reação legislativa devidamente justificada. A questão que permanece é saber se essa Emenda Constitucional será questionada e, assim sendo, qual a postura adotada pela Corte brasileira: irá entender que a alteração observou a Constituição como um todo unitário de princípios ou se sustentará que a mesma não possui respaldo constitucional?

Sendo assim, a adoção de uma postura que propicie o diálogo entre Poderes do Estado se mostra fundamental para que questões envolvendo a colisão entre princípios ou mesmo uma proteção efetiva de direitos fundamentais sejam melhores debatidas e, diante dos argumentos apresentados, possam ser produzidas decisões que reflitam os postulados constitucionais. A teoria dialógica contribui, desse modo, para uma melhor concretização da Constituição e para a existência de um debate e de articulações fundamentais à relação entre Poderes.

6. REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. **Anuário de Direito Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, XIX. p. 511-553, 2013.

ARROYO, César Landa. **Convencionalización del Derecho peruano**. Lima: Palestra, 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº. 304-A de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/>

fichadetramitacao?idProposicao=2123843>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Lei n.º 13.364/2016, de 29 de novembro de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 nov. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.983/CE**. Rel. Ministro Marco Aurélio. unal Pleno, julgada em 06/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.105**. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 01 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2016. p. 89.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 34.802**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgada em 16/05/2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BATEUP, Chistine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, New York, vol. 11, p. 1-88, 2005.

CARA, Juan Carlos Gavara de. La dimensión objetiva de los derechos sociales. In: _____. **Cuadernos de derecho Constitucional**. Barcelona: Librería Bosh, 2010.

CEARÁ. Lei nº. 15.299, de 08 de janeiro de 2013. **Diário Oficial do Estado do Ceará**, 15 jan. 2013. Ceará: Assembleia Legislativa, 2013. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

ESTAY, José Ignacio Martínez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 365-396. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. **Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Talca, n. 1, p. 337-343.2008.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **The Michigan Law Review Association**, Michigan, vol. 91, n. 4, p. 577-682, feb. 1993.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: _____. (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

HOGG, P. W.; BUSHHELL, A. A. El diálogo de la Carta entre los Tribunales y las Legislaturas. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

LARRAÍN, Patricio Zapata. **Justicia constitucional**. Teoria y practica en el derecho chileno y comparado. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal; MORAES, Maria Valentina. O princípio da separação de poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, vol, 50, p. 34-52, set./dez. 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica.** Curitiba: Multideia, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.** 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 159 - 185.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** Lisboa: Coimbra, 2006.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-economic Rights in Latin America. **Texas Law Review**, Texas, v. 89, p. 1-30, 2011.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica.** Salvador: Juspodivm, 2010.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. Não paginado. Epub.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia.** Madrid: Trotta, 2014.