

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmoro. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O CASO OBERGEFELL V. HODGES E A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA: UMA ANÁLISE SOBRE O BACKLASH À LUZ DO DEBATE ENTRE POST, SIEGEL E SUNSTEIN

THE CASE OBERGEFELL V. HODGES AND THE U.S SUPREME COURT: AN ANALYSIS OF THE BACKLASH UNDER THE LIGHT THE DEBATE BETWEEN POST, SIEGEL AND SUNSTEIN

Maria Eugenia Bunchaft¹

Tania Regina Dalmoro Vinciguerra²

SUMÁRIO: Introdução; 1. O minimalismo judicial de Cass Sunstein; 2. O constitucionalismo democrático; 3. A decisão da Suprema Corte Norte-Americana no Caso Obergefell V. Hodges; 4. A questão do Backlash no Caso Obergefell v. Hodges à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O estudo investiga a temática do *backlash* à decisão Obergefell v. Hodges, proferida pela Suprema Corte norte-americana, à luz do debate entre *Constitucionalismo Democrático* e *Minimalismo Judicial*. Cass Sunstein, em *One Case at a Time*, sustenta a teoria do *Minimalismo Judicial*, segundo a qual as Cortes devem solucionar apenas as questões específicas do caso em análise com base em argumentos estreitos e abstratos. Diferentemente, para o *Constitucionalismo Democrático*, defendido por Robert Post e Reva Siegel, a Constituição e o direito constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos. A pesquisa é estruturada pelos

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação em Direito na UNISINOS desde 2013. Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio e Pós-Doutora em Filosofia Política pela UFSC. Esse artigo é resultado da coordenação do Projeto de Pesquisa "Constitucionalismo Democrático, Deliberação e backlash: uma reflexão sobre os direitos de minorias LGBTT nos contextos brasileiro e norte-americano", aprovado pelo CNPq, referente à Chamada Universal MCTI/CNPq n. 01/2016.

² Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos UNISINOS. Ex-bolsista de iniciação científica UNIBIC de 2014 a 2017. E-mail: tania.rdv@hotmail.com.

métodos de indução analítica e monográfico. A técnica de pesquisa é a documentação indireta. O artigo também utiliza pesquisa documental por meio de investigação jurisprudencial da decisão Obergefell v Hodges. Defende-se que a judicialização na efetivação de direitos fundamentais de minorias sexuais, ao introduzir argumentos constitucionais no debate, pode potencializar a capacidade de luta dessas minorias contrariamente a concepções assimétricas de mundo.

Palavras-chave: Constitucionalismo Democrático; Minimalismo Judicial; Refluxo; Casamento Gay; Judicialização Dialógica.

ABSTRACT

This work investigates the theme of the backlash to the U.S. Supreme Court decision in Obergefell v. Hodges under the light of the debate between Democratic Constitutionalism and Judicial Minimalism. Cass Sunstein, in One case at a Time, sustain the theory of Judicial Minimalism, according to which the courts should judge only specific questions of case based on narrow and abstract arguments, avoiding the backlash. Differently, for the Democratic Constitutionalism endorsed by Robert Post and Reva Siegel, the Constitution and constitutional law are framed by discursive interactions between Government, Congress, the Courts, the demands of social movements and political parties. The research is structured by the analytic induction and the monographic methods. The research technique is the indirect documentation. The work also uses the documentary research through jurisprudential analysis of the Obergefell v. Hodges decision. It is argued that the judicialization in the realization of fundamental rights of sexual minorities, by introducing constitutional arguments in the debate, can increase this minorities capacity to fight asymmetric conceptions of the world.

Keywords-*Democratic Constitutionalism; Judicial Minimalism; backlash, same-sex marriage; dialogical judicialization.*

INTRODUÇÃO

Um dos debates mais controversos do cenário acadêmico atual contempla a temática acerca das formas de judicialização da política que concretizam direitos fundamentais de minorias sexuais vulneráveis nas cortes superiores sob a ótica da legitimidade democrática. O debate gravita em torno de temas como judicialização da política, ativismo judicial e os limites das cortes supremas frente à concretização de direitos de minorias sexuais.

É notável, nas últimas décadas, após o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, no sistema jurídico brasileiro, uma atuação contramajoritária do Judiciário resguardando e efetivando direitos de grupos vulneráveis - especialmente das minorias sexuais. Contudo, tal fenômeno não é exclusivo do nosso sistema, posto que, em diferentes lugares do mundo e em diferentes épocas, as Cortes Constitucionais têm atuado de forma maximalista por meio de processos de judicialização dialógica que envolvem direitos de minorias vulneráveis.

O presente artigo abordará a temática do *backlash* sintetizada no voto de Justice Roberts à luz do debate entre Minimalismo Judicial e Constitucionalismo Democrático. Nesse sentido, é de suma importância estabelecer, de imediato, a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, haja vista tratar-se de tema espinhoso e, algumas vezes, abordado de forma totalmente equivocada, como se sinônimas fossem. Por conseguinte, a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial será subsequentemente efetuada, com base em Lenio Luiz Streck.

Na obra *Verdade e Consenso*, Streck (2014) propugna que a judicialização da política sintetiza um fenômeno contingencial, inerente ao contexto sociopolítico brasileiro. "A judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...]".³

Nessa esteira, a judicialização da política deve ser compreendida como um fenômeno circunstancial, já que decorre de um contexto de fortalecimento da jurisdição - e ao mesmo tempo, contingencial - haja vista que as Cortes Constitucionais são chamadas a intervir em determinadas situações para preservar direitos fundamentais⁴. Logo, a judicialização vem da inércia de alguns dos outros Poderes do Estado - do Poder Legislativo, por exemplo - num

³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.589.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo**. Brasília, DF, 10 jan. 2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo,>>, p. 1. Acesso em: 04 mar. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

fenômeno que está ligado diretamente ao funcionamento inadequado das instituições ante suas funções constitucionais. Pode, portanto, a judicialização ser ruim - ou não - dependendo dos graus e da intensidade em que é consubstanciada⁵.

No que concerne ao ativismo, nas palavras de Streck, “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)⁶”. Streck arremata que “o ativismo judicial sempre será ruim para a democracia⁷”, uma vez que advém da manifestação da vontade pessoal dos magistrados e das Cortes. Assim, nas decisões ativistas, a vontade do magistrado se sobrepõe ao debate político, “seja para efetuar um pretense avanço”, seja para manter o “*status quo*”⁸. Streck ainda pondera que:

Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas)⁹.

Segundo ainda os pressupostos de Streck, em um Estado Democrático, não se pode permitir que o Judiciário desempenhe o papel do Legislativo (elaborando leis e, por conseguinte, criando direitos), posto que tal postura proativa afronta os princípios da separação dos poderes, e o Judiciário estaria a usurpar o papel

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo**. Brasília, DF, 10 jan. 2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo,>>, p. 1. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo**. Brasília, DF, 10 jan. 2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo,>>, p. 1. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo**. Brasília, DF, 10 jan. 2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo,>>, p. 1. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁸STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo**. Brasília, DF, 10 jan. 2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>, p. 1. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é O que é isto, o ativismo judicial, em números? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>, p. 1. Acesso em: 27 ago. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

do Poder Legislativo. Em sua perspectiva, o ativismo judicial configura um desvirtuamento na atuação do Judiciário, que ao empregá-lo, extrapola os limites das suas funções¹⁰.

Pedro Serrano, por sua vez, aponta a figura específica da exceção na jurisdição, que ocorre quando suas decisões refletem processos de “desconstrução do direito, com finalidade eminentemente política¹¹”, suscitando a suspensão da própria democracia ou dos direitos da sociedade - ou de parcela dela - como ocorre no Brasil.

A seu turno, Sunstein aduz que, nos casos difíceis de grande complexidade, as Cortes Constitucionais devem se inspirar no “uso construtivo do silêncio”¹² exercendo as denominadas “virtudes passivas”¹³. As decisões controvertidas - de grande repercussão social - devem permanecer indecisas para que sejam solucionadas por “atores democraticamente responsáveis”¹⁴. O Constitucionalismo Democrático, defendido por Post e Siegel, não se confunde com as perspectivas do ativismo judicial e da exceção na jurisdição. O ativismo, diferentemente dos processos dialógicos de judicialização propiciados pelo Constitucionalismo Democrático, pressupõe um juiz solipsista que decide segundo sua consciência. Diferentemente, o Constitucionalismo Democrático implica uma forma dialógica de judicialização - pautada por diálogos institucionais - na qual o Judiciário não profere a última palavra.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. O que é O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>, p. 1. Acesso em: 27 ago. 2016.

¹¹ SERRANO, Pedro Estevam. **Autoritarismo e Golpes na América Latina**. Breve ensaio sobre jurisdição e exceção. Alameda: São Paulo, 2016, p. 104.

¹² SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.5.

¹³ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.5.

¹⁴ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.5.

Outrossim, à luz do *Constitucionalismo Democrático*, analisa-se se as decisões minimalistas, direcionadas à efetivação de direitos das minorias sexuais estigmatizadas, seriam efetivamente adequadas às peculiaridades da cultura jurídica norte-americana, examinando o impacto social de formas dialógicas de judicialização na decisão da Suprema Corte Norte-americana no *Case Obergefell v. Hodges*.

Por fim, postula-se que, quando o Legislativo desvirtua o processo deliberativo, ou se mantém inerte frente aos apelos das demandas por reconhecimento de direitos fundamentais de grupos minoritários, como Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBTT), as decisões minimalistas não são adequadas; por outro lado, decisões contramajoritárias maximalistas são necessárias para assegurar a efetividade de direitos fundamentais desses grupos, desde que o Judiciário não profira a última palavra.

Diante do silêncio do Poder Legislativo - e nisso se sustenta a legitimidade democrática -, podem as Cortes, após interações discursivas com os movimentos sociais, o Congresso e os partidos políticos, efetivar direitos, dado que a interpretação da Constituição se dará a partir de uma cultura juridicamente sensível às demandas sociais.

O problema da pesquisa nasce a partir da seguinte reflexão: as decisões decorrentes de processos dialógicos de judicialização voltados para efetivação de direitos de minorias e pautadas pela ideia de integridade - tais como o julgamento da decisão da Suprema Corte Norte-Americana no *Case Obergefell v. Hodges* - podem ser consideradas os únicos fatores responsáveis pelo fenômeno do *backlash*? É possível afirmar, à luz do debate entre Minimalismo Judicial e Constitucionalismo Democrático, que as decisões contramajoritárias direcionadas à efetivação de direitos de minorias vulneráveis geram impacto negativo para a democracia, no sentido de inspirar a desmobilização dos movimentos sociais?

Busca-se, como objetivo geral, investigar em que medida as decisões contramajoritárias do Judiciário, desde que pautadas pela ideia de integridade e quando tomadas por meio de diálogos institucionais com os movimentos sociais, partidos políticos e Congresso, em vez de afrontarem o princípio da separação

dos poderes do Estado Democrático de Direito podem garantir os direitos à igualdade, à liberdade, à dignidade das minorias sexuais vulneráveis.

Para tanto, o trabalho abarca como objetivos específicos:

- a) estudar os debates teóricos – *Minimalismo Judicial v. Constitucionalismo Democrático* e seus reflexos na discussão sobre o *backlash* à decisão da Corte em Obergefell v. Hodges;
- b) investigar se as formas dialógicas de judicialização, voltadas para efetivar direitos de minorias sexuais vulneráveis, violam o princípio da separação de poderes do Estado Democrático de Direito, ou se, pelo contrário, tornam-no efetivo;
- c) analisar se o *backlash* integra-se num vasto processo hermenêutico, ou se produz impactos negativos no âmbito da cultura constitucional.

Com efeito, sustentam-se as seguintes hipóteses:

- a) o Constitucionalismo Democrático, em contraposição ao Minimalismo Judicial, revela maior alcance teórico para compreender formas de judicialização expressas no *Case Obergefell v. Hodges* (Estados Unidos, 2015), potencializando direitos de minorias LGBTT, tendo em vista o caráter positivo e democrático do *backlash*;
- b) as decisões contramajoritárias das Cortes voltadas para efetivação de direitos de minorias, ainda que maximalistas, quando pautadas por processos de judicialização dialógica, não são marcadas pelo solipsismo judicial e nem ofendem o princípio da separação de poderes do Estado Democrático;
- c) o refluxo não advém da decisão ampla e profunda das Cortes, mas sim, da própria causa posta em litígio. Independentemente do Poder que efetivar o direito controvertido, seja Legislativo, seja Judiciário, o refluxo existirá;
- d) as Cortes, ao introduzirem argumentos constitucionais no debate, não desmobilizam a atuação dos movimentos sociais, mas fortalecem a capacidade de luta e de engajamento democrático destes.

Utiliza-se o método de indução analítica. Deslauriers sublinha que se trata de um procedimento lógico, que parte do concreto para chegar ao abstrato, delimitando as características essenciais de um fenômeno¹⁵. A pesquisa congloba ainda a documentação indireta, através da investigação bibliográfica ao referencial delineado por Post, Siegel e Sunstein. Utiliza-se também pesquisa documental por meio de investigação jurisprudencial do conteúdo dos votos do voto majoritário e dissidente em Obergefell. Por fim, utiliza-se o método monográfico (estudo de caso).

Nesse sentido, tendo em vista que a palavra *justificar* decorre do termo latino *justificare*, o que equivale a declarar justo, tem-se que uma pesquisa científica requer razões suficientes e relevantes que a justifiquem. Nessa esteira, evidente é a crise que assola o sistema judiciário brasileiro no que tange às decisões ativistas dos magistrados e Ministros do STF. O debate teórico proposto nesta pesquisa entre o Minimalismo Judicial e o Constitucionalismo Democrático é de suma importância, pois ambas as teorias - embora apresentem perspectivas distintas - tencionam preservar o princípio da separação dos poderes do Estado Democrático de Direito.

1 O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN

Cass Sunstein, professor da *Harvard Law School*, descreve em sua obra, *One Case at a Time*¹⁶, a teoria do *Minimalismo Judicial*. À luz de sua teoria, as Cortes deveriam atuar de forma modesta no momento de decidir, resolvendo apenas as questões específicas do caso em análise, sem julgar aspectos desnecessários, deixando, dessa forma, as matérias constitucionais controvertidas em aberto, para que sejam solucionadas por meio da deliberação democrática. Nos casos complexos, em que há desacordo moral razoável acerca das concepções de vida, Sunstein recomenda às Cortes uma forma singular de atuação jurisdicional. O

¹⁵ DESLAURIERS, Jean Pierre; KÉRISIT, Michéle. O delineamento de pesquisa qualitativa. In: POUPART, Jean et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

¹⁶ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ideal, nessas situações, seria que se lançasse mão do “uso construtivo do silêncio¹⁷”, exercendo as chamadas “virtudes passivas¹⁸”.

Sunstein argumenta que decisões minimalistas podem promover a democracia, não apenas por deixar as questões fundamentais indecisas, mas principalmente porque elas exercitam a razão e proporcionam que questões relevantes da sociedade sejam tomadas por indivíduos “democraticamente responsáveis¹⁹”, já que, em conformidade com seus dizeres:

[...] certas formas de minimalismo 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 responsáveis²⁰.

Com efeito, perspectivas minimalistas podem promover a democracia, como também por se tratar de decisões que demandam o amadurecimento social prévio²¹. Para elucidar a tese minimalista, Sunstein diferencia as decisões estreitas das amplas, e as superficiais das profundas. As decisões amplas possuem um campo de incidência maior, e vão além do caso em análise, atingindo inúmeras situações fáticas *posteriori*, enquanto que as decisões estreitas se limitam ao que toca ao caso específico, sem repercutir, contudo, em casos concretos futuros, evitando assim a criação de regras de cunho geral.

¹⁷ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.5.

¹⁸ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.5.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.5.

²⁰ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.5.

²¹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.39.

Nesse aspecto, uma corte minimalista procura pronunciar-se de maneira estreita, decidindo apenas o necessário para justificar os resultados²².

Em termos de estreiteza, o Minimalismo recomenda que, sempre que possível, os tribunais afastem-se de manifestações que não são imprescindíveis para o caso *sub judice*. Devem decidir “um caso de cada vez”, e somente aquilo que o caso concreto demanda, evitando, ao máximo, manifestar-se sobre controvérsias morais ou políticas que sejam prescindíveis à solução do litígio examinado²³. Além disso, as decisões estreitas, em consonância com Sunstein, têm como virtude a garantia do consenso em órgãos colegiados, o que refuta, de certa forma, futuros constrangimentos²⁴.

O conceito de estreiteza é bastante relativo, como assevera Sunstein, uma vez que seu alcance dependerá da questão posta em julgamento, o que não pode ir além do necessário para respaldar o resultado²⁵. Essa dimensão de estreiteza tende a se alargar quando indivíduos em situações análogas são tratados de forma não isonômica²⁶. Frente a isso, o estudioso elenca alguns julgados importantes proferidos pela Corte Norte-Americana que evidenciam a tese do Minimalismo, como a decisão que derrubou o programa *All-male* (todo-macho) no Instituto Militar de Virgínia, o que simbolizou uma decisão incisivamente estreita, em virtude de a Corte ter expressado muito pouco sobre a legitimidade da segregação sexual na educação. Outro exemplo de estreiteza foi a decisão em que o médico assistiu o suicídio de seu paciente. Com a maioria de votos (cinco contra quatro), deixou-se em aberto a possibilidade de o paciente, que é capaz,

²² SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.10.

²³ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

²⁴ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

²⁵ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.10.

²⁶ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.10.

optar entre a morte e a vida, desde que a morte seja iminente e a dor física, imensa.

Por fim, cita a decisão de *Romer v. Evans*, de 1996, na qual a Corte invalidou uma lei que discriminava os homossexuais sem, contudo, manifestar-se sobre uma série de possíveis casos de discriminação, como a exclusão do serviço militar e o casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁷. À vista disso, por meio da análise de alguns casos julgados pela Corte, o teórico buscou demonstrar que é possível, sim, justificar uma decisão, abordando somente o que é necessário e relevante para a resolução do caso em epígrafe.

Por outro lado, Sunstein assinala os casos *Dred Scott*, *Brown* e *Roe* como exemplos de decisões amplas²⁸. No caso *Dred Scott*, a Corte decidiu inúmeras questões fundamentais pertinentes à relação entre Constituição e escravidão, abolindo do sistema o acordo de *Missouri* e banindo a escravidão nos territórios americanos. Na concepção do estudioso, a decisão foi um desastre, pois ajudou a nutrir a Guerra Civil. Uma das características notáveis do caso foi que, em vez de decidir apenas as questões que eram necessárias, a Corte decidiu todas aquelas que eram passíveis de decisão, sem a necessidade de ser tão ambiciosa. Ademais, ela poderia ter evitado todas as questões que provocam divergência social²⁹. Também não foi diferente no caso *Roe v. Wade*, em que a Corte, mais uma vez, se pronunciou de maneira ampla. Ao ser chamada para julgar se o direito constitucional à privacidade protege a decisão da feitura do aborto, a Suprema Corte declarou que o direito ao aborto está inserido no direito constitucional à privacidade, protegido pela Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, mas, ao mesmo tempo, estabeleceu um

²⁷ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.10..

²⁸ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.36.

²⁹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.36.

sistema de regras para romper a gestação em três trimestres distintos³⁰. Sob a ótica minimalista a Corte teria alegado simplesmente que o Estado não pode proibir uma mulher de fazer um aborto em caso de estupro, ou que não pode proibir o aborto em todas as circunstâncias³¹. No mesmo sentido, uma decisão minimalista “teria deixado em dúvida o status constitucional do direito ao aborto. Teria deixado os detalhes, pelo menos em um primeiro momento para serem resolvidos por cortes inferiores e julgamentos democráticos³²”.

Nesse panorama, Sunstein critica a atuação maximalista da Corte, eis que criou, sem necessidade, uma diversidade de regras contidas no Sistema Trimestral. Além do mais, o processo democrático abrangeiria melhor a temática do aborto. A Corte assim precipitou-se em decidir a relevante questão social, pois a decisão de *Roe* provocou a oposição social, no sentido de que teria sido reflexo de um ativismo judicial não democrático³³. No entanto, o doutrinador deslinda que não é possível saber se uma decisão minimalista seria, de fato, melhor em todas as situações, uma vez que é uma mera suposição. Além do que, a escolha entre minimalismo e outras perspectivas depende de uma série de considerações contextuais, por isso, não é plausível afirmar que o Minimalismo será, em todas as ocasiões, melhor³⁴.

Por sua vez, o caso *Brown v. Board of Education* contempla um exemplo de que decisões maximalistas podem ser plausíveis. Todavia, antes de considerar o caso uma exceção à tese geral, Sunstein justifica que, na situação em xeque, a concepção maximalista não se consubstanciou em uma única decisão, mas sim

³⁰ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.37.

³¹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.37.

³² SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.37.

³³ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.37.

³⁴ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.38.

surgiu pelas consecutivas decisões em que a segregação racial foi rechaçada, o que de certa forma, legitimou a Corte a proferir uma decisão mais ampla³⁵ - diferentemente do que ocorreu nos casos *Dred Scott* e *Roe*. A Corte considerou, portanto, que a segregação racial que ocorria nas escolas públicas inspirava nas crianças negras um sentimento de inferioridade, impedindo-as de partilhar das mesmas oportunidades das brancas. Decidiu então que a doutrina dos "Separados, mas iguais" violava a XIV Emenda - razão pela qual declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas³⁶.

Embora Sunstein seja adepto à tese do Minimalismo Judicial, enfatiza que nem sempre a resolução de um caso sob a ótica minimalista será a mais adequada, já que concorda com os aspectos amplos da decisão de Brown.

No que toca à distinção entre decisões superficiais e profundas, Sunstein aduz que minimalistas optam por decisões superficiais, no sentido de não recorrer, quando da análise da situação fática, a teorias filosóficas profundas, de forma que questões fundamentais permaneçam em aberto. Assim, minimalistas evitam a análise de questões fundamentais e não utilizam, na argumentação, teorias gerais abstratas³⁷.

Para Sunstein, o *backlash* é uma ameaça à coesão social, visto que o refluxo inspira a polarização e a reação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão, como se denota no trecho transcrito a seguir.

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

³⁵ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.38.

³⁶ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.38.

³⁷ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.11.

si própria assim como o objetivo que ela procura promover³⁸.

Por conseguinte, Sunstein indica ser do Judiciário a função de evitar o refluxo, possibilitando que questões moralmente controvertidas, cujo conteúdo divide a Nação, sejam resolvidas pelas instâncias deliberativas³⁹. Enumera ainda outros cinco motivos para defender a teoria do *Minimalismo Judicial*, a saber,

O minimalismo reduz o custo da decisão para os tribunais ao tentar decidir casos. Ele reduz os custos de erro associados a julgamentos equivocados. Isso reduz as dificuldades associadas à racionalidade limitada, incluindo a falta de conhecimento de imprevistos efeitos adversos. Ele ajuda a sociedade a lidar razoavelmente com o pluralismo. E, talvez o mais importante, o minimalismo permite que o processo democrático em grande margem se adapte a desenvolvimentos futuros, para a produção de compromissos mutuamente vantajosos, e para adicionar novas informações e perspectivas para questões legais⁴⁰.

Sob essa ótica, a decisão minimalista mostra-se mais célere, uma vez que não aborda questões complexas que demandam um período extenso para a Corte chegar a um acordo final. Os erros nas decisões minimalistas são menos frequentes e menos prejudiciais, pois as questões controversas ficam em aberto, não atingindo casos futuros, o que evitará grande quantidade de danos⁴¹.

2. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Robert Post e Reva Siegel postulam a teoria do *Constitucionalismo Democrático*, a qual objetiva examinar e compreender a forma como os direitos constitucionais foram estabelecidos em uma sociedade democrática marcada pelo pluralismo e

³⁸ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.59.

³⁹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.5.

⁴⁰ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.5.

⁴¹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999, p.4.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

pelo dissenso social⁴². Para os referidos doutrinadores, “a divergência interpretativa é uma condição normal para a evolução do direito constitucional⁴³”, tendo em vista que os cidadãos apresentam aos tribunais reivindicações sobre a interpretação constitucional quando percebem que suas concepções não estão sendo observadas ou quando denotam que uma objeção está se tornando paradigmática. Ademais, os cidadãos efetuam diversos atos políticos, como por exemplo, protestos frente ao Congresso e aos tribunais, comícios, marchas nas ruas, reuniões ideológicas, divulgações na imprensa, eventos acadêmicos, que legitimam a atuação do judiciário⁴⁴.

Destarte, a teoria proposta pelos estudiosos seria, no entanto, um modelo para a compreensão dos esforços para fazer valer a Constituição em cenários de divergência pública, afirmando o papel do governo representativo e dos indivíduos engajados em legitimar os princípios da Carta. No mesmo sentido, afirma “o papel dos tribunais em usar a razão legal profissional para interpretar as constituições, em um “duelo” que é benéfico para todos, dentro de limites lógicos do debate razoável⁴⁵”.

É mister ressaltar que o *Constitucionalismo Democrático* não exclui a política do âmbito do Direito; pelo contrário, visa “equacioná-los entre uma tensão:

⁴² POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05 jan. 2016.

⁴³ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05 jan. 2016. p.373.

⁴⁴ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre constitución y pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

⁴⁵ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05 jan. 2016. p.379.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Integridade do Estado de Direito *versus* necessidade de uma ordem constitucional de legitimidade democrática⁴⁶”.

O Constitucionalismo Democrático, ao contrário do Constitucionalismo Popular, não pretende afastar a Constituição dos tribunais. Ele possui convicção da essencialidade dos direitos constitucionais consubstanciados em âmbito jurídico. A proposta de Post e Siegel então estima a relevância do papel que os compromissos públicos desempenham na orientação e na legitimidade das instituições e das práticas de revisão judicial, visto que os Julgamentos Constitucionais baseados no raciocínio legal profissional, quando enraizado em valores e no ideal popular, adquirem legitimidade democrática⁴⁷.

Os estudiosos conceituam o fenômeno do *backlash* (refluxo social) não apenas do ponto de vista dos tribunais, mas também do ponto de vista da ordem constitucional norte-americana como um todo. Entendem que o refluxo social sustenta a legitimidade democrática da Constituição, dentro da densa rede de troca e de comunicação. Isso se dá em virtude da crença que aquela nação tem de que o significado constitucional deve ser potencialmente sensível às suas próprias opiniões⁴⁸. Sobre esse aspecto, destacam Post e Siegel que o Judiciário tem capacidade, sim, de interagir com os movimentos sociais, interpretando a

⁴⁶ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05 jan. 2016.

⁴⁷ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05.

⁴⁸ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Constituição a partir de uma cultura constitucional juridicamente sensível às suas demandas⁴⁹.

Para o presente estudo, o enfoque reside na análise de Post e Siegel ao entendimento de Cass Sunstein sobre o refluxo. Segundo os estudiosos, Sunstein não se concentra sobre a questão do Refluxo Social (*backlash*). Na verdade, cria a teoria do *Minimalismo Judicial*, cujas principais características conglobam a estreiteza e a superficialidade nas decisões jurídicas – as quais já foram estudadas no capítulo anterior⁵⁰. Assim, elucidam que Sunstein acredita que o Minimalismo promove tanto a responsabilidade como a deliberação democrática, e tende a adotar o panorama juricêntrico em que a tomada de decisão judicial é incompatível com o compromisso democrático. Para o Constitucionalismo Democrático, é um erro imaginar a relação entre a efetivação judicial de valores constitucionais e democracia como um jogo de soma zero, em que o aumento de uma implica necessariamente a diminuição do outro. Se - e como - um tribunal deve constitucionalizar o direito representa um julgamento contextual que deve ser analisado perante o caso concreto⁵¹.

Ao aplicar e ao interpretar o Direito Constitucional, os juízes devem, naturalmente, considerar o efeito de suas decisões sobre a política democrática, e isso nada mais é do que o que os juízes fazem no exercício habitual da sua atividade jurídica. Não obstante, o *Minimalismo Judicial* supõe que o *backlash* é uma ameaça para a coesão social e a legitimidade democrática. Para o

⁴⁹ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05.

⁵⁰ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05. p.374.

⁵¹ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Minimalismo, as Cortes deveriam limitar a conexão entre jurisdição constitucional e significado constitucional, a fim de evitar divergências interpretativas⁵². Todavia, esse movimento “mina as próprias práticas de engajamento deliberativo que o Constitucionalismo Democrático identifica como fontes potenciais e como base motivacional da estabilidade social”⁵³.

O *Constitucionalismo Democrático*, por sua vez, analisa os entendimentos e as práticas que promovem a coesão social e a legitimidade da ordem constitucional americana, haja vista que a controvérsia sobre os significados constitucionais pode oportunizar a coesão em condições de heterogeneidade normativa⁵⁴. A teoria ainda sugere que a divergência desencadeada pela decisão judicial traz benefícios à ordem constitucional - eis que os indivíduos que se opõem às decisões judiciais são democraticamente engajados, na medida em que tentam convencer outros para abraçar seus entendimentos constitucionais. Trata-se de uma forma de articulação que leva os indivíduos a se identificarem com a Constituição e com o outro, consoante se denota do trecho colacionado, em que:

(...) os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos e eles tentam convencer-se reciprocamente para abraçar seus entendimentos constitucionais, o que seria uma forma de engajamento deliberativo e de identificação com a cultura constitucional.

Post e Siegel salientam o paradoxo em virtude da possibilidade de divergências interpretativas constitucionais decorrentes do reconhecimento do pluralismo

⁵² SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

⁵³ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs. Acesso em: 05. p.406.

⁵⁴ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs. Acesso em: 05.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmoro. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

como um valor essencial nas democracias contemporâneas, já que a divergência é o que mantém a autoridade da Constituição. Tal divergência permite às pessoas que possuem crenças e concepções díspares observar como os compromissos fundamentais expressam-se, aceitando o ordenamento jurídico como norma fundamental, não obstante a interpretação aquilatada seja distinta da sua⁵⁵.

Logo, na visão dos estudiosos, o *backlash* deve ser entendido como uma das práticas normais de contestação, por meio das quais a sociedade procura influenciar o conteúdo do direito constitucional. Para exemplificar tais capacidades, recorrem ao feminismo como um exemplo de sucesso.⁵⁶ Nessa esteira, em passagem elucidativa, comentam que “o *backlash* expressa o desejo de um povo livre, capaz de influenciar no conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei”⁵⁷.

Post e Siegel ressaltam ainda que algum grau de conflito pode ser uma consequência inevitável da reivindicação de direitos constitucionais, independentemente se são garantidos pelo processo deliberativo ou pela efetivação judicial. No entanto, as decisões constitucionais, por vezes, provocam resistência - especialmente se ameaçam o status de grupos que estão acostumados a exercer autoridade. Quando a controvérsia é inevitável, a aplicação de um direito pode, todavia, ser justificada se os valores em causa forem suficientemente importantes⁵⁸. Ademais, o dissenso não vai desaparecer

⁵⁵ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre constitución y pueblo.

⁵⁶ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05 jan. 2016.

⁵⁷ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05 jan. 2016.

⁵⁸ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso *Obergefell v. Hodges* e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

simplesmente porque o Tribunal optou por enquadrar o seu argumento, de uma ou de outra forma.

3 A DECISÃO DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA NO CASO OBERGEFELL V. HODGES

A maior autoridade jurídica americana julgou o *Case Obergefell v. Hodges*. James Obergefell processou o Estado de Ohio, requerendo seu reconhecimento como viúvo de seu falecido parceiro, John Arthur. Obergefell se casou com John Arthur, seu companheiro por mais de vinte anos, em outubro de 2013. Dois anos antes de casar (2011), Arthur foi diagnosticado com a esclerose lateral amiotrófica, uma doença incurável. Assim, visando obter reconhecimento federal do casamento antes que Arthur morresse, o casal celebrou o casamento em Maryland. Após, ao mudarem de residência para Ohio, postularam o reconhecimento da licença de casamento junto às autoridades de Ohio, a qual foi negada. O Estado não reconheceu a licença de casamento e, por isso, o casal decidiu ajuizar ação contra o governador daquele Estado, John Kasich, na *United States District Court for the Southern District of Ohio*, afirmando existir discriminação, por parte do Estado, contra casais do mesmo sexo que haviam celebrado casamento fora da jurisdição de Ohio⁵⁹.

Na apelação para o *Sixth Circuit of Appeals*, em seis de novembro de 2014, o *Sixth Circuit of Appeals*, decidiu por dois votos a um que a proibição ao casamento entre homossexuais não viola a Constituição.⁶⁰ Em quatorze de novembro de 2014, casais do mesmo sexo ajuizaram uma petição de *Writ of*

Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs. Acesso em: 05 jan. 2016.

⁵⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. *Obergefell et al. v. Hodges*, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy Argued April 28, 2015*. Decided June 26, 2015. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso em: 19 mar. 2016.

⁶⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. *Obergefell et al. v. Hodges*, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy Argued April 28, 2015*. Decided June 26, 2015. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso em: 19 mar. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

certori na Suprema Corte, para que analisasse se a recusa de Ohio em reconhecer o casamento entre pares sexuais iguais - realizado em outros Estados - violava as garantias do *Due Process* e *equal protection* e se a recusa do Estado em reconhecer o julgamento adotado por outro Estado violava as diretrizes da *Credit clause* e *Full Faith* da Constituição⁶¹.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, em vinte e seis de junho de 2015, derrubar os vetos de Estados contrários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que, na prática, legalizou a união entre homossexuais para todo o território americano. Por cinco a quatro votos, a Corte decidiu que o casamento entre homossexuais não poderia ser proibido pelos Estados, determinando o seu reconhecimento e a sua validade em toda a jurisdição americana⁶².

O voto majoritário foi de autoria do *Justice* Anthony Kennedy, acompanhado por Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. Proferiram, todavia, de forma separada, votos dissidentes, os *Justices* John G. Roberts, Samuel Alito, Clarence Thomas e Antonin Scalia. Antes de adentrar na análise dos votos desse julgamento, é mister destacar que a Constituição dos

⁶¹ Tendo em vista que Arthur estava muito debilitado, já em processo terminal, o casal pretendia, com base no casamento realizado em Maryland, que o registro de Ohio reconhecesse Obergefell como seu marido para efeitos de atestado de óbito. Em vinte e três de dezembro de 2013, o Juiz Distrital Timothy Black decidiu que as autoridades de Ohio deveriam reconhecer casamentos entre pessoas do mesmo sexo realizados em outros Estados nas declarações de óbito, afirmando que a proibição do Estado em tais uniões é inconstitucional. A decisão foi estreita, visto que aplicada apenas à declaração de óbito. Irresignado com a decisão, o Procurador-Geral de Ohio assegurou que o Estado iria recorrer da decisão. Na apelação para o Sixth Circuit of Appeals, em seis de novembro de 2014, o Sixth Circuit of Appeals, decidiu por dois votos a um que a proibição ao casamento entre homossexuais não viola a Constituição.⁶¹ Em quatorze de novembro de 2014, casais do mesmo sexo ajuizaram uma petição de Writ of certori na Suprema Corte, para que analisasse se a recusa de Ohio em reconhecer o casamento entre pares sexuais iguais - realizado em outros Estados - violava as garantias do *Due Process* e *equal protection* e se a recusa do Estado em reconhecer o julgamento adotado por outro Estado violava as diretrizes da *Credit clause* e *Full Faith* da Constituição

⁶² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice* Kennedy Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

EUA consagra as cláusulas do devido processo legal, da igualdade de proteção e da dignidade da pessoa humana na Emenda VIII⁶³.

Por conseguinte, Kennedy sublinhou que a Corte, em inúmeros casos, tem consagrado princípios constitucionais de alcances amplos que servem para identificar o direito ao casamento como um direito fundamental, através da história, da tradição e das outras liberdades constitucionais. Extrai-se, da análise do voto, que quatro princípios e tradições denotam porque o casamento é um direito fundamental que deve ser aplicado em igual proporção aos casais homossexuais⁶⁴.

Na visão de Kennedy - em que pese a democracia contemplar o meio adequado para mudança social e preservação da liberdade - as pessoas que são prejudicadas e humilhadas não necessitam esperar pela ação legislativa para garantir a efetividade de um direito fundamental. As Cortes devem ser receptivas

⁶³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy Argued April 28, 2015*. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

⁶⁴ A primeira premissa de precedentes substâncias da Corte é a de que "o direito de escolha pessoal no que diz respeito ao casamento é inerente ao conceito de autonomia individual"⁶⁴. As decisões sobre o casamento estão entre as mais íntimas escolhas que um indivíduo pode efetuar, e nesse aspecto, seria contraditório reconhecer um direito de privacidade em relação a outros assuntos da vida familiar e não reconhecer a decisão do casamento - que é a base da família e da sociedade - haja vista que decisões sobre o casamento moldam o destino das pessoas. Outrossim, a autonomia individual de casar (ou não) reside no indivíduo e não pode ser violada pelo Estado. Kennedy afirma que o segundo princípio apurado na Jurisprudência da Corte Americana que evidencia que o direito ao casamento é um direito fundamental abrange a afirmação de que o casamento atribui dignidade à vida de casais que desejam ser comprometido um com o outro. O terceiro pilar para proteger o casamento entre pessoas do mesmo sexo, na concepção do Justice Kennedy, é o de que o casamento resguarda crianças e famílias, atraindo significados aos direitos conectados à procriação e à educação. O casamento confere ainda benefícios mais intensos, pois ao dar reconhecimento e estrutura legal para os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, as crianças (filhos de casais homossexuais) compreendem a integridade e a proximidade de sua própria família⁶⁴. Ademais, o casamento proporciona a permanência e a estabilidade que são relevantes para o interesse das crianças. Kennedy, em passagem elucidativa, esclarece que[...] sem o reconhecimento, estabilidade e previsibilidade que o casamento oferece, crianças sofrem o estigma de perceber suas famílias como sendo de certa forma, inferiores. Elas também sofrem com os custos materiais de serem criadas por pais solteiros, relegados não por sua própria culpa, a uma vida familiar incerta e difícil. Nesse sentido, para Kennedy, as leis (ora em causa) humilham e prejudicam as crianças, filhos de casais do mesmo sexo. Destaca ainda que o direito ao casamento não é menos importante para aqueles que não têm - ou não podem ter - filhos, ou seja, o direito de casar-se não está condicionado à capacidade de gerar vidas. O quarto - e último - pilar é o de que os precedentes da Corte deixam claro que o casamento representa a base da sociedade. Portanto, o Estado deve oferecer o reconhecimento e os benefícios materiais para resguardar e nutrir a união entre casais do mesmo sexo.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

a indivíduos que sofrem danos e que pretendem reivindicar um direito fundamental consagrado na Constituição, mesmo havendo um desacordo público amplo, e mesmo que o legislador se recuse a agir. A ideia é de que a Constituição remove certas temáticas das “vicissitudes da controvérsia política e coloca-as para além do alcance das maiorias e governantes”⁶⁵, estabelecendo tais questões como princípios a serem aplicados pelas Cortes⁶⁶.

Em virtude de tais premissas, Kennedy deslinda que a garantia dos direitos fundamentais “não pode ser submetida a uma votação, também não podem depender do resultado das eleições”⁶⁷. Este não é o momento para os defensores do casamento entre casais de mesmo sexo apreciarem a ausência de dinamismo do processo democrático. O aspecto em baila, segundo Kennedy, é a questão legal de desvelar se a Constituição Americana protege - ou não - o direito de casamento entre casais de mesmo sexo⁶⁸.

Nesses termos, Kennedy leciona que “o direito ao casamento é um direito fundamental inerente à liberdade da pessoa, e sob as *Due Process Clause* e *Equal Protection Clause*, casais do mesmo sexo não podem ser privados de tal

⁶⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015.* Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

⁶⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015.* Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

⁶⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015.* Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

⁶⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015.* Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

liberdade”⁶⁹. Em outras palavras, essa liberdade não mais pode ser renegada aos casais do mesmo sexo.

Por sua vez, *Justice* John Roberts proferiu voto dissidente, discordando da maioria, com base no argumento de que a Constituição não permite que os juízes decidam a definição de casamento, pois esta é uma tarefa do legislador. Os juízes devem afirmar o que a lei é, e não o que ela deveria ser. Decidir se o casamento entre homossexuais é bom - ou ruim - para a sociedade americana não seria função do Judiciário⁷⁰. A decisão da maioria, segundo Roberts, retirou a possibilidade de os defensores do casamento homossexual convencerem seus concidadãos a adotar seus pontos de vistas. A decisão majoritária encerrou o debate e promulgou a concepção de cinco defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo como uma questão de ordem constitucional. Não havia base jurídica para a maioria chegar à conclusão de que o casamento entre pessoas de mesmo sexo fosse legitimado pelo Judiciário. Roberts conta que a Corte foi protagonista de uma dramática mudança social, dificultando que os cidadãos aceitem a decisão⁷¹.

Na concepção de Roberts, a decisão majoritária da Corte instiga, em vez de solucionar o conflito. Finalizando seu voto, *Justice* Roberts enfatiza que a decisão majoritária cria sérios problemas com a liberdade de religião: “Muitas pessoas boas e decentes se opõem ao casamento entre pessoas do mesmo sexo como um dogma de fé, e sua liberdade para exercer a religião é consagrado na

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice* Kennedy Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

⁷⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice* Kennedy Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

⁷¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice* Kennedy Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso *Obergefell v. Hodges* e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Constituição, ao contrário do direito imaginado pelo voto majoritário⁷². Em outras palavras, o direito à liberdade religiosa está expresso na Constituição, diferentemente do direito ao casamento entre homossexuais que está implícito, nos termos do voto majoritário. Para Roberts, a decisão majoritária no sentido de legitimar a união entre homossexuais pode gerar o conflito com os direitos da liberdade de religião⁷³.

4 A QUESTÃO DO BACKLASH NO CASO OBERGEFELL V. HODGES À LUZ DO DEBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E MINIMALISMO JUDICIAL

À luz de todo o exposto, questiona-se: é possível afirmar que as decisões proativas da Suprema Corte Norte-Americana e do STF na proteção de direitos fundamentais de minorias sexuais vulneráveis podem ser consideradas como a única causa do *backlash*? Talvez, a pergunta mais coerente fosse: se o processo legislativo tivesse concretizado os direitos de minorias sexuais, o *refluxo* não teria se efetivado?

Analisando os votos do *Case Obergefell v. Hodges*, em tese, notou-se certa preocupação, por parte dos *Justices* vencidos, no sentido de que o voto majoritário que declarou a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo pudesse estimular o *backlash* (refluxo). Nessa esteira, constata-se que o argumento de Robert coaduna com o entendimento de Sunstein sobre o fato de a decisão contramajoritária da Corte sobre direitos fundamentais de minorias poder gerar o *backlash*. Para Sunstein, nesses casos, a Corte deve

⁷² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. *Obergefell et al. v. Hodges*, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy* Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016. p.27.

⁷³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. *Obergefell et al. v. Hodges*, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy* Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

fomentar as virtudes passivas, mantendo-se silentes como forma de evitar o tão temido refluxo⁷⁴.

Por outro lado, Greenhouse e Siegel, após o estudo minucioso acerca da história norte-americana, enfatizam não ser possível evitar o refluxo com a coibição de decisões dinâmicas das Cortes, uma vez que ele surge antes mesmo das decisões ativistas das Cortes⁷⁵. Na mesma perspectiva, examinando os julgados da Suprema Corte norte-americana acerca de direitos de minorias sexuais LGBT, Bunchaft conclui que “a compreensão de que a atuação da Corte seria a única causa que inspirou o *backlash* não satisfaz a realidade dos fatos e pode ser desconstruída por meio de uma investigação histórica”, uma vez que, por meio de tal investigação, desvela-se como a “política ordinária e atores não judiciais podem suscitar formas de conflito social contra decisões que resguardam direitos de minorias independentemente da atuação das Cortes”⁷⁶. Outro fator importante que fomenta a nacionalização do refluxo, segundo Bunchaft é a atuação de atores religiosos conservadores em temáticas controvertidas, como a do aborto e dos direitos de LGBT⁷⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa perspectiva, apurou-se que a forma de atuação minimalista ou maximalista não representa uma escolha ideológica dos magistrados, mas depende da análise de outros fatores fáticos que delimitarão a forma de atuação das Cortes⁷⁸. Nas palavras de Bunchaft, a atuação dependerá

⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

⁷⁵ GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From Roe to Perry. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v. 60, p. 240-246, 2013. Disponível em: <<http://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/60-17.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

⁷⁶ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2014. p.35.

⁷⁷ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento.

⁷⁸ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2015.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

fundamentalmente: das condições de deliberação das categorias sociais afetadas por uma lei; das condições institucionais da Corte; de a temática envolver direitos de grupos estigmatizados; e, do grau de participação dos grupos vulneráveis em um amplo debate público⁷⁹.

Como já afirmado, tem-se que tanto perspectivas maximalistas quanto minimalistas abarcam instrumentos que asseguram a integridade do Estado Democrático de Direito. Contudo, em se tratando de grupos minoritários vulneráveis - como as minorias LGBTT - afirma-se, com base em Bunchaft, que a intervenção das Cortes dependerá de seu nível de participação e de deliberação no processo democrático de elaboração da lei. Nesse aspecto, quando os mecanismos do processo majoritário funcionam corretamente, e os grupos vulneráveis são considerados no processo de deliberação, a intervenção judicial deve ser minimalista, mas, quando as instâncias deliberativas não atendem às expectativas normativas destes grupos, as Cortes devem atuar de forma maximalista, no intuito de suprir o déficit de representação política de minorias estigmatizadas⁸⁰.

Nesse particular, defende-se que, quando o processo político majoritário não cumpriu sua função democrática, estando carente de valor epistêmico, haja vista que "ausentes às 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"⁸¹. Em síntese, sustentar-se-á que decisões minimalistas - portanto, superficiais e estreitas na interpretação constitucional sobre direitos de minorias sexuais e concepções de autonomia moral - nem sempre são o ideal, uma vez

⁷⁹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2015.

⁸⁰ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na Jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 122-156, 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545/2951>>. Acesso em: 13 set. 2016.

⁸¹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2014. p.57.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

que o processo político majoritário pode ser marcado por uma descaracterização do potencial racionalizador do debate democrático.

Por outro lado, não se está aqui a defender decisões ativistas impregnadas de subjetividade dos magistrados. Defende-se, diferentemente do ativismo judicial, a centralidade dos processos dialógicos de judicialização, contemplando, nesse particular, a teoria preconizada por Robert Post e Reva Siegel. A defesa do Constitucionalismo Democrático pressupõe que o Judiciário não profere a última palavra, sendo necessário aprofundar o debate democrático com o Congresso, o Executivo e os movimentos sociais.

Portanto, num cenário de controvérsia moral atinente aos direitos de minorias sexuais vulneráveis, as Cortes podem guiar o diálogo de forma a contribuir para a efetivação dos significados constitucionais.⁸² Nesse sentido, as formas dialógicas de judicialização não violam o princípio da separação de poderes, haja vista que o trabalho da Corte, em conjunto com os ramos do poder público e a partir dos diálogos com os movimentos sociais, atribui força e caráter vinculante à decisão, contemplando receptividade democrática suficiente para ter legitimidade e efetividade.

Ademais, averiguou-se não ser possível evitar o refluxo social, impossibilitando decisões maximalistas das Cortes, em matéria de concretização de direitos fundamentais controvertidos de minorias sexuais. Nesse caso, a decisão da Corte não pode ser considerada a única causa responsável pelo refluxo, pois demonstrado que o fenômeno exsurge antes mesmo da própria decisão.

Outrossim, com base em Bunchaft⁸³ e em Greenhouse e Siegel⁸⁴, conclui-se ser inverídica a afirmação de que a atuação da Corte sintetiza o único elemento

⁸² POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs. Acesso em: 05 jan. 2016.

⁸³ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

causal do *backlash*, haja vista que tal afirmativa não satisfaz a realidade dos fatos e pode ser desconstruída por meio de uma investigação histórica. Por meio de um exame minucioso da história, desvela-se como a política ordinária e os atores religiosos podem fomentar formas de conflito social contra decisões que resguardam direitos de minorias, independentemente da atuação das Cortes⁸⁵. Nas assertivas de Siegel, tanto decisões judiciais quanto leis desafiando compreensões tradicionais de casamento podem inspirar o *backlash*⁸⁶.

Ademais, em contraposição ao pensamento de Sunstein, propugna-se que os conflitos interpretativos em torno dos significados constitucionais são imprescindíveis para garantir a potencialidade discursiva e dialógica do Constitucionalismo Democrático⁸⁷. Reconhece-se, com base em Post e Siegel, que o refluxo social sustenta a legitimidade democrática da Constituição dentro da densa rede de troca e de comunicação. Isso se dá em virtude de que o significado constitucional deve ser potencialmente sensível às opiniões populares⁸⁸. À vista disso, os tribunais têm capacidade, sim, de interagir com os

⁸⁴ GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From Roe to Perry. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v. 60, p. 240-246, 2013. Disponível em: <<http://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/60-17.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

⁸⁴ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento.

⁸⁵ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento.

⁸⁶ SIEGEL, Reva. The Supreme Court, 2012. Term Foreword: Equality Divided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 127, n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_siegel.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁸⁷ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento.

⁸⁸ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

movimentos sociais, interpretando a Constituição a partir de uma cultura constitucional sensível às suas demandas⁸⁹.

Na mesma esteira, recorrendo à Bunchaft, depreende-se que a sensibilidade do direito Constitucional à opinião de grupos vulneráveis potencializa a sua legitimidade democrática, uma vez que é justamente a perspectiva de minorias delinearem *sentidos constitucionais* que justifica porque a Constituição transmite lealdade aos cidadãos⁹⁰.

Assim, por meio da teoria do Constitucionalismo Democrático, averiguou-se que, no Estado Constitucional, os magistrados podem conduzir o diálogo público em relação às questões moralmente controvertidas, atendendo de forma juridicamente sensível às pretensões normativas referentes às tutelas de direitos fundamentais de LGBT, expressas por meio do exercício público da razão⁹¹.

À luz do exposto, captou-se que, a partir da judicialização dialógica, o cenário constitucional passa a ser concebido “como um universo simbólico no qual diferentes pretensões normativas são tematizadas e submetidas a processos discursivos, administrados com base em fundamentos jurídicos racionais”⁹².

Por fim, defende-se que a teoria do Minimalismo Judicial somente demonstrar-se-á eficaz quando o Poder Legislativo garantir as condições de abertura e de participação de minorias sexuais vulneráveis nas instâncias deliberativas; do

⁸⁹ POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs. Acesso em: 05 jan. 2016.

⁹⁰ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Direito, Estado e Sociedade**, Revista do Programa de Pós-graduação da PUC Rio, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. :2011. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189/171>. Acesso em: 13 set. 2016.

⁹¹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Direito, Estado e Sociedade**, Revista do Programa de Pós-graduação da PUC Rio, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. :2011. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189/171>. Acesso em: 13 set. 2016.

⁹² BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento. p. 61.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmoro. O caso *Obergefell v. Hodges* e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

contrário, em situações estratégicas, as Cortes podem atuar de forma contramajoritária no intuito de proteger e de declarar direitos fundamentais, por meio do processo de judicialização dialógica, contemplando finalmente a teoria do Constitucionalismo Democrático.

Em suma, comprova-se que o Constitucionalismo Democrático, em contraposição ao Minimalismo Judicial, revela maior alcance teórico para compreender formas de judicialização expressas no caso *Case Obergefell v. Hodges* (Estados Unidos, 2015), potencializando, portanto, direitos de minorias LGBTT, tendo em vista o caráter positivo e democrático do *backlash*. Por fim, a judicialização na efetivação de direitos fundamentais de minorias sexuais, ao introduzir argumentos constitucionais no debate, pode incrementar a capacidade de luta desses grupos contrariamente a concepções assimétricas de mundo.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmoro. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados: filosofia do reconhecimento**. Curitiba: Juruá, 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Direito, Estado e Sociedade**, Revista do Programa de Pós-graduação da PUC Rio, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. :2011. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189/171>>. Acesso em: 13 set. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na Jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 122-156, 2014. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545/2951>>. Acesso em: 13

DESLAURIERS, Jean Pierre; KÉRISIT, Michéle. O delineamento de pesquisa qualitativa. In: POUPART, Jean et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

ESTADOS UNIDOS. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015*. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

GREENHOUSE, Linda. SIEGEL, Reva. Backlash to the future? Fron Roe to Perry. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v.60, p.240-246, 2013. Disponível em <http://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/60-17.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2016.

MELLO, Celso de. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/2011**. Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 05 maio 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre constitución y pueblo**. Buenos Aires: SigloVeintiuno, 2013.

POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_paprs>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmore. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ROBERTS, Justice. Voto. In: UNITED STATES. Supreme Court. **Appeals nº 14-556**. Sixth Circuit. Obergefell et al. v. Hodges, Ohio Department of Health, et al. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy* Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Acesso em: 19 mar. 2016.

SERRANO, Pedro Estevam. **Autoritarismo e Golpes na América Latina**. Breve ensaio sobre jurisdição e exceção. Alameda: São Paulo, 2016.

SIEGEL, Reva. The Supreme Court, 2012. Term Foreword: Equality Divided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 127, n. 1, 2013. Disponível em: http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_siegel.pdf. Acesso em: 11 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo**. Brasília, DF, 10 jan. 2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>. Acesso em: 04 mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O que é O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em: 27 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Acesso em: 15 dez. 2015. p.81.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

Submetido em: julho/2017

Aprovado em: julho/2017