

Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial

Maria Eugenia Bunchaft*

1) Introdução

Um dos tópicos mais controversos da filosofia constitucional representa o debate relativo ao papel da jurisdição constitucional no âmbito da separação dos poderes. O processo contemporâneo denominado judicialização da política possui legitimidade democrática? Se a jurisdição constitucional enfrenta a denominada dificuldade contramajoritária, tal crítica pode ser minimizada, se considerarmos contextos fáticos nos quais a expansão da atuação judicial for imprescindível para resguardar a autonomia privada de grupos minoritários estigmatizados cujas aspirações normativas são desconsideradas pelo processo deliberativo?

Em verdade, a existência de um desacordo razoável acerca de concepções de vida digna constitui um elemento incontornável das democracias contemporâneas, de forma que as diferentes concepções morais devem influenciar nos processos deliberativos de concretização de direitos. Nesse sentido, Cass Sunstein, ex-Professor da *University of Chiacago Law School* e recentemente professor da *Harvard Law School*, defende a limitação da atuação jurisdicional das Cortes. O autor delinea a tese de um “minimalismo judicial,” de acordo com o qual as Cortes

* Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora e Pesquisadora do Unifoa – Centro Universitário de Volta Redonda. Pós-doutoranda em Filosofia pela UFSC. Bolsista de Pós-Doc UFSC-REUNI. E-mail: mbunchaft@ig.com.br

não deveriam decidir questões desnecessárias na resolução de um caso, de forma a respeitar seus próprios precedentes e exercer as denominadas “virtudes passivas”, no que se refere ao uso construtivo do silêncio.

Não obstante, Robert Post e Reva Siegel, ambos professores da *Yale Law School*, sustentam que, muitas vezes, minorias estigmatizadas e movimentos sociais pressionam o Judiciário a interpretar a Constituição de forma juridicamente sensível a suas pretensões. De fato, questões morais controvertidas podem suscitar a oposição dos cidadãos. Para o Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel, todavia, a ampliação do ativismo jurisdicional na resolução de questões morais controvertidas podem ter efeitos positivos para uma cultura constitucional, contrapondo-se ao argumento minimalista de Cass Sunstein. Pretendemos apresentar o embate teórico entre o “minimalismo judicial” de Cass Sunstein e o “Constitucionalismo Democrático” desenvolvido por Robert Post e Reva Siegel, pois tal discussão enriquece e elucida a filosofia política contemporânea sobre os limites de atuação da jurisdição constitucional na proteção de minorias.

2) Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático e movimentos sociais

De início, Sunstein distingue formas de decisão judicial em duas dimensões. Uma dimensão profunda deriva de alguma concepção teórica geral para defender seu resultado. Em contraste, opiniões superficiais não procuram defender seus resultados ao invocar teorias gerais. Nessa concepção, o defensor do minimalismo judicial diferencia entre opiniões amplas e estreitas. As opiniões amplas contemplam uma vasta gama de situações além do caso decidido, enquanto que as estreitas apenas resolvem um caso particular, mas sem implicações em outros fatos diversos¹.

Nessa linha de raciocínio, para o Professor da *Harvard Law School*, certas formas de minimalismo “podem ser promotoras da democracia,

1 Desse modo, Sunstein, em passagem elucidativa, menciona: “Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo...” SUNSTEIN (1999, p. 5).

não somente no sentido de que elas deixam questões abertas para a deliberação democrática, mas também e, mais fundamentalmente, no sentido de que elas promovem a razão – dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis”². Nesse particular, o autor exemplifica a decisão da Corte em *Romer v. Evans*³, invalidando lei discriminatória contra homossexuais. Discutiu-se se a Emenda 2 à Constituição do Colorado, que vedava a adoção pelo Estado de medidas antidiscriminatórias em favor de minorias sexuais, afrontava a *equal protection doctrine*. A Suprema Corte considerou inconstitucional a Emenda do Estado de Colorado, que era decorrente de referendo popular que vedava a instituição, pelos órgãos administrativos, de políticas antidiscriminatórias em favor de grupos homossexuais, contrariando a *equal protection*. Em primeiro lugar, por criar “segunda classe de cidadãos”; e por não apresentar fundamento plausível diante do *rational relationship test*. Para Sunstein, o Judiciário pronunciou-se de forma estreita e não abordou uma gama de possíveis casos envolvendo discriminação contra homossexuais, tais como relativos à exclusão militar ou casamento entre pessoas do mesmo sexo. Haveria uma relação intrínseca entre minimalismo judicial e a promoção da democracia.

Nessa perspectiva, o constitucionalista desenvolve o aspecto positivo da possibilidade de deixar em aberto questões constitucionais mais fundamentais como forma de promover a deliberação democrática, sobretudo em questões de alta complexidade em razão das quais a nação se sente profundamente dividida. Uma das principais características do minimalismo constitui o fato de que os juízes devem decidir os casos de forma estreita e não criar regras amplas.

Assim, na sua percepção, em vários casos envolvendo orientação sexual, ação afirmativa e educação sexual, a Corte pronunciou-se de forma restrita e deixou que questões fundamentais fossem decididas pelas instâncias deliberativas. O autor ressalva ainda a possibilidade de o ativismo judicial propiciar o fenômeno denominado “refluxo”, ao potencializar a articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão. Nas palavras do autor, “a decisão da Corte pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um

2 *Ibidem*, p. 5.

3 *Romer v. Evans*. 517 U.S. 620 (1996).

intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria assim como o objetivo que ela procura promover”⁴.

Nesse cenário, o professor da *Harvard Law School* critica a postura maximalista da Corte em *Roe v. Wade*⁵, sobre o direito das mulheres em realizarem o aborto sob a ótica do direito à privacidade, porquanto a Corte elaborou um complexo de regras contidas no sistema trimestral. Não obstante, de acordo com Sunstein, ainda que o resultado de *Roe* fosse correto sob o ponto de vista de uma teoria constitucional substantiva, talvez o processo democrático tratasse melhor a questão relativa ao aborto, se a Corte tivesse atuado de forma mais cautelosa. Sob essa ótica, é clara a assertiva de Sunstein:

(...)Talvez, mais fundamentalmente, a decisão contribuiu para a formação da “maioria moral”; ajudou a derrotar a Emenda dos Direitos Iguais; impediu que eventualmente se chegasse a soluções de consenso para o problema do aborto; e enfraqueceu as bases do movimento feminista gravemente pela identificação dele como um movimento de uma única questão do aborto, pelo incentivo e organização da oposição e pela desmobilização de aderentes em potencial. (...)⁶

Trata-se, contudo, de mera suposição do autor, porquanto inexitem garantias de que o processo democrático tratasse de forma mais adequada a questão relativa ao aborto ou referente ao homossexualismo. Antes de tudo, é mister sublinhar que a decisão *Roe v. Wade* provocou intensa oposição, sob a alegação de que expressaria a expansão do ativismo judicial. Nesse aspecto, Robert Post e Reva Siegel sustentam ter ocorrido uma intensa mobilização política contra a decisão em *Roe*, expressando que a oposição à liberalização do aborto, contrapunha-se a “quaisquer esforços no sentido de assegurar a igualdade das mulheres e a

4 SUNSTEIN (1999, p. 59).

5 *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). É necessário postular que, antes de a Suprema Corte decidir *Roe*, praticamente todos os estados americanos consideravam o aborto como uma prática ilegal. Todas as leis que limitavam a prática do aborto foram consideradas inconstitucionais e o serviço do aborto tornou-se acessível para as mulheres em todo o país. A decisão foi tomada pela Suprema Corte como reflexo do auge do movimento feminista dos EUA e das lutas pelos direitos civis. Nesse quadro de emancipação, *Roe* transformou-se no pilar do movimento feminista, projetando-se desde a década de sessenta como uma força política capaz de expressar as transformações morais decorrentes da crise do capitalismo.

6 SUNSTEIN, (2009, p. 189).

separação da igreja e do Estado. A repercussão do *Roe* opôs os ideais do individualismo e do secularismo sobre os quais se baseia a fundação da nossa ordem constitucional⁷. Por este motivo, para alguns acadêmicos, a Corte deveria decidir questões controversas de forma restrita, evitando o fenômeno político do “refluxo”.

Outrossim, Post e Siegel ressaltam ser intrínseco ao constitucionalismo, a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais, de forma que o denominado “refluxo” insere-se dentro de um contexto de normalidade no desenvolvimento de uma cultura constitucional. Nas palavras dos autores, “o refluxo procura manter a sensibilidade democrática do significado constitucional”⁸. Em suma, os eminentes constitucionalistas propõem um modelo de Constitucionalismo Democrático, no sentido de garantir a interpretação da Constituição em um contexto marcado pelo pluralismo⁹.

Em síntese, o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel legitima a atuação do judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais. Nesse ponto, a história americana é marcada por lutas pelo conteúdo de interpretações constitucionais sobre questões morais controversas que envolvem direitos de minorias. A década de 60 foi marcada por intensas lutas de reconhecimento relativas a questões de raça, enquanto na década de 70 foram amplamente discutidas as questões de gênero. Recentemente tem-se debatido sobre questões de aborto, direitos de *gays* e religião, de forma que os diferentes movimentos sociais têm se apropriado do discurso jurídico sobre diferentes interpretações constitucionais para reivindicarem seus direitos.

7 POST e SIEGEL, (2007, p. 377).

8 *Ibidem*, p. 379.

9 Em passagem conclusiva, sublinham que: “O Constitucionalismo Democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das Cortes. Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana. Diferentemente do foco juricêntrico nas Cortes, o Constitucionalismo Democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do *judicial review*.” *Ibidem*, p. 379.

Nesse empreendimento teórico, de acordo com Reva Siegel, a atuação dinâmica dos movimentos sociais potencializa formas renovadas de compreensão constitucional, tendo em vista a própria linguagem aberta da Constituição. A autora demonstra que, até 1970, a Constituição não era interpretada de forma a vedar que a ação estatal discriminasse as mulheres. Mas em 1970, o movimento feminista conseguiu que o Congresso submetesse a *Equal Rights Amendment* à ratificação dos Estados. Seus defensores alegavam que a ERA seria necessária, porque a cláusula da *Equal Protection* não representava uma proteção adequada contra a discriminação sexual. A ERA pretendia afirmar que os direitos estabelecidos pela Constituição americana aplicavam-se igualmente a todos os cidadãos independentemente de sexo, fornecendo uma estrutura legal contra a discriminação sexual. Nesse particular, a ideia fundamental era elucidar a categoria da “discriminação sexual”, de forma a criar parâmetros para a atuação das Cortes federais e estaduais.

Diante do exposto, é mister ressaltar que, não obstante a ERA não ter sido ratificada, a sua proposta no Congresso assumiu especial relevância na construção de uma cultura constitucional contra a discriminação sexual¹⁰. Assim, Siegel e Post exemplificam as lutas feministas nos EUA como exemplos valiosos da contestação política dos movimentos sociais como fatores de mudança de sentidos constitucionais. Até 1970, prevalecia o entendimento segundo o qual as distinções baseadas em sexo eram naturais e admissíveis, de forma a compatibilizar a cláusula da *Equal Protection* com a tolerância a discriminações sexuais. Posteriormente, entretanto, os movimentos sociais passaram a questionar a legitimidade dessas compreensões tradicionais. Nas palavras de Post, “como os juízes, ao interpretar a Constituição, expressam sua compreensão implícita de

10 Em vista disso, o sexo passaria a ser considerado uma classificação suspeita, assim como raça, pois as ações estatais que estabelecessem diferenciações entre homens e mulheres estariam submetidas ao *strict scrutiny*, sendo necessária a comprovação de um interesse estatal legítimo que justificasse a diferenciação. O movimento feminista pretendia a ratificação da ERA, porque seria a primeira vez na história americana que a igualdade poderia ser alcançada, com o estabelecimento de direitos legais atribuídos às mulheres no mesmo patamar da proteção constitucional conferida aos homens. É imperioso assinalar que, quando a 14ª Emenda à Constituição foi ratificada, a previsão constitucional tratava apenas da discriminação racial. A Constituição Americana, quando se referia a eleitorado, utilizava a palavra homem, de forma a estabelecer um padrão nitidamente androcêntrico. Somente em 1920, o direito de voto foi estendido às mulheres através da Décima Nona Emenda. Inobstante, em razão da reação conservadora, a ERA foi derrotada. Como assevera a autora, no mesmo período, a Corte começou a interpretar a 14ª Emenda de forma sensível aos proponentes da ERA.

mundo, a Corte passou a ler a Décima Quarta emenda, de forma a exigir um escrutínio elevado para as classificações baseadas em sexo”¹¹.

Nessa perspectiva, nas palavras de Reva Siegel, a cultura constitucional “explora as interações formais e informais entre cidadãos e governantes que guiam a mudança constitucional. Tais interações incluem, mas não são limitadas pela elaboração do direito e jurisdição”¹². Sustentamos que tais “significados constitucionais” podem ser interpretados pelo Judiciário a partir de uma leitura moral da Constituição, de forma a inspirar uma moralidade crítica capaz de romper com valores sociais e autocompreensões assimétricas ou preconceituosas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Com efeito, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. Nesse ponto, cabe trazer as explanações teóricas que ilustram o pensamento de Siegel:

(...)Ao invés de focalizar os governantes como agentes-de-mudança, eu emprego o conceito de cultura constitucional para explorar como as mudanças, na compreensão constitucional, emergem da interação dos cidadãos e governantes. Dessa forma, a cultura constitucional elabora as alegações populares e jurídicas sobre a Constituição e permite formas de comunicação e engajamento deliberativo entre cidadãos e governantes que dinamicamente sustentam a autoridade democrática da Constituição na história. (...)¹³.

Disso se infere, a nosso ver, que, quando se concebe a arena constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, compreendemos que, em situações estratégicas, o judiciário pode ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, ainda que resolvendo questões morais controvertidas. Compreendemos, com base em Post e Siegel, que o refluxo insere-se em um contexto de um amplo processo hermenêutico capaz de inspirar práticas de contestação por meio das quais os movimentos sociais e os cidadãos procuram interpretar o conteúdo do direito constitucional. Nesse sentido, defendemos que a sensibilidade do direito consti-

11 POST, Robert and SIEGEL, Reva (2009, p. 29).

12 SIEGEL, Reva (2006, p. 1324).

13 *Ibidem*, p. 1325.

tucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática. É justamente a possibilidade de o povo delinear “sentidos constitucionais”, que explica porque a Constituição inspira lealdade aos cidadãos, ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam em decisões judiciais específicas.

Nesse aspecto, não obstante a existência de um desacordo moral razoável, a Constituição americana suscita efetiva adesão emotiva dos indivíduos à medida que estes delineiam e se apropriam de diferentes discursos constitucionais. De acordo com os autores, o Constitucionalismo Democrático considera o fenômeno do refluxo “não simplesmente da perspectiva das Cortes, mas do ponto de vista da ordem constitucional como um todo. Ele situa o refluxo dentro de uma rede de trocas comunicativas que sustenta a legitimidade democrática da Constituição”¹⁴. Muitas vezes, minorias estigmatizadas pressionam o governo a interpretar a Constituição de forma democraticamente sensível a suas pretensões. De fato, determinadas decisões judiciais sobre questões morais controversas relativas a minorias podem dividir a nação e promover a oposição dos cidadãos, porquanto o desacordo moral é inerente ao regime constitucional. Para o Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel, as controvérsias jurídicas decorrentes da ampliação da atuação jurisdicional podem ter consequências positivas para a ordem constitucional americana¹⁵.

Nesse cenário, os autores apresentam uma interpretação peculiar sobre o caso *Roe v. Wad.*¹⁶. Analisando a questão do aborto, Robert Post e Reva Siegel criticam a perspectiva minimalista, ao considerar que *Roe*, por focar uma questão moral controversa, foi resolvido de forma incorreta, mesmo que o direito ao aborto fosse legitimado constitucional-

14 *Ibidem*, p. 389.

15 Nesse sentido, a interação entre o Judiciário e movimentos sociais seria o substrato legitimador de uma cultura constitucional capaz de inspirar a autoridade da Constituição. Assim, Siegel e Post mencionam: “A confiança na receptividade da ordem constitucional desempenha um papel crucial na preservação da autoridade da Constituição. Quando essa confiança existe, cidadãos podem acatar julgamentos imperativos sobre o significado da Constituição, ainda que estes diverjam dos seus. Paradoxalmente, a possibilidade do desacordo sobre o significado da Constituição preserva autoridade constitucional, porque permite às pessoas de diferentes convicções compreenderem a Constituição como expressão dos seus compromissos mais fundamentais e a considerarem a Constituição como um direito fundacional. (...)POST e SIEGEL (2009, p. 27).

16 *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

mente. Nas palavras dos autores, “embora tal concepção de minimalismo seja coerente com o desejo de Sunstein de evitar o conflito, esta não é credível. Ela significaria, por exemplo, que *Brown*¹⁷, o qual era certamente tão controvertido como *Roe*, foi decidido incorretamente”¹⁸. Nesse particular, *Brown* também representava uma questão moral controvertida e, no entanto, a postura construtiva da Corte foi fundamental na transformação dos valores sociais.

Em *Radicals in Robes*, Sunstein leciona que o minimalismo constituiu uma perspectiva necessária para sociedades plurais, permitindo “às pessoas demonstrarem umas às outras um amplo grau de respeito mútuo”¹⁹; mas, para os professores da *Yale Law School*, tal perspectiva implicaria considerar que o caso *Roe* foi decidido incorretamente, porque “era incoerente com o respeito que a Corte deveria ter demonstrado em relação aos católicos e outros que, em 1973, vigorosamente apoiaram o direito à vida”²⁰. De fato, parecia que a Suprema Corte, além de usurpar a competência do legislativo, havia questionado os valores sociais de um país profundamente conservador e religioso. De um lado, como salientam Robert Post e Reva Siegel, a concepção de “respeito”, proposta pelo minimalismo, tende a negligenciar a força dos “valores constitucionais relevantes”. Por outro lado, segundo os autores, Sunstein não explica o que o minimalismo entende por “respeito”. É oportuno ilustrar o pensamento dos eminentes constitucionalistas:

(...)Um significado possível de “respeito” consiste no fato de que as Cortes deveriam permanecer neutras em relação a visões constitucionais antagônicas e concorrentes. Mas, nossa análise sobre a reação contra *Roe* sugere a possibilidade de ocorrerem circunstâncias nas quais tal posição de neutralidade não exista. Os Constitucionalistas progressivos consideram as questões de papéis familiares e de fé religiosa como decisões individuais que não deveriam ser impostas pelo Estado em uma comunidade pluralista. Conservadores, lidando com o refluxo contra *Roe*, consideram a proteção do individualismo como desrespeitosa de suas visões de valores familiares

17 *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 (1954).

18 POST e SIEGEL (2007, p. 425).

19 SUNSTEIN (2005, p. 28).

20 *Ibidem*, p. 425.

tradicionais e fé tradicional. Uma corte deve escolher esses ideais constitucionais concorrentes.(...) ²¹.

Nesse quadro teórico, os autores contrapõem-se à perspectiva minimalista, segundo a qual o Judiciário deveria se abster de julgar direitos constitucionais controversos. Em face desta leitura, defendemos que a Suprema Corte, em *Roe*, foi capaz de transcender e superar autocompreensões filosóficas sectárias de um país conservador, reconstruindo os valores e tradições sociais vinculados à moralidade majoritária à medida que esta violava o direito à privacidade da gestante. Sustentamos que o Judiciário, a partir de uma leitura substantiva do texto constitucional, pode resguardar a esfera privada de grupos minoritários contra investidas perfeccionistas de maiorias parlamentares. Tal perspectiva, na nossa percepção, é incompatível com uma postura minimalista de interpretação constitucional. A abordagem minimalista de Sunstein, contudo, defende que a ampliação da atuação judicial em questões técnicas de alta complexidade e moralmente controversas suscitaria efeitos colaterais negativos, sob o aspecto democrático. Trata-se da dimensão procedimental inerente aos “acordos teóricos incompletos”²². Os acordos teóricos possuem um nível de incompletude decorrente de uma controvérsia sobre os fundamentos filosóficos e morais, ainda que haja um acordo sobre os resultados efetivos: “os participantes relevantes estão cientes do resultado sem estar de acordo com as teorias mais gerais que o fundamentam”²³.

Mas, o apelo do minimalismo à concepção de “respeito”, para os autores, seria “uma forma indireta de dizer que o valor constitucional relevante tem pouca importância para o mérito de proteção judicial”²⁴. Na nossa percepção, a alegação segundo a qual o Judiciário deve se abster de julgar questões constitucionais controversas relativas a direitos de minorias, é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de

21 *Ibidem*, pp. 425-426.

22 Sob essa ótica, Sunstein sublinha: “Quando as pessoas divergem sobre alguma proposição (relativamente) de alto nível de abstração, elas podem ser capazes de concordar quando diminuem o nível da abstração. Juízos teoricamente incompletos sobre casos particulares são o material ordinário do direito”. O autor conclui que os acordos teóricos incompletos contemplam um resultado específico sem invocar teorias abstratas SUNSTEIN (1996, P. 37).

23 SUNSTEIN (1998, P. 268).

24 POST e SIEGEL (2007, P. 426).

Direito. Desse modo, propugnamos que não há como manter uma neutralidade em questões que são objeto de um desacordo moral razoável relativas a direitos de minorias. Nesse ponto, uma abordagem minimalista seria incompatível com a criação de uma cultura constitucional construída a partir do próprio desacordo moral dos cidadãos em relação à interpretação da Constituição²⁵.

Em síntese, não negamos que existem experiências históricas de ativismo judicial extremamente negativas e que violam direitos de minorias. Em verdade, se uma lei aprovada foi amplamente debatida na sociedade, de forma que todos os segmentos sociais tiveram a oportunidade de se manifestar no seu processo de elaboração, sendo que a mesma não se refere a direitos de grupos minoritários, o Judiciário deve assumir uma postura cautelosa e deferente, devendo respeitar o juízo democrático. A situação modifica-se quando a lei envolve direitos de grupos estigmatizados e estes não tiveram oportunidade de se manifestar porque, por exemplo, maiorias parlamentares frustraram o potencial racionalizador do debate com a imposição de concepções religiosas. A questão fundamental, portanto, consiste em identificar as situações estratégicas nas quais as instâncias deliberativas não foram capazes de proteger a autonomia privada de grupos minoritários historicamente discriminados. Compreendemos, ainda, que a articulação de ideais constitucionais concorrentes vinculados a direitos de grupos minoritários constitui uma função do Judiciário, que deverá administrar princípios jurídicos com base em pressupostos argumentativos inerentes a uma fundamentação jurídica controlável discursivamente.

Nessa configuração normativa, defendemos que uma abordagem minimalista é absolutamente incompatível com a criação de uma cultura constitucional delineada a partir do potencial emancipatório de determinadas decisões judiciais, voltadas para a proteção de minorias. Como salientam Robert Post e Reva Siegel, o minimalismo “enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear o conflito social”²⁶. Em suma, comparti-

25 Como lecionam Reva Siegel e Jack Balkin, “a contestação política desempenha um papel importante na elaboração de compreensões sobre o significado e a aplicação de princípios constitucionais.” BALKIN e SIEGEL (2006, p. 928).

26 *Ibidem*, p. 427.

lhamos com os autores a opinião segundo a qual o fato de os cidadãos alegarem diferentes interpretações sobre significados constitucionais configura uma função construtiva do desacordo, sendo legítimo ao Judiciário dispor de sua autoridade para administrá-lo com base em argumentos jurídicos racionais. Os professores da *Yale Law School* pretendem contrapor-se ao argumento segundo o qual a reação política contra *Roe*²⁷ poderia ter sido evitada se a liberalização do aborto tivesse ocorrido a partir das instâncias legislativas.

Desse modo, os movimentos de oposição a *Roe*, predominantemente católicos, surgiram antes dessa decisão a partir da liberalização do aborto, que se iniciou nas legislaturas estaduais. Na palavra dos autores, “o refluxo antiaborto, que tem traumatizado liberais, reflete uma visão constitucional que preservaria os papéis da família tradicional e resistiria à secularização do Estado americano”²⁸. Em verdade, tratou-se de todo um movimento social que surgiu contra a luta por emancipação das mulheres, manifestando-se na esfera judicial e legislativa. Siegel e Post resgatam ainda a análise do caso *Planned Parenthood v. Casey*²⁹, que também envolveu a questão do aborto, propugnando contrapor-se ao argumento segundo o qual o minimalismo judicial seria a única forma de evitar o fenômeno do “refluxo”. Para os eminentes constitucionalistas, esse caso é paradigmático na história constitucional americana, demonstrando que a autonomia judicial pode se compatibilizar com a legitimidade democrática.

Em *Casey*³⁰, a Suprema Corte apreciou a constitucionalidade de várias regulações do Estado da Pennsylvania com relação ao aborto, consagrando como legítimo o direito de liberdade de uma mulher que pretende realizar o aborto, sob o argumento de que tal interesse merece especial proteção constitucional. A Corte sustentou o direito constitucional ao aborto, reafirmando *Roe v. Wade*³¹. Preservou, entretanto, a maioria das cláusulas de um estatuto da Pennsylvania que estabelecia várias restrições ao aborto. Considerou constitucional a regra do consentimento informado previsto no *Pennsylvania Abortion Control Act* - que exigia que os doutores forne-

27 *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

28 POST e SIEGEL (2007, p. 423).

29 *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S 833 (1992).

30 *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S 833 (1992).

31 *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973).

cessem às mulheres informação sobre os riscos à saúde e complicações resultantes do aborto - assim como a provisão que impunha um período de espera de vinte e quatro horas antes da realização do aborto.

Nessa trajetória jurídica, admitiu também a exigência do consentimento paterno para aborto realizado por gestante menor, desde que a legislação previsse a possibilidade de suprimento judicial, nos casos em que a gestante demonstrasse maturidade para decidir sozinha ou quando o aborto atendesse a seus interesses. A Corte, todavia, considerou inconstitucional a exigência do consentimento do pai do nascituro, como pressuposto para exercício do aborto, estabelecendo que tal exigência implicaria conceder uma superioridade dos maridos em relação às suas esposas, podendo criar situações de abuso conjugal. Diante do exposto, depreende-se que a pluralidade de argumentos enfatizou ainda a necessidade de apoiar decisões anteriores mesmo que elas fossem impopulares, a menos que tenha havido uma mudança no raciocínio fundamental subjacente à decisão prévia, enfatizando também a necessidade de uniformização e coerência na realização de decisões judiciais.

Com efeito, a decisão flexibilizou o sistema trimestral usado em *Roe*, para admitir vedações ao aborto anteriores ao 3º trimestre, uma vez configurada a viabilidade fetal extrauterina, confrontando o interesse da mulher em obter o aborto em face do interesse estatal à vida do feto. Diante dos avanços da tecnologia médica, decorrentes da época em que *Casey* foi decidida, considerou-se que um feto pode ser considerado viável à 22ª ou 23ª semana ao invés da 28ª semana, como tinha sido estabelecido em *Roe*. É premente ponderar que o elemento fundamental da decisão configurou a questão relativa à viabilidade de vida, como o fundamento capaz de legitimar o interesse estatal à vida do feto mais importante que o direito da mulher em realizar o aborto.

Nessa perspectiva, a Corte adotou uma solução intermediária, articulando com propriedade os ideais defendidos pelos proponentes das duas correntes sobre o tema, contrapondo-se a perspectivas minimalistas que pretendem abster-se de julgar questões fundamentais moralmente controvertidas. Nesse contexto, os eminentes professores da *Yale Law School*, em passagem elucidativa, mencionam que:

(...)Se o minimalismo procura suprimir o desacordo pela abstenção, *Casey* aspira encaminhar o desacordo pelo reconhecimento. É precisamente sobre

a base da articulação direta de ideais constitucionais concorrentes, que *Casey* aposta na sua alegação, apelando “para lados concorrentes de uma controvérsia nacional para por fim à divergência, ao aceitar uma determinação comum enraizada na Constituição”. Ao conectar essa pretensão a um padrão amplo e harmônico de “opressão indevida”, *Casey* autoriza a Corte a responder a ambos os lados da disputa do aborto, ajustando o direito constitucional, de forma que cada lado encontra reconhecimento. (...) ³²

Nessa linha de raciocínio, entendemos que a Suprema Corte alcançou, portanto, um equilíbrio razoável entre duas concepções filosóficas fundamentais envolvidas na questão do aborto, qual seja, o respeito à vida humana e à igualdade das mulheres efetivada por meio do princípio da autodeterminação reprodutiva. Outrossim, pela análise desse caso emblemático, percebemos que efetivamente - por meio da mediação no diálogo público - a arena constitucional pode funcionar como um cenário simbólico de lutas por reconhecimento, refletindo-se nos processos por meio dos quais os indivíduos tematizam publicamente suas aspirações normativas, de forma que os diferentes movimentos sociais e minorias insulares passam a delinear interpretações constitucionais, que serão administradas judicialmente com base em argumentos jurídicos racionais.

Nesse sentido, compreendemos que os diferentes movimentos sociais têm se apropriado de fundamentos jurídicos sobre diferentes interpretações constitucionais para reivindicarem seus direitos. Indubitavelmente, *Casey* é um paradigma, demonstrando a independência do direito, ao revelar que o sistema constitucional tem potencialidade em articular ativismo judicial na proteção de minorias e legitimidade democrática. Nas palavras dos autores, a decisão demonstra “como uma decisão constitucional pode ser politicamente sensível, ao mesmo tempo em que afirma um compromisso da distinção entre direito e política.” ³³. E, por fim, afirmam enfaticamente: “ela demonstra como juízes podem usar padrões constitucionais flexíveis para administrar e mediar o conflito, guiando o diálogo público sobre práticas sociais fortemente controversas e captando a forma do sentido social de alegações concorrentes” ³⁴.

32 POST e SIEGEL (2007, p. 429).

33 *Ibidem*, p. 430.

34 *Ibidem*, p. 430.

Assim, sustentamos que a adoção de uma estratégia minimalista, como forma de evitar a resolução judicial de questões morais controvertidas, de maneira a impedir o fenômeno do refluxo, pode implicar uma concepção limitada e simplista acerca da atuação judicial, incapaz de contemplar, por exemplo, direitos de minorias.

Analisando o tema do Constitucionalismo Democrático, David Barron leciona que Post e Siegel “defendem um constitucionalismo policêntrico – análogo ao constitucionalismo popular delineado por Kramer – que confere um amplo espaço interpretativo a atores não-judiciais que deveria existir dentro de uma zona definida judicialmente de interpretação constitucional”³⁵. Em suma, como salientamos, para o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel, os movimentos sociais constituem uma das mais importantes fontes de mudança de sentidos constitucionais, de forma a legitimar certas práticas sociais e a deslegitimar outras que, muitas vezes, representam compreensões assimétricas de mundo. Como elucida David Barron, “a linha de Post e Siegel é mais suave que a posição anti-Corte tradicional, em um aspecto crítico”³⁶. E conclui: “Eles não querem sugerir que a Corte deveria ter um papel mínimo, ao conferir significado à Constituição. Diferentemente, eles retratam a Corte como um parceiro potencial das instituições democráticas na construção do sentido constitucional”³⁷. Em síntese, compreendemos que os movimentos sociais assumam um papel fundamental na transformação da interpretação judicial sobre a Constituição³⁸.

35 BARRON (2006, p. 2).

36 *Ibidem*, p. 2.

37 *Ibidem*, p. 2.

38 Nesse sentido, David Barron, defendendo a linha teórica adotada por Post e Siegel, postula: “se é um erro apostar somente no constitucionalismo judicial, igualmente é um erro apostar no constitucionalismo não judicial.” O autor destaca que, para os Constitucionalistas Progressivos, apostar na Congresso revela-se como uma opção mais atrativa que as Cortes, quando, em verdade, estas também constituem um meio institucional capaz de realizar valores constitucionais. O autor também critica a tendência dos Constitucionalistas progressivos contemporâneos de valorizarem mais a possibilidade de as legislaturas nacionais implementarem sua visão constitucional, negligenciando ser a Corte “um meio potencial institucional capaz de concretizar a visão constitucional que os progressistas apoiam.” Nesse aspecto, é clara a assertiva de David Barron: “Minha preocupação sobre o efeito da crítica anti-corte do constitucionalismo progressivo é apenas intensificada quando nós desviamos nossa atenção da Suprema Corte para as cortes estatais. Mesmo se considerarmos um conjunto de decisões controvertidas sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, por um lado, as Cortes estaduais tem claramente sido uma força majoritária em reorientar idéias constitucionais e legais sobre direitos de gays e lésbicas em uma gama de casos menos controvertidos. Elas tem não apenas sustentado práticas antidiscriminação contra objeções legais conservadoras, mas também têm

Diante dessa estrutura conceitual, em réplica a David Barron, Robert Post e Reva Siegel pretendem se afastar da dicotomia estabelecida pelo professor da *Harvard Law School*, que caracteriza o direito constitucional progressivo, como se este estivesse dividido em dois campos: anti-corte ou pró-substantivo. Post e Siegel entendem confusa tal dicotomia, pois qualquer visão de direito constitucional implica o compromisso com valores substantivos e arranjos institucionais. Nas palavras dos autores, “por esta razão, nós podemos ter posições substantivas que exigem deferência judicial e ao mesmo tempo posições substantivas que demandam intervenção judicial vigorosa”³⁹.

Mas, a questão fundamental, na nossa percepção, é identificar a relevância do papel das Cortes estaduais na proteção de direitos de gays e lésbicas. Como salienta David Barron, a crítica anti-corte progressiva foca apenas ativismo antidemocrático da Suprema corte, com base na ideia conservadora de que as Cortes em geral excedem seus limites em decisões protetivas de direitos. Indubitavelmente, o Constitucionalismo Progressivo e sua retórica anti-corte minimiza os efeitos potenciais e a legitimidade da interpretação das Cortes Estaduais na proteção de direitos de gays e lésbicas. Como pretendemos demonstrar, nos EUA, os casamentos entre pessoas do mesmo sexo estão legalizados em Massachusetts e Connecticut, Iowa, New Hampshire e Vermont.

É mister ponderar que a própria Suprema Corte, em quatro momentos distintos, decidiu questões relativas a direitos de minorias gays. A primeira decisão ocorreu em 1986, no caso *Bowers v. Hardwick*⁴⁰, o segundo em 1996, em *Romer v. Evans*⁴¹, o terceiro em *Boy Scouts v. Dale*⁴² e o quarto em *Lawrence v. Texas*⁴³. Assim, em *Bowers*, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade de uma lei da Geórgia que criminalizava a sodomia entre

concluído que as garantias do Estado Constitucional assegura às uniões do mesmo sexo a adotar, e mesmo a se transformarem em uniões civis.” BARRON (2006, p. 2).

39 POST e SIEGEL (2006, p. 1). Nessa compreensão normativa, como salientam Post e Siegel, tal distinção “obscurece o fato da questão persuasiva de que visões constitucionais substantivas - progressivas ou variadas - têm se tornado e assumem autoridade legal. A história mostra que as Cortes interpretam a Constituição em diálogo com os órgãos políticos e com o povo.” E concluem: “As cortes podem interpretar a constituição de maneira a quebrar com o passado ou com concepções prevalecentes...” *Ibidem*, p. 1.

40 *Bowers v. Hardwick*. 478 U. S. 186 (1986).

41 *Romer v. Evans*. 517 U.S. 620 (1996).

42 *Boy Scouts v. Dale*. 530. U.S. 640 (2000).

43 *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

adultos. A questão fundamental era se a Constituição garantiria o direito fundamental dos homossexuais a se engajar na prática da sodomia, com base no direito à privacidade; a Corte, entretanto, respondeu negativamente. Desde *Griswold*⁴⁴, a Suprema Corte havia sustentado que o direito à privacidade era implícito à cláusula do *Due Process* inerente à XIV Emenda.

Não obstante, em *Bowers*, a Corte sustentou que tal direito não se estendia à conduta sexual consensual privada que envolvesse a homossexualidade. Cass Sunstein desenvolve uma interessante interpretação sobre o caso *Bowers*. De início, reconhece que uma sociedade livre é incompatível com a criminalização da sodomia. Mas o resultado do seu julgamento, na sua percepção, tem um grau de plausibilidade em razão da estratégia equivocada utilizada na argumentação de defesa, que recorreu a fundamentos jurídicos vinculados ao direito à privacidade e à cláusula do Devido Processo Substantivo, com efeitos colaterais negativos, no sentido de que o “disfarce” poderia incrementar o estigma e a discriminação⁴⁵.

Nesse quadro teórico, a ideia de resgatar o direito à privacidade como uma construção vinculada à cláusula do devido processo substantivo, para Sunstein, não constitui um instrumento jurídico viável para a defesa dos direitos de homossexuais. Nesse ponto, concordo com o autor, pois, de fato, no direito constitucional norteamericano, a Cláusula do Devido Processo Substantivo possui um caráter de conservação, enquanto que a Cláusula da *Equal Protection* revela uma potencial de transformação e de reconstrução das práticas sociais vigentes.

Com efeito, um caso emblemático na análise dos limites do minimalismo judicial é *Lawrence v. Texas*. Neste caso, a Suprema Corte considerou inconstitucional lei que criminalizava a sodomia no Texas, sob a alegação de que a conduta sexual consensual e íntima era parte da liberdade protegida pelo devido processo substantivo sob a XIV Emenda. De fato, a

44 *Griswold v. Connecticut*. 381 U. S. 479 (1965).

45 O constitucionalista compreende que a tentativa de aplicar o princípio da privacidade sob a forma de devido processo substantivo seria suscetível a críticas: “O problema fundamental para os homossexuais não é adequadamente descrito como uma simples ausência de privacidade. Homossexuais podem disfarçar sua orientação sexual. O “armário” pode fornecer um grau de privacidade. Mas a possibilidade do disfarce é praticamente uma solução incompleta para os problemas atuais. Na verdade, a possibilidade do disfarce pode perpetuar o estigma e a desigualdade, fazendo com que as pessoas pensem que a sua orientação sexual é repugnante, uma espécie de segredo obscuro, algo a ser excluído da opinião pública. O resultado provavelmente será uma forma de humilhação e de prejuízo grave para a autoestima, de uma forma que é associada com o sistema de castas.” SUNSTEIN (2001, p. 186).

questão fundamental de *Lawrence*⁴⁶ consistia em saber se seria legítimo ao Estado punir condutas de foro íntimo que não afetam interesses de terceiros. A Suprema Corte analisou os aspectos específicos do caso, explicitando inexistirem interesses de menores ou de relações nas quais a recusa do consentimento seja improvável, tendo em vista, por exemplo, a possibilidade de coação. Pelo contrário, o caso contemplava dois adultos que, com total consentimento, envolviam-se em práticas sexuais comuns ao estilo de vida homossexual. Um outro aspecto fundamental que foi explicitado pela Suprema Corte, decorreu da observação de que o caso não envolvia “qualquer situação em que o governo tenha de dar o seu reconhecimento formal a uma relação em que homossexuais pretendem envolver-se”⁴⁷. Considerou-se inconstitucional, portanto, a interferência do poder público em uma esfera relativa à intimidade privada.

Analisando o caso *Lawrence*, Sunstein destaca que “se há um direito constitucional à privacidade, as Cortes deveriam construí-lo de forma lenta e estreita”⁴⁸. E enfatiza: “Os Minimalistas são confiantes no fato de que *Lawrence* não significa que o Estado estaria legitimando a prostituição. Se *Lawrence* é melhor aplicado para proteção da privacidade sexual como tal, os minimalistas desejam que a Corte a trate lentamente”⁴⁹. Ou seja, para Sunstein, a questão fundamental de *Lawrence* e de outros casos envolvendo privacidade sexual é de natureza procedimental e deveria ser tratada de forma estrita. O autor critica a decisão, destacando que, nas últimas décadas, com a própria evolução dos valores sociais, a efetiva criminalização da sodomia tem ocorrido raramente, porque os cidadãos não mais aderem a tal ordem legal.

Assim, para Sunstein, *Lawrence* “deveria ser compreendido como uma variação americana da velha ideia inglesa de desuso”⁵⁰. Em suma, à medida que determinadas leis perdem eficácia social, não há mais razão para exigir o seu cumprimento. Nesse particular, Sunstein defende que a Suprema Corte deveria ter se pronunciado em *Lawrence* de forma mais estreita, sob o argumento de que a criminalização da homofobia

46 *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

47 *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 (2003).

48 SUNSTEIN, (2005, p. 97).

49 *Ibidem*, p. 97.

50 *Ibidem*, p. 97.

violaria os ideais democráticos. Propugna que a privacidade sexual passe a ser protegida de forma estreita e cautelosa, sem invocar teorias morais e abrangentes impeditivas da deliberação democrática.

Todavia, não compartilhamos tal entendimento, pois, se, por um lado, entendemos que a questão deveria ter sido tratada sob a ótica de um direito fundamental à orientação sexual (e não como uma questão de privacidade), de outro lado, defendo que seja qual for o direito fundamental alegado, este nem sempre pode ser interpretado em termos minimalistas. De fato, em *Lawrence*, a Suprema Corte, ao invocar o argumento da privacidade, não reconheceu expressamente a existência de um direito fundamental à homossexualidade. Todavia, não compreendemos que direitos fundamentais de minorias devem ser enfocados em uma perspectiva minimalista, pois não há como defender certos resultados voltados para proteção de garantias constitucionais sem o recurso a doutrinas morais.

Indubitavelmente, *Lawrence* assumiu especial relevância no desenvolvimento de um constitucionalismo sensível a pretensões de minorias, pois consagra uma esfera de liberdade individual inerente ao direito fundamental à privacidade. Todavia, o raciocínio minimalista de Sunstein pretende se resguardar de todas as críticas. Em *A Constitution of Many Minds*⁵¹, o autor explicita que, muitas vezes, a Suprema Corte realiza uma interpretação inovadora sobre um princípio constitucional, mas esta sempre deve estar articulada a um contexto social preexistente. Nesse sentido, quando os juízes invalidavam leis, visando a proibir a discriminação sexual, tal interpretação pressupõe a construção de um apoio social amplo, havendo uma evolução na própria opinião pública a respeito da descriminalização de práticas como a sodomia, por exemplo.

Entretanto, em uma perspectiva teórica diversa do minimalismo, Jack Balkin, comentando o caso *Lawrence*, destaca que, em 1960, a prática da sodomia era considerada crime em 50 Estados. Em 1986, quando a Corte decidiu *Bowers v. Hardwick*⁵², vinte e cinco Estados e Colúmbia ainda consagravam penas criminais contra essa prática. Em 2003, todavia, quando a Corte decidiu *Lawrence*, apenas treze estados ainda criminalizavam a sodomia. Nas palavras do autor, “a Suprema Corte encontrou argu-

51 SUNSTEIN (2009).

52 *Bowers v. Hardwick*. 478 U. S. 186 (1986).

mentos constitucionais para a proteção de gays, compelindo progressivamente depois a maioria dos Estados que já tinham abolido as leis contra a sodomia entre o mesmo sexo”⁵³. Em suma, a perspectiva de Balkin, Post e Siegel é singular, pois não condiciona certas formas de judicialização voltadas para minorias a amplos consensos preexistentes, podendo a decisão judicial romper, ainda que de forma abrupta, com autocompreensões majoritárias assimétricas. Como sublinha Balkin, a partir de *Lawrence*, o movimento gay conquistou a opinião pública, inspirando uma cultura constitucional em favor da descriminalização. *Lawrence* também assumiu um papel fundamental no debate sobre os direitos de gays, inclusive no que se refere à questão sobre o casamento entre homossexuais. Um ano depois da decisão, os americanos estavam divididos em relação à questão moral amplamente controvertida acerca da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse ponto, como salienta Balkin, menos de um ano depois de *Lawrence*, alguns estados passaram a reconhecer uniões civis, como Massachusetts, que, em 2003, tornou-se o primeiro Estado norteamericano a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo por meio de uma decisão da Suprema Corte estadual. Posteriormente, os casamentos entre pessoas do mesmo sexo foram legalizados por decisões das Cortes Estaduais em Connecticut e Iowa, sendo que em New Hampshire e Washington a liberalização ocorreu por meio das legislaturas estaduais. Vermont também destaca-se nesse processo, pois em dezembro de 1999, a sua Corte Estadual decidiu que os casais homossexuais deveriam ter os mesmos direitos que os casais heterossexuais. Assim, provocou o Poder Legislativo local, de forma que este, a partir de 2000, passou a oferecer status legal e benefícios aos casais do mesmo sexo. Mas a lei que introduziu o casamento entre casais do mesmo sexo, surgiu em 2009, quando os legisladores superaram o veto do Governador Jim Douglas contra o projeto de lei. Indubitavelmente, percebemos o potencial emancipatório de determinadas decisões judiciais na transformação dos valores dos cidadãos e da opinião popular e a centralidade do papel das Cortes Estaduais, passando a repudiar concepções sectárias que tendem a estigmatizar a homossexualidade.

53 BALKIN, (2004, p. 1542).

É premente elucidar que, na Califórnia, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido por uma decisão da Suprema Corte da Califórnia em 2008. Não obstante, a decisão foi revertida pela aprovação da denominada “Proposição 8”, que resultou de uma Emenda Constitucional à Constituição da Califórnia, estabelecendo que “só o casamento entre um homem e uma mulher é válido e reconhecido.” Em 2009, a Suprema Corte da Califórnia ratificou a validade da referida emenda constitucional, sem invalidar, entretanto, os cerca de 18 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo, celebrados na Califórnia de Maio a Novembro de 2008, tendo em vista uma decisão dada pela Suprema Corte local. A decisão contrapõe-se à tendência liberalizante que vem marcando os Estados norte-americanos. Em novembro de 2009, ocorreram inúmeros protestos sobre a Constitucionalidade da Proposição 8. Assim, a Fundação Americana para a Igualdade de Direitos (AFER) ajuizou uma ação no Tribunal de Justiça do Distrito Norte de Califórnia para questionar a validade da Proposição 8, a nível Federal, em nome de dois casais do mesmo sexo. Em janeiro de 2010, a Corte Distrital de São Francisco deu início ao julgamento da emenda à Constituição da Califórnia que proibiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁵⁴. Trata-se do caso histórico, *Perry versus Schwarzenegger*, que tramitou no Tribunal de Justiça do Distrito Norte da Califórnia, tendo sido julgado em 4 de Agosto de 2010. O Juiz-presidente, Vaughn Walker, decidiu que a Proposição 8 violava as Cláusulas do *Due Process of Law* e da *Equal Protection* consagradas na Décima Quarta Emenda da Constituição norte-americana. Walker con-

54 O juiz Walker realizou uma audiência que durou três semanas, com a participação de peritos e testemunhas, que prestaram depoimentos sobre a validade da lei. Vaughn Walker, juiz-presidente do Tribunal de justiça distrital de San Francisco, contrapôs-se aos argumentos de defesa utilizados pelos advogados, segundo os quais a Proposição 8 estaria legitimada na medida em que o matrimônio estaria voltado para a procriação. Nas palavras do advogado de defesa, Charles Cooper, “o relacionamento conjugal é fundamental para a existência e sobrevivência da raça humana”. Mas o Juiz Walker argumentou que tal alegação não possui evidência, tendo em vista que inexistem regras que proibem o casamento entre pessoas que não podem ter filhos. Também se contrapôs ao argumento de uma testemunha do Dr. Cooper e sua alegação de que o casamento serve a um propósito social que também é onipresente. Portanto, entendendo que a questão fundamental é: as pessoas se casam para beneficiar a sociedade? Theodore Olsen, advogado de defesa argumentou tratar-se de um conflito sobre o papel do casamento e a igualdade, pois o direito fundamental constitucional de se casar teria sido subtraído dos casais homossexuais. Estabeleceu uma comparação entre a Proposição 8 e as normas que proibiam o casamento interracial. De um lado, o direito de casar foi defendido como um direito fundamental dos casais californianos, e não como “um direito que pertence ao Estado da Califórnia”. Por outro lado, a questão fundamental não é apenas se gays e lésbicas possuem um direito fundamental ao casamento, pois, pela primeira vez, tribunais federais discutem se a maioria dos eleitores podem anular os direitos de minorias estigmatizadas.

cluiu que o Estado da Califórnia não tinha base racional para negar licenças de casamento pretendidas por casais homoasssexuais. Argumentou que o casamento é uma questão civil, não uma questão religiosa. Adotando uma metodologia maximalista, defendeu a adoção por casais homossexuais, uma vez que o sexo dos pais não seria fator de ajuste social de uma criança. Posicionando-se sobre o conceito de matrimônio, alegou que “as restrições ao casamento, vinculadas a raça e gênero, marcaram o casamento durante o período em que vigoravam desigualdades de raça e gênero, mas tais restrições nunca foram parte do núcleo histórico da instituição do matrimônio”⁵⁵. Em 4 de Agosto de 2010 foi interposto recurso para o *Ninth Circuit*, de forma que o caso poderá chegar à Suprema Corte norte-americana.

Em face desta leitura, percebemos que, como a questão central é a discussão sobre o caráter procriativo do casamento em contraposição ao direito fundamental ao casamento, em casos peculiares, perspectivas minimalistas não possuem recursos teóricos suficientes para solucionar questões moralmente controversas que envolvam direitos de minorias. Como defender o direito fundamental ao casamento de minorias gays sem invocar argumentos filosoficamente profundos relacionados à concepção de matrimônio? Ou como defender o direito de mudança de sexo no registro relativo a transexuais que realizaram a cirurgia de transgenitalização sem invocar o conceito de sexo psicossocial?

Diante do exposto, defendemos que a proposta minimalista de estabelecer resultados sem invocar teorias gerais, revela-se constitucionalmente insensível em relação a demandas específicas de minorias estigmatizadas⁵⁶. Nesse quadro teórico, podemos destacar, como exemplo de uma perspectiva judicial não minimalista, ou seja, uma postura maximalista voltada para a proteção de grupos estigmatizados, a decisão monocrática

55 Perry vs. Schwarzenegger. 704 F.Supp. 2d 921 (N.D. Cal. 2010).

56 Desse modo, lecionam Post e Siegel “Quando atores não-judiciais desafiam o equilíbrio entre esses valores conflitantes, eles estabelecem os laços do direito constitucional. A prática em nossa ordem constitucional reflete o dissenso contínuo sobre a natureza desses laços. O dever de deferência a opiniões e julgamentos judiciais é exercido em cada ponto controverso, o tempo todo, com pontos distintos de equilíbrio alcançados e deslocados em disputas substantivas sobre questões controversas de regulamentação constitucional. A prática de romper esses laços incertos e instáveis é, em verdade, a prática do diálogo constitucional, que é pleno em razão dos valores múltiplos e contraditórios que estão em jogo. Os laços entre Constituição e direito constitucional são sustentados por uma negociação complexa entre deferência e desacordo entre a sutileza necessária para fundamentar uma ordem legal constitucional e a autonomia necessária para conferir à ordem vida e dinamismo.” POST e SIEGEL (2004, p. 1041).

do Min. Dr. Celso de Mello, referente ao julgamento da ADI nº 3.300/DF, apresentada por associações de defesa dos direitos dos homossexuais, que impugnou o art. 1º da Lei 9278/96, no que se refere à expressão “o homem e a mulher”, requerendo a declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, por contrariar o princípio da igualdade, visando a declarar a existência da união estável homoafetiva⁵⁷.

Assim, a decisão do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI nº 3.300/DF, entretanto, assumiu especial relevância pela sua postura maximalista, uma vez que, não obstante tenha extinto o processo por questões de natureza formal, terminou por adentrar no mérito da questão. Indubitavelmente, tal decisão possui um papel pedagógico, apontando a existência de uma questão constitucional de “alta relevância social e jurídico-constitucional”, no que se refere à qualificação normativa das uniões homoafetivas como entidades familiares⁵⁸. Nesse aspecto, ao adotar uma perspectiva maximalista, posicionou-se em favor da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, com base no emprego da analogia e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da não-discriminação e da busca da felicidade, prestigiando decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relativamente às uniões homoafetivas.

Sob essa ótica, recentemente, os ministros do STF, julgando a ADI 4277 e ADPF 132, reconheceram por unanimidade a união estável homoafetiva. A questão relativa aos direitos previdenciários de uniões homoafetivas foi o objeto da ADPF n. 132, proposta pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que pedia a aplicação do regime jurídico

57 Inobstante, não houve apreciação da ação pelo Órgão Pleno do STF, haja vista que o relator, Ministro Dr. Celso de Mello, em decisão monocrática, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, tendo em vista a derrogação da Lei 9.278/96 (que regulamentou a União Estável) pelos artigos 1722 a 1727 do Código Civil de 2002.

58 Confira-se a seguinte passagem da decisão monocrática do Ministro Dr. Celso de Mello: “Quanto à tese sustentada pelas entidades autoras de que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais”. ADIN 3300-DF Decisão Monocrática do Min. Dr. Celso de Mello, julgado em 03 de Fevereiro de 2006.”

das uniões estáveis às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis em todo o país. O primeiro pedido da ADPF n. 132 foi a aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição aos arts. 19, II e V e 33 do Decreto-Lei n. 220/75, de forma a descartar qualquer método interpretativo capaz de desqualificar a união estável de servidores homoafetivos em comparação com a tutela jurídica atribuída à união estável de servidores heterossexuais.

Ademais, alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contrariava princípios como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição. A ADI 4277, por sua vez, foi ajuizada inicialmente no STF como ADPF 178. O pedido foi o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, contemplada com os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis. O elemento comum das ações diretas foi a pretensão de interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil. O ministro Carlos Ayres de Brito votou no sentido de que “o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”⁵⁹. Trata-se da vedação ao tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos, que confronta com o objetivo constitucional de promover o bem de todos.

De um lado, enfatizou a relevância do pluralismo sócio-político cultural como um valor do preâmbulo da Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, V). Na sua percepção, o pluralismo “serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito de democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários”⁶⁰. De outro lado, o Ministro-relator também ressaltou que a Constituição vedou expressamente o preconceito em razão do sexo e não obrigou nem proibiu o uso concreto da sexualidade humana. A liberdade de dispor da própria sexualidade foi interpretada um direito fundamental do indivíduo, expressão da autonomia da vontade e cláusula pétrea. Em passagem elucidativa, o Ministro comenta que:

59 STF ADI 4.277. Voto do Min. Carlos Ayres de Brito.

60 STF ADI 4.277. Voto do Min. Carlos Ayres de Brito.

(...) todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. (...)⁶¹

Com efeito, um argumento fundamental é o de que a Constituição, ao referir-se ao substantivo família, não emprega uma linguagem ortodoxa ou da técnica jurídica. Nas palavras do Ministro, a Constituição, ao empregar o termo, “recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.” Trata-se, portanto, de uma visão não reducionista do conceito de família, pois a isonomia entre casais homoafetivos e heteroafetivos ganha plenitude quando se parte de um conceito não reducionista da mesma. Adotou, portanto, uma postura maximalista de interpretação constitucional, invocando argumentos filosoficamente profundos relativos ao conceito de entidade familiar.

Em suma, tal julgamento revela, de um lado, que o minimalismo de Sunstein ignora o fato segundo o qual, muitas vezes, há um *deficit* de representação de determinadas minorias nas instâncias deliberativas, o que, em muitas situações, enseja uma expansão da atuação judicial, visando a proteger certos grupos estigmatizados. De outro lado, ser ou não maximalista não constitui algo válido em si mesmo, pois a presença de tal atributo depende da capacidade institucional e do perfil das pessoas que compõem as Cortes Constitucionais⁶².

61 STF ADI 4.277. Voto do Min. Carlos Ayres de Britto.

62 Nesse cenário, uma teórica do reconhecimento, Iris Marion Young, professora de Ciência Política na Universidade de Chicago, ressalta ser a representação política de minorias raciais nas instâncias deliberativas uma questão já incorporada na agenda pública norte-americana, porquanto muitas vezes as normas de representação possuem um caráter excludente, sendo necessário incrementar a representação política de grupos subrepresentados, especialmente em se tratando de minorias estigmatizadas. YOUNG, Iris. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

3) Considerações finais

Como analisamos, tanto perspectivas maximalistas como minimalistas podem ser instrumentos de manutenção do status quo. O nível de deferência do Poder Judiciário irá depender do grau de participação popular e de discussão pública anterior à aprovação da lei. Não obstante, em se tratando de grupos minoritários, a intervenção judicial associa-se ao nível de participação e deliberação destes no processo democrático de elaboração da lei por meio de mecanismos como, por exemplo, audiências públicas. Portanto, em determinadas situações, ser maximalista também pode promover a democracia. Nesse particular, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente, e os grupos minoritários são efetivamente contemplados no processo decisório, a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando o processo político não atende às expectativas normativas destes grupos, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o *déficit* de representação política de minorias estigmatizadas, quando for o caso.

Outrossim, trata-se de uma cultura constitucional aberta a novos padrões normativos que serão administrados com base em pressupostos capazes de revelar uma racionalidade prática inerente a uma metodologia neoconstitucionalista. A partir da constitucionalização do direito, os princípios constitucionais de abertura argumentativa passam a ser utilizados pelo Judiciário, para administrar questões constitucionais controvertidas inerentes a grupos estigmatizados, atendendo aos desafios propostos pelas sociedades pluralistas. Os princípios constitucionais são vetores da democracia que se renovam e alcançam plenitude argumentativa com a atuação dinâmica dos movimentos sociais, inspirando a atuação do Judiciário, seja em uma perspectiva procedimental ou substancialista.

4) Referências Bibliográficas

- BALKIN, Jack M. “What Brown Teaches us About Constitutional Theory”. In: *Virginia Law Review*, vol. 90, n. 4. Virginia: Virginia Law Review Association, 2004, p. 1537-1577.
- BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. “Principles, Practices and Social Movements”. In: *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 154: 927, 2006, p. 927-950.

- BARRON, David. "What's Wrong with conservative constitutionalism? Two Styles of Progressive Constitutional Critique and the choice they present." In: *Harvard Law and Police Review*. (September 18, 2006), http://hlpronline.com/2006/08/barron_01.html, p.1-6.
- POST, Robert e SIEGEL, Reva. "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash". In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 373 a 433.
- POST, Robert and SIEGEL, Reva. "Democratic Constitutionalism". In: BALKIN, Jack & SIEGEL, Reva. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 25-34.
- SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.
- SUNSTEIN, Cass. "Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements". In: FREEMAN, M.D.A. (org.). *Legal Theory at the End of the Millennium. Current Legal Problems*, vol . 51 Londres: OUP, 1998, p. 267-298.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999.
- SUNSTEIN, Cass. *Designing Democracy: What Constitutions Do?* New York: Oxford University Press, 2001.
- SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America*. Cambridge: Basic Books, 2005.
- SUNSTEIN, CASS. *A Constitution of Many Minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009(b).
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. "Democratic Constitutionalism: a reply to Professor Barron". In: *Harvard Law and Police Review*. (September 18, 2006), http://hlpronline.com/2006/08/post_siegel_01.html, p. 1.
- SIEGEL, Reva. "Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA". In: *California Law Review*, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1323-1419.
- YOUNG, Iris. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Recebido em janeiro/2010

Aprovado em novembro/2010