

O Reconhecimento do Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo na Suprema Corte Norte-Americana: Uma Reflexão à Luz do Debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial

The Recognition of Same-Sex Marriage in Supreme Court of the United States: an Insight Based on the Debate between Democratic Constitutionalism and Judicial Minimalism

MARIA EUGENIA BUNCHAFT

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

Submissão: 30.07.2015

Decisão Editorial: 01.11.2015

Comunicação à Autora: 01.11.2015

RESUMO: Esse artigo investiga a decisão da Suprema Corte em *Obergefell v. Hodges* à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial e examina o papel da tradição na identificação de direitos fundamentais implícitos. Por meio de um método hermenêutico e monográfico, sustento que os conflitos interpretativos em torno de significados constitucionais controversos são essenciais para garantir a potencialidade do constitucionalismo em inspirar legitimidade democrática, engajamento político de minorias e articulação dos movimentos sociais em lutas por reconhecimento na esfera pública.

PALAVRAS-CHAVE: Minimalismo judicial; constitucionalismo democrático; casamento entre pessoas do mesmo sexo; ativismo judicial.

ABSTRACT: This paper investigates the Supreme Court decision in *Obergefell v. Hodges* under the light the debate between Democratic Constitutionalism and Judicial Minimalism and examines the role of tradition in the identification of implicit fundamental rights. Through a hermeneutic and monographic method, I propose that the interpretative conflicts about constitutional meanings are fundamental to ensure the potential of Constitutionalism in inspiring democratic legitimacy, political mobilization of minorities and articulation of social movements in struggles for recognition in the public sphere.

KEYWORDS: Judicial minimalism; democratic constitutionalism; same-sex marriage; judicial activism.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial; 2 A decisão majoritária em *Obergefell v. Hodges*; 3 A discussão sobre o direito fundamental ao ca-

samento como um direito fundamental implícito e o papel da tradição; 4 O voto de *Justice Roberts*: objeção de consciência e a interpretação do *backlash* ao direito antidiscriminação a partir das críticas de Nejaime e Siegel; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Em 2011, John Arthur foi diagnosticado com esclerose lateral amiotrófica, sem possibilidade de cura. Em junho de 2013, James Obergefell e John Arthur decidiram se casar com o intuito de obter reconhecimento federal do casamento, antes que Arthur morresse. O casamento foi realizado em Maryland. Ao mudarem de residência, Ohio não reconheceu a licença de casamento, razão pela qual eles ajuizaram uma ação contra o governador de Ohio, John Kasich, na *United States District Court for the Southern District of Ohio*, em 19 de julho de 2013, alegando discriminação do Estado contra casais do mesmo sexo que haviam se casado de pleno direito fora do estado.

John Arthur estava bastante debilitado, em processo terminal e sofrendo de esclerose lateral amiotrófica, razão por que o casal pretendia que o registro de Ohio identificasse Obergefell como seu esposo para efeito de atestado de óbito com base no casamento de Maryland. Embora o registro de Ohio tenha concordado que a discriminação contra casais do mesmo sexo era inconstitucional, o Procurador Geral de Ohio declarou que defenderia a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em 23 de dezembro de 2013, o Juiz Distrital Black decidiu que a recusa de Ohio quanto ao reconhecimento dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo realizados em outras jurisdições era discriminatória e ordenou que o estado o reconhecesse e emitisse o atestado de óbito. Argumentou que, quando o estado não reconhece, ele invade a esfera privada matrimonial, familiar e as relações íntimas protegidas pela Suprema Corte.

Porém, houve apelação de DeWine para o *Sixth Circuit of Appeals*. Em 6 de novembro de 2014, o *Sixth Circuit of Appeals*, por 2 a 1, decidiu que a proibição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não viola a Constituição. Em 14 de novembro de 2014, casais do mesmo sexo ajuizaram uma petição de *Writ of Certiorari* na Suprema Corte para que esta analisasse se a recusa de Ohio em reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, realizado em outras jurisdições, violava as Garantias do *Due Process* e *Equal Protection* e se a recusa do estado em reconhecer o julgamento adotado por outro estado violava os dispositivos da *Credit Clause* e *Full Faith* da Constituição.

Obergefell v. Hodges e três casos consolidados com ele pela Suprema Corte – *Tanco v. Haslam*, *DeBoer v. Snyder* e *Bourke v. Beshear* – desafiavam leis estaduais e emendas constitucionais adotadas por eleitores de Ohio,

Tennessee, Michigan e Kentucki que proibiam casais do mesmo sexo de se casarem e/ou proibia o Estado de reconhecer tais uniões juridicamente.

A Suprema Corte, por 5 a 4, decidiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não pode ser negado pelos estados determinando o seu reconhecimento e validade em todos os estados e áreas sujeitos à jurisdição dos Estados Unidos. *Justice Kennedy* foi autor da decisão majoritária, tendo sido acompanhado por Ruth Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. *Justices Roberts, Alito, Thomas e Scalia* proferiram votos dissidentes separadamente.

Uma temática, que será enfrentada no presente artigo, é o debate sobre o papel da tradição na identificação de direitos implícitos, sendo uma discussão subjacente aos votos dissidentes dos *Justices Kennedy, John Roberts, Scalia e Alito*. Como se sabe, alguns termos constitucionais são claros, enquanto outros são dotados de um caráter vago, contendo zonas de penumbra. Sob esse aspecto, segundo Sunstein (2001), na história do constitucionalismo norte-americano, a tradição tem sido frequentemente resgatada para preencher as lacunas que surgem no texto constitucional, sobretudo na interpretação da *Due Process Clause*.

Nesse sentido, *Justice Alito*, em sua dissidência, sublinha que a Corte tem assentado que a “liberdade” sob a *Due Process Clause* deve ter como âmbito de incidência apenas aqueles direitos profundamente enraizados na história e tradição da nação, justamente para impedir que juízes não eleitos imponham suas visões de liberdade ao povo americano. O direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, para *Justice Alito*, não teria tal atributo, razão por que deveria ser estabelecido pelo Poder Legislativo.

De outro lado, uma discussão interessante que também será investigada é a temática do *backlash*. A reação feroz às decisões da Suprema Corte em *Hollingsworth v. Perry* e *Windsor v. United States* levou alguns teóricos a sustentar que as Cortes são impotentes para conduzir a mudanças sociais profundas em instituições como o matrimônio. Isso, para alguns, reforça a tese minimalista de Cass Sunstein, segundo a qual a Corte deve endossar uma decisão superficial, ao invés de profunda, e também estreita, ao invés de ampla.

Sunstein (1999) cita como exemplo de *backlash* a decisão em *Roe v. Wade* (Estados Unidos, 1973), que teria interrompido a evolução da opinião pública, enfraquecendo a deliberação democrática e a capacidade de engajamento do movimento feminista. Nesse sentido, Sunstein (1999, p. 59) sublinha 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”.

Com efeito, pretendemos analisar a decisão da Suprema Corte no caso *Obergefell v. Hodges* (Estados Unidos, 2012a) à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. Robert Post e Reva Siegel (2007) propõem a teoria do constitucionalismo democrático, a qual visa a analisar e a entender a forma como os direitos fundamentais podem ser efetivados pelo Judiciário, que interage ativamente com os cidadãos e movimentos sociais em uma sociedade plural e divergente. Para os autores supracitados, a divergência interpretativa é uma condição normal para a evolução do direito constitucional e, portanto, não deve ser refutada.

No entanto, partindo da perspectiva minimalista de Sunstein (1999), o “refluxo” é interpretado como uma ameaça à coesão social. Sob essa ótica, os três principais problemas enfrentados pelo presente artigo, que tem como foco a análise do caso *Obergefell v. Hodges* (Estados Unidos, 2012), são: à luz do debate entre o constitucionalismo democrático e o minimalismo judicial – e seus reflexos na temática do casamento entre pessoas do mesmo sexo –, o *backlash* seria realmente uma ameaça à coesão social, conduzindo à desmobilização de certos atores políticos? E seriam as decisões ativistas da Corte na tutela de direitos de minorias o único fator responsável pelo *backlash*? A tradição pode ser fonte de identificação de direitos fundamentais implícitos, ou direitos fundamentais devem ser efetivados por meio de acordos parcialmente teorizados, devendo a Suprema Corte pautar-se por uma perspectiva minimalista?

Para os autores do constitucionalismo democrático, o *backlash* possui um papel positivo, tendo em vista que a divergência interpretativa inspira cidadãos politicamente ativos que tentam convencer-se mutuamente a respeito de certas interpretações constitucionais. O constitucionalismo democrático interpreta o *backlash* não somente na perspectiva dos tribunais, mas também do ponto de vista da ordem constitucional americana como um todo.

Assim, incorpora-se como primeiro objetivo específico a estratégia de analisar o papel do *backlash* no debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial e seus reflexos na análise do julgamento do caso *Obergefell v. Hodges* (Estados Unidos, 2012a) pela Suprema Corte. Em um recente artigo, Nejaime e Siegel (2015) mostram que o *backlash* não pode ser atribuído somente ao ativismo do Judiciário, por meio de uma investigação histórica minuciosa que revela como líderes políticos estão estimulando atores religiosos a se engajarem em reivindicações baseadas na isenção legal decorrente da lógica da cumplicidade. Tal fato tem inspirado conflitos e um movimento amplo que se opõem ao surgimento de leis antidiscriminação em vários estados que vedavam a discriminação por orientação sexual, mesmo antes da decisão da Suprema Corte em *Obergefell v. Hodges* (2015).

Segundo a opinião majoritária proferida por *Justice Kennedy* (Estados Unidos, 2015a), a *Equal Protection Clause* e o *Due Process* proíbem violação não justificada ao direito a casamento. Trata-se de um direito fundamental implícito ao conceito de liberdade da pessoa à luz do *Due Process* e justificável sob a *Equal Protection Clause*. Não obstante, é importante sublinhar que, segundo o voto dissidente de *Justice Roberts*, permitir que juízes não eleitos identifiquem direitos fundamentais implícitos com base na ideia de “liberdade” protegida pela cláusula do *Due Process* e invalidem leis com base em tal determinação pode ser um caminho para que tais *Justices* imponham suas preferências pessoais políticas em detrimento da vontade do povo.

Portanto, tem-se como segundo objetivo específico analisar o papel da tradição na identificação de direitos fundamentais implícitos à luz da perspectiva de Cass Sunstein e da interpretação dos *Justices*. Por meio de um método hermenêutico e monográfico, e tendo como técnica de pesquisa a investigação jurisprudencial dos principais casos que consagram a *Due Process Clause* e *Equal Protection Clause*, assumo a hipótese segundo a qual leis sobre igualdade também podem desencadear, de maneira indireta, *backlash*. Sustento que a efetivação do direito à igualdade, seja pela via legislativa, seja pela judicial, inevitavelmente inspirará conflito.

1 O DEBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E MINIMALISMO JUDICIAL

De acordo com Sunstein (1999), em *One Case at a Time*, certas formas de minimalismo judicial podem fortalecer a democracia, pois deixam questões não decididas para a deliberação democrática e promovem a justificação pública de razões, permitindo que decisões relevantes para a Nação sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis. Para Sunstein, existem duas virtudes essenciais para o empreendimento minimalista: a estreiteza (*narrowness*) e a superficialidade (*shallowness*). Os minimalistas optam por uma decisão superficial, ao invés de profunda, no sentido de não invocar considerações abstratas, de forma que questões fundacionais permanecem em aberto. Portanto, distanciam-se de questões fundacionais e não invocam teorias gerais na fundamentação.

Em suma, o minimalismo demonstra também preferência por decidir de maneira estreita e não de forma ampla. A superficialidade manifesta-se mediante acordos parcialmente teorizados que revelam a capacidade de obter acordo em contextos de profundo dissenso. A estreiteza, por sua vez, manifesta-se quando a Corte decide um caso com ênfase nas suas especificidades, deixando em aberto questões para serem decididas pelo processo democrático. Assim, evita considerações amplas que se apliquem a outras situações futuras. A estreiteza tem a virtude de garantir o consenso em órgãos colegiados, evitando criar constrangimentos futuros.

Segundo Sunstein, o minimalismo ilumina importantes ideias para o direito constitucional. Defende que as Cortes não devem decidir questões desnecessárias para a resolução do caso e devem se recusar a decidir casos que não estejam maduros para decisão. Precisam respeitar seus próprios precedentes e seguir *holdings* prévios, mas não necessariamente *prior dicta*, exercendo as virtudes passivas inerentes ao silêncio em questões controvertidas. Trata-se de ideias que refletem o uso construtivo do silêncio.

Em *One Case at a Time*, Sunstein (1999) sublinhava que, em matéria de direitos dos homossexuais, a Corte deveria agir com cautela. Enfatizava que, se a Corte tivesse reconhecido a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2001 ou 2003, provavelmente teria surgido “uma crise constitucional, uma fragilidade da legitimação da Corte, uma intensificação do ódio aos homossexuais, uma emenda constitucional revertendo a decisão da Corte, e muito mais” (Sunstein, 1999, p. 161). Haveria um possível refluxo que provocaria a articulação das forças políticas opostas, inspirando mais hostilidade e ódio aos homossexuais, inclusive com a possibilidade de enfraquecer o movimento antidiscriminação na sua capacidade de mobilizar-se democraticamente.

Em síntese, Sunstein (1999) salientava que o minimalismo nem sempre é uma estratégia relevante, tendo em vista que há situações excepcionais, mas frequentemente é necessário, sobretudo em questões constitucionais de grande complexidade enfrentadas pela Corte envolvendo desacordo moral na nação, que se sente profundamente dividida. Recentemente, analisando o caso *Obergefell v. Hodges* (Estados Unidos, 2012), Sunstein (2015) confirmou seu raciocínio, postulando que, contrariamente às aparências, a Corte geralmente presta atenção a consensos morais emergentes e efetivos no que diz respeito a direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, resgatando o voto do Justice, Kennedy (Estados Unidos, 2012a), ponderou que os *Justices* são atentos a processos sociais efetivos. Analisa que a decisão surgiu após longo caminho de decisões prévias que eram controvertidas na época, mas a maioria delas torna-se agora celebrada, transformando-se em verdadeiros ícones. Para ilustrar sua argumentação, exemplificou o caso *Brown* (Estados Unidos, 1954), sustentando que a Corte só declarou a inconstitucionalidade da segregação racial em 1954, quando a maioria dos norte-americanos era favorável à integração.

É de se mencionar que, para Sunstein (2015), o apoio da maioria dos cidadãos norte-americanos e a construção de um compromisso moral foram essenciais para garantir a legitimidade da decisão em *Obergefell v. Hodges*. Conclui que o significado da Constituição é “um produto não somente do texto

e da história, mas também das lutas e movimentos sociais, dissidência e, às vezes, mortes, mudando corações e mentes” (Sunstein, 2015).

Mas em quais casos a Corte atuou de maneira minimalista? Em diversos casos envolvendo suicídio assistido, comunicação e tecnologia, discriminação com base em orientação sexual, a Corte atuou de forma estreita e deixou questões em aberto para serem decididas pelo processo democrático. Para Sunstein (1999), a Corte deve analisar caso a caso, oferecendo regras amplas somente em situações raras quando o momento parece adequado. O autor oferece cinco razões para apoiar o minimalismo:

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 legais. (Sunstein, 1999, p. 53-54)

Outrossim, Sunstein (1999) compreende *backlash* como uma ameaça para a coesão social, razão por que sustenta ser papel do Judiciário evitar conflitos. Mas será que o refluxo possui um papel tão negativo? Segundo Robert Post e Reva Siegel (2007), o minimalismo mina as próprias práticas de engajamento deliberativo, essenciais para os autores do constitucionalismo democrático, que as consideram como fontes de estabilidade social (Post; Siegel, 2007, p. 406).

No entanto, interpretando o caso *Lawrence v. Texas* (Estados Unidos, 2003), Sunstein (2005, p. 97) destaca que, “se há um direito constitucional à privacidade, as Cortes deveriam construí-lo de forma lenta e estreita”. 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” (Sunstein, 2005, p. 97).

Em outras palavras, de acordo com Sunstein (2005), a questão de *Lawrence v. Texas* (Estados Unidos, 2003) e de outros casos envolvendo privacidade sexual é de natureza procedimental, razão por que deveriam ser tratados de forma estreita. O autor se contrapõe à decisão, sublinhando que, nas últimas décadas, com a evolução dos valores sociais, a criminalização da sodomia tem sido efetivada raramente, porquanto os cidadãos não mais aderem a tal ordem legal. Para Sunstein, *Lawrence v. Texas* (Estados Unidos, 2003) “deveria ser compreendido como uma variação americana da velha ideia inglesa de desuso” (Sunstein, 2005, p. 97).

Nesse particular, assume especial relevância para Sunstein a ideia de acordos parcialmente teorizados. Trata-se, para um autor, de um importante fenômeno social que permite aos indivíduos desenvolverem estruturas para decisão apesar de desacordos de larga escala. Os acordos parcialmente teorizados possuem muitas vantagens, entre as quais a capacidade de permitir às pessoas demonstrarem umas às outras um amplo grau de respeito mútuo.

Às vezes, as pessoas concordam com princípios intermediários, mas discordam sobre teorias gerais e casos particulares. Juízes podem concordar com o princípio da não discriminação com base na raça, sem resgatar uma teoria da igualdade de larga escala ou sem concordar se o governo deve permitir programas de ação afirmativa (Sunstein, 1998, p. 36).

Mas Sunstein (1998) atribui especial relevância a outro fenômeno: os acordos parcialmente teorizados em torno de resultados particulares, acompanhados de acordos em torno de princípios estreitos baseados em justificações que não derivam de teorias amplas sobre o justo e o bem. Quando as pessoas divergem sobre teorias amplas e abstratas em torno do justo e do bem, elas podem convergir se reduzirem o nível de abstração.

Acordos parcialmente teorizados em torno do resultado, para o autor, são uma parte valiosa da vida pública e privada. A maior parte de suas virtudes associa-se ao uso construtivo do silêncio, que é um fenômeno social e legal importante. Segundo Sunstein (1998), os acordos parcialmente teorizados em torno do resultado podem ser um valioso instrumento para decisões em órgãos colegiados, permitindo a convergência em torno de resultados particulares por pessoas que divergem em torno de teorias amplas.

De um lado, acordos parcialmente teorizados em torno do resultado, segundo Sunstein (1998), podem promover dois objetivos da democracia liberal: permitem às pessoas demonstrarem, umas às outras, reciprocidade e respeito mútuo, prevenindo o conflito. Ademais, os acordos parcialmente teorizados em torno de resultados, na interpretação do autor, permitem que juízes e cidadãos não desafiem compromissos mais profundos dos litigantes ou de outro indivíduo, desde que sejam razoáveis, tendo em vista a reciprocidade e o respeito mútuo.

Ressalva, entretanto, que alguns compromissos não razoáveis podem ser desafiados no sistema legal ou em corpos colegiados, como, por exemplo, demonstram erros de fato ou de lógica ou que são enraizados na rejeição da dignidade básica de todos os seres humanos (Sunstein, 1998, p. 39-40).

Outra vantagem dos acordos parcialmente teorizados em torno de resultados, segundo Sunstein (1998), seria que os litigantes que perderem um caso judicial podem se submeter às obrigações legais, pois suas próprias teorias e

ideais não teriam sido rejeitados, podendo vencer em outro caso, garantindo estabilidade do sistema legal. Por fim, acordos parcialmente teorizados permitiriam acomodar mudanças nos fatos e valores, impedindo que o sistema legal torne-se rígido e petrificado.

Ao apontar a superficialidade ao invés de profundidade, surge a possibilidade da ênfase em resultados concretos sobre casos particulares, não acompanhados de considerações abstratas que embasam tais resultados. Os resultados concretos não são apoiados por teorias abstratas, mas pelo raciocínio pouco ambicioso no qual as pessoas que possuem diferentes teorias que justificam os resultados podem convergir apenas em torno desses últimos (Sunstein, 1999, p. 13).

Diferentemente, Post e Siegel (2007) propõem um modelo focado na compreensão dos esforços dos funcionários do governo para fazer cumprir a Constituição em condições de controvérsia e desacordo moral. Ponderam o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer cumprir a Constituição, ao mesmo tempo que afirmam o papel dos tribunais em usar o raciocínio legal jurídico na interpretação da Constituição.

O constitucionalismo democrático não exclui a política do âmbito do direito e, dessa forma, procura equacioná-lo entre uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* necessidade de uma ordem constitucional de legitimidade democrática. Mas o termo *backlash* foi atribuído aos efeitos indesejáveis e inesperados. Entretanto, na esfera jurídica, *backlash* tem sido resgatado como a reação do público, dos cidadãos e de forças contrárias ao entendimento de uma decisão judicial, como, por exemplo, o conflito no caso *Roe v. Wade*.

Assim, Post e Siegel (2007) salientam que o *backlash* expressa o desejo de um povo livre para influenciar o conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei. O *backlash* é o *locus* em que a integridade do Estado de Direito se choca com a necessidade da nossa ordem constitucional de legitimidade democrática. O motivo principal desse raciocínio é que, para os autores do constitucionalismo democrático, a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática.

Diante dessa estrutura conceitual, o constitucionalismo democrático descreve como a ordem constitucional norte-americana negocia os conflitos entre o Estado de Direito e os de autogoverno. Ele aponta como o significado constitucional inclina-se para a insistência de crenças populares e ainda, simultaneamente, mantém a integridade como lei (Post; Siegel, 2007, p. 376).

Em contraposição ao constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não propugna retirar a Constituição dos tribunais, mas afirma o papel essencial dos direitos constitucionais efetivados pelo Poder Judiciário na

política norte-americana. O constitucionalismo democrático valoriza o papel fundamental que o engajamento do público assume na legitimação das instituições e práticas de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados na razão legal jurídica podem adquirir legitimidade democrática somente se estiverem cristalizados em valores e ideal populares (Post; Siegel, 2007, p. 379).

Visto na perspectiva sistêmica da ordem constitucional americana abrangente, *backlash* procura manter a capacidade e sensibilidade democrática resultante da divergência interpretativa sobre os “sentidos constitucionais”. Na perspectiva dos tribunais, o *backlash* é uma ameaça para a manutenção da autoridade e controle da lei. Em contraposição, o constitucionalismo democrático pressupõe perspectivas distintas, mas interdependentes.

Ademais, para Post e Siegel (2007), o *backlash* pode ser compreendido como uma das práticas normais de contestação por meio do qual o público procura influenciar o conteúdo do direito constitucional, sendo que, para melhor exemplificar tal sensibilidade democrática, os autores resgatam a atuação do movimento feminista como um exemplo de sucesso.

Embora seja intrínseco ao sistema constitucional americano a divergência interpretativa, há interesse, no entanto, em preservar a integridade do direito constitucional. Aqueles que pretendem modificar o conteúdo do direito constitucional deparam-se com um dilema: devem influenciar os tribunais a partir de seus próprios valores constitucionais e também devem preservar a autoridade dos tribunais para atuar em nome da Constituição e em nome de um Estado de Direito independente.

Portanto, o constitucionalismo democrático interpreta o *backlash* não apenas do ponto de vista dos tribunais, mas também do ponto de vista da ordem constitucional americana como um todo, como uma densa rede de troca e comunicação que sustenta a legitimidade democrática da Constituição (Post; Siegel, 2007, p. 389). Os cidadãos e movimentos sociais engajados democraticamente pressionam os funcionários do governo e Cortes para que estes passem a interpretar a Constituição de forma que seja democraticamente responsável e juridicamente sensível a suas pretensões.

Diante do exposto, sustento, com base nos autores do constitucionalismo democrático, que certo grau de conflito pode ser um efeito inevitável da reivindicação de direitos, independentemente se tais direitos são concretizados pela legislação ou pelo Judiciário. Propugno que, muitas vezes, ocorrem conflitos porque decisões judiciais ameaçam o *status* de grupos que se opõem a direitos de minorias ou a pretensões articuladas pelos movimentos sociais.

O constitucionalismo democrático defendido por Post e Siegel (2007) assevera que a divergência interpretativa suscitada pela tomada de decisão ju-

dicial pode inspirar benefícios para a ordem constitucional americana, uma vez que os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos. Eles tentam convencer-se uns aos outros para abraçar seus entendimentos constitucionais.

2 A DECISÃO MAJORITÁRIA EM OBERGEFELL V. HODGES

De início, é premente lecionar que a opinião majoritária em *Windsor v. United States* (Estados Unidos, 2013b), julgado dois anos antes de *Obergefell* (Estados Unidos, 2015), foi redigida por *Justice Kennedy*, que foi acompanhada 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.

Como se sabe, em *Windsor*, a Suprema Corte, por 5 a 4, declarou a inconstitucionalidade da Seção 3 de *The Defense of Marriage Act* (DOMA), que impedia casais do mesmo sexo de serem considerados esposos para fins de leis federais, obstando eles de receberem benefícios federais. O julgamento em *Windsor* (Estados Unidos, 2013b) não garantiu o direito ao reconhecimento jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas concedeu a casais que vivem em Estados que permitiam tais uniões o direito a receber benefícios federais da mesma forma como os casais heterossexuais. Nesse caso, a decisão majoritária do Juiz Kennedy incorporou aspectos minimalistas e maximalistas. Kennedy não afirmou a existência de um direito fundamental ao casamento entre pessoas do mesmo sexo em nível nacional, refletindo, nesse ponto, uma perspectiva minimalista.

No entanto, ao invés de se restringir aos argumentos do federalismo, analisou o mérito, invocando a cláusula da *Equal Protection* e aduzindo que *The Defence of Marriage Act* tratava casais homossexuais menos respeitados em relação a outros, por meio de uma clara violação à cláusula da *Equal Protection* e ao direito à liberdade, protegido pela *Due Process Clause*.

Declarou, em seu voto, que o poder do Estado de definir a relação matrimonial é de relevância fundamental, independentemente dos princípios do federalismo. A Corte poderia apenas recorrer aos argumentos do federalismo, sublinhando que o casamento deveria ser regulado pela lei de cada Estado, faltando autoridade ao governo federal.

Mas *Justice Kennedy*, em *Windsor v. United States* (Estados Unidos, 2013), percorreu uma linha argumentativa diversa, e sua decisão assumiu também contornos maximalistas, baseando-se na cláusula da *Equal Protection*, que proibiria o governo federal de estabelecer um tratamento diverso em relação

ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e casais heterossexuais, criando um regime de matrimônio contraditório dentro do mesmo Estado. Tal regime diminuiria a estabilidade e previsibilidade das relações privadas que o Estado deve proteger.

Segundo *Justice Kennedy*, *The Defense of Marriage Act* (DOMA) estabelecia 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 Estado estabelece como adequadas para reconhecer e proteger” (Estados Unidos, 2013a).

Os *Justices* 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 democrática¹.

No julgamento histórico de *Obergefell v. Hodges* (Estados Unidos, 2015), *Justice Kennedy* sublinhou que a Corte, em diversos casos, tem expressado princípios constitucionais de alcances amplos que servem para identificar o direito ao casamento como um direito fundamental, através da história, da tradição e de outras liberdades constitucionais. Segundo a decisão majoritária, quatro princípios e tradições demonstram por que o casamento é um direito fundamental que se aplica com igual intensidade aos casais do mesmo sexo.

A primeira premissa dos precedentes relevantes da Corte é a de que “o direito da escolha pessoal quanto ao casamento é inerente ao conceito de autonomia individual”, e as liberdades fundamentais protegidas pela *Due Process Clause* alcançam certas escolhas pessoais centrais, incluindo escolhas íntimas de definir identidade pessoal. Essa conexão entre casamento e liberdade fez com que a Suprema Corte invalidasse a proibição ao casamento interracial em *Loving v. Virginia* (Estados Unidos, 1967) à luz da *Due Process Clause*.

1 *Justice 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 inexistente tal dispositivo na Constituição. Qualquer mudança na instituição do casamento deveria decorrer da soberania popular expressa por seus representantes eleitos. *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”. 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”.

O segundo princípio extraído da jurisprudência da Corte é o de que o direito ao casamento é fundamental porque apoia a união de duas pessoas que assume importância para indivíduos comprometidos. O direito à privacidade foi essencial em *Griswold v. Connecticut* (Estados Unidos, 1965), no qual a Corte sustentou a inconstitucionalidade da lei que proibia o direito de casais casados de usar contraceptivos. Para *Justice Kennedy*, o direito ao casamento atribui dignidade a casais que “desejam definir-se a si como comprometidos uns com outros”. Kennedy resgatou estratégia argumentativa semelhante a seu voto em *Windsor v. United States* (Estados Unidos, 2013), quando enfatizou a importância do papel do Estado em conferir dignidade e *status* aos casais do mesmo sexo:

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 elevam 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.

Justice Kennedy conclui que casais do mesmo sexo têm o mesmo direito de desfrutar de associações íntimas como um direito amplo que vai além da mera liberdade decorrente do reconhecimento do direito à intimidade como fundamento para invalidação de leis criminalizando sodomia, tal como ocorreu em *Lawrence v. Texas* (Estados Unidos, 2003). *Lawrence v. Texas*, que confirmou a dimensão da liberdade no sentido de permitir aos indivíduos se engajarem em associações íntimas, sem perseguição criminal, pode ser um passo, “mas não alcança a dimensão plena da liberdade” (Estados Unidos, 2015a, p. 3).

A terceira base, segundo *Justice Kennedy*, é que protege crianças e famílias, atribuindo sentido aos direitos relacionados à procriação e à educação. Resgatou a linha argumentativa de *Pierce Society v. Sisters* (Estados Unidos, 1925), quando *Justice Clark McReynolds* afirmou a liberdade de pais e responsáveis de dirigirem a educação das crianças².

2 Nesse caso, os advogados dos recorrentes arguíram que o Estado tinha um interesse primordial em supervisionar e controlar os prestadores de educação escolar em Oregon. Aduziram que o interesse do Estado na supervisão da educação das crianças futuras seria superior e se sobrepõe ao direito dos pais de escolher a escola para seus filhos e o direito da criança de influenciar o pai nessa escolha. Mas, para os apelados, embora o Estado tenha um papel relevante na educação das crianças, não podem exigir que seus pais atendam ou não atendam a qualquer tipo específico de escola. *Justice Clark McReynolds*, em sua opinião majoritária, sustentou que crianças não são meras criaturas do estado. Pela sua própria natureza, a compreensão tradicional americana do termo liberdade impede o estado de forçar os estudantes a aceitar instrução somente das escolas públicas. Tal responsabilidade pertencia aos pais da criança ou responsáveis, de forma que tal liberdade seria protegida pela *Due Process Clause*.

Justice Kennedy também resgatou o raciocínio usado em *Zablocki* (Estados Unidos, 1978), quando a Corte assentou que o direito de casar e estabelecer um lar e educar crianças é uma parte central da liberdade protegida pela *Due Process of Law*. Como se sabe, diversos estados conferiam proteções matrimoniais materiais para crianças e famílias. Mas, segundo *Justice Kennedy*, o casamento também confere benefícios mais profundos. Na sua interpretação, à medida que o Estado atribui reconhecimento e estrutura legal ao relacionamento dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, as crianças, filhos de tais uniões, compreendem a integridade de sua própria família.

Nas palavras de *Justice Kennedy*, “sem o reconhecimento, estabilidade e previsibilidade que o casamento oferece, crianças sofrem o estigma de perceber suas famílias como sendo de certo modo inferiores” (Estados Unidos, 2015a). Elas também sofrem com os custos materiais de serem filhos de pais não casados, relegados a uma vida familiar incerta e difícil. Leis de casamento que proíbem o casamento entre pessoas do mesmo sexo causam danos e humilham as crianças, filhos desses casais. Ressalva que o direito ao casamento é menos relevante para aqueles que não têm ou não podem ter crianças; direito ao casamento não é condicionado à capacidade procriativa.

Por fim, *Justice Kennedy* conclui que permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo não causará danos aos casais ou a terceiros. Não obstante, traz a ressalva de que aqueles que aderem a doutrinas religiosas podem continuar a defender, ao máximo, convicções sinceras, por meio de preceitos religiosos, que não deveriam ser condenados pelo casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Justice Kennedy seguiu a linha argumentativa estabelecida em *Windsor* (Estados Unidos, 2013b), quando afirmou que *The Defense of Marriage Act* (DOMA) produz o efeito de injuriar “aqueles casais aos quais o Estado, por meio de leis matrimoniais, protege a personalidade e dignidade”. Aduziu em *Windsor* que, ao tratar aquelas pessoas como vivendo casamentos menos respeitados que outros, DOMA viola o direito à liberdade, protegido pela *Due Process Clause* e a *Equal Protection Clause*. 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” (Estados Unidos, 2013b).

3 A DISCUSSÃO SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO CASAMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO E O PAPEL DA TRADIÇÃO

De acordo com *Justice Kennedy*, são negados diversos benefícios a casais do mesmo sexo, que se encontram impedidos de exercer direitos fundamentais. Na sua percepção, tais minorias sofrem longa história de reprovação de seus

relacionamentos, de forma que a negação a esse direito fundamental gera um dano grave e contínuo. A imposição dessa incapacidade de reconhecimento de um direito fundamental serve para desrespeitá-los e subordiná-los. O argumento fundamental de *Justice Kennedy* foi o de que a *Equal Protection* e a *Due Process Clause* proíbem violação não justificada do direito fundamental ao casamento. O direito ao casamento é um direito fundamental implícito ao conceito de liberdade da pessoa à luz da *Due Process Clause* e justificável sob a *Equal Protection*.

Segundo *Kennedy*, as liberdades fundamentais protegidas pelo *Due Process* não se restringem aos direitos enumerados no *Bill of Rights*. Alcançam certas escolhas pessoais centrais à dignidade e à autonomia individual, incluindo escolhas íntimas que definem a identidade e crenças pessoais.

Em passagem elucidativa, sublinha *Justice Kennedy* que a história e a tradição guiam e disciplinam essa exigência, mas não estabelecem limites exteriores. *Justice Kennedy* traz um questionamento relevante que nos faz refletir: que método respeita nossa história e aprende com ela sem permitir que o passado sozinho delimite o significado da natureza da injustiça, já que nem sempre ela pode ser compreendida com plenitude em nosso tempo?

Nesse ponto, conclui que o direito à escolha pessoal ao casamento é inerente ao conceito de autonomia individual. Foi a conexão entre casamento e liberdade o motivo de a Corte ter invalidado a proibição ao casamento interracial à luz da *Due Process Clause*, em *Loving v. Virginia* (Estados Unidos, 1967).

Assim como escolhas relativas a contraceptivos, relações familiares e procriação são protegidas pela Constituição, para *Justice Kennedy*, decisões relativas a casamento estão entre as mais íntimas que o indivíduo pode fazer. Seria contraditório reconhecer o direito à privacidade com respeito a outras questões da vida familiar e não reconhecer em relação a outros relacionamentos que são a base da família e sociedade.

A cláusula do Devido Processo e Décima Quarta emenda são conectadas de uma maneira profunda, embora eles estabelecem princípios independentes. Direitos implícitos na liberdade e direitos assegurados pela *Equal Protection* podem se basear em diferentes preceitos e não são sempre coextensivos, mas cada qual pode ser instrutivo para o significado e alcance do outro. (Estados Unidos, 2015a, p. 19)

Como se sabe, até 1937, sofrendo os influxos da ideologia liberal, a Corte voltava-se mais para efetivar direitos como liberdade e igualdade, que eram o âmbito de alcance do *Due Process*. Para tal empreendimento, foi necessário delinear uma compreensão que atribuisse à cláusula do *Due Process* não apenas uma dimensão processual, mas também substantiva, o que se efetivou por meio

de uma interpretação ampla da liberdade e igualdade. A adequação material entre normas estaduais e direitos de liberdade e propriedade torna-se objeto de controle, inspirando a efetividade de tais direitos. Surge assim o Devido Processo Substantivo³.

No entanto, é importante salientar a crítica presente no voto de *Justice Roberts* em *Obergefell v. Hodges* (Estados Unidos, 2015b): permitir que juízes não eleitos estabeleçam quais direitos são considerados como fundamentais e declarem a inconstitucionalidade de leis com base em tal determinação suscita questões sobre o papel do Poder Judiciário. Nas palavras do eminente *Justice* da Suprema Corte, “nossos precedentes têm insistido que os juízes devem ter o máximo de cuidado na identificação de direitos fundamentais implícitos” (Estados Unidos, 2015b, p. 11).

E conclui, de forma enfática, que: “Para que a liberdade protegida pela cláusula do *Due Process* não seja sutilmente transformada em preferências políticas dos membros dessa Corte”, tal dispositivo não pode ser interpretado como

3 A Corte consagrou a possibilidade de limitação das liberdades individuais apenas se houvesse adequação entre as finalidades pretendidas e os meios estabelecidos por leis, desde que os fins fossem considerados legítimos. A Corte sustentou a legitimidade da liberdade de contratar, resguardando a efetividade dos direitos relacionados a propriedade e trabalho. Assim, prevaleceu, em regra, a ideia de que direitos individuais não poderiam ser objeto de restrição pelo estado à luz de uma ideologia econômica e conservadora que se contrapunha à regulação social do trabalho. Segundo Schwartz (1979, p. 205), ao “afirmar a invalidade da lei, a Corte substituiu o julgamento do legislador pelo seu próprio e decidiu por si mesma que a lei não era razoavelmente relacionada a nenhuma das finalidades sociais para as quais o poder de polícia poderia ser validamente exercido”. A Suprema Corte não se limitava a analisar a relação de adequação entre meio útil e fins, investigando os fins pretendidos pelo legislador, o que criava espaço para a substituição da vontade deste. Para Schwartz (1979, p. 205), a Corte assumiu as funções de um superlegislador e de um “censor supremo da sabedoria da legislação”. No próprio julgamento de *Lochner*, o voto dissidente de Oliver Holmes sublinhou que seria função do legislativo a análise sobre qual seria a teoria econômica mais adequada, sustentando a compreensão do *Due Process* como teste de razoabilidade. A Corte Warren inaugura um dos momentos de maior ativismo judicial da história da Suprema Corte; foram decididos casos como *Brown v. Board of Education* (Estados Unidos, 1954). De fato, no caso *Brown*, a Suprema Corte baseou-se na *Equal Protection Clause*. Embora o Devido Processo não assumisse mais o mesmo papel proeminente que possuía na *Era Lochner*, ainda demonstrava um papel relevante. Há uma ampliação no objeto de alcance, sem que os parâmetros de aplicação da *Due Process Clause* se mantivessem estritos. Um exemplo é *Griswold v. Connecticut* (Estados Unidos, 1965). Há uma interpretação ampliativa do *Due Process Clause* nesse caso, no que se refere à interpretação do direito à liberdade. A compreensão ampla do direito à liberdade se refletiu em *Griswold* e precedentes anteriores que embasaram a linha argumentativa da decisão em *Obergefell v. Hodges*, como *Pierce v. Society of Sisters* (Estados Unidos, 1925) e *Meyer v. Nebraska* (Estados Unidos, 1923). Especificamente em *Griswold v. Connecticut* (Estados Unidos, 1965), *Justice Douglas* ressaltou que, embora não fosse papel da Corte assumir um papel de superlegislador em relação a problemas econômicos, comerciais e sociais, o caso tratava da constitucionalidade de uma lei que afetava a relação íntima entre marido e mulher e o papel do médico em um aspecto dessa relação. Outrossim, as garantias do *Bill of Rights* apresentam zonas de penumbra ou incerteza, como, por exemplo, a delimitação do alcance do direito à privacidade. A leitura ampliativa do conceito de liberdade, assim como do âmbito de alcance do devido processo legal expressou-se no voto dos *Justices Goldberg, Warren e Brennan*. Estes sustentaram que o conceito de liberdade protege aqueles direitos pessoais que são fundamentais e não se confina aos termos específicos do *Bill of Rights*. Aduziram que o conceito de liberdade contempla o direito marital de privacidade, não obstante tal direito não seja consagrado expressamente na Constituição. Ressaltam que o direito à privacidade é um direito fundamental que se revelou pelas inúmeras decisões, pela linguagem e história da 9ª Emenda. Por fim, concluem que tal interpretação reflete que “os Constituintes acreditavam que havia direitos fundamentais adicionais protegidos frente à ingerência governamental, que existem ao lado daqueles direitos fundamentais especificamente mencionados nas primeiras oito emendas” (Estados Unidos, 1965).

garantia de qualquer direito supostamente implícito (Estados Unidos, 2015b, p. 11). Essa “aplicação agressiva do devido processo substantivo quebra brusca-mente com décadas de precedente e leva a Corte a retornar a abordagem sem princípio da Era *Lochner*” (Estados Unidos, 2015b, p. 15).

Para embasar sua linha argumentativa, cita o caso *Dred Scott* (Estados Unidos, 1957), no qual a Corte invalidou compromisso de Missouri com base no fundamento de que legislação que restringia a instituição da escravidão violava os direitos fundamentais dos donos de escravos. *Justice Roberts* resgatou o voto dissidente de *Justice Curtis*, segundo o qual, quando regras fixas que governam a intenção da lei são abandonadas e opiniões teóricas dos indivíduos delimitam o significado da Constituição, “já não temos uma Constituição”. Estaríamos sob o governo de homens com o poder de declarar, segundo suas convicções, o significado da Constituição (Estados Unidos, 2015b, p. 15).

No entanto, sustento que tal linha argumentativa não atende aos desafios propostos por um constitucionalismo democrático juridicamente sensível aos direitos fundamentais de grupos estigmatizados. Como salienta *Justice Kennedy*, embora a democracia seja o meio adequado para mudança social e preservação da liberdade, os indivíduos que sofrem danos e humilhação não precisam esperar a ação legislativa para garantir a efetividade de um direito fundamental (Estados Unidos, 2015a). As Cortes devem ser abertas a indivíduos que sofrem danos e que pretendem reivindicar um direito fundamental consagrado na Constituição, apesar da existência de um desacordo público amplo, mesmo que o legislador se recuse a agir. A ideia, segundo *Justice Kennedy*, é de que a Constituição retira certas matérias das vicissitudes das controvérsia política e coloca estas além do alcance das maiorias e governantes, estabelecendo tais matérias como princípios a serem aplicados pelas Cortes.

Mas a questão fundamental para nossos propósitos é: como analisar tal crítica à luz dos pressupostos teóricos do constitucionalismo democrático? Post e Siegel (2007) sustentam ser equivocado compreender a relação entre concretização judicial constitucional e democracia como um “jogo de soma zero”, como se o aumento de um inspirasse necessariamente a redução do outro.

De fato, “como” e “se” um tribunal deve concretizar o direito é um julgamento contextual que necessita ser analisado em nível de casos individuais por meio do exercício do raciocínio jurídico (Post; Siegel, 2007, p. 403). Ademais, como sustenta *Justice Kennedy*, as gerações que escreveram e ratificaram o *Bill of Rights* não presumiram conhecer o alcance da liberdade em todas suas dimensões e, portanto, elas confiaram às gerações futuras a tarefa de proteger o direito de todas as pessoas à liberdade expressa na *Due Process Clause*, delimitando seu sentido.

Outrossim, segundo *Justice Kennedy*, a garantia dos direitos fundamentais não é submetida ao voto e não depende do resultado das eleições; mesmo com a invalidação em *Bowers* (Estados Unidos, 1986), os efeitos substanciais das injúrias e os danos à dignidade permaneceram muito tempo depois de *Bowers* ser revertido em *Lawrence v. Texas* (Estados Unidos, 2003). Nesse sentido, partiu também de uma perspectiva psicológica estabelecida em *Windsor*, quando sublinhou que *The Defense of Marriage Act* produz o efeito de injuriar “aqueles casais aos quais o Estado, por meio de leis matrimoniais, protege a personalidade e dignidade” (Estados Unidos, 2013b).

Nesse caso, *Justice Kennedy* sublinhou que, ao tratar aquelas pessoas como vivendo casamentos menos respeitados que outros, *The Defense of Marriage Act* violava o direito à liberdade protegido pelo *Due Process Law* e *Equal Protection Clause*. Desde *Windsor* (Estados Unidos, 2013b), *Kennedy* percebeu a relação íntima entre *Equal Protection* e *Due Process*. Sob essa ótica, assevera *Kennedy* que “a Cláusula da *Equal Protection* prevista na Décima Quarta Emenda torna o direito previsto na Quinta Emenda mais específico e melhor compreendido e preservado” (Estados Unidos, 2013b).

Já em *Obergefell v. Hodges*, *Justice Kennedy*, interpretando a *Equal Protection*, salienta que a Corte “tem reconhecido que novos *insights* e compreensões societais podem revelar desigualdade injustificada dentro das nossas instituições mais fundamentais que outrora passavam sem ser notadas ou desafiadas” (Estados Unidos, 2015a, p. 20).

E em passagem conclusiva, postula: 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 direito e tal liberdade”. Em suma, tal liberdade não mais pode ser negada a eles.

Em seu voto dissidente, *Justice John Roberts* enfatiza que “a maioria pode estar certa de que a história do casamento é tanto de continuidade como de mudança, mas o cerne do significado do casamento tem permanecido” (Estados Unidos, 2015b). Nesse sentido, cita diversos precedentes que confirmariam o papel procriativo do casamento como *Loving* (Estados Unidos, 1967), *Zablocki v. Redhail* (Estados Unidos, 1978), *Skinner v. Oklahoma* (Estados Unidos, 1942).

Nesse particular, assevera *Justice Roberts* que nenhum dos precedentes citados pelo voto majoritário sustenta a mudança do cerne da definição do casamento como uma união de um homem e uma mulher. Postula que o casamento inter-racial invalidado em *Loving v. Virginia* (Estados Unidos, 1967) era definido como uma união entre um homem e uma mulher da mesma raça. Nesse sentido, procurando desconstruir a linha argumentativa da decisão majoritária, sublinha que remover barreiras raciais ao casamento não implica mudar o ser cerne.

Nessa perspectiva, para *Justice Roberts*, não se trata de leis criminalizando a sodomia, como em *Lawrence v. Texas*, pois as leis que estabelecem o casamento como união entre homem e mulher não envolvem intrusão do governo. Enfatiza que “[...] casais do mesmo sexo permanecem livres para viverem juntos, se engajarem em condutas íntimas e constituírem suas famílias como eles entenderem” (Estados Unidos, 2015b, p. 17).

E sintetiza: “Nem os peticionários nem a maioria cita um único caso ou outra fonte legal fornecendo qualquer base para tal direito constitucional” (Estados Unidos, 2015b, p. 17). Menciona que, embora o direito à privacidade, reconhecido nos precedentes, tenha assumido um papel relevante na proteção da intimidade de casais entre pessoas do mesmo sexo, ele não fornece base legal para redefinir a instituição do casamento.

Em uma estratégia argumentativa que se situa entre a ênfase na concepção tradicional de matrimônio e o recurso à ironia, questiona: se os casais do mesmo sexo possuem o direito de casar porque suas crianças sofrem estigma ao perceberem suas famílias como menos valorosas, por que não aplicar o mesmo raciocínio às famílias de três ou mais pessoas que têm crianças?

Outrossim, segundo *Justice Roberts*, Cortes Federais “são instrumentos cegos quando elas vão criando direitos. Elas têm poder constitucional apenas para resolver casos e controvérsias concretos. Elas não têm flexibilidade dos legisladores para tratar de questões dos partidos”. As Cortes não podem “antecipar problemas que podem surgir do exercício de um novo direito” (Estados Unidos, 2015b, p. 27).

Por sua vez, de acordo com *Justice Scalia*, é inquestionável que o povo que ratificou a 14ª Emenda em 1868 não compreendia se ela proibia ou não a limitação do casamento a casais entre sexo oposto, razão pela qual sustenta que o debate público deve continuar e não deve ser interrompido por uma decisão ativista da Corte. Não se presume que as gerações que escreveram e ratificaram o *Bill of Rights* e a Décima Quarta Emenda conheciam a dimensão da liberdade em todas as suas dimensões. Assim, elas “deixaram a criação de liberdades adicionais, tal como a liberdade de casar com alguém do mesmo sexo, através do processo nunca definitivo da legislação” (Estados Unidos, 2012c, p. 5).

Na interpretação de *Justice Scalia*, ao invés de basear o julgamento nas compreensões do povo sobre liberdade no momento da ratificação ou nos dias atuais, a decisão majoritária baseia-se em quatro princípios e tradições que supostamente proibiriam os estados de limitarem a instituição do casamento como uma união entre homem e mulher. Um sistema de governo que torna as decisões do povo subordinadas às escolhas de nove *Justices* não eleitos “não merece ser chamado de democracia” (Estados Unidos, 2012c, p. 5).

A seu turno, segundo *Justice Thomas*, a decisão da maioria desconsidera a “compreensão mais plausível de liberdade protegida por essa cláusula e distorce os princípios nos quais a nação foi fundada” (Estados Unidos, 2012d, p. 18). Invoca uma concepção de liberdade que os *Framers* nunca reconheceram. Essa distorção ignora o texto e inverte o relacionamento entre o indivíduo e o Estado. Assim como *Justice Roberts*, destaca o perigo de tratar o Devido Processo em sua dimensão substantiva, com efeitos negativos que criam a possibilidade de que juízes imponham suas visões pessoais em detrimento do processo democrático da Nação inteira.

E, mesmo que a doutrina do devido processo substantivo fosse defensável, o que para *Justice Thomas* não é, os peticionários ainda não teriam direito ao reconhecimento da inconstitucionalidade da limitação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ao invocar a proteção da cláusula do devido processo – substantivo ou processual –, as partes primeiramente deveriam identificar uma privação da “vida, liberdade e propriedade”. A alegação de que as leis dos estados violariam a liberdade não encontra qualquer significado plausível na interpretação das cláusulas do *Due Process of Law*.

Na perspectiva de *Justice Thomas*, o termo liberdade refere-se a poder de locomoção, de mudar de lugar, sem sofrer encarceramento ou restrição a menos no curso do processo. *Justice Thomas* resgata as raízes históricas que delimitam a interpretação das cláusulas de forma coerente com o texto constitucional. Aduz que os *Framers* resgataram a formulação de Blackstone, adotando provisões nas Constituições estaduais que copiaram a linguagem da Magna Carta, mas a modificaram para referir-se à “vida, liberdade e propriedade.”

Justice Thomas argumenta que decisões estaduais interpretando essas provisões no período entre a fundação e a Décima Quarta Emenda passaram a delimitar o sentido da palavra “liberdade” como uma esfera independente de coação física. Ao aprovarem a *Due Process Clause*, os *Framers* interpretaram as expressões “vida, liberdade e propriedade” diferentemente da utilização do uso da linguagem da Magna Carta feita pelos Estados”. *Justice Thomas* conclui que a *Fifth Amendment* usa o termo “liberdade” em sentido estreito, razão pela qual a decisão majoritária não poderia distorcer seu significado original. Na sua interpretação, a despeito da sinergia entre as duas cláusulas, a decisão majoritária usou a *Equal Protection Clause* apenas para embasar a análise da aplicação do *Due Process Clause*, “ambas baseadas em uma proteção constitucional imaginária e em uma visão revisionista da nossa história e tradição” (Estados Unidos, 2015d, p. 3).

Justice Thomas sublinha que, ainda que se assuma que a cláusula ‘liberdade’ possua um significado maior que a mera ideia de liberdade face à coação física, ela não inclui os tipos de direitos regatados na decisão majoritária. Assim,

“[...] na tradição legal americana, liberdade tem sido compreendida como liberdade individual face à ação governamental, não como um direito a um benefício governamental específico” (Estados Unidos, 2015d, p. 7). E os peticionários não têm sido presos ou impedidos fisicamente pelos estados de participar de relacionamentos com pessoas do mesmo sexo.

Diferentemente, eles têm vivenciado tais uniões, criado crianças em paz, realizado cerimônias civis nos estados que legalizaram tais uniões e privados de cerimônias religiosas em todos os estados. Mas a crítica de *Justice* Thomas é direcionada ao fato de os peticionários pretenderem, à luz da cláusula da “liberdade”, ter direitos de acesso a privilégios e benefícios governamentais, como receber atestado de óbito, benefícios monetários, incluindo redução de imposto após morte do esposo, compensação previdenciária no caso de morte do esposo por acidente de trabalho.

Destaca *Justice* Thomas que a atribuição de benefícios e reconhecimento governamental não corresponde à compreensão de liberdade estabelecida pelos *Framers*. Afirma que nenhum dos casos citados na decisão majoritária diz respeito a reconhecimento governamental e benefícios associados ao casamento. Aduz que, em nível filosófico, liberdade é uma esfera livre da ação governamental, não direito a benefícios governamentais, e, como matéria constitucional, ela deve ser interpretada em uma dimensão mais estreita para contemplar a proibição à coação física e ao encarceramento.

Uma discussão interessante subjacente aos votos dissidentes dos *Justices* Kennedy, Scalia, Alito e Roberts é aquela relativa às fontes dos direitos fundamentais. Alguns termos constitucionais são claros, enquanto outros são dotados de um caráter vago, de textura aberta ou com sentidos ambíguos. Seria a liberdade comercial protegida pela Primeira Emenda? A Décima Quarta Emenda protege o direito de morrer? Na história do constitucionalismo norte-americano, a tradição tem sido frequentemente resgatada para preencher as lacunas que surgem no texto constitucional.

Sunstein (2001), em *Designing Democracy*, estabelece dois argumentos que demonstram como direitos fundamentais podem se basear em fundamentos diversos da tradição sem violar valores democráticos. O primeiro argumento resgata a velha ideia de desuso. Se uma lei é fundada em uma norma social que não tem mais apoio público, tal lei não pode mais ser considerada vinculante, salvo em raras ocasiões. Na concretização do direito constitucional, a tradição tem sido utilizada como fonte importante de direitos constitucionais, sobretudo na interpretação da *Due Process Clause*. Sunstein (2001) cita o julgamento em *Griswold* (Estados Unidos, 1965), no qual a Corte baseou-se na tradição da privacidade matrimonial, porquanto, para alguns *Justices*, a história anglo-americana nunca tinha proibido o uso de contraceptivos no casamento.

Para Sunstein (2001), entretanto, o problema da proibição não é que a vedação do uso de contraceptivos no casamento não encontra apoio em velhas tradições, mas que ela não tem base em convicções modernas. Nesse sentido, defende que o raciocínio correto seria o de que a proibição não encontra apoio no sentimento público comum, ofendendo o devido processo processual.

A concretização de direitos fundamentais por referência à tradição também se refletiu em *Bowers v. Hardwick*. A Suprema Corte afirmou que o direito de se engajar em tal conduta é “profundamente enraizada na história e tradição da Nação” e está implícita no conceito de liberdade (Estados Unidos, 1986). *Justice Burger*, por sua vez, sublinhou que “decisões de indivíduos relacionadas à conduta *homossexual* têm sido sujeitas a intervenção do estado através da história da civilização ocidental” (Estados Unidos, 1986).

Sunstein (2001) entende que *Bowers v. Hardwick* (Estados Unidos, 1986) teria sido incorretamente decidido. A existência de leis contra sodomia, usadas com o propósito de discriminar cidadãos americanos, é suscetível de objeção não por violar a privacidade, mas por afrontar a regra da democracia. A persecução criminal seria inconstitucional não em razão do direito geral à privacidade, mas por razões procedimentais. Uma lei que não encontra mais apoio público não pode ser efetivada pelo Estado. *Bowers*, segundo Sunstein (2001), deveria ser tratado como um caso de igualdade, pois envolve a política de coação do estado, no qual a polícia constrange homossexuais, e não heterossexuais.

Nesse ponto, sustenta que a discriminação por orientação sexual é ilegítima, mas conclui que o papel dos juízes na sociedade deve ser modesto. Argumentos sobre direitos constitucionais devem potencializar a democracia e não se contrapor a esta.

Um aspecto interessante é que, para Sunstein (2001), *Justice Scalia* e outros *Justices* frequentemente usam a tradição como modo de limitar a intervenção judicial no processo democrático em nível estadual e local. Nesse ponto, *Justice John Roberts* (Estados Unidos, 2015, b), em *Obergefell*, salienta que:

O propósito de insistir que direitos fundamentais implícitos têm raízes na história e tradição do nosso povo é assegurar que, quando juízes não eleitos invalidam leis democraticamente aprovadas; eles o fazem baseados em algo mais que suas próprias crenças. A Corte hoje não apenas negligenciou a história e tradição inteira do nosso país, mas ativamente repudiou-a preferindo viver somente dias precipitados do aqui e agora. [...] mas a sua própria cegueira é cheia de arrogância e insensata.

Sustenta *Justice Roberts* que leis proibindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo não violam *Equal Protection Clause*, pois a distinção entre casais

é relacionada racionalmente ao interesse estatal legítimo de preservar a instituição tradicional do matrimônio (Estados Unidos, 2015b).

No mesmo sentido, *Justice Alito* postula que, para impedir que juízes não eleitos imponham suas visões de liberdade ao povo americano, a Corte tem sustentado que a “liberdade” sob a *Due Process Clause* deve ser compreendida para contemplar somente aqueles direitos que são profundamente enraizados na história e tradição da nação (Estados Unidos, 2013e). *Justice Alito* conclui que o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não é profundamente enraizado na história norte-americana, razão por que tal inovação deveria ser estabelecida pelo corpo legislativo e não por juízes não eleitos. Para *Alito*, a decisão majoritária usurpa o direito do povo de decidir se pretende manter ou mudar a compreensão tradicional de casamento.

De acordo com *Sunstein* (2001), em *Designing Democracy*, há duas motivações para o recurso à tradição pelos *Justices* como forma de minimizar o ativismo judicial. Em primeiro lugar, porque seria implícito ao argumento de que a Constituição seria preservativa ou, pelo menos, de que as Cortes deveriam assumi-la como dotada de tal atributo. Assim, seguindo esse raciocínio, quando as Cortes efetivam direitos, deveriam fazê-lo em nome de julgamentos sociais consolidados, e não a partir de suas concepções particulares sobre o justo e o bem.

O segundo motivo seria a crença de que o devido processo substantivo, por si só, seria ilegítimo, e o uso da tradição, como fonte de direitos, minimiza o prejuízo estabelecido pelo devido processo substantivo, não o eliminando completamente, mas aplicando-o de maneira estreita, de forma a reduzir a probabilidade de um ativismo judicial ilegítimo. Assim, tal motivação estaria implícita na estrutura argumentativa do voto de *John Roberts*, pressupondo que o valor da tradição estaria na sua capacidade de limitar a discricionariedade judicial na invalidação de leis aprovadas democraticamente.

Sunstein postula que *Justices Scalia* e *Thomas* têm recorrido à tradição como fonte de direitos fundamentais naqueles casos em que o texto constitucional não é claro. É nesse sentido que *Sunstein* (2001, p. 68) defende uma Constituição transformativa insuscetível de tentar “preservar um passado idealizado”, mas capaz de “apontar o caminho para um futuro ideal”. O autor exemplifica a Constituição da África do Sul, que eliminou o trágico legado histórico do *Apartheid*. No caso específico do direito norte-americano, *Sunstein* atribui ênfase à *Equal Protection Clause*, por seu potencial eminentemente crítico relativamente às tradições.

[...] uma parte significativa do direito constitucional, na maioria das nações, é enfaticamente transformativa. Ela envolve a avaliação crítica da tradição por referência a fontes do direito e argumentos morais para os quais tais fontes, corretamente

mente interpretadas, atraem a atenção. A Cláusula da *Equal Protection* é melhor compreendida ao incorporar um princípio de igualdade que proíbe discriminação por raça ou sexo, mesmo se tais formas de discriminação são consolidadas. (Sunstein, 2001, 77)

Sunstein conclui que, diferentemente do devido processo substantivo, a *Equal Protection Clause* possui maior potencialidade para contrapor-se a tradições assimétricas, especialmente em casos relacionados à desigualdade racial ou sexual. Tal princípio, segundo o autor, não encontra justificção baseada em práticas tradicionais, operando como avaliação crítica destas.

Por sua vez, Neil Siegel e Reva Siegel (2013) enfatizam que a *Equal Protection* é um texto amplamente venerado pelos americanos, por meio do qual estes, em todo espectro político, têm estabelecido reivindicações. Na medida em que a Suprema Corte reconhece o direito ao aborto como um direito de igualdade, uma Corte futura estaria menos inclinada a revogar o referido direito, tendo em vista um aumento da legitimidade constitucional.

Com efeito, o raciocínio dos autores está em sintonia com a fundamentação de *Justice Kennedy*, pois, para a autora, uma leitura constitucional que articule os valores da liberdade e igualdade inspira um equilíbrio político e uma legitimação constitucional mais persuasiva do que a argumentação focada apenas no devido processo substantivo.

4 O VOTO DE JUSTICE ROBERTS: OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO DO *BACKLASH* AO DIREITO ANTIDISCRIMINAÇÃO A PARTIR DAS CRÍTICAS DE NEJAIME E SIEGEL

É mister salientar que *Justice John Roberts* ponderou que a decisão da maioria cria sérios problemas de liberdade religiosa, porquanto muitas pessoas decentes se opõem ao casamento entre pessoas do mesmo sexo como uma questão de fé e consciência religiosa, de forma que sua liberdade de exercer a religião, diferentemente do direito implícito vislumbrado pela maioria, é consagrado na Constituição. Ressalva que vários estados que adotavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo incluíram acomodações para prática religiosa (Estados Unidos, 2015b).

O problema a ser enfrentado é o fato de que reivindicações de consciência baseadas na cumplicidade são orientadas a terceiros que não compartilham das crenças e podem revelar um potencial “distinto de impor danos materiais à dignidade de terceiros”. Em *Thomas v. Anchorage Equal Rights Commission* (Estados Unidos, 2000), uma Corte de Apelação do Nono Circuito reconheceu a reivindicação de isenção do direito antidiscriminação do Estado para locadores que se recusassem a alugar a casais não casados, baseada na crença de que facilitar a coabitação de qualquer maneira é o mesmo que facilitar o pecado.

Diante dessa estrutura conceitual, nas palavras de Siegel e Nejaime (2015, p. 2528), “quando o legislador confrontou a expectativa de acomodar essa reivindicação, legisladores se preocuparam que conceder reivindicações de isenção religiosa e leis locais antidiscriminação poderiam causar danos a grupos vulneráveis de cidadãos incluindo lésbicas, gays, homens, pais não casados”.

Em *Burwell v. Hobby Lobby* (Estados Unidos, 2014), religiosos reivindicaram a isenção legal da exigência dos empregadores de fornecer seguro de saúde aos seus empregados para cobrir formas de contraceptivos consideradas pelos reclamantes como pecaminosas. Pela primeira vez, a Suprema Corte reconheceu a reivindicação de crença religiosa de uma sociedade sem fins lucrativos, mas limitou estritamente a sociedades. A decisão representou uma interpretação do *Religious Freedom Restoration Act*, mas não abordou se tais sociedades são protegidas pela cláusula do livre exercício da religião prevista na Primeira Emenda.

A Suprema Corte declarou inconstitucional uma regulação adotada pelo *U.S. Department of Health and Human Services*, que determinava aos empregadores a obrigação de fornecer contraceptivos a mulheres empregadas. A decisão majoritária da Suprema Corte pressupôs que o impacto da acomodação não causaria danos às trabalhadoras mulheres, pois estas poderiam receber o benefício do governo.

Para Nejaime e Siegel, embora as opiniões em *Hobby Lobby* demonstrem uma preocupação em relação a danos a terceiros, “não examina os tipos de danos que a acomodação baseada nas reivindicações de consciência baseada na cumplicidade podem infligir, nem oferecem orientação sobre como princípios relacionados com os danos poderiam se aplicar a casos futuros” (Nejaime; Siegel, 2015, p. 2532). De fato, a decisão tem sido resgatada para fundamentar reivindicações de consciência baseadas na cumplicidade, inclusive para isenções legais antidiscriminação que exigiam que donos de negócios servissem casais do mesmo sexo e de ordens executivas federais proibindo a discriminação no emprego por contratantes federais.

Nejaime e Siegel (2015) demonstram como líderes políticos estão incitando atores religiosos dentro um movimento amplo expresso por coalizões com linhas religiosas confessionais. Em coordenação com partidos políticos, “a cumplicidade oferece uma linguagem compartilhada e modo de raciocínio que as pessoas podem empregar nesses conflitos para tematizar objeções que estão enraizadas em diferentes crenças e convicções, que são tanto religiosas como seculares” (Nejaime; Siegel, 2015, p. 2543).

Essa linguagem preservaria a moralidade da sociedade como um todo. No entanto, como as condições sociais do conflito mudaram, os argumentos

baseados na moralidade tradicional não revelam mais potencial persuasivo, de forma que os atores sociais têm redirecionado a estratégia argumentativa em direção à lógica da acomodação fundamentada na ideia de cumplicidade.

A mobilização política, além de ampliar os efeitos da acomodação, pode ampliar ao invés de resolver o conflito. Segundo Nejaime e Siegel (2015), desde a eleição de Reagan, líderes republicanos estimularam protestantes evangélicos a se engajarem na política, tendo em vista uma causa política comum que envolvia católicos contrários à descriminalização do aborto, surgindo uma coalização confessional de cristãos perseguindo fins conservadores e tradicionais. O exemplo evidente é a *Manhattan Declaration* (Estados Unidos, 2009). Essa Declaração proclama que cristãos devem se unir em torno de princípios centrais: a santidade da vida humana, a dignidade do casamento como união entre homem e mulher e a liberdade de religião.

A Declaração refere-se a reivindicações de consciência baseada na cumplicidade sobre questões de saúde e casamento. Une as diversas tradições religiosas por meio de uma base comum, expressando uma coalizão confessional que questiona o casamento entre pessoas do mesmo sexo aborto e contraceptivos, defendendo o sexo para fins procriativos. Esses movimentos, que reivindicam a objeção de consciência baseada na cumplicidade, agem em articulação com o Partido Republicano.

A Plataforma do Partido Republicano de 2012 enfatizava o apoio a uma emenda constitucional que definisse o casamento como uma união entre homem e mulher, tratando “questões de assistência à saúde, casamento gay e aborto sob a bandeira de uma guerra na religião” (Estados Unidos, 2012). Apóia que as reivindicações baseadas na cumplicidade não se restringem aos princípios da plataforma do partido, contemplando também leis de recusa à assistência à saúde.

Segundo Nejaime e Siegel (2015), essas reivindicações de isenção legal têm se expandido por meio do conceito de cumplicidade. Diversos estados que já permitiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo aprovaram legislações ressaltando que as denominações e clérigos não teriam obrigação de celebrar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Esses atores equiparam-se aos médicos e enfermeiras amparados por leis que defendem a recusa de assistência à saúde e que se abstêm de realizar aborto ou esterilização. A grande questão é que há um movimento de expansão dessas reivindicações de isenção por motivo de cumplicidade, alcançando não apenas padres, mas também padeiros, floristas, ou seja, essas reivindicações de isenção se movem além dos serviços relacionados ao matrimônio. Citem-se, como exemplo, projetos de lei propostos por atores sociais conservadores que garantem, a alguns empregadores, a prerrogativa de se recusarem a fornecer seguros

de saúde a seus empregados, tudo segundo a lógica da objeção de consciência por cumplicidade.

A esse respeito, podemos exemplificar a Carta de Robin Wilson a Pat Quinn, Governador de Illinois (Wilson, 2012). A Carta analisa os efeitos potenciais do casamento entre pessoas do mesmo sexo em relação à consciência religiosa. Defende que indivíduos e organizações podem se recusar a fornecer serviços para casamento, para resguardar liberdade de consciência, enquanto assegura que a recusa não cria dificuldades substanciais para o casal procurar o serviço.

A Carta afirma que não pretende defender ou se opor ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas criar um caminho intermediário que atenda às necessidades do casal enquanto respeita a liberdade religiosa. Aduz que “a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo não restrinja o direito inalienável da liberdade religiosa”.

Solicita que não pode ser exigido de nenhuma organização religiosa ou confessional, assim como organizações de caridade ou de propósitos educacionais que é supervisionada, controlada ou em conexão com organização religiosa ou indivíduo empregado por qualquer das organizações supracitadas: (1) fornecer serviços, acomodações, vantagens, utilidades, bens ou privilégios com o propósito relacionado à celebração de qualquer casamento; ou (2) solenizar qualquer casamento; ou (3) tratar como válido qualquer casamento se tal fornecimento, solenidade ou tratamento como válido levasse a tais organizações ou indivíduos a violar suas crenças religiosas sinceras.

Propõe também que nenhum indivíduo, proprietário ou pequeno empresário seja obrigado a fornecer bens ou serviços que assistam ou promovam a celebração de qualquer casamento ou fornecer assistência psicológica ou outros serviços que facilitem diretamente a perpetuação de qualquer casamento. Dispensa também a obrigatoriedade do empregador de fornecer benefícios a qualquer cônjuge de empregado, além do proprietário de fornecer moradia a qualquer casal casado se o fornecimento desses bens, quando serviços ou benefícios ou moradia, violarem suas crenças religiosas.

Tais ressalvas não se aplicariam se o casal é inábil para obter bens, serviços ou benefícios de emprego ou moradia sem dificuldades substanciais. E, em se tratando de funcionário dos governos, outro funcionário deverá estar disposto a prestar o serviço sem inconveniência ou atraso. Sustenta que oficiais judiciais não podem ser obrigados a celebrar casamento se essa celebração viola suas crenças religiosas sinceras. Uma vez que a exceção do prejuízo poderia “forçar organizações ou indivíduos a violar suas crenças religiosas, ela deve ser aplicável somente em casos de prejuízo substancial, não meramente inconveniência ou dano simbólico” (Estados Unidos, 2012, p. 6).

Tal exemplo evidencia o argumento de Nejaime e Siegel (2015), segundo o qual objeções de consciência baseadas na cumplicidade podem funcionar como um movimento amplo de contestação às mudanças sociais que vinham ocorrendo nos EUA, já que, mesmo antes da decisão da Suprema Corte, 37 estados e a capital, Washington, já admitiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo ocorrido um crescimento do apoio dos americanos e da opinião pública a tais uniões.

Portanto, a lógica da cumplicidade oferece uma estratégia argumentativa secular mais persuasiva para oposição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. O objetivo não era apenas restringir o reconhecimento legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas restringir as leis antidiscriminação de diversos estados que incluíam a vedação à discriminação por orientação sexual, o que estimulou, como reação, a expansão das isenções legais já existentes. Já nos estados sem leis antidiscriminação por orientação sexual, parlamentares tentavam restringir qualquer surgimento de obrigações antidiscriminação futuras.

E antecipando a decisão da Suprema Corte, o *Marriage and Religious Freedom Act* (Estados Unidos, 2014) proibia o governo federal de tomar “uma reação adversa contra uma pessoa, com base que tal pessoa age de acordo com a crença religiosa de que o casamento deveria ser reconhecido como uma união de um homem e mulher, ou de que relações sexuais são adequadamente reservadas a tal casamento”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O minimalismo judicial pressupõe que as Cortes somente podem atuar de forma maximalista em questões que envolvem desacordos morais relativos a controvérsias constitucionais quando há um amplo consenso social preexistente que legitime tal decisão judicial, sob pena de inspirar o *backlash*. Este é considerado como uma ameaça para a coesão social. O constitucionalismo democrático, em contrapartida, examina as práticas comunicativas dos cidadãos e movimentos sociais que promovam a coesão social e o engajamento deliberativo em condições de heterogeneidade normativa.

À luz do debate entre o constitucionalismo democrático e o minimalismo judicial, sustento que o *backlash* não é uma ameaça à coesão social e estabilidade democrática. De um lado, segundo Post e Siegel (2007), tal divergência interpretativa entre os atores sociais leva a cada lado da disputa responder ao lado oposto com argumentos contrários, forjando “novas compreensões constitucionais” que nutrem o constitucionalismo.

De outro lado, as decisões ativistas da Corte não são único fator responsável pelo *backlash*. Mas ação legislativa – como a passagem da Legislação

de Direitos Civis e a ratificação estadual da *Equal Rights Amendment* –, assim como política ordinária também provocam “refluxo”.

As decisões em *Hollingsworth v. Perry* (Estados Unidos, 2013a) e *Windsor v. United States* (Estados Unidos, 2013b), ainda que não tenham reconhecido o casamento entre pessoas do mesmo sexo em nível nacional, contribuíram para mudar a opinião pública em torno da aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A grande virtude de *Windsor* foi a pretensão de reparar danos materiais e a dignidade que leis podem estabelecer sobre minorias sexuais estigmatizadas. E decisões judiciais que se contrapõem a práticas tradicionais inspiram inevitavelmente o *backlash*, “porque impugnaram autoridade e autocompreensão daqueles que definem a si próprios através da tradição” (Siegel, 2013, p. 80).

Desse modo, defendo a relevância do Poder Judiciário na construção de sentidos inerentes a princípios constitucionais que são introduzidos no debate democrático e apropriados por minorias estigmatizadas em lutas por reconhecimento. Post e Siegel (2007) asseveram que a sensibilidade do direito constitucional aos cidadãos e movimentos sociais potencializa sua legitimidade democrática.

Portanto, compreendo, com base em *Justice Kennedy*, que a articulação entre liberdade e igualdade pode identificar e corrigir desigualdades e assimetrias na instituição do casamento, reconstruindo as práticas sociais vigentes. *Justice Kennedy* cita vários casos que confirmam a relação dinâmica entre liberdade e igualdade, entre os quais se destaca *Loving v. Virginia* (Estados Unidos, 1967), no qual a Corte invalidou a proibição ao casamento interracial à luz da *Equal Protection* e *Due Process Clause*⁴.

Não se trata de transformar sutilmente o *Due Process* em uma licença para que os *Justices* imponham suas convicções morais, tal como assentou *Justice Roberts*, mas de afirmar o papel contramajoritário e relevante da Suprema Corte norte-americana na efetivação de direitos fundamentais de minorias sexuais sujeitas a contextos de subordinação, tendo em vista uma relação dinâmica e o potencial persuasivo da conexão entre a *Equal Protection Clause* e *Due Process Clause*.

Como sustenta *Justice Kennedy*, não obstante o processo democrático seja o mecanismo mais adequado para transformação social e proteção da liberdade, os indivíduos submetidos a situações de humilhação não têm a obrigação de esperar a atuação legislativa que efetive um direito fundamental, razão pela qual as Cortes devem se manter abertas a suas reivindicações, ainda que haja um desacordo público na sociedade (Estados Unidos, 2015a).

4 Outros exemplos citados são: *Zablocki* (Estados Unidos, 1978), *M.L.B. v. S.L.J.* (Estados Unidos, 1996) e *Eisenstadt v. Baird* (Estados Unidos, 1972), *Skinner v. Oklahoma* (Estados Unidos, 1942).

Não obstante, a reação polarizada às decisões em *Hollingsworth v. Perry* (Estados Unidos, 2013a) e *Windsor v. United States* (Estados Unidos, 2013b) levou alguns teóricos a sustentar que as Cortes são impotentes para conduzir a mudanças sociais profundas em instituições como o matrimônio. Em verdade, como salienta Siegel (2013), tanto decisões judiciais como leis desafiando compreensões tradicionais do casamento podem suscitar o *backlash*. Determinadas leis sobre igualdade também podem desencadear, de maneira indireta, tal conflito. A efetivação do direito à igualdade, seja pela via legislativa, seja pela judicial, inevitavelmente inspirará *backlash*.

Ademais, segundo Nejaime e Siegel (2015), o *backlash* decorrente das objeções de consciência baseadas na cumplicidade já se inseria em um movimento amplo de contraposição às transformações sociais que vinham ocorrendo nos EUA e ao estabelecimento de leis antidiscriminação que proibiam a discriminação por orientação sexual.

Em suma, sustento, com base em Siegel, que a acomodação pode permitir a “preservação através da transformação: “Quando regime legal existente é desafiado com sucesso de maneira que suas regras e razões não mais parecem persuasivas e legítimas, seus defensores podem adotar novas regras e razões que preservam elementos do regime desafiado” (Siegel, 2015, p. 2553). Dessa maneira, a acomodação pode ser uma forma de perpetuar o *backlash* de maneira renovada.

Sob esse aspecto, propugno que os opositores do casamento entre pessoas do mesmo sexo agora adaptem seus argumentos à luz de um suposto “ideal da razão pública”, nos termos rawlsianos, e resgatem diferentes justificações para excluir casais do mesmo sexo do direito ao casamento, referindo-se ao papel procriativo ou que a preservação do casamento tradicional protegeria a liberdade religiosa. Nesse sentido, como salientam Siegel e Nejaime (2015), declaram-se como uma efetiva minoria, buscando isenções legais que protegem a liberdade religiosa.

Exatamente para romper com concepções assimétricas de mundo, assume relevância o papel contramajoritário e pedagógico da jurisdição constitucional. Para Siegel (2013, p. 82), nos casos envolvendo casamento, as Cortes “exercem autoridade indiretamente quando elas introduzem questões constitucionais na deliberação democrática, tornando passíveis de serem ouvidas as vozes minoritárias e informando o conflito político com valores constitucionais”. No entanto, ao dismantelar julgamentos baseados em concepções assimétricas de mundo, o direito da igualdade pode também “ampliar as vozes daqueles que desafiam a tradição mesmo quando estimula a desigualdade a assumir novas formas” (Siegel, 2013, p. 82).

Diante do exposto, propugno que a efetivação judicial dos valores da igualdade e concretização de transformações sociais que reconstróem práticas vigentes pode suscitar mudanças de maneira paradoxal. Se, por um lado, pode inspirar a polarização de grupos contrários ao sentido das mudanças suscitadas pela atuação proeminente do Judiciário, pode também fortalecer a capacidade de luta de minorias estigmatizadas contrariamente a práticas tradicionais conservadoras.

Outrossim, diferentemente do que afirma Sunstein, os conflitos interpretativos em torno de significados constitucionais controversos são essenciais para garantir a potencialidade do constitucionalismo democrático em inspirar legitimidade democrática, engajamento político de minorias e articulação dos movimentos sociais em lutas por reconhecimento na esfera pública.

REFERÊNCIAS

ESTADOS UNIDOS. Marriage and Religious Freedom Act. H.R. 3133-113th -Congress (2013-2014). Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/3133>>. Acesso em: 1º jul. 2015.

_____. Manhattan Declaration: A Call of Christian Conscience. Manhattan Declaration, 2009. Disponível em: <http://www.manhattandecclaration.org/man_dec_resources/Manhattan_Declaration_full_text.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2015.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. Dred Scott v. Stanford. 60 U.S. 393. Dred Scott v. John Stanford. Opinião Majoritária: *Justice* Taney. Washington D.C. Decidido em 6 de março de 1857.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. Meyer v. Nebraska. 262 U.S. 390. Meyer v. State of Nebraska. Opinião Majoritária: *Justice* McReynolds. Washington D.C. Decidido em 4 de junho de 1923.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. Pierce v. Society of Sisters. 268 U.S. 510. Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary. Opinião Majoritária: *Justice* McReynolds. Washington D.C. Decidido em 1º de junho de 1925.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. Skinner v. Oklahoma. 316 U.S. 535. Skinner v. State of Oklahoma. Opinião Majoritária: *Justice* Douglas. Washington D.C. Decidido em 1º de junho de 1942.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. Brown v. Board of Education. 347 U.S. 483. Oliver Brown, *et al.*, v. Board of Education of Topeka, *et al.* Opinião Majoritária: *Justice* Warren. Washington D.C. Decidido em 17 de maio de 1954.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. Loving v. Virginia. 388 U.S. 1. Richard Perry Loving, Mildred Jeter Loving v. Virginia Opinião Majoritária: *Justice* Warren. Washington D.C. Decidido em 10 de abril de 1967.

_____. Suprema Corte. Writ of Certiorari. *Griswold v. Connecticut*. 381 U. S. 479/1965. *Estelle Griswold e Lee Buxton v. Connecticut*. Opinião Majoritária: *Justice Douglas*. Washington D.C. Decidido em 7 de junho de 1965.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Eisenstadt v. Baird*. 405 U.S. 438. *Thomas Eisenstadt, Massachusetts v. William Baird*. Opinião Majoritária: *Justice Brennan*. Washington D.C. Decidido em 22 de março de 1972.

_____. 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: *Justice Harry Blackmun*. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 de janeiro de 1973.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Zablocki v. Redhail*. 434 U.S. 374. *Thomas Zablocki v. Roger Redhail* Opinião Majoritária: *Justice Marshall*. Washington D.C. Decidido em 18 de janeiro de 1978.

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

_____. Suprema Corte. Petition for the 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: *Justice Anthony Kennedy*. Washington, District of Columbia. Decidido em 20 de maio de 1996.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *M.L.B. v. S.L.J.* 519 U.S. 102. *M.L.B. v. S.L.J., et al.* Opinião Majoritária: *Justice Ginsburg*. Washington, District of Columbia. Decidido em 16 de dezembro de 1996.

_____. Suprema Corte. Petition for the 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: *Justice William Rehnquist*. Washington, District of Columbia. Decidido em 28 de junho de 2000.

_____. Suprema Corte Norte-Americana. Petition for the Writ of Certiorari. *Lawrence vs Texas*. 539 U. S. 558/2003. *John Geddens Lawrence and Tyron Garner vs Texas*. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy*. Decidido em 26 de junho de 2003.

_____. 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: *Justice John Roberts*. Washington, District of Columbia. Decidido em 26 de junho de 2013a.

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

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Burwell v. Hobby Lobby*. 573.U.S. *Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores*. Opinião Majoritária: *Justice Alito*. Washington D.C. Decidido em 25 de março de 2014.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Voto de *Justice Kennedy*. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy*. Washington D.C. Decidido em 26 de junho de 2015a.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Voto de *Justice Roberts*. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy*. Washington D.C. Decidido em 26 de junho de 2015b.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Voto de *Justice Scalia* Opinião Majoritária: *Justice Kennedy*. Washington D.C. Decidido em 26 de junho de 2015c.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Voto de *Justice Thomas*. Opinião Majoritária: *Justice Kennedy*. Washington D.C. Decidido em 26 de junho de 2015d.

_____. Suprema Corte. Petition for the Writ of Certiorari. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. James Obergefell, *et al.*, Petitioners v. Richard Hodges, *et al.* Voto de *Justice Alito* Opinião Majoritária: *Justice Kennedy*. Washington D.C. Decidido em 26 de junho de 2015e.

_____. Republican Party Platform 2012. We Believe in America, Republican Nat'l Convention, 10, 12, 14 (2012). Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/papers_pdf/101961.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2015.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Before and After *Roe v. Wade*: New Questions about Backlash. *Yale Law Journal*, Cambridge, v. 120, 2011. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr120&div=60&id=&page>>>. Acesso em: 3 fev. 2012.

NEJAIME, Douglas; SIEGEL, Reva. Conscience wars: complicity-based conscience claims in religion and politics. *Yale Law School*, Cambridge, v. 124, p. 2516-2591, 2015.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage*: democratic constitutionalism and the backlash. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract/990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

SCHWARTZ, Bernard. *Constitutional law: a textbook*. New York: MacMillan, 1979.

_____. *Decision: How the Supreme Court decides cases*. New York e Oxford: Oxford University Press, 1996.

SIEGEL, Reva. The Supreme Court, 2012. Term Foreword: Equality Divided. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 127, n. 1, 2013.

SIEGEL, Neil; SIEGEL, Reva. Equality arguments for abortion rights. *UCLA Law Review Discourse*, California, v. 60, n. 160, 2013. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/EqualityFrontiers_REVA.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2015.

SUNSTEIN, Cass. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1998.

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

_____. *Designing democracy*. What constitutions do. Oxford: University Press, 2001.

_____. *Radicals in Robes* – Why extreme right-wing courts are wrong for America. Cambridge: Basic Books, 2005.

_____. Gay Marriage Shows Court at its best. *Bloomberg View*, New York, 26 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.bloombergview.com/articles/2015-06-26/gay-marriage-shows-court-at-its-best>> . Acesso em: 1º jul. 2015.

WILSON, Robin. [Carta] Religious Liberty Implications of Legalizing Same-Sex Marriage, Illinois, 2012. Disponível em: <<http://mirrorofjustice.blogs.com/files/ill-letter-12-2012.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2015.