

# MINIMALISMO JUDICIAL, CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: UMA REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS DE MINORIAS SEXUAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE- AMERICANA

*JUDICIAL MINIMALISM AND DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM: A REFLECTION  
ON THE RIGHTS OF SEXUAL MINORITIES IN THE JURISPRUDENCE OF THE NORTH  
AMERICAN SUPREME COURT*

*MINIMALISMO JUDICIAL, CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: UNA REFLEXIÓN  
SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS SEXUALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA  
SUPREMA CORTE ESTADOUNIDENSE*

**Maria Eugenia Bunchaft<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pós-Doutora em Filosofia pela UFSC.

**Resumo:** Um dos tópicos mais controversos da filosofia constitucional é o debate relativo ao papel da jurisdição constitucional no âmbito da separação dos poderes. O processo contemporâneo, denominado judicialização da política, possui legitimidade democrática? Cass Sunstein delinea a tese de um “minimalismo judicial,” de acordo com o qual as Cortes 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. Robert Post e Reva Siegel, todavia, 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. Pretendemos apresentar a contraposição teórica 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.

**Palavras-Chave:** Jurisdição constitucional. Constitucionalismo. Procedimentalismo. Substancialismo. Ativismo judicial.

**Abstract:** One of the most controversial topics of constitutional philosophy is the debate on the role of constitutional jurisdiction in the context of the separation of powers. Does the contemporary process called legalization of politics have democratic legitimacy? A key author in the American constitutional landscape, Cass Sunstein, outlines the theory of a “judicial minimalism,” according to which the courts should not decide on unnecessary questions when resolving a case, in order to respect their own precedents and exercise the so-called “passive virtues” regarding the constructive use of silence. However, Robert Post and Reva Siegel, both professors at Yale Law School, argue, in a joint article, that oftentimes, stigmatized minorities and social movements

pressure the judiciary to interpret the constitution in a way that is legally sensitive to their aims. We present the theoretical contrast between the “judicial minimalism” of Cass Sunstein and the “Democratic Constitutionalism” developed by Robert Post and Reva Siegel, as this discussion will enrich and clarify the contemporary political philosophy on the limits of the role of constitutional jurisdiction in the protection of minorities.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction. Constitutionalism. Proceduralism. Substantialism. Legal activism.

**Resumen:** Uno de los tópicos más controvertidos de la filosofía constitucional es el debate relativo al papel de la jurisdicción constitucional en el ámbito de la separación de los poderes. ¿El proceso contemporáneo, denominado judicialización da política, posee legitimidad democrática? Cass Sunstein delinea la tesis de un “minimalismo judicial,” de acuerdo con el cual las Cortes no deberían decidir cuestiones innecesarias en la solución de un caso, de manera que respeten sus propios precedentes y ejerzan las denominadas “virtudes pasivas” en lo que se refiere al uso constructivo del silencio. Sin embargo, Robert Post y Reva Siegel, ambos profesores de la *Yale Law School*, afirman que a menudo las minorías estigmatizadas y los movimientos sociales presionan al Poder Judicial para interpretar la Constitución de forma jurídicamente sensible a sus pretensiones. Queremos presentar la contraposición teórica entre el “minimalismo judicial” de Cass Sunstein y el “Constitucionalismo Democrático” desarrollado por Robert Post y Reva Siegel, pues tal discusión enriquece y dilucida la filosofía política contemporánea sobre los límites de actuación de la jurisdicción constitucional en la protección de minorías.

**Palabras Clave:** Jurisdicción constitucional. Constitucionalismo. Procedimentalismo. Sustancialismo. Activismo judicial.

Um dos temas mais discutidos no direito constitucional é o debate sobre a judicialização da política e seus reflexos sob o ponto de vista da legitimidade democrática. A dificuldade contramajoritária enfrentada pela jurisdição constitucional conecta-se à existência do desacordo moral razoável acerca de concepções de vida digna. Pretendemos investigar alguns aspectos da temática relativos a formas de judicialização voltadas para atender às pretensões de minorias sexuais estigmatizadas, cujas demandas não são atendidas pelo processo deliberativo.

Nesse sentido, Cass Sunstein, professor da *Harvard Law School*, propõe uma forma singular de atuação jurisdicional das Cortes, denominada “minimalismo judicial,” de acordo com a qual as Cortes deveriam deixar em aberto questões constitucionais controvertidas a serem resolvidas pela deliberação democrática; e não deveriam decidir aspectos desnecessários, exercendo 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*, destacam que o Judiciário tem a capacidade de interagir com os movimentos sociais, interpretando a Constituição a partir de uma cultura constitucional juridicamente sensível a suas demandas. Os autores propõem um modelo de Constitucionalismo Democrático, no sentido de que certas formas de judicialização voltadas para a resolução de questões morais controvertidas relativas a direitos fundamentais de minorias podem assumir uma dimensão positiva para a cultura constitucional, em contraposição a perspectivas minimalistas.

É mister frisar que certas formas de judicialização revelarem-se fundamentais na proteção de direitos de minorias estigmatizadas, tendo como referência a decisão Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education*<sup>2</sup>, que pôs fim à segregação racial nas escolas. No constitucionalismo norte-americano, a interpretação jurisprudencial construtiva da Suprema Corte propugnou efetivar

<sup>2</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483 / 1954. *Oliver Brown et al. v. Board of Education Topeka, et al.* Voto majoritário: E. Warren. Decidido em 17 de Maio de 1954.

o princípio da igualdade, suscitando a formulação da *Equal Protection Doctrine*. A *Equal Protection Doctrine* pretendeu resguardar o tratamento jurídico isonômico entre indivíduos e grupos.

Nessa perspectiva, um dos elementos essenciais da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana é a proposta de resguardar a concepção do direito ao igual tratamento, inspirando novos horizontes jurídicos para o constitucionalismo norte-americano, de forma a atender às demandas de grupos sexuais minoritários. A Constituição dos Estados Unidos contempla a cláusula da *Equal Protection* na Emenda XIV, atendendo à proposta de um Constitucionalismo capaz de assegurar a igual consideração e o respeito de todos os seres humanos.

De acordo com o movimento acadêmico denominado “Constitucionalismo Democrático”, defendido por Reva Siegel e Robert Post, a partir da interação entre minorias estigmatizadas, movimentos sociais e o Poder Judiciário, é possível inspirar novos valores constitucionais que são capazes de transformar a sociedade, protegendo os direitos desses grupos. De outro lado, examinando a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana na interpretação da *Equal Protection*, pretendemos investigar se o Constitucionalismo Democrático - defendido por Robert Post e Reva Siegel - atende aos desafios de uma cultura constitucional juridicamente sensível à demanda de minorias sexuais estigmatizadas.

Por meio de um método hermenêutico e monográfico (estudo de caso) e tendo como técnica de pesquisa a análise jurisprudencial dos principais casos envolvendo direitos de minorias sexuais julgados pela Suprema Corte norte-americana, pretendemos demonstrar que a interpretação constitucional sobre direitos de minorias sexuais na *Equal Protection* não é compatível com a proposta de um minimalismo judicial delineada por Sunstein.

Por meio da análise dos casos *Hollingsworth v. Perry*<sup>3</sup> e *Windsor v. United States*<sup>4</sup>, recentemente julgados pela Suprema Corte norte-americana, pretendemos

3 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S -2013. Dennis Hollingsworth, et al. v. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Decidido em 26 de junho de 2013.

4 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Windsor v. United States*. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 de junho de 2013.

investigar se a decisão minimalista da Suprema Corte nesses casos específicos incrementam a democracia e protegem adequadamente os direitos de minorias, ao evitar uma reação polarizada decorrente de um profundo refluxo social que se manifestaria se o direito a casamento *gay* fosse concretizado pelo Judiciário em *Hollingsworth* de forma ampla em nível federal.

Uma decisão favorável ao reconhecimento do casamento *gay* em nível federal, como decorrência da declaração de inconstitucionalidade da Proposição 8 na Suprema Corte, teria interrompido a evolução da opinião pública, inspirando dois campos polarizados? A distinção por orientação sexual é uma classificação suspeita? Feitas essas considerações, passamos à análise da teoria do minimalismo judicial.

## O MINIMALISMO DE CASS SUNSTEIN

De início, é importante assinalarmos que Sunstein estabelece uma diferenciação entre formas específicas de decisão judicial, confrontando opiniões amplas e estreitas. As opiniões amplas possuem um campo de incidência amplo, atingido inúmeras situações além do caso decidido, enquanto que as estreitas voltam-se apenas para a resolução de um caso específico, sem reflexos em outras situações fáticas.<sup>5</sup>

Com efeito, para Sunstein, perspectivas minimalistas “podem ser promotoras da democracia, 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.”<sup>6</sup> As decisões judiciais devem ser estreitas, resolvendo apenas os aspectos específicos de cada caso, sem resolver uma ampla gama de outras questões jurídicas com implicações

5 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, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 5.

6 SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 5.



diversas. Desse modo, analisando a intervenção judicial no caso *Vacco v. Quill*.<sup>7</sup>

Nesse particular, Sunstein explicita que a Suprema Corte não agiu corretamente em invalidar leis proibindo o suicídio assistido, porquanto deveria ter deixado em aberto a questão sobre se seria lícito garantir tal direito às pessoas que enfrentam dores físicas em situação de morte iminente. O autor, entretanto, considera que a perspectiva minimalista, embora seja adequada, não é apropriada para todas as situações fáticas, defendendo o aspecto abrangente da decisão da Corte no julgamento de *Brown v. Board of Education*<sup>8</sup>, que considerou inconstitucional a segregação racial nas escolas.

Nesse cenário, sublinha que tal perspectiva maximalista não se configurou como um ato isolado, sendo decorrente de toda uma construção jurisprudencial na qual o princípio da segregação foi objeto de reprovação por uma série de decisões, legitimando a atuação da Suprema Corte no sentido de pronunciar-se de forma mais amadurecida. O autor exemplifica a decisão da Corte em *Romer v. Evans*.<sup>9</sup> Para Sunstein, o Judiciário atuou de forma minimalista, deixando em aberto uma gama de situações envolvendo discriminação contra homossexuais, no que se refere à exclusão militar ou ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, para o autor, a perspectiva hermenêutica que deixa em aberto questões constitucionais mais fundamentais, possui efeitos positivos para a ordem democrática, especialmente em questões constitucionais de alta complexidade. Para Sunstein, os juízes devem decidir os casos de forma estreita sem invocar teorias filosoficamente profundas, permitindo que questões moralmente controversas sejam solucionadas pelas instâncias deliberativas. O argumento fundamental do autor é que certas formas de ativismo judicial propiciam o “refluxo”, inspirando articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão.

7 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Vacco v. Quill*. 521 U.S. 793/1997. *Vacco*, Attorney General of New York, et al. v. *Quill* et al. Decisão majoritária do Juiz Rehnquist. Julgado em 26 de Junho de 1997.

8 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483/1954. *Oliver Brown et al.* v. *Board of Education Topeka*, et al. Voto majoritário: E. Warren. Julgado em 17 de Maio de 1954.

9 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Norte Americana. **Writ of Certiorari**. *Romer vs. Evans*. 517 U.S. 620 / 1996. Anthony Kennedy. *Roy Romer, Governor of Colorado v. Richard Evans*. Julgado em 20 de Maio de 1996.

Nesse sentido, Sunstein sublinha que, ainda que “a decisão da Corte pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria assim como o objetivo que ela procura promover.”<sup>10</sup> Analisando o caso *Lawrence*,<sup>11</sup> Sunstein destaca que “se há um direito constitucional à privacidade, as Cortes deveriam construí-lo de forma lenta e estreita.”<sup>12</sup> 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”.<sup>13</sup> Ou seja, no ensejo, 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. Nessa perspectiva, para Sunstein, *Lawrence* “deveria ser compreendido como uma variação americana da velha ideia inglesa de desuso”.<sup>14</sup>

Em suma, à medida que determinadas leis perdem eficácia social, não há mais razão para exigir o seu cumprimento. Sunstein defende que a Suprema Corte deveria ter se pronunciado em *Lawrence* de forma mais estreita, sob o argumento de que a criminalização da sodomia 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

10 SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 59.

11 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Norte Americana. **Writ of Certiorari**. *Lawrence vs Texas*. 539 U. S. 558 /2003. Anthony Kennedy. John Geddens *Lawrence and Tyron Garner vs Texas*. Julgado em 26 de Junho de 2003.

12 SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America**. Cambridge: Basic Books, 2005, p. 97.

13 SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America**. Cambridge: Basic Books, 2005, p. 97.

14 SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America**. Cambridge: Basic Books, 2005, p. 97.



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.

Não compreendemos, no entanto, 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 abrangentes. 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*<sup>15</sup>, 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 cenário, quando os juízes invalidavam leis, visando 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.

Os minimalistas podem concordar com o princípio da não discriminação, com a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis e defender a atribuição de direitos sem, entretanto, adentrar nos fundamentos filosóficos que sustentam a equiparação, como o conceito de matrimônio ou de sexualidade. Duas decisões da Suprema Corte que ensejam um debate sobre a insuficiência do minimalismo judicial na resolução de questões relativas a direitos de minorias são os casos *Hollingsworth v. Perry*<sup>16</sup> e *Windsor v. United States*.<sup>17</sup>

15 SUNSTEIN, CASS. **A Constitution of Many Minds**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

16 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S -2013. Dennis Hollingsworth, et al. v. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Decidido em 26 de junho de 2013.

17 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Windsor v. United States*. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 de junho de 2013.

## A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA SOBRE DIREITOS DE MINORIAS SEXUAIS

De início, é premente sublinhar que a concepção do direito ao igual tratamento, suscetível de resguardar a igual consideração e o respeito de todos os seres humanos, sem dúvida, assumiu uma dimensão singular no constitucionalismo norte-americano, sendo um dos parâmetros fundamentais da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos. É relevante assinalar que, após o processo de reconstrução das democracias constitucionais decorrente do fim da Segunda Guerra, assume relevância o estabelecimento de princípios jurídicos voltados para a concretização da dignidade da pessoa humana, elemento basilar que estruturou os ordenamentos jurídicos de diversos países.

A Constituição dos Estados Unidos, além de consagrar as cláusulas do devido processo legal e da *Equal Protection*, consagra a dignidade da pessoa humana na Emenda VIII. Nesse cenário, a Cláusula da *Equal Protection*, consagrada na Seção 2 da Emenda XIV, assume um contorno jurídico e teórico essencial no sistema constitucional americano, com o intuito de assegurar a todos os cidadãos o igual respeito e consideração. Insere-se, portanto, em uma trajetória constitucional marcada por lutas contra leis discriminatórias que expressavam a hostilidade e o desrespeito de majorias opressoras em relação a minorias estigmatizadas.

É mister frisar que a Suprema Corte, em seis momentos, tratou de questões relativas a direitos de minorias sexuais. O primeiro julgado foi decidido em 1986, no caso *Bowers v. Hardwick*<sup>18</sup>; o segundo, em 1996, em *Romer v. Evans*<sup>19</sup>; o terceiro, em *Boy Scouts v. Dale*<sup>20</sup>; o quarto, em *Lawrence v. Texas*<sup>21</sup>; o quinto,

---

18 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari.** *Bowers v. Hardwick*. 478 U.S. 186 /1986. Michael Bowers, Attorney General of Georgia v. Michael Hardwick et al. Opinião Majoritária: White. Washington, District of Columbia. Decidido em 30 de junho de 1986.

19 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari.** *Romer v. Evans*. 517 U.S. 620/1996. Roy Romer, Governador do Colorado, et al. v. Richard Evans, et al. Opinião Majoritária: Anthony Kennedy. Washington, District of Columbia. Decidido em 20 de Maio de 1996.

20 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari.** *Boy Scouts v. Dale*. 530. U.S. 640 /2000. *Boy Scouts of América and Monmouth Council et al., Petitioners v. James Dale*. Opinião Majoritária: William Rehnquist. Washington, District of Columbia. Decidido em 28 de Junho de 2000.

21 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari.** *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558/2003. *John Lawrence and Tyron Garner v. Texas*. Majority opinion: Anthony Kennedy. Washington, District of Columbia. Decidido em 26 de Junho de 2003.

em *Hollingsworth v. Perry*<sup>22</sup>; e o sexto, em *Windsor v. United States*<sup>23</sup>. Em *Bowers*, a controvérsia jurídica era saber se uma lei da Geórgia - que criminalizava a sodomia entre adultos - era constitucional ou se, ao contrário, haveria um direito fundamental dos homossexuais de praticar a sodomia, tendo em vista o direito à privacidade. A Corte, todavia, pronunciou-se pela constitucionalidade da lei.

De fato, a partir de *Griswold*<sup>24</sup> a Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de considerar como implícita a cláusula do Devido Processo Substantivo inerente à XIV Emenda, o direito à privacidade. Em *Bowers*, todavia, a Corte consolidou entendimento diverso, defendendo que tal direito não se aplicava à conduta sexual consensual privada relativa à prática da sodomia. Sob esse prisma, Cass Sunstein apresenta uma interpretação singular a respeito do caso *Bowers*. Constata que a criminalização da sodomia é incompatível com a criação de uma sociedade livre.

Mas o autor interpreta a decisão da Corte como resultado de uma estratégia argumentativa equivocada estabelecida pela defesa. Ao resgatar uma argumentação jurídica que contemplava o direito à privacidade e à cláusula do Devido Processo Substantivo, suscitou resultados negativos, pois o “disfarce” terminaria por inspirar o estigma e a discriminação. O autor, em passagem elucidativa, sublinha que:

(...)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. (...) <sup>25</sup>

22 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari** . *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S /2013. Dennis Hollingsworth, et al vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Decidido em 26 de junho de 2013.

23 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**, *Windsor v. United States*. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 de junho de 2013.

24 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari**. *Griswold v. Connecticut*. 381 U. S. 479/1965. Estelle Griswold e Lee Buxton v. Connecticut. Opinião Majoritária: Juiz Douglas. Washington, District of Columbia. Decidido em 7 de Junho de 1965.

25 SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Har-

Sob essa ótica, o direito à privacidade, para Sunstein, não seria compreendido como um direito fundamental delineado construtivamente a partir da cláusula do Devido Processo Substantivo, não sendo um mecanismo normativo com potencialidade jurídica capaz de proporcionar a defesa dos direitos de homossexuais. Compreende que a cláusula da *Equal Protection* demonstra uma maior sensibilidade jurídica capaz de romper com autocompreensões assimétricas de mundo do que o Devido Processo Substantivo.

É importante ponderar que, em *Lawrence v. Texas*,<sup>26</sup> a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que criminalizava a sodomia no Texas, aduzindo que a conduta sexual consensual e íntima estava contemplada pelo direito à liberdade protegido pelo Devido Processo substantivo. A controvérsia jurídica de *Lawrence* pretendia indagar se o Estado tinha legitimidade para punir condutas de foro íntimo que não possuem reflexos em relação a interesses de terceiros. A Suprema Corte constatou a inexistência de interesses de menores, pois o caso envolvia dois adultos que se envolviam em práticas sexuais consensuais e íntimas.

Nesse ponto, a Corte percebeu 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.”<sup>27</sup> Portanto, o Estado não tinha legitimidade para interferir em condutas de foro íntimo. Outro caso de grande repercussão foi *Romer v. Evans*<sup>28</sup>, que envolveu a discussão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional n° 2 à Constituição do Colorado, que proibiu o Estado de adotar medidas antidiscriminatórias em favor dos *gays*, lésbicas e bissexuais.

Essa Emenda decorreu de referendo popular de grupos religiosos, denominados “pró-discriminação de *gays*, lésbicas e bissexuais”, já que em vários outros locais surgiram políticas proibitivas da discriminação sexual. A

---

vard: Harvard University Press, 1999, p. 5.

26 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari**. *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558/2003. John Lawrence and Tyron Garner v. Texas. Opinião majoritária: Anthony Kennedy. Washington, District of Columbia. Decidido em 26 de Junho de 2003.

27 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari**. *Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558/2003. John Lawrence and Tyron Garner v. Texas. Opinião majoritária: Anthony Kennedy. Washington, District of Columbia. Decidido em 26 de Junho de 2003.

28 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari**. *Romer v. Evans*. 517 U.S. 620/1996. Roy Romer, Governador do Colorado, et al. v. Richard Evans, et al. Opinião Majoritária: Anthony Kennedy. Washington, District of Columbia. Decidido em 20 de Maio de 1996.

Suprema Corte do Colorado, no mesmo ano, considerou inconstitucional tal emenda, fundamentando-se na *Equal Protection Doctrine*. Examinou-a por meio do *strict scrutiny*, padrão de rigoroso controle de constitucionalidade. Em 1996, A Suprema Corte Norte-americana, em voto exposto pelo Juiz Kennedy, concluiu que a Emenda contrariava a garantia da *Equal protection* e não contemplava um fundamento plausível em face do *rational relationship test*, tendo em vista a inexistência de um interesse estatal legítimo que justificasse a proibição de práticas antidiscriminatórias em favor de minorias sexuais.<sup>29</sup>

Nesse quadro teórico, tal julgamento tornou-se precedente para aplicação da perspectiva da *Equal Protection Doctrine*, pois a Suprema Corte resguardou a garantia constitucional do direito à igualdade. O Estado do Colorado procurou contra-argumentar, elucidando os motivos pelos quais criou tal Emenda Constitucional. O primeiro argumento sustentado pela defesa aduziu que a Emenda apenas visava ao estabelecimento de um tratamento igualitário entre *gays*, lésbicas e os demais cidadãos, negando direitos especiais a uma minoria politicamente poderosa.

A ideia fundamental era vedar um tratamento diferenciado para homossexuais, resguardando os direitos dos cidadãos que não possuem essa opção sexual. A maioria dos juízes não acolheu esse argumento, uma vez que a Emenda contrariava de forma contundente a *Equal protection*. A tese jurídica estabelecida foi no sentido de que, permitir que minorias sexuais tenham acesso à proteção jurídica contra atos discriminatórios não implica o estabelecimento de tratamento privilegiado.

É fundamental elucidar que o segundo argumento de defesa baseou-se na necessidade de resguardar a liberdade da maioria dos cidadãos, que têm a prerrogativa de expor opiniões contrárias à prática homossexual. Esse argumento foi considerado implausível pela Suprema Corte, uma vez que a exclusão da possibilidade de tutela jurídica a um grupo minoritário não se confunde com a pretensão de resguardar a liberdade de manifestação de opiniões pessoais

29 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari**. Romer v. Evans. 517 U.S 620/1996. Roy Romer, Governador do Colorado et al. v. Richard Evans, et al. Voto do juiz Kennedy. Opinião Majoritária: Anthony Kennedy. Washington, District of Columbia. Decidido em 20 de Maio de 1996.



e objeções à homossexualidade. Por outro lado, a proibição de práticas discriminatórias contra homossexuais visa impedir que grupos estigmatizados sejam excluídos das relações cotidianas de uma sociedade livre.<sup>30</sup>

Não obstante, o voto divergente que foi exposto pelo Justice Scalia concluiu que a Emenda impediria a criação de uma tutela especial para homossexuais sem excluí-los do alcance da *Equal Protection*. O propósito da Emenda era impedir o estabelecimento de um tratamento diferenciado, resguardando os costumes sexuais majoritários e impedindo que os mesmos fossem revistos por grupos minoritários com poder político.<sup>31</sup> Todavia, a maioria dos *Justices* compreendeu que, à medida que se impede um grupo estigmatizado da possibilidade de tutela jurídica contra discriminação, viola-se o núcleo fundamental intangível de *Equal Protection*. Ademais, constatou os limites jurídicos da Emenda, mesmo diante do parâmetro mais brando, o *rational relationship test*.

Na Califórnia, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido por uma decisão da Suprema Corte estadual 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 2009, ocorreram inúmeros protestos sobre a Constitucionalidade da Proposição 8. Assim, a Fundação Americana para a Igualdade de Direitos (AFER) ajuizou, em Maio de 2009, por meio dos advogados

30 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari**. Romer v. Evans. 517 U.S 620/1996. Roy Romer, Governador do Colorado, et al. v. Richard Evans, et al. Voto do juiz Kennedy. Opinião Majoritária: Anthony Kennedy. Washington, District of Columbia. Decidido em 20 de Maio de 1996.

31 ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Writ of Certiorari**. Romer v. Evans. 517 U.S 620/1996. Roy Romer, Governador do Colorado, et al. v. Richard Evans, et al. Voto do juiz Scalia. Opinião Majoritária: Anthony Kennedy. Washington, District of Columbia. Decidido em 20 de Maio de 1996.



Ted Olson e David Boies, uma ação no *U.S District Court for the Northern District of California*, para questionar a validade da Proposição 8, em nome de dois casais do mesmo sexo. Em janeiro de 2010, iniciou-se o julgamento da emenda à Constituição da Califórnia, que proibiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se do caso *Perry versus Brown*.<sup>32</sup>

De fato, Vaughn Walker, juiz-presidente do *U.S. District Court for the Northern District of California*, não acolheu argumentos articulados pela defesa, que sustentou a legitimidade da Proposição 8, sob o argumento de que o matrimônio estaria voltado para a procriação.<sup>33</sup> O advogado de defesa, Charles Cooper, sustentou uma concepção procriativa de matrimônio, visando à existência e à sobrevivência da raça humana. Mas o Juiz Walker contrapôs-se a tal alegação, sublinhando a inexistência de regras que vedam o casamento entre pessoas que não podem ter filhos. Também refutou o argumento de uma testemunha do Dr. Cooper, segundo a qual o casamento tem uma função social.

Portanto, a questão fundamental para o juiz Walker é: as pessoas se casam para beneficiar a sociedade?<sup>34</sup> Em Agosto de 2010, o juiz Walker prolatou a decisão em favor dos requerentes, invalidando a Proposição 8 com base no devido processo legal e na Cláusula da *Equal Protection*. Walker concluiu que o Estado da Califórnia não possuía fundamento racional ou interesse legítimo em negar aos *gays* e às lésbicas licenças de casamento. Ele destacou que a Proposição 8 baseou-se em compreensões tradicionais do casamento heterossexual e da desaprovação moral da homossexualidade, sendo que nenhum desses fundamentos constitui base jurídica para o tratamento discriminatório.

Na sua percepção, *gays* e lésbicas constituem um grupo minoritário que são justamente objeto de proteção do escrutínio rigoroso. Aduziu

32 CALIFORNIA. U.S. District Court of Northern of California. **Complaint for Declaratory.** Perry v. Brown. 671 F 3d 1052 (9 th. Cir.). 704 F. Supp. 2d 921(N.D.Cal., 2010); certified question, 628 F. 3d 1191 (9 th. Cir.); Answered 52 Cal. 4th 1116 (2011). Edmund Brown, et al., v. Kristin Perry, et al. Juiz Vaughn Walker. District of California. Decidido em 4 de Agosto de 2010.

33 CALIFORNIA. U.S. District Court of Northern of California. **Complaint for Declaratory.** 671 F. 3d 1052 (9 th. Cir). Edmund Brown, et al., v. Kristin Perry, et al. Voto do Juiz-presidente, Vaughn Walker. Califórnia. Julgado em 4 de Agosto de 2010.

34 CALIFORNIA. U.S. District Court of Northern of California. **Complaint for Declaratory.** 671 F. 3d 1052 (9 th. Cir). Edmund Brown, et al., v. Kristin Perry, et al. Voto do Juiz-presidente, Vaughn Walker. Califórnia. Julgado em 4 de Agosto de 2010.

ainda que o casamento é um assunto civil, e não religioso. Ademais, as parcerias domésticas não têm o mesmo significado social associado ao casamento. No ensejo, considerou que a orientação sexual dos pais não seria um fator de ajuste de uma criança, pois não determinaria se um indivíduo pode ser ou não um bom pai. Portanto, alegou que crianças criadas por pais *gays* ou lésbicas possuem a mesma probabilidade para ser saudáveis, bem-sucedidas e ajustadas que as crianças criadas por casais heterossexuais.

Nesse aspecto, Theodore Olson estabeleceu uma analogia entre a Proposição 8 e as normas que proibiam o casamento inter-racial. O direito de casar foi defendido como um direito fundamental dos casais homossexuais californianos, e não como um direito que pertence ao Estado da Califórnia. Pela primeira vez, surge uma discussão jurídica nos tribunais federais sobre se a maioria dos eleitores pode anular os direitos de grupos minoritários. O juiz Walker acolheu os argumentos de Olson, aduzindo que as proibições ao casamento inter-racial e as restrições de gênero, expressando durante muito tempo a desigualdade racial e de gênero, nunca fizeram parte do núcleo histórico da instituição do casamento.

Em 4 de Agosto de 2010, os interventores do réu interpuseram recurso para a *Court of Appeals for the Ninth Circuit*, que foi indeferido por falta de legitimidade. Em 7 de fevereiro de 2012, os três juízes da *Court of Appeals for the Ninth Circuit*, em favor dos autores por 2 a 1, declararam a Proposição 8 inconstitucional.<sup>35</sup> O Juiz Reinhardt, autor da decisão majoritária, questionou se o povo da Califórnia possui razões legítimas para impedir que os casais homoafetivos atribuíssem às suas parcerias o *status* de casamento. Ademais, rejeitou qualquer efeito do casamento entre pessoas do mesmo sexo sobre a criação dos filhos.

Negou também que a Proposição 8 reflete uma tentativa razoável de agir cautelosamente na modificação das instituições sociais, uma vez

35 ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the Ninth Circuit. **Petition for the Writ of Mandamus**. Hollingsworth v. Perry. 671 F. 3d 1052 (9<sup>th</sup> Cir). Dennis Hollingsworth, et al. v. Kristin Perry, et al. Juiz Relator: Reinhardt. Califórnia. Julgado em 7 de Fevereiro de 2012.

que mais de dezoito mil casais do mesmo sexo já tinham se casado. Portanto, o resultado da lógica da Proposição 8 era a desaprovação de *gays* e *lésbicas* como uma classe.<sup>36</sup> Por fim, concluiu que o povo da Califórnia não poderia, à luz da Constituição Federal, acrescentar à sua Constituição estadual uma disposição que retire de *gays* e *lésbicas* o seu direito de usar a designação oficial de matrimônio que o Estado atribui a certos relacionamentos, sob pena de violar o *status* e a dignidade de uma classe desfavorecida.

Em 21 de Fevereiro de 2012, os defensores da Proposição 8 solicitaram um revisão na *Court of Appeals for the Ninth Circuit*, sendo o pedido negado em 5 de Junho de 2012. Em 31 de Julho de 2012, os defensores da Proposição 8 recorreram à Suprema Corte dos Estados Unidos, utilizando uma nova denominação para o caso: *Hollingsworth v. Perry*<sup>37</sup>. A decisão majoritária da Suprema Corte em *Hollingsworth v. Perry*, que teve como relator o Juiz John Roberts, sendo acompanhado pelos Justices Antonin Scalia, Ruth Ginsburg, Stephen Breyer e Elena Kagan, foi prolatada em 26 de Junho de 2013. Declarou a inexistência de legitimidade processual para os defensores da Proposição 8, negando a decisão do Tribunal de Apelações do Nono Circuito.

O Juiz Kennedy apresentou o voto divergente, sendo acompanhado por Clarence Thomas, Samuel Alito e Sonia Sotomayor. O Juiz John Roberts, ao introduzir a decisão majoritária, assumiu uma perspectiva minimalista, abstendo-se de se pronunciar se haveria um direito ao casamento *gay*, aduzindo que a Suprema Corte somente poderia assumir um caso ou controversa real que não inclui qualquer tipo de disputa, mas apenas aquelas adequadas ao processo judicial.<sup>38</sup>

36 ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the Ninth Circuit. **Petition for the Writ of Mandamus**. *Hollingsworth v. Perry*. 671 F. 3d 1052 (9<sup>th</sup> Cir). Dennis Hollingsworth, et al. v. Kristin Perry, et al. Voto do Juiz Relator: Reinhardt. Califórnia. Julgado em 7 de Fevereiro de 2012.

37 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S -2013. Dennis Hollingsworth, et al vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Julgado em 26 de junho de 2013.

38 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S -2013. Dennis Hollingsworth, et al vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Julgado em 26 de junho de 2013.

Isso significa que as partes envolvidas devem ser capazes de demonstrar legitimidade processual para a defesa da Proposição 8, pois não poderiam defendê-la em nome do Estado da Califórnia, razão pela qual a *Court of Appeals for the Ninth Circuit* não poderia analisar o caso. Para que haja controvérsia real, não é suficiente que a parte demonstre interesse do Tribunal no assunto, devendo demonstrar lesão concreta e particularizada. Assim, considerando que os petionários não possuem legitimidade processual, o Juiz Roberts argumentou que a Suprema Corte não teria autoridade para decidir o mérito nem a *Court of Appeals for the Ninth Circuit*.

O juiz Anthony Kennedy, em seu voto divergente, enfatizou a natureza singular do sistema de iniciativa de decisão política da Califórnia, que permite que os cidadãos proponham emendas à Constituição estadual suscetíveis de serem aprovadas pelo voto da maioria simples em todo Estado. Kennedy argumenta que esse sistema retira o poder de criação do direito do Estado e atribui aos cidadãos. Ressalta que o próprio objeto do sistema de iniciativa é estabelecer um processo de criação do direito que não depende dos governantes. A iniciativa popular na Califórnia implementa a teoria de que todo o poder do governo em última análise reside no povo.<sup>39</sup>

De outro lado, outro caso julgado recentemente pela Suprema Corte foi *Windsor v. United States*<sup>40</sup>, no qual o Tribunal, por 5 a 4, declarou a inconstitucionalidade da seção 3 do *The Defence of Marriage Act* (DOMA). Este definia o casamento como uma união legal entre homem e mulher, restringindo os benefícios da seguridade social e questões relativas a benefícios para funcionários públicos, imigração e declarações fiscais conjuntas ao casamento heterossexual, não se aplicando a uniões homossexuais. Em 2011, a Administração de Obama declarou que a seção 3 do DOMA é inconstitucional e, embora continuaria aplicando a lei, não iria defendê-la no tribunal. Oito Tribunais Federais, incluindo o *First Circuit Court of Appeals* e *Second Circuit Court of Appeals*, declararam a Seção 3 do DOMA inconstitucional.

39 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S -2013. Dennis Hollingsworth, et al vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Julgado em 26 de junho de 2013.

40 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Windsor vs United States*. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C, 26 de junho de 2013.

A decisão em *Windsor v. United States* não garante o direito ao casamento *gay*, mas concede a pessoas que vivem em Estados que permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o direito a receber benefícios federais da mesma forma como os casais heterossexuais. A decisão se estende a *Gill v. Office of Personnel Management*<sup>41</sup>, *Massachusetts v. United States Department of Health and Human Services*<sup>42</sup>, *Golinski v. Office of Personnel Management*<sup>43</sup> e *Pedersen v. Office of Personnel Management*<sup>44</sup>, que desafiam a seção 3 do *The Defence of Marriage Act*.

Em *Windsor v. United States*, o Justice Kennedy redigiu a opinião majoritária, sendo acompanhado pelos Juízes Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor, Elena Kagan. John Roberts foi autor do voto dissidente, assim como Scalia, cuja opinião foi acompanhada por Clarence Thomas e parcialmente por John Roberts. Samuel Alito introduziu outra dissidência acompanhada parcialmente por Clarence Thomas.<sup>45</sup>

A decisão do Juiz Kennedy possui elementos minimalistas e maximalistas. O Juiz Kennedy não afirma que há um direito fundamental ao casamento *gay* em nível nacional, assumindo, nesse ponto, uma postura minimalista. Afirmou em seu voto que o poder do Estado de definir a relação matrimonial é de relevância central, independentemente dos princípios do federalismo. A Corte poderia apenas se basear nos argumentos do federalismo, argumentando que o casamento deveria ser regulado pela lei de cada Estado, faltando autoridade ao governo federal.

Mas Kennedy percorreu um caminho diferente e sua decisão assumiu também contornos maximalistas, baseando-se na cláusula da *Equal Protection*, que

41 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Gill v. Office of Personnel Management*. 682 F. 3d 1 (1st Circuit 2012). Nancy Gill and Marcelle Letourneau, et al., v. Office of Personnel Management, et al. Washington D.C. Negado em 27 de Junho de 2013.

42 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. 698 F. Supp. 2d 234 (D. Mass. 2010). *Massachusetts v. United States Department of Health and Human Services*, et al. Washington D.C. Negado em 27 de Junho de 2013.

43 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for de Writ of Certiori**. *Golinski v. Office of Personnel Management*. 824 F. Supp. 2d 968, 983 n.5 (N.D.Cal 2012). *Karen Golinski v. Office of Personnel Managements*, et al. Washington D.C. Negado em 27 de Junho de 2013.

44 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiori**. 10 CV 1750 (D.Conn. July 31, 2012). *Joanne Pederson, et al. v. Office of Personnel Management*, et al. Washington D.C. Negado em 27 de Junho de 2013.

45 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Windsor vs United States*. 570 U.S. *Edith Schlain Windsor v. United States*. Voto do Juiz Kennedy. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.



proibiria o governo federal de tratar o casamento entre pessoas do mesmo sexo de forma diversa dos casais heterossexuais, criando um regime de matrimônio contraditório dentro do mesmo Estado. Tal regime diminuiria a estabilidade e a previsibilidade das relações privadas que o Estado deve proteger. Nas palavras de Kennedy,

(...) A decisão do Estado de atribuir a uma classe de pessoas o direito de casar, confere-lhes dignidade e status de imensa importância. Quando o Estado usa sua autoridade histórica e essencial para definir a relação matrimonial de uma maneira, seu papel e poder na tomada de decisão eleva o reconhecimento, dignidade e proteção da classe na sua própria comunidade. DOMA, devido ao seu alcance e extensão, afasta essa história e tradição de confiança na lei do Estado para definir o matrimônio.<sup>46</sup>

Para o Juiz Kennedy, DOMA produz o efeito de injuriar “aqueles casais aos quais o Estado, por meio de leis matrimoniais, protege a personalidade e dignidade.”<sup>47</sup> Ao tratar aquelas pessoas como vivendo casamentos menos respeitados que outros, DOMA viola o direito à liberdade protegido pela Cláusula do Devido Processo contida na Quinta Emenda à Constituição e a Cláusula da *Equal Protection* prevista na Décima Quarta Emenda. Para Kennedy, “a Cláusula da Equal Protection prevista na Décima Quarta Emenda torna o direito previsto na Quinta Emenda mais específico e melhor compreendido e preservado.”<sup>48</sup>

DOMA estabelece a todas as pessoas que interagem com os casais do mesmo sexo, inclusive suas próprias crianças, que tais casamentos são menos reconhecidos do que os casamentos heterossexuais. Ademais, “ao criar dois regimes de casamento contraditórios dentro do mesmo Estado, DOMA força os casais do mesmo sexo a viverem como casados para os propósitos da lei do Estado, mas não casados para o propósito da lei federal”, o que tem como efeitos diminuir “a estabilidade e previsibilidade das relações privadas básicas que o

46 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Windsor vs United States. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Voto do Juiz Kennedy. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.

47 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Windsor vs United States. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Voto do Juiz Kennedy. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.

48 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Windsor vs United States. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Voto do Juiz Kennedy. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.



Estado estabelece como adequadas para reconhecer e proteger.”<sup>49</sup>

Os juízes, John Roberts, Scalia, Clarence Thomas e Samuel Alito, divergiram em seus fundamentos, mas ambos salientaram que a lei teve apoio de ambas as casas do Congresso, contando com legitimidade democrática. Samuel Alito aduziu que se a Constituição contivesse um dispositivo garantindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seria dever da Suprema Corte garanti-lo, mas inexistia tal dispositivo na Constituição. Qualquer mudança na instituição do casamento deveria decorrer da soberania popular expressa por seus representantes eleitos.<sup>50</sup>

John Roberts, por sua vez, em seu voto divergente, alegou que não havia provas convincentes de que o Presidente Clinton, ao sancionar, e os 342 deputados mais os 85 senadores, ao votarem DOMA, foram motivados pelo desejo de ofender os homossexuais. Para Roberts, “o interesse na uniformidade e estabilidade justificou amplamente a decisão do Congresso em restringir a definição do casamento que nesse aspecto tem sido adotada por cada Estado em nossa nação e por cada nação no mundo.”<sup>51</sup> Ademais, na sua percepção, o voto da maioria não abordou “a questão distinta sobre se os Estados, no exercício da sua autoridade histórica e essencial de definir a relação do matrimônio, podem continuar a utilizar a definição tradicional de matrimônio.”<sup>52</sup>

Scalia defendeu que não era competência da Suprema Corte pronunciar-se sobre a constitucionalidade do DOMA, pois o governo federal, que se opôs ao DOMA, somente recorreu da decisão do tribunal de primeira instância para forçar a Suprema Corte a se pronunciar sobre sua constitucionalidade. Uma vez que Windsor não era um processo autenticamente contraditório, Scalia partiu desse pressuposto para afirmar que somente quando há uma controvérsia real sobre a constitucionalidade da lei, a Suprema Corte teria competência para decidir. Seria

49 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Windsor vs United States. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Voto do Juiz Kennedy. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.

50 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Windsor vs United States. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Voto do Juiz Scalia. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.

51 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Windsor vs United States. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Voto do Juiz Roberts. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.

52 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Windsor vs United States. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Voto do juiz Roberts. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.

algo sem precedentes na história da Suprema Corte analisar o mérito do caso quando não há controvérsia real.

Segundo Scalia, a Constituição não proíbe o governo de fazer cumprir as normas morais e sexuais tradicionais. Scalia contesta a afirmação da maioria dos *Justices* de que DOMA foi motivado principalmente por preconceito contra homossexuais. Considerando que esse foi o argumento principal da maioria, ele afirma ser uma ruptura jurisprudencial declarar a inconstitucionalidade de uma lei com base em uma suposta intenção legislativa ilícita. A defesa do casamento tradicional não condena nem humilha aqueles que preferem outras modalidades de união. Tais acusações, na sua percepção, aviltam a instituição do casamento.

Para Scalia, DOMA apenas codifica um aspecto do casamento que foi inquestionável na nossa sociedade durante a maior parte da história humana.<sup>53</sup> Scalia também acusou os autores do voto majoritário de realizarem um assalto à democracia, mas terminou por analisar o mérito, sem a modéstia que ele insiste ser a marca de suas decisões. Sob esse prisma, a questão fundamental desse caso era: por que adiantar a Suprema Corte à frente da opinião pública, se esta já estava se movendo na direção do reconhecimento do direito ao casamento *gay*?

Mesmo se tivesse ocorrido uma vitória definitiva na Suprema Corte, o que não ocorreu efetivamente, esta poderia interromper a evolução da opinião pública como tem sido afirmado em relação a *Roe v. Wade*<sup>54</sup>, congelando-a em dois campos polarizados? Segundo Linda Greenhouse e Reva Siegel, o refluxo ao aborto surgiu antes da decisão da Suprema Corte em *Roe*. Sob esse prisma, “a oposição católica ao aborto foi ampliada pelo Partido Republicano quando os Republicanos começaram a empregar ataques ao aborto para recrutar eleitores católicos que historicamente tinham votado no Partido Republicano.”<sup>55</sup> As autoras, em passagem elucidativa, concluem que:

53 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Windsor vs United States. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Voto do Juiz Scalia. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.

54 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Roe v. Wade. 410 U.S. 113 (1973). Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 de Janeiro de 1973.

55 GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From Roe to Perry. **UCLA Law Review Disc.** (forthcoming 2013). Disponível em <http://www.uclalawreview.org>.

(...) a eleição presidencial de 1972 mostra como o Partido Republicano usou a questão do aborto a serviço do realinhamento do Partido no período antes da decisão em *Roe* e mostra a expansão dessa estratégia durante a eleição de 1980 na criação de uma coalizão de católicos conservadores e protestantes evangélicos, que ajudou a eleger Ronald Reagen.<sup>56</sup>

Disso infere-se ser o realinhamento político do Partido Republicano que explica melhor a polarização política em torno do aborto do que a interpretação que enfatiza o refluxo como decorrência da decisão da Suprema Corte em *Roe*. Especificamente em *Hollingsworth v. Perry*<sup>57</sup>, os argumentos da decisão majoritária escrita pelo Juiz John Roberts, ao aduzirem a ilegitimidade processual dos defensores da Proposição 8, relativa ao fato de estes não poderem defendê-la em nome do Estado da Califórnia e a menção relativa à inexistência de controvérsia real baseiam-se em pressupostos eminentemente minimalistas.

Portanto, uma decisão maximalista favorável ao reconhecimento do casamento *gay* em nível federal em *Hollingsworth v. Perry*, assim como ocorreu *Roe*, inevitavelmente suscitaria reação política. No entanto, para Post e Siegel, uma interpretação minuciosa da história norte-americana demonstra que não é possível evitar o refluxo, evitando decisões ativistas das Cortes. O conflito em torno do aborto ocorreu antes da decisão da Suprema Corte em *Roe*.

Diferentemente, em *Windsor vs United States*<sup>58</sup>, a decisão majoritária baseou-se em uma interpretação maximalista, pois, em vez de se restringir aos argumentos do federalismo, analisou o mérito, invocando a cláusula da *Equal Protection* e aduzindo que DOMA trata casais homossexuais menos respeitados como que outros por meio de uma clara violação ao direito à liberdade protegido pela Cláusula do Devido Processo contida na Quinta Emenda à Constituição e a Cláusula da *Equal Protection* prevista na Décima Quarta Emenda.

56 GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From *Roe* to *Perry*. **UCLA Law Review Disc.** (forthcoming 2013). Disponível em <http://www.uclalawreview.org>.

57 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari.** *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S -2013. Dennis Hollingsworth, et al vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Julgado em 26 de junho de 2013.

58 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari.** *Windsor vs United States*. 570 U.S - 2013. Edith Schlain Windsor v. United States. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013.

Por outro lado, em *Hollingsworth v. Perry*<sup>59</sup>, Olson e Boies pretendiam convencer a Suprema Corte de que a orientação sexual seria uma classificação suspeita e que *gays* e lésbicas têm sido um grupo historicamente sujeito à discriminação por suas características imutáveis. É importante elucidar que o critério denominado *strict scrutiny*, inerente ao “Constitucionalismo da Anticlassificação”, foi desenvolvido pela Suprema Corte, visando avaliar medidas estatais que contemplem os denominados “critérios de diferenciação suspeitos”, submetidos a um controle de constitucionalidade mais rigoroso.

No período da Corte Warren, estabeleceu-se uma investigação mais rigorosa sobre a constitucionalidade das leis, analisando a relação entre meios e fins. Instituíram-se três níveis de abordagem para exame da constitucionalidade das leis, a depender da matéria veiculada pela lei. O nível superior, denominado *strict scrutiny*, requer um elevado grau de exigência na formulação do critério de diferenciação, com a comprovação da relevância do objeto, sendo imprescindível a devida fundamentação. Determinadas leis que adotam raça ou etnia como parâmetro de diferenciação, por exemplo, são consideradas constitucionalmente suspeitas.

Nesse ponto, o controle de constitucionalidade instituído pelo *strict scrutiny* cria uma presunção de que o critério de diferenciação não é adequado para alcançar um objetivo estatal legítimo, salvo se o poder público provar que se trata da existência de um interesse estatal cogente. Declara-se a inconstitucionalidade das leis, mesmo que tenham relação com um interesse estatal legítimo, a não ser que se prove que são imprescindíveis para evitar um resultado lastimável que não se possa evitar de outra maneira razoável.

Antes de tudo, cumpre esclarecer que tal parâmetro de constitucionalidade foi proposto, visando alcançar grupos minoritários estigmatizados que possuíam participação irrelevante no processo político, cujas pretensões não eram satisfeitas pelas instâncias deliberativas e submetidos a tratamento desigual. Analisando o alcance do *strict scrutiny*, Robert Wintemute, professor da *King's College London*, na Inglaterra, postula algumas exigências que devem ser satisfeitas por grupos

59 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S.-2013. Dennis Hollingsworth, et al. vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Julgado em 26 de junho de 2013.

minoritários para viabilizar a aplicação desse parâmetro de controle. Vejamos as condições estabelecidas por Robert Wintemute a respeito da aplicação do *strict scrutiny* a minorias estigmatizadas:

- eles têm sofrido uma história de tratamento desigual intencional;
- a classificação impõe-lhes um estigma que os qualifica como inferiores;
- eles têm sido objeto de amplo preconceito e hostilidade;
- o tratamento desigual que eles têm sofrido tem, muitas vezes, resultado em pressuposições estereotipadas sobre suas habilidades;
- eles constituem uma minoria discreta e insular cuja participação política tem sido seriamente prejudicada em razão do preconceito;
- a base da classificação é uma característica pessoal imutável ( e quase sempre facilmente perceptível) que cada indivíduo possui;
- a característica é irrelevante para sua habilidade de desempenhar ou contribuir na sociedade (e a qualquer propósito público legítimo).<sup>60</sup>

Em síntese, de acordo com a doutrina de Robert Wintemute, existem questionamentos sobre se *gays* e lésbicas possuíam poder político para alcançar proteção legislativa, inviabilizando o *strict scrutiny* ou se a orientação sexual seria considerada como uma característica imutável. Sob esse prisma, compartilhamos o entendimento de Olson e Boies segundo o qual *gays* e lésbicas têm enfrentado sérios preconceitos e discriminações, sendo que em vinte e nove estados é legal demitir um empregado e negar habitação com base no critério da orientação sexual.

De outro lado, outra questão relevante que foi discutida em *Hollingsworth v. Perry*<sup>61</sup> foi o papel da instituição do casamento. A defesa e os *amici* argumentaram

60 WINTEMUTE, Robert. **Sexual Orientation and Human Rights** – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter. Oxford. Oxford University Press, 1995.

61 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S -2013. Dennis Hollingsworth, et al vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Julgado em 26 de junho de 2013.



que limitar o casamento a uma união entre um homem e uma mulher incentivaria a procriação responsável e a educação adequada dos filhos. O casamento tradicional seria mais apto para promover a convivência e a dedicação mútua dos pais biológicos, sendo uma conduta exclusiva do casamento tradicional, uma vez que a estrutura familiar seria mais adequada para a proteção dos filhos.

Aduziu ainda a defesa que o casamento tradicional entre inférteis e idosos não traz prejuízos para a finalidade da instituição, pois tais casais entre pessoas de sexo oposto, embora não tenham filhos, inspiram um comportamento ideal para outros casais de sexo oposto que podem ter filhos. Por fim, ponderou a defesa que a distinção entre casais do mesmo sexo e casais de pessoas do sexo oposto não viola a cláusula da *Equal Protection*, pois se vinculava a um interesse governamental relevante. No ensejo, ressalta a relevância do processo democrático na definição de uma questão tão essencial para o povo da Califórnia.

Nessa linha de raciocínio, com o intuito de resgatar uma nova concepção teórica a respeito dessas formas de judicialização voltadas para a proteção de minorias sexuais, assume relevância o debate entre o Minimalismo Judicial e o Constitucionalismo Democrático defendido por Post e Siegel, pois este constitui um referencial teórico muito importante para atender aos desafios de uma cultura constitucional sensível aos direitos de minorias sexuais. Mas a questão fundamental é: o minimalismo judicial possui recursos teóricos suficientes para efetivar direitos de minorias sexuais? É o que pretendemos analisar.

## O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO DE POST E SIEGEL E OS DIREITOS DE MINORIAS SEXUAIS

Em uma perspectiva teórica diversa do minimalismo, Robert Post e Reva Siegel destacam que o minimalismo “enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear o conflito social.”<sup>62</sup> Em suma, compartilhamos com os autores a opinião segundo a qual o fato de os cidadãos alegarem diferentes interpretações sobre significados

<sup>62</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. **Harvard Civil Rights** - Civil Liberties Law Review, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>, p. 427.



constitucionais configura uma função construtiva do desacordo, sendo legítimo ao Judiciário dispor de sua autoridade para administrá-lo com base em argumentos jurídicos racionais.

Em suma, os professores da *Yale Law School* pretendem contrapor-se ao argumento segundo o qual a reação política contra *Roe*<sup>63</sup> poderia ter sido evitada se a liberalização do aborto tivesse ocorrido a partir das instâncias legislativas. O Constitucionalismo Democrático defendido por 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.

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 quadro teórico, menos de um ano depois de *Lawrence*, alguns estados passaram a reconhecer uniões civis, como Massachusetts, que, em 2003, tornou-se o primeiro Estado norte-americano 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 se destaca 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. 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

<sup>63</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 de Janeiro de 1973.

Estaduais, passando a repudiar concepções sectárias que tendem a estigmatizar a homossexualidade.

Nesse aspecto, 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. Em outubro de 2013, quatorze estados - Connecticut, Iowa, Delaware, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, New Hampshire, New York, Rhode Island, Vermont e Washington, New Jersey e Califórnia -, além do Distrito de Columbia e três *Native American Tribes* -, legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

De fato, quando as instâncias sociais e os grupos estigmatizados são contemplados na deliberação, não é necessário recorrer a posturas maximalistas que invocam doutrinas morais abrangentes. Entretanto, quando há uma descaracterização do uso público da razão no processo democrático, que frustra os direitos de minorias sexuais, impedindo a deliberação, cabe ao Judiciário, a partir da interação com os movimentos sociais, resgatar uma cultura constitucional inclusiva com o intuito de corrigir os desvios do procedimento.

O uso construtivo do silêncio na apreciação de teorias abstratas e profundas somente revela-se eficaz quando o processo democrático cumpriu seu papel inclusivo, respeitando as condições de abertura e participação de minorias. Nessas hipóteses, o Judiciário deveria assumir uma postura cautelosa, respeitando as opções políticas das maiorias parlamentares, pronunciando-se de forma estreita. Como questionar, por exemplo, a concepção procriativa do matrimônio sem recorrer a doutrinas morais? O uso construtivo do silêncio em relação a acordos parcialmente teorizados é suficiente?

Evidentemente que não. A atuação dinâmica dos movimentos sociais suscita novas interpretações sobre a aplicação de princípios constitucionais. Para Siegel e Post, quando os movimentos sociais têm sucesso na contestação da aplicação de princípios constitucionais, eles podem contribuir para suscitar mudanças no sentido social dos referidos princípios e práticas por estes reguladas. Com efeito,

percebemos, com base no Constitucionalismo Democrático defendido por Reva Siegel e Robert Post, que a atuação dinâmica dos movimentos sociais suscita novas interpretações sobre a aplicação de princípios constitucionais, de forma a impulsionar transformações nos processos de interpretação constitucional sobre direitos de minorias sexuais.

Outrossim, os autores 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.”<sup>64</sup> Em suma, os eminentes constitucionalistas propõem um modelo de Constitucionalismo Democrático, no sentido de garantir a interpretação da Constituição em um contexto marcado pelo pluralismo.<sup>65</sup>

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 controvertidas 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

64 POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. **Harvard Civil Rights** - Civil Liberties Law Review, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>, p. 379.

65 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. O 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*.” POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash”. **Harvard Civil Rights** - Civil Liberties Law Review, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>, p. 379.

do discurso jurídico sobre diferentes interpretações constitucionais para reivindicarem seus direitos. 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 sexual.<sup>66</sup> 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.

Assim, até 1970, prevalecia o entendimento de que as distinções baseadas em sexo eram naturais e admissíveis, de forma a compatibilizar a cláusula da

66 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 por meio da Décima Nona Emenda. Não obstante, em razão da reação conservadora, a ERA foi derrotada. No mesmo período, a Corte começou a interpretar a 14ª Emenda de forma sensível aos proponentes da ERA. SIEGEL, Reva. “Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”. **California Law Review**, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006.

*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 mundo, a Corte passou a ler a Décima Quarta emenda, de forma a exigir um escrutínio elevado para as classificações baseadas em sexo”.<sup>67</sup>

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.”<sup>68</sup> Indubitavelmente, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”.

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. (...)<sup>69</sup>

67 POST, Robert and SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism”. In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 29.

68 SIEGEL, Reva. “Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”. **California Law Review**, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1324.

69 SIEGEL, Reva. “Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”. **California Law Review**, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1325.



Disso se infere, a nosso ver, que, quando concebemos 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 constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática. É justamente a possibilidade de o povo delinear “sentidos constitucionais”, que explica por que a Constituição inspira lealdade aos cidadãos, ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam em decisões judiciais específicas.

## CONCLUSÃO

A defesa da ampliação da atuação judicial ou de uma perspectiva minimalista não representa uma opção ideológica, mas depende fundamentalmente das condições institucionais do Judiciário, das condições de deliberação das instâncias sociais afetadas por uma lei e, por fim, se a questão envolve proteção a grupos estigmatizados, bem como do grau de participação destes em um amplo debate público.

Quando o processo político majoritário não cumpriu seu papel democrático, estando desprovido de valor epistêmico, pois ausentes as condições de abertura e participação dos afetados, incrementa-se a necessidade de intervenção judicial que se conecta a uma cultura constitucional capaz de explorar as interações entre Judiciário e movimentos sociais. Em suma, a interpretação constitucional sobre direitos de minorias sexuais e concepções de autonomia moral nem sempre pode ser concretizada por meio de perspectivas minimalistas.

Diante do exposto, depreende-se que, a partir da interação entre o Judiciário e os movimentos sociais, a arena constitucional passa a ser concebida como um

universo simbólico no qual diferentes pretensões normativas são tematizadas e submetidas a processos discursivos, administrados com base em fundamentos jurídicos racionais. Indubitavelmente, 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 minorias sexuais, como, por exemplo, a possibilidade de concessão de pensão por morte a companheiro homossexual, ou a atribuição de direitos sucessórios, 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.

Outrossim, tanto perspectivas substancialistas como aquelas de caráter minimalistas podem ser instrumento de manutenção do *status quo*. A questão fundamental que legitima a densidade do controle judicial e o recurso a teorias abrangentes é a análise dos pressupostos de abertura e participação dos afetados do processo legislativo. Se o processo político majoritário contemplou as condições de participação e representação de grupos estigmatizados, não há necessidade de o Judiciário invocar doutrinas abrangentes na resolução de questões constitucionais controvertidas. A densidade do controle judicial torna-se necessária, quando maiorias políticas violam os direitos de minorias, frustrando o potencial racionalizador do debate, sendo necessário incrementar posturas maximalistas com o intuito de corrigir os desvios do procedimento.

## REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or

Antisubordination? **University of Miami Law Review**, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004, p. 9-34.

BALKIN, Jack. Plessy, Brown and Grutter: A Play in Three Acts. **Cardozo Law Review**, vol. 26, n. 5. New York: Benjamin N. Cardozo School of Law Press, 2005, p. 101-141.

BALKIN, Jack M. "What Brown Teaches us About Constitutional Theory". **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. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 154: 927, 2006, p. 927-950.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From Roe to Perry. **UCLA Law Review Disc.** (forthcoming 2013). Disponível em <http://www.uclalawreview.org>.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. "Democratic Constitutionalism: a reply to Professor Barron". In: **Harvard Law and Public Review**. (September 18, 2006), [http://hlpronline.com/2006/08/post\\_siegel\\_01.html](http://hlpronline.com/2006/08/post_siegel_01.html), p. 1.

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.

SIEGEL, Reva. Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA. **California Law Review**, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1323-1419.

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.

WINTEMUTE. Robert. **Sexual Orientation and Human Rights** – The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter. Oxford. Oxford University Press, 1995.