

**UNIVERSIDADE DE RIO VERDE (UniRV) - CAMPUS CAIAPÔNIA
FACULDADE DE DIREITO**

MARCOS ALVES DOS SANTOS

**PAN-PRINCIPIOLOGISMO E EFEITO *BACKLASH*: UM DIÁLOGO Á
LUZ DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO**

**CAIAPÔNIA, GO.
2019**

MARCOS ALVES DOS SANTOS

**PAN-PRINCIPIOLOGISMO E EFEITO *BACKLASH*: UM DIÁLOGO Á LUZ DO
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO**

Monografia apresentado à Banca Examinadora do
Curso de Direito da Universidade de Rio Verde –
Campus Caiapônia como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel.

Orientador(a): Prof. Esp. Renata Lamounier
Oliveira

CAIAPÔNIA, GO

2019

MARCOS ALVES DOS SANTOS

**PAN-PRINCIPIOLOGISMO E EFEITO *BACKLASH*: UM DIÁLOGO Á LUZ DO
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO**

**MONOGRAFIA APRESENTADA À BANCA EXAMINADORA DO CURSO DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE RIO VERDE (UNIRV) COMO EXIGÊNCIA
PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO.**

Caiapônia, GO, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Esp. Renata Lamounier Oliveira (Orientadora)
Universidade de Rio Verde (UniRV)

Prof. Membro 1
Universidade de Rio Verde (UniRV)

Prof. Membro 2
Universidade de Rio Verde (UniRV)

Dedico esta presente monografia a todos que confiam em meu potencial, acreditam em minha capacidade, imprescindivelmente agradeço a minha família por estar sempre ao meu lado, ajudando, auxiliando e estendendo a mão a todo momento.

AGRADECIMENTOS

De modo preliminar quero agradecer a Deus, pela coragem, força e que nos momentos de dificuldade me fez soerguer e não desistir, que me guiou pelo caminho certo e me ajudou a todo momento.

Estender meus agradecimentos também a toda minha família, especialmente minha mãe e pai que são meu alicerce, são meu arrimo, pessoas especiais que posso confiar a todo momento, por maior que seja meu vezo, estes nunca me desampararam, sempre estarão ao meu lado, por esse motivo e tantos outros sou grato por tê-los. Agradecer também a minha namorada que me acompanhou durante minha jornada, pessoa de adjetivos incomensuráveis, agradeço pela paciência e apoio. De igual forma demonstro minha gratidão a minha irmã que tanto me ajudou e me apoiou durante minha caminhada, obrigado por acreditar em mim.

Reconheço também o apoio dos meus colegas de curso, sou grato a Deus por colocarem todos vocês em meu caminho, estou honrado por fazer parte dessa turma, que cada um seja realizado na medida de seus sonhos.

Por derradeiro agradeço a todos meus professores que tive o privilégio de ter, agradeço pelo conhecimento inestimável transmitido. Especialmente agradeço a minha orientadora, obrigado pela atenção, disponibilidade, paciência e serenidade, espero ter correspondido a todos seus mandamentos, espero ter demonstrado meu potencial e não ter lhe desapontado.

“Nada se perde, tudo se transforma”

Antoine Lavoisier

RESUMO

O eminente trabalho tem por escopo esclarecer o que é Pan-principiologismo e efeito *Backlash*, sob a ótica do Constitucionalismo Democrático, trabalho efetuado por meio de pesquisas bibliográficas com intento de esclarecer dúvidas sobre ambos os fenômenos do Pan-principiologismo e *Backlash* e suas implicações no plano jurídico-social. Partindo da criação dos fenômenos e indo adiante dando sua definição, aplicação e consequências, conceituando princípios que são as peças fundamentais para qualquer ordenamento jurídico, seus desdobramentos até chegarem a máxima do Pan-principiologismo e *Backlash*, definindo também a ameaça que ambos os fenômenos podem acarretar em um Estado Democrático, se seus usos ameaçam a separação dos Poderes. Traçando também o uso destes fenômenos por magistrados, o risco que pode acarretar ao usa-los de modo exacerbado. Estabelecendo a ação prática desses fenômenos, citando suas ações em decisões dadas pela Suprema Corte brasileira, mencionando se essas decisões ferem ou não princípios e direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna.

Palavra-chave: Pan-principiologismo. Efeito *Backlash*. Constitucionalismo Democrático. Princípios.

ABSTRACT

The eminent work aims to clarify what Pan-principiologism and Backlash effect, from the perspective of Democratic Constitutionalism, work done through bibliographical research with an attempt to clarify doubts about both the phenomena of Pan-principiologism and Backlash and its implications in the legal and social plan. Starting from the creation of the phenomena and going on giving its definition, application and consequences, conceptualizing principles that are the fundamental parts for any legal order, its unfolding until reaching the maxim of Pan-principiologism and Backlash, also defining the threat that both phenomena can in a Democratic State, if its uses threaten the separation of Powers. By also curtailing the use of these phenomena by magistrates, the risk they may entail by using them in an exacerbated manner. Establishing the practical action of these phenomena, citing their actions in decisions given by the Brazilian Supreme Court, mentioning whether or not these decisions violate fundamental principles and rights established by the Constitution.

Keywords: Pan-principiologism. Backlash effect. Democratic Constitutionalism. Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PAN-PRINCIPIOLOGISMO	11
1.1 PRINCÍPIOS.....	11
1.2 CONCEITO DE PAN-PRINCIPIOLOGISMO.....	13
1.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	14
2 SEPARAÇÃO DOS PODERES	17
3 EFEITO <i>BACKLASH</i>	19
4 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRATIO	22
5 AÇÃO DO PAN-PRINCIPIOLOGISMO E EFEITO <i>BACKLASH</i> NO BRASIL	24
5.1 A UNIÃO HOMOAFETIVA	25
5.2 PROIBIÇÃO DA VAQUEJADA.....	26
6 PAN-PRINCIPIOLOGISMO E EFEITO <i>BACKLASH</i> A COLISÃO COM A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	29
7 OBJETIVOS	31
7.1 OBJETIVO GERAL.....	31
7.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	31
8 METODOLOGIA.....	32
9 ANÁLISES E DISCUSSÕES.....	33
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
REFERÊNCIAS.....	37

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo central identificar a tênue relação entre o Pan-principiológismo e efeito *Backlash* ao princípio da separação dos Poderes, tratando-se de uma realidade jurídica que tem sido objeto de discussões relevantes por serem fenômenos de efeitos gerais que extrapolam tal órbita.

Justifica-se a relevância do tema a partir de sua importância no âmbito jurídico e social, principalmente as repercussões das decisões que revelam o efeito *Backlash* e o fenômeno Pan-principiológico mais pujante na órbita jurídica. Por se tratarem de fenômenos notadamente novos, far-se-á necessário uma explanação importante acerca do tema, pois raramente é abordado por doutrinadores, por até mesmo evitar as polêmicas dos temas ou por ser escasso seu referencial teórico.

É cediço também o grande clamor social diante das polêmicas decisões da Suprema Corte, visto que esse ato está intimamente ligado aos dois fenômenos abordados no presente trabalho, é necessário esclarecer o que está intrínseco nas decisões judiciais e suas repercussões nos mais diversos aspectos do plano jurídico-social.

Por corolário, surge uma problemática com o fito de esclarecer as consequências das ações da Suprema Corte no que diz respeito as decisões de temas polêmicos e o uso de princípios sem amparo normativo que revelam a ação do efeito Pan-principiológico e fere a legalidade, e mostrar seus respectivos resultados negativos no campo social. A questão que surge é a seguinte: o Pan-principiológismo e o efeito *Backlash* tendem a ameaçar o equilíbrio entre os Poderes da República Federativa do Brasil, podendo macular a noção de Constitucionalismo Democrático?

Assim surgiram algumas hipóteses a serem trabalhadas, quais sejam: i) ação do Pan-principiológismo e do efeito *Backlash* nas decisões judiciais da Suprema Corte não maculam a Separação de Poderes, tendo em vista que suas incidências se dão para concretização de direitos fundamentais ante a inércia legislativa ii) as consequências do efeito *Backlash*, diante das repercussões sociais das decisões de temas polêmicos tendem a ferir a separação dos poderes pois garantem ao Judiciário uma atitude de legislar sobre o tema posto em análise; iii) o Pan-principiológismo e o efeito *Backlash* tendem a resguardar a garantia de um constitucionalismo democrático ante a participação social nas decisões emanadas.

Inicialmente será abordada o tópico sobre o Pan-principiologismo, sua definição, aplicação e consequências, bem como também será tratado da conceituação de princípios e será exposto um dos princípios mais importante para nosso ordenamento jurídico como o princípio da legalidade, definindo o que é esse princípio e estabelecendo uma relação direta entre o fenômeno do Pan-principiologismo e o princípio da legalidade.

Em um segundo momento trataremos sobre outro importantíssimo princípio que é o alicerce de um Estado Democrático, qual seja, princípio da Separação dos Poderes, estabelecendo sua definição, sua limitação legal em se tratando das funções atípicas dos Poderes da União.

Por conseguinte, passamos a análise do efeito *Backlash*, definindo sua origem, conceito, uso e consequências, tratando da discrepância da opinião pública diante de decisões que impactam assuntos de opiniões diversas, analisando a ação do poder judiciário diante desse cenário.

No quarto capítulo discutiremos sobre o Constitucionalismo Democrático, o papel que a população tem de influenciar suas leis fundamentais, estabelecer diretrizes por meio da ação conjunta, demonstrar a força que a sociedade detém, pois e deve ser governada por seus legítimos, sendo o governo da maioria que protegem direitos fundamentais importantes para o bom funcionamento de um Estado pautado no regime democrático e que respeita os direitos individuais e coletivos consagrados na Constituição.

O quinto capítulo trata-se de uma análise de decisões proferidas pela Supre Corte brasileira, analisando o impacto que as decisões proferidas acarretaram, demonstrando a ação do efeito do Pan-principiologismo e do *Backlash*, os riscos que cada um desses efeitos pode acarretar se usados com imprudência, dessa forma o judiciário deve se manter alerta diante de assuntos não pacíficos e que não tiveram uma resposta do Poder Legislativo.

Por fim abordaremos se a ação dos fenômenos Pan-principiologismo e *Backlash* resulta uma ruptura na divisão dos Poderes, se ação proativa do judiciário está ferindo essa separação, por se tratar de um princípio fundamental, o judiciário observa com cautela todas suas limitações, o Supremo Tribunal Federal por ser o guardião da Constituição, trata da divisão dos poderes como um ditame soberano, onde suas funções atípicas não maculem esse importante princípio.

1 PAN-PRINCIPIOLOGISMO

1.1 PRINCÍPIOS

Para compreender a essência do Pan-principiologismo é necessário a conceituação de princípios, pois são destes que nasce o fenômeno Pan-principiológico.

Princípio em breve e clara lição pode ser entendido como início de algo, a base do sistema normativo, tendo por função precípua a sustentação da norma. Segundo clara lição de Reale (2003, p. 23):

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

O ordenamento jurídico brasileiro é lastreado por diversos princípios e não poderia ser diferente, visto que os princípios são norteadores da confecção e aplicação da norma. Nesse diapasão, um ordenamento a qual não consagra princípios é um ordenamento arbitrário e do ponto de visto jurídico “ilógico”.

Os princípios são as disposições que fundamentam a norma, a denominada força motriz que erradia pelas normas dando-as legitimidade, clareza e significado. Como brilhantemente estabelece o jurista alemão Konrad Hesse (1991), uma Constituição que não possui o mínimo de eficácia e considerada uma “letra morta no papel”.

Após a decadência da fase jusnaturalista e da fase positiva o direito iniciou uma nova era, a era do pós-positivismo que ainda consagra o positivismo. Ocorre que esse neoconstitucionalismo garantiu aos princípios efetiva força normativa.

Nesse sentido Alexy (2015, p. 87):

Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-se, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

O renomado autor prega que a aplicação dos princípios dependeria da situação concreta, e essa aplicação se daria em forma graduada a depender do caso. Nesse mesmo contexto, acerca da diferença entre normas e princípios a discussão não é pacífica na doutrina, mas o entendimento majoritário é no sentido de que princípios tem poder normativo.

Os princípios possuem diversas funções quando de sua aplicabilidade. Bonatto e Moraes (2009, p.28) expõem com veemência:

Os princípios exercem uma função básica, qual seja a de serem os padrões teleológicos do sistema, com base nos quais poderá ser obtido o melhor significado das regras, como peças integrantes de uma engrenagem jurídica que é posta em ação pelas diretrizes maiores que dão movimento ao todo.

As funções dos princípios são divididas em três partes, quais sejam: função fundamentadora que estabelece que toda norma se fundamente no princípio constitucional a qual é emanada, de modo que toda relação jurídica firmada seja alicerçada em decorrência de um princípio constitucional.

Há também a função interpretativa, segundo a qual todo princípio norteia a interpretação da norma, que pode estabelecer uma linha de pensamento para o real entendimento da norma.

Por fim calha mencionar a função subsidiária, segundo a qual o princípio será aplicado ao caso concreto quando da ausência de lei, preenchendo as lacunas apresentadas pelo ordenamento jurídico pátrio segundo disposição do artigo 140 do Código de Processo Civil de 2015 *in verbis*: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. (BRASIL, 2015)

O julgador é obrigado por expressa disposição legal a fundamentar suas decisões consoante dispõe o art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) *in verbis*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A priori o julgador utilizará a lei para fundamentação de seus atos jurisdicionais, mas pode também se socorrer aos princípios como fonte mediata de aplicação.

1.2 CONCEITO DE PAN-PRINCIPIOLOGISMO

O Pan-principiologismo é classificado como um fenômeno criador de princípios sem amparo normativo, de modo que os princípios decorrentes de tal instituto não detêm os pressupostos de liame normativo necessário no campo principiológico. Nas palavras de Lenio Streck (2012), “Pan-principiologismo trata-se de uma verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade”

O pan-principiologismo vem sendo escopo de ferrenhas discussões, a de se dar um máximo cuidado ao tão consagrado princípio da legalidade. Segundo clara lição de Lenza (2014, p. 182):

Parte da doutrina vem tecendo (severas) críticas á exacerbação dos (pseudo) princípios, ou seja, a criação de princípios de acordo com o “sentire” ou a vontade de cada julgador, de modo arbitrário, em decisão “solipsista” (seguindo a orientação pessoal de cada intérprete) e em violação á Constituição, o que pode levar á discricionariade e a um inaceitável e antidemocrático decisionismo (julgamento discricionário e sem fundamentação, surgindo decisões contraditórias a fragilizar a isonomia) tendo sido essa problemática-constatação denominada “pan-principiologismo”. As decisões, sem dúvida, devem encontrar sustentação na Constituição, que, como afirmamos, deve ser o porto seguro para os necessários limites da interpretação, evitando-se, assim, os riscos de uma ditadura do Poder Judiciário.

O Pan-principiologismo é tido por muitos como fundamentador de decisões arbitrárias sendo que o julgador ao fazer uso de determinado princípio em seus atos decisórios deve respeitar a normatividade presente no mesmo.

Na mesma linha de pensamento estabelece Lenio Luiz Streck (2012. p. 20):

Por certo, a principal preocupação da Teoria do Direito deve ser o controle da interpretação, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação. O “caso brasileiro” é paradigmático nesse sentido. Se aos princípios é possível debitar esse crescimento tensional, é igualmente neles que reside o modo de, ao mesmo tempo, preservar a autonomia do Direito e a concretização da força normativa da Constituição. Daí a necessidade de um combate hermenêutico à panprincipiologia, que enfraquece sobretudo o caráter concretizador dos princípios, ao criar uma gama incontrolável de standards retóricos- -persuasivos (na verdade, no mais das vezes, enunciados com pretensões performativas) que possibilitam a erupção de racionalidades judiciais ad hoc, com forte cunho discricionário.

Ainda segundo o autor ora mencionado (STRECK, 2012), não obstante, deve haver um controle responsável dos princípios, para não haver uma fragilização mínima do direito diante desse quadro problemático sendo que a ponderação em hipótese alguma pode dar lugar a uma subjetividade arbitrária do julgador.

O Pan-principiologismo é notado no ordenamento jurídico brasileiro no momento de eclosão de um princípio. Partindo dessa premissa, os princípios decorrentes desse fenômeno não possuem amparo normativo sendo o fenômeno responsável pela ressignificação da compreensão principiológica.

As críticas ao Pan-principiologismo vem perpetrando o cenário jurídico de maneira ferrenha. A principal preocupação é com o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, pois uma decisão efetivada de um princípio “criado” tende a ter um alastre sistêmico para as demais instâncias inferiores, servindo de base para efetivação de novas decisões descomprometidas com a norma, mas tão somente embasadas em princípios arbitrários. Nesse ponto a legalidade entra em rota de colisão frontal com princípios sem vínculos normativos.

1.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade encontra previsão no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988 que consagra expressamente: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Encontramos previsão do aludido princípio também em outros diversos diplomas legais como artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e nos artigos 37 e 84, IV, da Carta Magna.

O sistema *civil law* por nós adotado tem como premissa a utilização da lei como fonte primária do direito. Neste viés a norma positivada é de imposição obrigatória pelo operador do direito.

Segundo Lenza (2014, p. 1412): “O princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático”.

Tal princípio tem por função precípua a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal, já que garante ao mesmo um plexo de normas elaboradas mediante um devido processo legislativo. Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 425) descreve a verdadeira o papel do Estado perante o particular e as advertências que o princípio da legalidade traz. Segundo o renomado autor:

Quanto aos Poderes Públicos: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem agir dentro da lei; qualquer ação por parte deles, seja para ordenar ato (conduta positiva), seja para abster fato (conduta negativa), somente será juridicamente válida se nascer da lei em sentido formal; Quanto aos particulares: nas relações privadas, tudo aquilo que não for proibido pela lei é tido como permitido (princípio da autonomia da vontade). Sendo assim apenas o ente Legislativo pode criar comandos positivos ou negativos para que possam vir a ser cumpridos tanto pelos demais poderes quanto pelos particulares, contudo, ele possui certos limites afinal nenhum princípio é absoluto e cada um deve ser observado conforme o caso concreto conforme adeptos do pós-positivismo compreendem que é a partir do caso concreto que se pode ponderar princípios podendo dar a melhor interpretação para a norma no caso.

Nesse diapasão, denota-se que a vinculação é uniforme aos particulares, garantindo-lhes gozar de suas liberdades e propriedades nos estritos limites estabelecidos em lei. Não cabe ao ente estatal do ponto de vista jurídico qualquer discricionariedade que obrigue o particular a realizar determinada ação ou que o prive de determinado fato.

A fragilidade do princípio da legalidade desperta preocupação. Tal princípio sofre com as arbitrariedades do Estado, visto que após a ação arbitrária, o mesmo tende a ser ofendido. Ademais nesse mesmo contexto, é difícil manter um padrão de estrito cumprimento ao mesmo pelo fato que o cumprimento da lei diante do cenário emergente do Pan-principiologismo se torna dificultoso em virtude das arbitrariedades ocasionadas. O autor suíço Andreas Auer (1993, p 128) explica de modo incisivo como a violação do princípio da legalidade ocorre:

A violação do princípio da legalidade é, de alguma forma, inevitável, não somente porque a natureza e as características dos atentados que a ordem pública corre o risco de sofrer não podem (ou apenas podem dificilmente) ser previstos pelo legislador, mas também porque a adoção de uma lei é um processo por vezes muito longo e complexo e, por fim, porque se admite que o Estado tem o direito de se defender a si mesmo.

O princípio ora analisado é a pedra de toque do ordenamento jurídico pátrio, requerendo atenção especial dos operadores do direito quanto ao seu resguardo.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal consagrou o princípio da separação dos poderes, estabelecendo que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Judiciário, Executivo e Legislativo. Esse princípio é considerado uma cláusula pétrea, ou seja, não pode ser modificado através de emendas constitucionais como denota o artigo 60^a §4^a da Constituição Federal. A Carta Magna assim dispõe em seu Artigo 2^o *in verbis*: “Art. 2^o São Poderes da União, independente e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Essa teoria teve efetivação com Montesquieu, sendo este o primeiro a trazer uma noção clara de uma cosmovisão tripartida de Poderes, quais sejam, Executivo, Judiciário e Legislativo. A obra de Montesquieu em seu livro intitulado “Espírito das Leis”, trouxe uma visão temática e lógica entre os Poderes, evitando o abuso da concentração do poder na mão de uma elite ou de um monarca. O jurista Vile (1998, pag. 23) em sua obra *Constitutionalism and the Separation of Powers*, esclarece muito bem a proposição de Montesquieu:

Uma doutrina ‘pura’ da separação dos poderes pode ser formulada da seguinte maneira: é essencial para o estabelecimento e manutenção da liberdade política que o governo seja dividido em três ramos ou departamento, o legislativo, o executivo e o judiciário. Para cada um destes ramos há uma função governamental identificável correspondente, legislativa, executiva e judicial. Ademais, as pessoas que compõem estas três agências do governo devem se manter separadas e distintas, sendo nenhum indivíduo autorizado a ser, ou estar, ao mesmo tempo membro de mais de um ramo [...].

A finalidade precípua da separação dos Poderes é trazer a liberdade individual, evitando e combatendo a concentração absoluta do poder na mão de determinada pessoa, ou de grupos de pessoas. Nesse sentido, surge a teoria dos freios e contra pesos, a denominada “*check and balances*”, segundo a qual um poder deverá conter o outro, com ação final de evitar abusos de qualquer monta.

Desse modo, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo possuem atribuições típicas e atípicas, gerando por consequência, uma fiscalização recíproca de um poder sob o outro. As funções típicas são exercidas com preponderância, porém, por não haver uma divisão absoluta entre os Poderes, as funções atípicas são exercidas de modo secundário. A título de exemplo podemos citar que a função típica do legislativo é a confecção de leis, todavia, sua função atípica pode ocorrer na administração de seus órgãos, momento este que

revela-se uma função típica do Poder Executivo. O notável jurista José Afonso da Silva (2002, p. 43), de forma brilhante expõe:

Não significa nem o domínio de um pelo outro, nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.

Este importante princípio da separação dos Poderes, faz parte do consagrado estado democrático de direito, tendo uma íntima ligação com efeito *Backlash*, pois de modo empírico, tende a achar que a ação atipicamente desempenhada pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, fere os princípios e causa instabilidade no ordenamento, colocando em cheque a credibilidade dos poderes soberanos.

3 EFEITO *BACKLASH*

A ruptura do seio social homogêneo se mostra cada vez mais pujante, visto que a palavra “consenso” dificilmente revela-se na prática. A noção heterogenia alcançou um tão alto patamar que hoje não se tem mais concordância a qual gênero uma pessoa pertence, bem como uma desordem conceitual e classificatória atinentes à orientação, gênero e sexualidade.

As principais características da discordância eram visíveis em pessoas de países diferentes, em razão da relativização cultural. A visão de mundo de uma noviça católica era totalmente oposta da opinião de uma islamista. A ruptura cultural há até pouco tempo era previsível, quando filhos abandonavam tradições de seus pais e avós, se enveredam em caminhos totalmente distintos do que era usualmente traçado.

O contexto hodierno é que independe do meio social em que vive, o fator determinante de sua cultura, costume e moral e uma emaranhado de probabilidades, a polarização entre as pessoas e algo que naturalmente foi ganhando notoriedade. O entendimento do ilustríssimo ministro Luís Roberto Barroso (2015) acerca do tema é o seguinte explanado, “E um mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificados”, as formações de opiniões diversas estão notadamente visíveis. Ainda segundo o ilustríssimo Ministro Barroso (2015): “Os próprios organismos internacionais já não conseguem produzir consensos relevantes e impedir conflitos que proliferam pelas causas mais diversas, do expansionismo ao sectarismo religioso”.

A questão do relativismo cultural vai mais além em uma visão extrínseca, pois no plano internacional as relativizações vão de mutilações de órgãos sexuais a aceitação forçada de determinada religião. Os ensinamentos de uma visão mais própria da realidade hodierna do escritor Samuel Sales Fonteles (2019, p. 17) estabelece:

O relativismo cultural transformou uma sociedade total em uma sociedade plural, esfacelando consensos até então hegemônicos. Mais do que isso, as frações sociais disputam entre si a interpretação constitucional que deverá prevalecer, vale dizer, travem uma batalha para atribuir o significado da Constituição.

É nesse contexto que surgem as dissonâncias morais, acontecimentos de resoluções desafiadoras, como por exemplo a legalização do aborto, o porte de droga para consumo, a legalidade da vaquejada, o casamento entre pessoas do mesmo sexo e entre outros assuntos de relevância social.

A definição de *Backlash* vai muito além do campo jurídico e do campo social, sendo um assunto tão importante que o efeito *Backlash* pode acarretar tanto uma manifestação de descontento ou até mesmo causar uma guerra civil como ocorreu na Suprema Corte americana do caso emblemático Dred Scott em 1857, onde o juiz Dred Scott proferiu uma decisão a qual disse que todos os escravos trazidos para os Estados Unidos e todos seus descendentes não estavam amparados pela Constituição Americana e nunca se tornariam cidadãos americanos, como não eram considerados cidadãos, também não poderiam requerer nos tribunais. Em sua decisão, Dred Scott tirou do Congresso também a legitimidade para decidir a proibição da escravatura.

Em suma, o *Backlash* explicado pela tese de Gerald Rosenberg ressalta que os tribunais dificilmente promovem paz social, pois não tem legitimidade para tal tarefa e muito menos capacidade para essa missão. Como se houvesse um chicote invisível, pois toda vez que os tribunais decidem acerca de determinados assuntos delicados que ainda não houve um amadurecimento social sobre o tema há um intenso clamor social, até mesmo hostil, nesse momento que tem se falado com frequência sobre *Backlash*.

William Eskridge (2017, p. 277) apoiado nos ensinamentos de Gerald Rosenberg dispõe que:

Quando tribunais inovam por meio do reconhecimento de importantes direitos constitucionais, eles não são apenas ineficazes, mas contraproducentes, porque desviam a energia dos movimentos sociais de canais mais produtivos e produzem *Backlash* em enérgicos contra-movimentos.

Um marco na história do ativismo judicial e do efeito *Backlash* foi a Corte de Warren nos Estados Unidos, esta corte foi um símbolo da interferência do poder judiciário que se fazia necessária para efetivar os direitos fundamentais, como bem pontua Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, pag. 69):

A corte de Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano, no sentido de se avançar em direitos e liberdades. Utilizando as mudanças sociais como plano de fundo para a aplicação da constituição, transformando-a na prática em conformidade com os avanços da sociedade. Interpretando criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus conceitos para aplicar direitos implícitos ou vagamente tratados no corpo normativo.

A semântica da palavra *Backlash* veio sofrendo vários significados, Samuel Sales Fontesles (2019) relata que o “significado segundo o Dicionário de Oxford é uma espécie de

pane mecânica nas rodas, e outras expressão também usadas como um incidente indesejado no molinete de uma vara de pescar”. Em suma como notadamente ainda fala Samuel Sales Fonteles (2019) em seu livro *Direito e Backlash*, que tal efeito traduzia “efeitos indesejáveis e contraproducentes”.

Atualmente no século XXI o efeito *Backlash* teve mais significado na seara judicial como sendo um meio de proteção dos direitos fundamentais. Nos Estados Unidos esse efeito foi usado por algum tempo como meio de amedrontar os Tribunais acerca decisões sobre assuntos notadamente sensíveis que feriam a moral, transmitindo uma sensação de que era prudente não tocar em questões frágeis.

Jurista norte-americano Cass Sunstein (2007) formula um conceito mais jurídico do efeito *Backlash* sendo “intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica.

O conceito é propriamente jurídico, todavia, não compreende o arcabouço do efeito *Backlash*, visto que este processo de desaprovação social não se limita somente em âmbito jurídico, mas sim em decisões dos Tribunais, Cortes Constitucionais, Cortes de Direitos Humanos e Tribunais administrativos, e até possível vislumbrar o *Backlash* nas decisões de um gestor, como ocorreu com o aumento da tarifa do transporte público no Brasil em 2013. É engano achar que esse efeito serve somente para contestar decisões de órgãos colegiados. O *Backlash* também traz em sua acepção consequências de decisões de um único julgador, como ocorreu por algumas vezes no Brasil, por exemplo no bloqueio do aplicativo de conversa WhatsApp.

Dessa forma, entende-se que a ação do *Backlash* predomina nas decisões das Cortes Superiores, mas migram para toda e qualquer decisão que afronte quaisquer direitos, cultura, moral e costumes, independentemente da seara, seja Judicial, Executiva ou Legislativa.

4 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

A noção de constitucionalismo democrático traz em seu bojo uma acepção clara, sendo que o constitucionalismo é o respeito aos princípios e direitos fundamentais e o uso do vocábulo democrático estabelece a soberania popular, governo popular e a vontade da maioria. Visto dessa forma o Constitucionalismo Democrático tem muito a oferecer, pois combate tiranias, inibe autoritarismos e dá o real sentido ao Direito Constitucional Democrático.

A Constituição tem papel tão importante na sociedade que estabelece diretrizes, inauguram direitos essenciais e inauguram princípios norteadores. Para um bom fluxo contínuo Constitucional é necessário manter Direitos fundamentais quase intactos.

Apesar de o Brasil ser um país recorde em emendas Constitucionais, somando já cerca de 105 emendas, manteve quase inalterados nos últimos 30 anos da promulgação da Constituição Federal os direitos fundamentais, as organizações de Estado, a Separação dos Poderes e os Princípios Fundamentais, nem um desses pilares sofreram mudanças substanciais. Isso pode ser tratado como um cenário otimista em meio a uma miscelânea de emendas constitucionais que causam alterações substanciais em várias partes da Constituição Federal.

A Constituição brasileira promulgada em 1988, vem desempenhando um importante papel não desempenhado em suas Constituições anteriores, que é sua durabilidade. A nossa Constituição tem conteúdo frágil, mas inaugurou um processo democrático que em parte fez bem e em parte trouxe confusão e malefícios. Nesse sentido Barroso (2012) expõe:

No processo de recuperação da liberdade pública, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesses, fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos.

Ainda seguindo o eminente ministro Barroso (2012), “buscou na Constituição de 1988 não um caminho, mas um desvio”, visto o fracasso das outras Constituições antecessoras, a nova Constituição brasileira deveria desviar do viés autoritário e se livrar da ojeriza popular

que as outras Constituições geraram e ter um maior engajamento social. A intenção da Constituição era “aplicar suas normas diretas e imediatamente, na sua extensão máxima de sua densidade normativa”.

Dessa forma se inaugura o Constitucionalismo Democrático moderno, movimento que conta com a participação popular, dando-lhe credibilidade e vocalização. É nesse ponto que o *Backlash* se ancora, como se o marco do Constitucionalismo Democrático vislumbrasse com mais naturalidade os embates sociais que desdobram no *Backlash*. Como Samuel Sales Fonteles (2019) explica, “No constitucionalismo democrático, o *Backlash* é compreendido como uma tentativa de se fazer ouvir, no que concerne ao processo de influência no processo de formação do significado constitucional”.

A influência social saudável é relevante para o direito Constitucional, consagrada esta como influência não tendenciosa, que não visa proveito próprio, mas uma benesse sistêmica para a coletividade.

5 AÇÃO DO PAN-PRINCIPIOLOGISMO E EFEITO *BACKLASH* NO BRASIL

Há tempos as principais discussões moralistas têm aflorado no quadro judiciário brasileiro, desaguando em discussões sobre a legitimidade de tal Poder em resolver os embates.

Samuel Sales Fonteles (2019) relata que “a constituição em certa medida reconhece que as Cortes desempenham uma função contramajoritária”, esse papel coloca em xeque a democracia, no sentido de que juízes não sofreram sufrágio nas urnas e portanto usurpam a vontade da maioria.

Quando juízes desprezam o sentido social e agem unicamente cumprindo a lei, colocam em risco o regime democrático em detrimento de um Estado de Direito. Por outro lado, quando julgam amparados pelo anseio social, pecam diante do critério da segurança jurídica e colocam em risco o ordenamento como um todo.

Essa discrepância é a mais frequente enfrentada no cenário atual, desaguando tais atos nos fenômenos Pan-principiológicos bem como efeito *Backlash*. Por um lado, o Pan-principiológismo nasce nessa atuação exacerbada do Judiciário diante da inércia legislativa ou até mesmo por meros caprichos de magistrados na inovação de princípios. Já o *Backlash* eclode diante desse mesmo cenário, quando a soberania popular disputa a interpretação da Constituição juntamente com Tribunais e Juízes.

Como aduz Samuel Sales Fonteles (2019, p.55): “Geneticamente, o *Backlash* é fruto do cruzamento efetuado entre regime democratio e o Estado de Direito, razão pela qual é tão frequente no chamado Estado Democrático de Direito”.

A questão é, porque não há com frequências reações do efeito *Backlash* no Brasil, isso é explicado com facilidade, visto que o regime de redemocratização ocorreu há 30 anos, com a promulgação da Constituição de 1988.

Antes desse período o país passava por um período de transição Constitucional, vinha de um regime autoritarista, sendo o mesmo notoriamente não gentil com manifestações e reações sociais. Por esse motivo o *Backlash* não opera em regimes autoritaristas, em países não democratizados esse efeito e de extrema periculosidade, Post e Sigel (2007) com clareza

aduzem, “o *Backlash* expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo da sua Constituição”.

O *Backlash* é revelado quando o Estado de Direito colide com a legitimidade democrática, e o Pan-principiologismo e quando a interpretação judicial vai além dos princípios constitucionais previamente estabelecidos.

5.1 A UNIÃO HOMOAFETIVA

Uma das principais discussões nacionais já travadas, a união de pessoas do mesmo sexo, foi um dilema enfrentado pela Suprema Corte brasileira. A inércia do poder legislativo, em não se posicionar acerca do tema, deixou um limbo sobre o mesmo, fazendo com que o Supremo Tribunal se legitimasse a pronunciar sobre a questão. Segundo eminente ministro Luís Roberto Barroso (2018, pag. 40-41):

Situação diversa é a que ocorre quando o legislativo não atuou, porque não pôde, não quis ou não conseguiu formar maioria. Aí haverá uma lacuna no ordenamento. Por exemplo o caso das relações homoafetivas. Não há lei a respeito. Pois bem: o Estado tem que tomar uma posição sobre a existência ou não de um direito desses casais a serem reconhecidos como uma entidade familiar, pela importância moral desse reconhecimento e por uma série de questões práticas.

Essa é uma questão controversa que teve origem proibitiva já na Constituição de 1988, onde foi discutido abertamente sobre a inserção de um artigo que deliberava a aceitação a união de pessoas do mesmo sexo. Em uma manobra para barrar esse artigo, Bispo Roberto Augusto juntamente com os constituintes Bernardo Cabral e Gastone Righi apresentaram uma emenda ao projeto, a cabo do texto constitucional, para afastar qualquer desacordo sobre o tema, a Constituição foi categórica ao afirmar “entre homem e mulher”.

Duas décadas após essa decisão o Supremo Tribunal iniciou sua jornada com a intenção de solucionar esse limbo normativo. No julgamento da ADPF 132 e ADIn 4277 o ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal e relator da ação Ayres Brito propalou seu voto da seguinte maneira:

Direito à livre busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito a liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Combate á renitência patriarcal dos costumes brasileiros.

Na presente decisão foi utilizado o recente criado “princípio do afeto” para justificar a decisão proferida, juntamente com o princípio da dignidade humana. Diante dessa decisão, de forma implícita e observável que não seria conferido ao legislador impedir a formação de afeto de pessoas do mesmo sexo, a formação de uma família e nem cercear a felicidade.

O efeito *Backlash* inegavelmente se fez presente diante da decisão do Supremo Tribunal Federal. Uma pesquisa de opinião realizada pelo IBOPE em 2018 disponível no próprio site do IBOPE INTELIGENTE teve o resultado pouco favorável ao entendimento do STF, sendo 39% favorável ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e outros 50% não concordando com a união. Outro efeito notado foi em 2015 a criação da Frente Parlamentar Evangélica, uma bancada focada na proteção dos princípios da família tradicional.

5.2 PROIBIÇÃO DA VAQUEJADA

No ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a inconstitucionalidade da vaquejada, decisão esta que gerou muita polêmica. Este esporte/atividade tipicamente nordestino, tem por finalidade que dois vaqueiros montados a cavalo, perseguem um bovino e seu objetivo é derrubar o bovino puxando pelo rabo entre duas faixas de cal demarcada na arena de vaquejada.

A ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, era um questionamento a lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará que regulamentava a prática da vaquejada. Em julgado, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei, visto que essa prática era cruel com os animais envolvidos e ia de encontro com o princípio fundamental de proteção aos animais, na página inicial da decisão da ADI 4.983 o relator da ação saudoso ministro Marco Aurélio manifestou o seguinte entendimento:

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 a prática que cabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

O conflito aparente de princípios foi revolido pela decisão do Supremo Tribunal em proibir a prática nociva da vaquejada. Sopesando o princípio da Proteção ao Meio Ambiente diante do princípio da Manifestação Cultural, foi extraído a decisão dos ministros do Supremo

Tribunal por 6 votos contra a 5 votos a favor da prática da vaquejada, dando ensejo a proibição desta prática esportiva. O relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983, Ministro Marco Aurélio na página 13 proferiu seu entendimento da seguinte maneira:

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 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.

A decisão da Suprema Corte ensejou uma onda de manifestações populares em diversas cidades do nordeste e em frente à sede do próprio Supremo, situação na qual manifestantes montados a cavalo protestaram contra a decisão da Suprema Corte.

O poder Legislativo foi pressionado pela Bancada Ruralista com os fundamentos que legitimava a vaquejada como manifestação cultural e que não deveria ser proibida pelos aspectos culturais, econômicos e recreativos. A vaquejada é tão importante para o nordeste que em alguns municípios essa festividade é uma identidade cultural e um acontecimento sazonal esperado todo ano que atrai milhares de pessoas e aquece a economia local.

O Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.364/2016, que estabelece que a Vaquejada e o Rodeio são manifestações culturais que integram o patrimônio cultural imaterial, mais tarde o Congresso Nacional editou uma Emenda Constitucional nº 96/2017 conhecida mais pelo nome de PEC da Vaquejada que acrescentou no Artigo 225 da Constituição o §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).

A expectativa que gira em torno da questão é se o Supremo Tribunal ainda vai se manifestar contra essa inovação legislativa, pois se a Suprema Corte mantiver seu entendimento, tanto a Lei 13.364/2016 como a Emenda 96/2017 serão declaradas Inconstitucionais. Por mais que agora tenha previsão na Constituição a prática da Vaquejada,

não se extirpa da Carta Magna o direito de proteção aos animais, por confrontar um princípio fundamental seria necessário a análise de sua constitucionalidade.

Diante de questão que impacta toda uma região e uma cultura é inegável a ação do efeito *Backlash*, haja vista que após a notícia da decisão do Supre Tribunal Federal houve grandes manifestações em cidade do Nordeste de descontento com a decisão da Supre Corte. Na esplanada dos ministérios em Brasília e em frente ao Supremo Tribunal Federal houve uma marcha de centenas de cavaleiros protestando contra a decisão de proibição da Vaquejada.

A pressão por parte dos parlamentares nordestinos que compunham a Bancada Ruralista e os que de alguma forma se mostraram descontentes com a decisão, pois uma parte essencial da cultura nordestina havia sido cerceada com a decisão, por consequência disso, o Congresso Nacional se viu diante de uma questão de ação urgente para estancar a insatisfação popular. Por esse motivo foi editado a Lei nº 13.364/2016 e posteriormente a aprovação da PEC 96/2017, o Legislativo usou sua atribuição típica para sepultar a insatisfação da decisão.

6 PAN-PRINCIPIOLOGISMO E EFEITO *BACKLASH* A COLISÃO COM A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A principal concepção de Pan-principiologismo como dito anteriormente é a criação irresponsável de princípios sem amparo normativo aparente, e em uma definição sucinta de *Backlash* são os atos de rebeldias sobre decisões judiciais.

De certa forma ambos os fenômenos estão ligados, a utilização de princípio sem amparo normativo em uma decisão judicial pode acarretar um *Backlash* evidentemente, por se tratar de dois institutos frágeis que geram consequências desagradáveis, é necessário a observância de ambos, diante do Pan-principiologismo é necessário um olhar analítico, observar o uso de princípios existentes para que não fragilize a norma e a própria noção de princípios.

O efeito *Backlash* é ainda mais perigoso por se tratar de um fenômeno extrínseco ao judiciário, uma decisão mal vista pode gerar um desacordo de proporções inimagináveis. Na seara jurídica o magistrado deve observar com responsabilidade os efeitos extrajurídicos de suas decisões, não deve fugir da real aplicação da lei, mas que a faça de modo responsável, pois aqueles que ignoram as consequências impopulares das suas decisões sofrem com os efeitos negativos desta.

Inegavelmente o efeito *Backlash* é um importante sinalizador dos efeitos das decisões, pois em uma concepção democrática, este efeito indica o único e ideal interprete da Constituição: o povo. A compreensão do *Backlash* mantém o significado Constitucional, a polarização é um fenômeno a ser celebrado, visto que o Estado que não há a polarização está diante de um regime autoritário, deliberações são feitas e o povo não pode manifestar seu descontento.

A ação do judiciário dentro de suas atribuições atípicas deve atuar com moderação, não exceder em demandas aspectos que não podem ser suscitados ou que extrapolem sua atribuição, não se deve aprofundar em questões desnecessárias. Legitimamente o magistrado não está apto a legislar, porém, por se tratar de atribuições atípicas, este pode o fazer, mas dentro de seus limites constitucionais, como menciona Ronald Dworkin (2006) que o juiz deve agir dentro do “minimalismo”, o judiciário agindo casuisticamente em certa demanda

não seria conveniente debruçar em outra questão estranha a não ser pertencente a aquela demanda somente para se aprofundar desnecessariamente.

A ação responsável do judiciário e de real importância, seus enfrentamentos sobre temas polêmicos ajuda o Congresso e a população amadureçam a ideia, como menciona Sustain (1999) “não pode haver pressa na construção de Direito pelas Cortes”. A ideia de minimalismo jurídico pode ser vista como insuficiente na proteção de direitos fundamentais em países que não haja um Congresso atuante, mas maximizar a atuação do judiciário pode ser demasiadamente perigoso.

Usualmente a propensão para *Backlash* se vê diante da divisão social acerca de determinado assunto, quanto mais dividida estiver a opinião social mais provável um efeito *Backlash*, não se trata de quem vai decidir determinada demanda é sim o que vai decidir. O Legislativo se desloca a passos menores por estar encorado em seus eleitores e em suas predileções, o temor em desagradá-los é evidente.

Já o Judiciário salta em passos largos por não estar vinculado a predileções de nenhuma espécie, isso dá uma margem ao Legislativo para amadurecer a questão. Indicativos demonstram que mecanismos de decisões populares como plebiscito e referendo ou métodos representativos tende a ter uma maior aceitação popular, não dizendo que decisões do Legislativo seja nula de *Backlash*, mas que suas decisões tem uma maior aceitação popular, em verdade o judiciário está mais propenso a enfrentar esse fenômeno por encarar questões ainda não amadurecidas no plano social, como diz Robert Post e Reva Siegel (2007), o judiciário por ser sua função atípica e de “interferir e reparar defeitos no processo democrático”.

A ações atípicas do Judiciário tendem a não ferirem a separação dos Poderes, por expressa previsão legal. É cediço que o Judiciário não é vocacionado para legislar nem tão pouco administrar, mas no uso de suas atribuições atípicas faz a vez desses poderes.

A principal ação atípica do judiciário se nota em face ao Poder Legislativo, como já foi mencionado, o Judiciário toma a frente de questões frágeis diante da inercia do poder Legislativo, com a ação do Judiciário, e feito um encorajamento ao Legislativo a decidir sobre determinada questão, seja de modo urgente para estancar um efeito *Backlash* ou seja após determinado tempo que o assunto da decisão já amadureceu suficientemente para a população.

7 OBJETIVOS

7.1 OBJETIVO GERAL

Demonstrar a ação dos fenômenos do Pan-principiologismo e do efeito *Backlash* no ordenamento jurídico brasileiro.

7.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analisar casos polêmicos julgados pela Suprema Corte onde houve incidência do efeito *Backlash*.
- Discorrer acerca da possível mitigação que o Pan-principiologismo e o efeito *Backlash* podem gerar ao princípio da Separação dos Poderes.
- Esclarecer os riscos que o efeito *Backlash* pode gerar em um Estado Democrático sob a perspectiva do Constitucionalismo Democrático.
- Demonstrar a ação da Suprema Corte ao se debruçar sobre temas polêmicos e suas possíveis consequência por desempenhar esse papel proativo.

8 METODOLOGIA

O presente trabalho é ensejado por pesquisa de cunho bibliográfico, tem seu referencial teórico amparado em doutrinas, códigos, artigos científicos, sites jurídicos, jurisprudências e informativos, todo arca bolso de material usado e com intento de produzir um trabalho com qualidade e recheado de referências bibliográficas importantes. Perdurando a dúvida acerca de determinado tema, faz-se necessário uma pesquisa, um método de produção para esclarecer a dúvida proposta, dessa forma nasce um trabalho científico quando não se dispõe de informações suficientes para responder ao problema, como mesmo propõe (SILVA; MENEZES, 2001; GIL, 2007).

A formação de um trabalho científico e determinada por sua colheita de informação, analises a referenciais teóricos robustos que inspirem credibilidade, consiste em sanar qualquer dúvida sobre o tema proposto informando o leitor de forma clara, um trabalho sistemático e completo.

A pesquisa a ser executada utilizar-se-á como método a pesquisa dedutiva segundo Lakatos e Marconi (2011), “o dedutivo tem o propósito de explicar o conteúdo das premissas”, de modo que não estabelece uma verdade absoluta, mas tão somente de informar os fatos especificados.

Em segundo momento também se utilizou da pesquisa bibliográfica/documental, a qual segundo Chiara Kaimen (2008), essa pesquisa utilizasse de materiais disponíveis para levantar conhecimento acerca de determina teoria, com o fito de analisar, explicar ou produzir.

Foi usado também o método explicativo, Lakatos e Marconi (2007) explica este método sendo registros de fatos, por meio de analise que identifica suas causas. Esse método tem como escopo da uma definição mais ampla e clara, estruturar e definir métodos teóricos, relacionar hipóteses que fazem sentido até criar um raciocínio de dedução lógica.

Por fim cabe mencionar o método qualitativo usado, que compreende sendo um trabalho voltado a colher dados de determinado objeto, estabelece a colheita de dados subjetivos que determina a harmonia de ideias.

9 ANÁLISES E DISCUSSÕES

Com as discussões travados acerca do subordinado tema, foi dialogado neste trabalho a importâncias dos princípios para o ordenamento jurídico brasileiro, suas definições e previsões legais.

Outra questão abordada foi o fenômeno do Pan-principiologismo, a banalização dos princípios em detrimento de outro sem amparo normativo, os riscos em usar este fenômeno nas decisões e suas implicações no contexto jurídico. Posteriormente foi esclarecido o que é efeito *Backlash* e sua ligação com o fenômeno pan-principiológico, foi tratado também o por que acontece o efeito *Backlash* e em quais circunstâncias e mais propício ocorrer esse fenômeno.

O objetivo no tocante aos efeitos *Backlash* e Pan-principiologismo é demonstrar faticamente a atuação destes fenômenos e se a ação do Judiciário ao usá-los estaria ferindo o consagrado Princípio da Separação dos Poderes, usando como parâmetro Dworkin (2006) ao falar que o magistrado deve se conter ao “minimalismo”, evitando excessos.

A ação do Direito deve ser cedida ao seu único e legítimo interprete, o povo, Post e Sigel (2007) ilustra muito bem essa ideia ao dizer que, o *Backlash* exterioriza o desejo de um povo livre de influenciar a essência da sua própria Constituição, dessa maneira o magistrado deverá estar restrito ao seu papel, observando os mandamentos legais e agindo dentro de suas atribuições.

Seguindo todo o entendimento da doutrina e das decisões e dentre a produção de texto alinhavada, é cediço que ambos os fenômenos tratados são inegavelmente dignos de atenção, visto que, seu uso indiscriminado pode acarretar consequências desastrosas, mas conclui-se que a ação proativa do Judiciário não macula a Separação dos Poderes, na medida de suas atribuições

Os já mencionados autores Robert Post e Reva Siegel (2007) esclarecem a função do judiciário sendo que o mesmo por ser sua função atípica, tem o papel de interferir e concertar os defeitos e omissão do processo democrático, o Legislativo ao falhar ou não agir dependerá do Judiciário demandar sobre a questão, essa cooperação entre os poderes e o que dá sentido ao mandamento Constitucional no trecho em que diz “harmonia”.

José Afonso da Silva (2002) fala que sobre esse papel do judiciário sendo que não significa nem o domínio de um Poder pelo outro, nem a usurpação das atribuições, mas cabe observar que, entre eles, há de haver consciente harmonia e controle recíproco, a premente necessidade que um poder tem do outro e notória, cada qual se integra e forma uma união, independentemente de suas funções excêntricas, todos os poderes se assemelham em seu papel crucial que é a manutenção da Democracia e de manter a ordem e a reverencia a um Estado Democrático de Direito.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo foi abordado o contexto histórico em que cada fenômeno foi desenvolvido, suas definições e usos. Deste modo foi possível constatar o uso de ambos os fenômenos descritos no Ordenamento Jurídico pátrio, seus métodos de utilização e a propensão que o judiciário tem em utilizar esses fenômenos.

A Constituição estabelece Princípios e Direitos Fundamentais os quais devem ser observados pelos aplicadores do Direito, necessariamente o uso da lei e algo substancial na resolução de um caso, mas o magistrado deve observar também as consequências extraprocessuais de suas decisões, a discricionariedade não deve dar lugar a tirania.

O manuseio de princípios deve se resumir em um ato responsável, haja vista que esses institutos dão significado ao Ordenamento Jurídico, estabelecem parâmetros a serem seguidos e somam maior confiabilidade na prestação jurisdicional do Estado. O judiciário não consegue agradar a todos, como vimos anteriormente, esse momento de ruptura da opinião popular que abre brecha para o efeito *Backlash*, se resumindo a insatisfação popular diante de uma decisão que não gera uniformidade de opiniões.

A ação proativa do Judiciário em relação aos outros Poderes, mostra uma predominância de alcance do anseio social que os Poderes devem desempenharem. A colaboração do Judiciário aos outros Poderes tem se destacado nos últimos anos, por ter uma função típica de resolver conflitos, o judiciário galgou um patamar essencial entre as relações interpessoais e entre as relações estado social.

Os objetivos alcançados no presente trabalho mostraram com clareza a ação do judiciário no decorrer dos tempos, a utilização de fenômenos ainda pouco conhecidos, a evolução de decisões sobre tema polêmicos, a mudança substancial e abrupta nos modos de pensar de cada julgador, outrora julgava sobre a manutenção do regime escravocrata, atualmente defende a liberdade como direito fundamental e individual que cada ser humana deve ter.

A evolução deve ser um processo de progressão e não o contrário. Tal fenômeno pode ser definido como um fluxo contínuo de mudanças, e o pontapé inicial para se desprender de um *status a quo*, isso que determina as mudanças dos Poderes, determina um movimento volitivo, ligado ao íntimo de cada um, onde todos podem ter opiniões divergentes ou

convergentes sobre determinado tema, não gera uma uniformidade e preserva o regime democrático que é a opinião de todos e não somente de um.

Visto como uma tônica geral que se findou sendo escopo deste estudo, a divisão dos Poderes trata-se de cláusula pétrea inalterada, fruto de anos de lutas que alcançou este tão respeitado e importante princípio, os fenômenos estudados mostram-se perigosos para este princípio, aduz uma responsabilidade desses institutos, o judiciário deve se atentar para não ferir a harmonia e a colaboração entre os poderes, desempenhar sua função atípica de modo responsável.

Por fim, estabelecendo um liame entre entendimentos consultados em doutrinas e artigos científicos, a ação do Judiciário no quatro atual, não tende a oferecer risco a separação dos Poderes, visto que este faz uso de suas atribuições atípicas, porém que o judiciário tenha uma ação minimalista, não cerceando direitos e ferindo princípios fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*; trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p 87

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 22. Ed., São Paulo: Saraiva, 1995. P. 299.

AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. In: HESPANHA, António Manuel (Org). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

AURELIO, Marco. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, Ceará. Ministro Marco Aurelio. Inteiro Teor do Acórdão*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: Maio de 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo – 2004. P 72.

BARROSO, Luis Roberto. *O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Rio de Janeiro: Migalhas, 2012.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais*. 5. Ed. Rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 28.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: Maio de 2019.

BRITO, Ayres. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, Distrito Federal. Ministro Ayres Brito. Inteiro Teor do Acórdão*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: Maio de 2019.

BRITO, Ayres. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Rio de Janeiro*. Ministro Ayres Brito. Inteiro Teor do Acórdão. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: Maio de 2019.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Brasília. Uni CEUB: Revista Brasileira de Políticas Públicas: Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em Maio de 2019.

BULLOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P 86

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Pág. 69 e segs.

CHIARA, I. D. et al. *Normas de documentação aplicadas à área de Saúde*. Rio de Janeiro: Editora E-papers, 2008.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional Positivo*, 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 06.

ESKRIDGE JR., William N. *Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality in The United States*. University Boston Law Review, v 93, pag. 275, 2003.

FLORES, Giovana Mazete; PIGNATARI, Nínive Daniela Guimarães. *A INFLUÊNCIA MANIFESTA DO PAN-PRINCIPIOLOGISMO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO*. Votuporanga: Revista UNIFEV: Ciência & Tecnologia, 2017, p 59

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. *Um Outro País: Transformações no Direito, na Ética e na Agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 40-41.

IBOPE. Inteligência. *Pesquisa de Opinião Pública Sobre Favorabilidade a Assuntos Específicos*. Disponível em:
<http://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/JOB_0104_BRASIL%20-%20Relat%C3%B3rio%20de%20tabelas.pdf>. Acesso em: Maio de 2019.

LAKATOS, E. M. de A.; MARCONI, M. de A. *Fundamentos da metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2003.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*, 17 ed. São Paulo: Saraiva.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Bakclash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 42, pp. 373, 2017.

SILVA, E. L. da; MENEZES, E. M. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. 3. Ed. Florianópolis: Laboratório de Ensino à Distância da UFSC, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Do pan-principiologismo à concepção hipossuficiente de princípios*, 2012, p 20 <E-book>

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999.

VILE, M. J. C. (1998). p. 23–58. Vile, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the Separation of Powers* (em inglês). [S.l.]: Liberty Fund Inc.