

O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA: UMA ANÁLISE SOBRE O BACKLASH À LUZ DO DEBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E MINIMALISMO JUDICIAL*

The Same-sex marriage and the U.S Supreme Court: an analysis of backlash under the light the debate between Democratic Constitutionalism and Judicial Minimalism

*Maria Eugenia Bunchaft***

*Temis Limberger****

*Eduardo Ribeiro Moreira*****

Resumo:

* Artigo recebido em: 24/02/2016.

Artigo aceito em: 30/06/2016.

Artigo produzido com financiamento da CHAMADA UNIVERSAL MCTI/CNPq N° 14/2014 e FAPERGS-Edital Pesquisador Gaúcho 2014.

** Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação em Direito na UNISINOS desde 2013. Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio e Pós-Doutora em Filosofia Política pela UFSC. Coordenadora do projeto de pesquisa "Judicialização, Constitucionalismo Democrático e direitos fundamentais de minorias LGBT: uma reflexão à luz dos contextos brasileiro e norteamericano" aprovado pelo CNPq, referente à CHAMADA UNIVERSAL? MCTI/CNPq N° 14/2014. Coordenadora de um segundo projeto aprovado pela FAPERGS, relativo ao edital PESQUISADOR GAÚCHO 2014, intitulado "Judicialização, Deliberação e Minorias LGBT uma reflexão sobre os contextos brasileiro e norteamericano". **Porto Alegre – RS, Brasil. E-mail: mbunchaft@unisinos.br**

*** Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha (2013), doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra - UPF de Barcelona (2004), mestre (1997) e graduada (1986) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico - IBDE, da Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática - FIADI e da Rede Brasileira de Pesquisadores em Direito Internacional. **Porto Alegre – RS, Brasil. E-mail: temis@via-rs.net.**

**** Professor Adjunto IV de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-Doutor pela Universidade Castilla La Mancha (Toledo-Espanha. Visiting Scholar pela Fordham University of Law em 2010. Livre-docente pela USP. Em 2011 realizou pesquisa em Harvard. Professor visitante da Universidad Castilla la Mancha nos programas de pos-graduação e doutorado da instituição. É membro do IBDC, IBEC, IAB, ABDF e ABCD com atuação específica em cada uma dessas associações jurídicas, além de co-fundador do círculo jusfilosófico neoconstitucionalista. A partir de 2013 é Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2 Programa de Pós-Graduação em direito da UFRJ e Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRJ. **Rio de Janeiro – RJ, Brasil. E-mail: eduardomoreira@terra.com.br**

Um dos momentos mais importantes na história do constitucionalismo norte-americano foi a decisão histórica da Suprema Corte em *Obergefell v. Hodges*. Esse trabalho visa analisar a temática do *backlash* à decisão da Suprema Corte no caso *Obergefell v. Hodges* à luz do debate entre *Constitucionalismo Democrático* e *Minimalismo Judicial*. Cass Sunstein, em *One Case at a Time*, desenvolve a teoria do *Minimalismo Judicial*, segundo a qual as Cortes devem solucionar apenas as questões específicas do caso em análise, evitando decidir de maneira ampla as matérias constitucionais controvertidas que não decorram de um consenso social. Diferentemente, para o *Constitucionalismo Democrático*, defendido por Robert Post e Reva Siegel, a Constituição e o direito constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos. A pesquisa delinea-se pelo método fenomenológico-hermenêutico, especialmente por se tratar de um método de abordagem que busca aproximar sujeito e objeto a serem pesquisados. O trabalho também utiliza o método histórico, o qual possibilitará investigar fatos, processos e instituições do passado com o intuito de compreender o alcance de fenômenos sociais atuais. Nesse ponto, por meio de um método histórico e hermenêutico (estudo de caso), esse trabalho defende que a tese do *backlash* centrada no ativismo judicial, defendida por Sunstein, pode ser desconstruída por meio de uma investigação histórica que demonstra como líderes políticos estão incitando atores religiosos a se engajarem em reivindicações baseadas na isenção legal decorrente da objeção de consciência justificada pela lógica da cumplicidade. Defende-se que o ativismo judicial na efetivação de direitos fundamentais de minorias sexuais ao introduzir argumentos constitucionais no debate, pode incrementar a capacidade de luta desses grupos contrariamente a concepções assimétricas de mundo.

Palavras-chave-Constitucionalismo Democrático; Minimalismo Judicial; refluxo; casamento gay; ativismo judicial.

Abstract:

One of the more important moments in the history of American constitutionalism was the landmark decision of the U.S Supreme Court in *Obergefell v. Hodges*. This study aims to analyze the theme of the backlash to the Supreme Court decision in *Obergefell v. Hodges* under the light of the debate between *Democratic Constitutionalism* and *Judicial Minimalism*. Cass Sunstein, in *One case at a Time*, develops the theory of *Judicial Minimalism*, according to which the courts should judge only specific questions of case under consideration avoiding to decide broadly the disputed constitutional matters that which doesn't arise from a social consensus. Differently, for the *Democratic Constitutionalism* endorsed by Robert Post and Reva Siegel, the Constitution and constitutional law are framed by discursive interactions between Government, Congress, the Courts, the demands of social movements and political parties. The research outlines the phenomenological-hermeneutic method, especially because it is a method of approach that that seeks to connect subject and object. The work also uses the historical method, which enables to investigate facts, processes and institutions of the past in order to understand the scope of current social phenomena. At this point, through a historical and hermeneutic method (case study), this work supports that the thesis of the backlash advocated by Sunstein, centered in the judicial activism, can be deconstructed by through a historical research that demonstrates how political leaders are urging religious leaders to engage in claims based on legal exemption due to conscientious objection justified by the logic of complicity. It is argued that the judicial activism in the realization of fundamental rights of sexual minorities by introducing constitutional arguments in the debate, it can increase this groups capacity to fight asymmetric conception of the world.

Keywords-Democratic Constitutionalism; Judicial Minimalism; backlash, same-sex marriage; judicial activism.

SUMÁRIO

1-INTRODUÇÃO

2- O DEBATE ENTRE MINIMALISMO JUDICIAL E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

3-O JULGAMENTO DO CASO OBERGEFELL V. HODGES: REFLEXÕES A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

4-CONSIDERAÇÕES FINAIS

5-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1-Introdução

Na segunda metade do século XX, o cenário acadêmico norte-americano era marcado pelo embate teórico entre concepções progressistas de interpretação constitucional - que defendiam a supremacia judicial na interpretação da Constituição - e correntes conservadoras que propugnavam o *Originalismo* como instrumento político de oposição ao ativismo judicial da Corte Warren. Recentemente, o debate constitucional ganhou dimensão nova para contemplar uma série de correntes progressistas direcionadas a defender o caráter democrático do Constitucionalismo.

As novas teorias constitucionais partem então de um pressuposto em comum: a postura crítica ao que corresponde ao ativismo da Suprema Corte no estabelecimento da última palavra em relação à interpretação da Constituição. Enquanto algumas propostas teóricas elegem o *Minimalismo* como estratégia conceitual, outras propõem a teoria denominada como *Constitucionalismo Democrático*. Primordialmente, Cass Sunstein, em *One Case at a Time*, desenvolve a teoria do *Minimalismo Judicial*, segundo a qual as Cortes devem atuar de forma prudente e solucionar apenas as questões específicas do caso em análise, abstendo-se de decidir de maneira ampla as matérias constitucionais controvertidas que não evidenciem amadurecimento social prévio.

De fato, a proposta de conciliar democracia e constitucionalismo simboliza um dos maiores desafios enfrentados pelas sociedades contemporâneas. Se a democracia significa soberania popular e autogoverno democrático na resolução de questões políticas fundamentais, o Constitucionalismo determina limites à primeira. Portanto, alguns conteúdos abarcados pela Constituição - condições procedimentais da democracia e dos princípios substantivos - devem se manter fora do alcance das decisões democráticas e das vicissitudes da controvérsia política.

Indubitavelmente, um dos momentos decisivos da história norte-americana que refletiu a referida tensão entre Constitucionalismo e democracia foi a decisão histórica da Suprema Corte em *Obergefell v. Hodges*.¹ A Suprema Corte, por cinco a quatro votos, decidiu que o casamento

¹ ESTADOS UNIDOS. 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:

entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser negado pelos Estados e determinou o seu reconhecimento e a sua validade em todos os Estados e áreas sujeitos à jurisdição dos Estados Unidos. *Justice* Kennedy redigiu decisão majoritária e foi acompanhado por Ruth Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. Já *Justices* Roberts, Alito, Thomas e Scalia proferiram votos dissidentes, separadamente.

Nesse panorama, indaga-se, neste estudo: como pode o Judiciário resguardar direitos fundamentais de grupos vulneráveis sem anular as condições de legitimidade democrática? Uma das formas de resolver a tensão entre constitucionalismo e democracia é a estratégia preconizada pelo *Constitucionalismo Democrático* - que presume que a Constituição e o direito constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos. Na observação de Post e Siegel, todos esses atores têm a responsabilidade de resguardar reciprocamente o cumprimento da Constituição, delineando a cultura constitucional. Assim, na medida em que o constitucionalismo revela-se sensível a cada um, potencializa-se a legitimidade democrática da Constituição.²

À vista disso, Gargarella ressalta que, para os autores do *Constitucionalismo Democrático*, o Judiciário deve dialogar com o Legislativo, com a administração pública e com os movimentos sociais com o intuito de definir o sentido do texto constitucional. Por sua vez, ao Judiciário não cabe nem a primeira nem última palavra, mas o trabalho conjunto com atores políticos na definição do significado da Constituição, invocando valores progressistas.³

Justice Kennedy. Washington D.C. Decidido em 26 de junho de 2015a. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

² POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 31-42.

³ GARGARELLA, Roberto. Apresentação. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 9.

Aqui, a principal discussão a ser explorada abrange a temática do *backlash* em *Obergefell*.⁴ Nessa seara, as decisões da Suprema Corte em *Hollingsworth v. Perry*⁵ e *Windsor v. United States*⁶ motivaram teóricos a defender as Cortes como impotentes para estabelecer reformas sociais profundas em instituições como o matrimônio. A tese reforça a interpretação minimalista de Cass Sunstein, segundo a qual a Corte deve endossar uma decisão superficial - em vez de profunda - e também estreita, em vez de ampla. Por conseguinte, enfatiza como expressão de *backlash* a decisão em *Roe v. Wade*⁷, a qual teria interrompido a evolução da opinião pública e enfraquecido as bases do engajamento democrático do movimento feminista ao considerar 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.”⁸

Com efeito, o objetivo geral do trabalho visa analisar a temática do *backlash* à decisão da Suprema Corte no caso *Obergefell v. Hodges* (Estados Unidos, 2012a) fundamentando-se

⁴ ESTADOS UNIDOS. 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. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari.** *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S. /2013. Dennis Hollingsworth, et al vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Julgado em 26 de junho de 2013. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf>. Acesso em 1 de Maio de 2015.

⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari.** *Windsor v. United States*. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari.** *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Justice Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 de janeiro de 1973. Disponível em: < <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso em 1 de Janeiro de 2015.

⁸ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court.** Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 59.

no debate entre *Constitucionalismo Democrático* e *Minimalismo Judicial*. Tem-se como primeiro objetivo específico a proposta de investigar se o *Constitucionalismo Democrático* - postulado por Robert Post e Reva Siegel - em contraposição ao *Minimalismo Judicial* - delineado por Cass Sunstein - revela maior alcance teórico para potencializar os direitos fundamentais dos referidos grupos vulneráveis, tais como mulheres, gays e outras minorias. Incorpora-se, portanto, como segundo objetivo específico a estratégia de analisar o papel do *backlash* no debate entre *Minimalismo Judicial* e *Constitucionalismo Democrático*. Como terceiro objetivo específico, propõe-se apurar a relação entre *backlash* e a temática das objeções de consciência de acordo com a lógica da cumplicidade.

Não obstante, pressupondo a interpretação minimalista de Sunstein, o *refluxo* é compreendido como uma ameaça à coesão social. Nessa ótica, os principais problemas enfrentados pelo presente artigo questionam: à luz do debate entre o *Minimalismo Judicial* e o *Constitucionalismo Democrático* - e seus reflexos na legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo em *Obergefell* - o *backlash* seria realmente uma ameaça à coesão social, conduzindo à desmobilização de certos atores políticos? Seriam as decisões ativistas do Judiciário na efetivação de direitos de minorias o único fator responsável pelo *backlash*?

Robert Post e Reva Siegel, por sua vez, adotam a teoria denominada como *Constitucionalismo Democrático*, a qual visa compreender o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer cumprir a Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel dos tribunais em utilizar o raciocínio legal jurídico para interpretá-la.⁹

Para tanto, a pesquisa se delinea pelo método fenomenológico-hermenêutico especialmente por se tratar de um método de abordagem que busca aproximar o sujeito e o objeto a ser pesquisado. Como discorre Stein, não se trata aqui de uma análise externa, como se sujeito e o objeto estivessem desconectados, mas diferentemente, o sujeito está diretamente implicado, relacionando-se com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as

⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 379. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

consequências de seus resultados, e o próprio investigador se insere no mundo em que a pesquisa se desenvolve.¹⁰

O trabalho também utiliza o método histórico, o qual possibilitará investigar fatos, processos e instituições do passado com o intuito de compreender o alcance de fenômenos sociais atuais, tais como o *backlash* contra a ampliação dos direitos das mulheres, que, como se sustenta nesse trabalho, começou a se delinear em momento anterior ao julgamento histórico do caso *Roe v. Wade*.¹¹

Nesse ponto, por meio de um método histórico e hermenêutico (estudo de caso), assume-se como hipótese a tese segundo a qual a interpretação de que a atuação ativa de Judiciário representaria o único fator responsável pelo *backlash*, tal como postula Sunstein, não corresponde à realidade fática e pode ser desconstruída por meio de uma investigação histórica de casos como *Roe v. Wade*.

De outro lado, o trabalho incorpora também as contribuições de Nejaime e Siegel, que esclarecem que o *backlash* ao caso *Obergefell v. Hodges* não pode ser atribuído apenas ao ativismo do Judiciário, posto que uma investigação histórica minuciosa demonstra como líderes políticos estão incitando atores religiosos a se engajarem em reivindicações baseadas na isenção legal decorrente da objeção de consciência justificada pela lógica da cumplicidade.¹²

Como segunda hipótese, tem-se a premissa de que reivindicações de consciência justificadas com base na ideia de cumplicidade podem acarretar efeitos estigmatizantes em mulheres, em minorias gays e em grupos vulneráveis. Como terceira hipótese, sustenta-se que a atuação proeminente do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais de minorias sexuais, de um lado, pode ser um dos fatores que inspiram o *backlash*; de outro lado, pode incrementar

¹⁰ STEIN, Ernildo. **Sobre a essência do fundamento**. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Jane Roe, *et al.*, v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Justice Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso em 1 de Janeiro de 2015.

¹² NEJAIME, Douglas e SIEGEL, Reva. Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics. **Yale Law School**, Cambridge, vol 124, p. 2516-2591, 2015.

o potencial de luta desses grupos contrariamente a concepções tradicionais e assimétricas de mundo.

Assim, o método histórico elucida como tal fenômeno social tem inspirado um *backlash* renovado e um movimento amplo que se opõem ao surgimento de leis antidiscriminação em várias entidades federativas que vedavam a discriminação por orientação sexual, mesmo antes da decisão da Suprema Corte em *Obergefell v. Hodges*.¹³

O método de indução analítica (método de abordagem) também assume relevância no trabalho. De acordo com Deslauriers, trata-se de um procedimento lógico, que consiste em partir do concreto para chegar ao abstrato, delimitando os atributos fundamentais de um fenômeno.¹⁴ Pressupondo a indução analítica, a pesquisa trabalha de *baixo para cima*, iniciando-se pela análise contínua e aprofundada dos fundamentos expressos no voto dos *Justices* em *Obergefell v. Hodges*, para estabelecer conceitos e proposições teóricas que se articularão ao caso estudado.

As construções explicativas decorrentes do método de indução analítica são desenvolvidas pela articulação entre o quadro de referência e o conteúdo do voto, permitindo inferir que a estratégia minimalista de atuação judicial aplicada a direitos fundamentais relativos a minorias LGBT e mulheres não é adequada para potencializar os direitos desses grupos vulneráveis, revelando-se incapaz de compreender o verdadeiro sentido do *backlash*.

Convém mencionar que a técnica de pesquisa envolverá a documentação indireta, por meio de investigação bibliográfica baseada nos referenciais teóricos de Sunstein, dos autores que compõem o movimento acadêmico denominado *Constitucionalismo Democrático*, incorporando também as contribuições de Nejaime e Greenhouse.¹⁵ Ademais, por meio de

¹³ ESTADOS UNIDOS. 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.

¹⁴ DESLAURIERS, Jean-Pierre. A Indução analítica. In: POUPART, Jean; PIRES, Álvaro (*et al.*). **A pesquisa qualitativa** - enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 337-352.

¹⁵ 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.

pesquisa documental, analisa-se o conteúdo de alguns documentos, tais como a *Manhattan Declaration*¹⁶, a Plataforma do Partido Republicano de 2012¹⁷ e a Carta de Robin Wilson a Pat Quinn, Governador de Illinois.¹⁸

2- O Debate entre Minimalismo Judicial e Constitucionalismo Democrático

Em *One Case at a Time*, Cass Sunstein postula que o *Minimalismo Judicial* contempla uma estratégia judicial que encontra legitimação democrática, uma vez que os juízes que assumem tal perspectiva outorgam questões não decididas para a deliberação democrática e potencializam a justificação pública de razões, permitindo que decisões relevantes para a Nação sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis.

Sunstein ainda estipula duas virtudes fundamentais para a decisão minimalista: a estreiteza (*narrowness*) e a superficialidade (*shalowness*). Os juízes minimalistas devem então optar por uma decisão superficial - em vez da profunda - no sentido de não invocar considerações abstratas, abstendo-se de apelar para questões fundacionais e não resgatar teorias gerais na fundamentação.¹⁹

Em síntese, o *Minimalismo* revela também preferência por decidir de maneira estreita, e não ampla. Desse modo, as decisões amplas vão além do caso decidido, enquanto que as

2012; NEJAIME, Douglas e SIEGEL, Reva. *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*. **Yale Law School**, Cambridge, vol 124, p. 2516-2591, 2015.

¹⁶ ESTADOS UNIDOS. **Manhattan Declaration: A Call of Christian Conscience**. MANHATTANDECLARATION, Manhattan, 2009. Disponível em: <http://www.manhattandecclaration.org/man_dec_resources/Manhattan_Declaration_full_text.pdf>. Acesso em 1º de Julho de 2015.

¹⁷ ESTADOS UNIDOS, *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 de Julho de 2015.

¹⁸ WILSON, Robin. **[Carta]** Religious Liberty Implications of Legalizing Same-Sex Marriage, Illinois, 2012. Disponível em: < <http://mirrorofjustice.blogspot.com/files/ill-letter-12-2012.pdf>>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 40.

decisões estreitas limitam-se ao caso específico, sem repercussão em outros casos concretos, evitando com isso a criação de regras de cunho geral.

A superficialidade manifesta-se mediante acordos parcialmente teorizados que explicitam a capacidade de estabelecer consensos em contextos de profundo dissenso. A estreiteza, por sua vez, se revela 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, com a virtude de garantir o consenso em órgãos colegiados, resguardando-se de constrangimentos futuros.

Em conformidade com as ideias de Sunstein, o *Minimalismo* congloba ideias relevantes para o direito constitucional e defende que as Cortes não devem decidir questões desnecessárias para a resolução do caso, preferindo se recusar a decidir casos que não estejam maduros para tanto. Ademais, para o autor, é preciso respeitar seus próprios precedentes, exercendo as virtudes passivas inerentes ao silêncio em questões controvertidas. Trata-se, por conseguinte, de premissas que refletem o uso construtivo do silêncio.

Ademais, Sunstein confirma que certas formas de ativismo judicial podem desencadear o fenômeno do “refluxo”, inspirando a polarização e a reação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão. Assevera que aqueles que favorecem as chamadas “virtudes passivas” e os acordos por meio de teorias superficiais tendem a ser humildes sobre suas próprias capacidades, o que não significa que sejam céticos, mas cautelosos no que diz respeito às questões de fundo e de método, com a convicção de que suas teorias e suas interpretações podem falhar.

É por essa razão que muitos juízes se mantêm silentes frente a questões complexas. É mister frisar aqui que o doutrinador Norte-Americano elenca cinco razões para defender o *Minimalismo*, quais sejam,

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.²⁰

²⁰ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 53-54.

Sunstein pondera ainda que o Minimalismo incrementa a responsabilidade democrática, preservando o princípio liberal de legitimidade.

Em uma estrutura conceitual diversa, Robert Post e Reva Siegel defendem a teoria do *Constitucionalismo Democrático*, a qual visa analisar e entender a forma como os direitos constitucionais foram instituídos em uma sociedade plural e divergente. Nesse prisma, a divergência interpretativa configura condição normal para a evolução do direito constitucional, logo não deve ser refutada, num raciocínio que se justifica para os autores do *Constitucionalismo Democrático* pela premissa de que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática.

À luz dos pressupostos da tese, as Cortes têm um papel imprescindível nesse processo, porquanto devem exercer uma forma distinta de autoridade, declarando e efetivando os direitos das minorias. Os cidadãos esperam que os tribunais protejam os valores sociais importantes, restringindo o governo sempre que este ultrapassar as limitações constitucionais. No entanto, a autoridade constitucional, para fazer cumprir a Constituição, em última análise, depende da confiança dos cidadãos.

De acordo com Jaramillo²¹, o progressismo defendido pelo *Constitucionalismo Democrático* é dialógico: ele nem assume concepções populistas e agregativas de democracia - em que prevalece a vontade das maiorias na configuração político institucional - nem se contrapõe ao controle de constitucionalidade. Os tribunais não devem ter a última palavra na interpretação da Constituição, posto que a realização das normas constitucionais “adquire sua legitimidade e sua efetividade como produto de um diálogo progressivo”.

É premente sublinhar que o *Constitucionalismo Democrático* não exclui a política do âmbito do direito. Ao contrário, procura equacioná-los entre uma tensão: integridade do Estado de Direito versus necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática. Dessa forma, seus doutrinadores aduzem que *backlash* é a expressão do desejo de um povo livre, capaz de influenciar no conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência

²¹ JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático**-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 12.

da lei. O *backlash* simboliza o lócus em que a integridade do Estado de Direito se choca com a necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática.²²

Post e Siegel sustentam um modelo focado na compreensão dos esforços dos funcionários do governo para o cumprimento da Constituição em condições de controvérsia pública. Ao contrário do *Constitucionalismo Popular*, o *Constitucionalismo Democrático* não pretende afastar a Constituição dos tribunais, e reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais aplicados judicialmente na política Norte-Americana. Também - e opostamente ao foco juricêntrico - o *Constitucionalismo Democrático* valoriza o papel significativo que o envolvimento do público desempenha na orientação e na legitimação das instituições e das práticas de revisão judicial.²³

Ressaltando a centralidade dos movimentos sociais, Balkin e Siegel deslindam que “[...] quando os movimentos têm sucesso em contestar a aplicação dos princípios constitucionais, podem ajudar a mudar o sentido social de princípios constitucionais e as práticas que eles regulam.”²⁴ Tal passagem se mostra relevante, já que salienta como o sentido dos princípios constitucionais pode mudar a partir da interpretação dinâmica dos movimentos sociais e dos cidadãos.

Post e Siegel asseveram que algum grau de conflito pode ser consequência inevitável da reivindicação de direitos constitucionais, independentemente se tais direitos são garantidos pela legislação ou pela efetivação judicial.²⁵ No entanto, as decisões constitucionais, por vezes,

²² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 401, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

²³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 379, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

²⁴ BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices and Social Movements. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia: University of Pennsylvania, v. 154, p. 927, 929, 2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fss_papers>. Acesso em 1 de Janeiro de 2007.

²⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 401, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

provocam resistência, especialmente se ameaçarem o status de grupos que estão acostumados a exercer autoridade. Quando a controvérsia é inevitável, a aplicação de um direito pode, todavia, ser justificada se os valores em causa forem suficientemente relevantes.

Com efeito, para Post e Siegel, a controvérsia suscitada pela tomada de decisão judicial pode até trazer benefícios para a ordem constitucional Norte-Americana, visto que os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos e tentam se convencer mutuamente para abraçar seus entendimentos constitucionais.

O ativismo da Suprema Corte no caso *Roe vs. Wade*²⁶ frequentemente é compreendido por muitos acadêmicos como a única causa responsável pelo *backlash*, ou o realinhamento dos partidos em torno do aborto e da nacionalização do conflito. Muitos destacam que a decisão impediu a evolução da opinião pública, enfraquecendo as bases do engajamento democrático do próprio movimento feminista. Sustenta-se que a história do conflito em torno do aborto no período anterior a *Roe* instiga uma multiplicidade de questões que desafiam a tese centrada no ativismo da Corte, o que torna necessária uma investigação histórica mais profunda sobre as fontes da polarização.

A divergência interpretativa seria, para a corrente do *Constitucionalismo Democrático*, uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional, pois assegura o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer com que a Constituição seja cumprida, ao mesmo tempo em que confirma o papel dos tribunais em utilizar o raciocínio jurídico profissional para a interpretação da Constituição.

Para a presente teoria, o *backlash* apresenta um aspecto positivo, posto que seria intrínseco à evolução de uma cultura constitucional na qual os cidadãos e os movimentos sociais se apropriam de princípios constitucionais para se engajarem em lutas por ampliação de direitos.

Greenhouse e Siegel revelam que os partidos políticos, anteriormente à decisão da Suprema Corte em *Roe v. Wade*, já adotavam a retórica antiaborto, pretendendo conquistar eleitores

²⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 (1973). Jane Roe, *et al.*, v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Justice Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 de janeiro de 1973. Disponível em: < <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso em 1 de Janeiro de 2015.

católicos que tradicionalmente votavam no Partido Democrata. Os estrategistas republicanos perceberam que a questão do aborto poderia ser resgatada de forma útil para dividir os Democratas e obter o voto dos eleitores católicos e sociais conservadores. No entendimento de Greenhouse e Siegel, a finalidade era difundir a imagem do candidato Richard Nixon ao eleitorado como um político conservador vinculado à preservação dos papéis e dos valores tradicionais.²⁷

De um lado, sustenta-se no presente trabalho que a interpretação de que a atuação ativa da Corte seria o único fator que inspirou o *backlash* não corresponde à realidade fática e pode ser desconstruída por meio de uma investigação histórica. De outro lado, a problemática a ser analisada contempla o fato de que reivindicações de consciência fundamentadas na cumplicidade são direcionadas a terceiros que não compartilham das crenças e podem expressar potencial de impor efeitos estigmatizantes em mulheres, em gays e em grupos vulneráveis.

Em *Thomas v. Anchorage*, a *Equal Rights Commission*²⁸ reconheceu a reivindicação de isenção legal do direito antidiscriminação do Estado para locadores que se recusassem a alugar a casais não casados, baseada na lógica da cumplicidade. Nas palavras de Siegel e Nejaime, 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.”²⁹

²⁷ 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, p. 2031.

²⁸ ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals, Ninth Circuit. **Appeals for the United States District Court for the District of Alaska**. Thomas v. Anchorage Equal Rights Commission. 220 F. 3d 1134 (9th Cir. 2000) Kevin Thomas and Joyce Baker v. Anchorage Equal Rights Commission. Decidido em 1 de Agosto de 2000.

²⁹ NEJAIME, Douglas e SIEGEL, Reva. Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics. **Yale Law School**, Cambridge, vol 124, p. 2532, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2714017>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

Em *Burwell v. Hobby Lobby*³⁰, religiosos visavam à isenção legal da exigência aos empregadores de fornecer seguro de saúde aos seus empregados sob a alegação de que os contraceptivos eram considerados pecaminosos. Pela primeira vez, a Suprema Corte reconheceu a reivindicação de crença religiosa de uma sociedade sem fins lucrativos, e a decisão refletiu uma interpretação do *Religious Freedom Restoration Act*. Contudo, não abordou se tais sociedades eram protegidas pela cláusula do livre exercício da religião, prevista na Primeira Emenda.

Neste caso, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma regulação adotada pelo *U.S. Department of Health and Human Services* que estabelecia aos empregadores a obrigação de fornecer contraceptivos a mulheres empregadas. A decisão majoritária da Suprema Corte partiu da perspectiva de que o impacto da acomodação não traria prejuízos às trabalhadoras mulheres, porquanto estas poderiam receber o benefício do governo.

Nejaime e Siegel ressaltam que, embora as opiniões em *Burwell v. Hobby Lobby* reflitam 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.”³¹

De fato, a decisão tem sido invocada para justificar objeções de consciência baseadas no argumento da cumplicidade, contemplando isenções legais da legislação antidiscriminação que determinavam que donos de negócios servissem casais do mesmo sexo, assim como de ordens executivas federais proibindo a discriminação no emprego por contratantes federais.

Nejaime e Siegel frisam como líderes políticos estão incitando atores religiosos em um movimento amplo expresso por coalizões com linhas religiosas confessionais. Em articulação

³⁰ ESTADOS UNIDOS. 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. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf>. Acesso em 1 de Maio de 2015.

³¹ NEJAIME, Douglas e SIEGEL, Reva. Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics. **Yale Law School**, Cambridge, vol 124, p. 2543, 2015. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2714017>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

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.”

³²Tal discurso resguardaria a moralidade da sociedade como um todo.

Entretanto, as bases sociais do conflito se transformaram. Assim, os argumentos justificados com base na moralidade tradicional não demonstram mais potencial persuasivo, e os atores sociais têm redirecionado a base argumentativa em direção à lógica da isenção legal fundamentada na ideia de cumplicidade.

A mobilização política não apenas amplia os efeitos da acomodação, e pode potencializar em vez de solucionar o conflito. Nejaime e Siegel ponderam que desde a eleição de Reagan, líderes republicanos estimularam protestantes evangélicos a se engajarem na política, objetivando uma causa política comum que contemplasse os católicos contrários à descriminalização do aborto, surgindo uma coalização confessional de cristãos perseguindo fins conservadores e tradicionais.

O exemplo evidente é a *Manhattan Declaration* ³³- documento que 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 traz reivindicações de consciência baseadas na cumplicidade sobre questões de saúde e de casamento. Articula as diferentes tradições religiosas por meio de uma plataforma comum, expressando um pacto confessional que questiona o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o aborto e os contraceptivos, sustentando o sexo para fins procriadores.

Tais movimentos que reivindicam a objeção de consciência seguindo a lógica da cumplicidade agem em articulação com o Partido Republicano, cuja Plataforma de 2012

³² NEJAIME, Douglas e SIEGEL, Reva. Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics. **Yale Law School**, Cambridge, vol 124, p. 2543, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2714017>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

³³ ESTADOS UNIDOS. **Manhattan Declaration: A Call of Christian Conscience**. MANHATTANDECLARATION, 2009. Disponível em: <http://www.manhattandecclaration.org/man_dec_resources/Manhattan_Declaration_full_text.pdf>. Acesso em 1º de Julho de 2015.

apoiava a 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”.³⁴ Nesse sentido, presume que as reivindicações fundamentadas na lógica da cumplicidade não se limitam aos princípios da plataforma do partido, abrangendo também leis de recusa à assistência à saúde. Feitas essas considerações, passa-se a analisar o julgamento do caso *Obergefell v. Hodges* a partir do *Constitucionalismo Democrático*.

3-O Julgamento do caso *Obergefell v. Hodges*: reflexões a partir do *Constitucionalismo Democrático*.

No julgamento histórico da Suprema Corte em *Obergefell*, *Justice Kennedy* pontua que casais homossexuais sofrem longa história de reprovação de seus relacionamentos e de negação do direito fundamental ao casamento, o que gera um dano grave e contínuo. O principal argumento de *Justice Kennedy* foi o de que a *Equal Protection* e a *Due Process Clause* vedam a violação injustificável do direito fundamental ao casamento.

Nas ponderações de *Kennedy*, 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*.³⁵ *Kennedy* elucida ainda que as liberdades fundamentais contempladas pelo *Due Process* não se limitam aos direitos enumerados no *Bill of Rights*, dado que englobam determinadas escolhas pessoais centrais à dignidade e à autonomia individual, incluindo escolhas íntimas que estruturam a identidade e as crenças pessoais.³⁶

³⁴ ESTADOS UNIDOS, 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 de Julho de 2015.

³⁵ ESTADOS UNIDOS. 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. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

³⁶ ESTADOS UNIDOS. 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. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

Em seu voto divergente, o eminente *Justice* Roberts assevera: “Nossos precedentes têm insistido que os juízes devem ter o máximo de cuidado na identificação de direitos fundamentais implícitos.”³⁷ E conclui enfaticamente: “[...] 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 garantia de qualquer direito supostamente implícito.³⁸

Outrossim, na assertiva de Roberts, “[...] a aplicação agressiva do devido processo substantivo quebra bruscamente com décadas de precedente e leva a Corte a retornar a abordagem sem princípio da Era *Lochner*.”³⁹ Por sua vez, *Justice* Thomas, em linha argumentativa semelhante àquela estabelecida por Roberts, destaca o perigo de tratar o *Due Process* em sua dimensão substantiva, com efeitos negativos associados à possibilidade de juízes imporem suas visões pessoais - em detrimento do processo democrático - à Nação inteira.

Nesse ponto, questiona-se: como interpretar tal crítica à luz dos pressupostos teóricos do *Constitucionalismo Democrático*? Post e Siegel afirmam que seria uma interpretação equivocada 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.

³⁷ ESTADOS UNIDOS. 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, p. 11. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

³⁸ ESTADOS UNIDOS. 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, p. 11. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

³⁹ ESTADOS UNIDOS. 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, p. 15. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

De fato, “como” e “se” um tribunal deve concretizar o direito representa um julgamento contextual que necessita ser verificado no âmbito de casos individuais por meio do exercício do raciocínio jurídico.⁴⁰ Ademais, como leciona *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.

Post e Siegel compreendem que não há efetiva incompatibilidade entre o papel proativo do povo na delimitação do significado da Constituição e as virtudes ativas do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais. Ambos realizam papéis fundamentais na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais. Em princípio, a Suprema Corte só pode efetivar normas constitucionais pressupondo a interpretação que seja sedimentada na consciência popular.

Não obstante, em determinadas circunstâncias, a Corte pode atuar em sentido contrário à vontade popular, uma vez que tal papel proativo não representa postura autoritária. Além do que, a interpretação é justificável se a postura proeminente da Suprema Corte estiver fundamentada na proteção dos compromissos fundamentais assumidos pelo próprio povo e sob a ameaça de violação por maiorias eventuais. No entanto, a decisão é passível de superação pelo debate democrático, que pode inspirar uma Emenda Constitucional ou a retomada de uma discussão jurídica nova.⁴¹

Incorporando entendimento semelhante, *Justice Kennedy* alega que as Cortes devem se manter receptivas a indivíduos que sofrem danos e que propugnem reivindicar por um direito fundamental consagrado na Constituição, apesar da existência de um desacordo moral razoável, ainda que o legislador se mantenha inerte.

Justice Kennedy, assumindo implicitamente alguns dos pressupostos do *Constitucionalismo Democrático*, sublinha que a Constituição retira certas matérias das

⁴⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007, p. 403 Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

⁴¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 119-140.

vicissitudes da controvérsia política, situando-as além do alcance das maiorias e dos governantes e assumindo-as como princípios a serem aplicados pelas Cortes. Reitera também que, embora a democracia seja o instrumento pertinente para promover mudança social e preservação da liberdade, os indivíduos sujeitos a danos e à humilhação não precisam esperar a atuação legislativa para resguardar a efetividade de um direito fundamental.

Em relação ao *backlash*, é mister frisar que, para *Justice* John Roberts, a decisão majoritária cria ainda sérios problemas para o direito à liberdade religiosa, visto que muitas pessoas decentes se opõem ao casamento entre pessoas do mesmo sexo por uma questão de fé e de consciência religiosa. Realça também que a liberdade religiosa - diferentemente do direito supostamente implícito vislumbrado pela maioria - é consagrada efetivamente na Constituição. Por fim, ressalva que vários Estados que adotavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo incluíram acomodações para prática religiosa.⁴²

Nessa perspectiva, Nejaime e Siegel relatam que tais reivindicações de isenção legal têm se ampliado por meio da lógica da cumplicidade: diversos Estados que já haviam legalizado o casamento entre pessoas do mesmo sexo antes da decisão em *Obergefell v. Hodges* aprovaram leis ressalvando que as denominações e os clérigos não teriam obrigação de celebrar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁴³

De fato, esses atores são equiparados aos médicos e às enfermeiras que, amparados por leis, defendem a recusa de assistência à saúde e que se negam a realizar aborto ou esterilização. O problema é grave, pois há um movimento de ampliação dessas reivindicações de isenção

⁴² ESTADOS UNIDOS. 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, p. 15. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

⁴³ NEJAIME, Douglas e SIEGEL, Reva. Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics. **Yale Law School**, Cambridge, vol 124, p. 2553, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2714017>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

legal por objeção de consciência baseada na cumplicidade, contemplando não apenas padres, mas também padeiros, floristas.

Em suma, as reivindicações de isenção se situam em um âmbito além dos serviços relacionados ao matrimônio. Há diversos projetos de lei propostos por atores sociais conservadores que resguardam a alguns empregadores o direito de se recusarem a fornecer seguros de saúde a seus empregados, com o amparo da lógica da objeção de consciência por cumplicidade. A esse respeito, cabe citar a Carta de Robin Wilson a Pat Quinn, Governador de Illinois⁴⁴, que examinou os efeitos potenciais do casamento entre pessoas do mesmo sexo em relação à consciência religiosa e defendeu que indivíduos e organizações pudessem se recusar a fornecer serviços para casamento para resguardar a liberdade de consciência, enquanto assegura que a recusa não cria dificuldades substanciais para o casal procurar o serviço.

A Carta indicava que não pretendia a oposição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas a criação de um caminho intermediário que atendesse às necessidades do casal enquanto respeitava a liberdade religiosa, desde que “ [...] a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo não restrinja o direito inalienável da liberdade religiosa.”⁴⁵

Solicitava ainda que não se exigisse de nenhuma organização religiosa ou confessional, assim como de 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.

⁴⁴ WILSON, Robin. **[Carta]** Religious Liberty Implications of Legalizing Same-Sex Marriage, Illinois, 2012. Disponível em: < <http://mirrorofjustice.blogspot.com/files/ill-letter-12-2012.pdf>>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

⁴⁵ WILSON, Robin. **[Carta]** Religious Liberty Implications of Legalizing Same-Sex Marriage, Illinois, 2012. Disponível em: < <http://mirrorofjustice.blogspot.com/files/ill-letter-12-2012.pdf>>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

Também requeria que nenhum indivíduo, proprietário ou pequeno empresário fosse obrigado a fornecer bens ou serviços que assistam ou promovam a celebração de qualquer casamento ou ofertar assistência psicológica ou outros serviços que facilitassem diretamente a perpetuação de qualquer casamento. Dispensava ainda a obrigatoriedade de o empregador assegurar benefícios a qualquer cônjuge de empregado, além de o proprietário conceder moradia a qualquer casal casado, se o fornecimento desses bens, quando serviços ou benefícios ou moradia, violassem suas crenças religiosas.

Tais ressalvas não incidiriam se o casal fosse inábil para obter bens, serviços benefícios de emprego ou de moradia sem dificuldades substanciais. E, em se tratando de funcionário dos governos, outro funcionário deveria estar disposto a prestar o serviço sem inconveniência ou atraso. Por conseguinte, determinava que oficiais judiciais não pudessem ser obrigados a celebrar casamento se a celebração violasse suas crenças religiosas sinceras. Logo, uma vez que a exceção do prejuízo pudesse “ [...]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.”⁴⁶

Já nos Estados sem leis antidiscriminação por orientação sexual, parlamentares tentavam prevenir e evitar qualquer surgimento de obrigações antidiscriminação futuras. Finalmente, antecipando a decisão da Suprema Corte em *Obergefell v. Hodges*⁴⁷, o *Marriage and Religious Freedom Act*⁴⁸ vedava 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.”

⁴⁶ 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 1 de Julho de 2015.

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS. 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. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

⁴⁸ 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 de Julho de 2015.

Após *Obergefell*, atores religiosos têm se articulado para limitar os direitos fundamentais conquistados por gays e por lésbicas, embora invoquem ironicamente a linguagem do próprio direito antidiscriminação. Em suma, remetem aos valores e aos princípios do *direito antidiscriminação* como estratégia de contraposição à efetividade das leis antidiscriminação voltadas para os direitos de minorias LGBT. Segundo Siegel, movimentos que se opõem aos direitos LGBT, como a campanha *Take a Stand for a Religious Freedom?*,⁴⁹ têm defendido em nível estadual o *Religious Freedom Restoration Acts* (RFRA)⁵⁰, com vistas a assegurar isenções no leis antidiscriminação relativas à orientação sexual. A campanha para aprovação do RFRA objetiva, seguindo a lógica da objeção de consciência por cumplicidade, “evitar a interferência governamental no livre exercício da religião.”⁵¹

O exemplo corrobora a fundamentação de Nejaime e Siegel, de acordo com a qual objeções de consciência baseadas na lógica da isenção por cumplicidade podem funcionar como um movimento abrangente de contestação às mudanças sociais que vinham se desenvolvendo nos Estados Unidos da América (EUA), mesmo antes da decisão da Suprema Corte no caso *Obergefell v. Hodges* e que se aprofundaram após o julgamento histórico. Até essa decisão, trinta e sete Estados e a capital Washington haviam legalizado o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em síntese, houve efetivo crescimento do apoio dos Norte-Americanos e da opinião pública no que tange a tais uniões.

Em verdade, a lógica da cumplicidade viabiliza uma estratégia argumentativa secular mais persuasiva para a contraposição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e aos direitos das mulheres. A pretensão não era somente limitar o reconhecimento legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas restringir as leis antidiscriminação de diversos Estados que já

⁴⁹ ALLIANCE DEFENDING FREEDOM. **Will you take a stand for religious freedom?** Scottsdale, 2014. Disponível em: <<https://www.adflegal.org/campaigns/stand-for-rfra>>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

⁵⁰ ESTADOS UNIDOS, 1993. **Religious Freedom Restoration Acts**. Public Law 103-141. 103d Congress. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-107/pdf/STATUTE-107-Pg1488.pdf>>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

⁵¹ ESTADOS UNIDOS, 1993. **Religious Freedom Restoration Acts**. Public Law 103-141. 103d Congress. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-107/pdf/STATUTE-107-Pg1488.pdf>>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

contemplavam a vedação à discriminação por orientação sexual, o que inspirou, como reação, a expansão das isenções legais já existentes.

4-Considerações finais

O *Minimalismo Judicial*, defendido por Cass Sunstein, supõe que o *backlash* representa uma ameaça à coesão social e preconiza que as Cortes evitem conflitos, sempre que possível. Entende-se então que a virtude do *Constitucionalismo Democrático*, em contrapartida, reside em analisar os entendimentos e as práticas que promovem a coesão social e a legitimidade da ordem constitucional Norte-Americana, num movimento que considera que a controvérsia sobre os significados constitucionais pode promover a coesão em condições de heterogeneidade normativa. Com efeito, a Teoria Minimalista termina minimizando as próprias práticas de engajamento democrático que o *Constitucionalismo Democrático* compreende como fontes de estabilidade social.

As decisões em *Hollingsworth v. Perry*⁵² e *Windsor v. United States*⁵³, mesmo sem reconhecerem o casamento entre pessoas do mesmo sexo em âmbito nacional, desempenharam papel pedagógico que contribuiu para influenciar a aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo pela opinião pública. A grande virtude de *Windsor* foi a pretensão de reparar danos que lei estabeleciam sobre minorias sexuais vulneráveis. E decisões judiciais que se contrapõem a práticas tradicionais inspiram inevitavelmente o *backlash*, “[...] porque desafiam autoridade e autocompreensão daqueles que definem a si próprios através da tradição.”⁵⁴

⁵²ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari.** *Hollingsworth v. Perry*. 570 U.S /2013. Dennis Hollingsworth, et al vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Julgado em 26 de junho de 2013. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf>. Acesso em 1 de Maio de 2015.

⁵³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari.** *Windsor v. United States*. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Opinião Majoritária: Kennedy. Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

⁵⁴ SIEGEL, Reva. The Supreme Court, 2012. Term Foreword: Equality Divided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.127, n. 1, 2013, p. 80. Disponível em: < http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_siegel.pdf>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

Com efeito, em situações estratégicas, a assunção de virtudes ativas pelas Cortes (em desacordo com a vontade majoritária) não reflete arbitrariedade. Todavia, esse papel proeminente não significa a defesa da “última palavra” pelo Poder Judiciário na construção de sentidos constitucionais e na interpretação da Constituição. Compreende-se assim, 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. Portanto, pode-se concluir que teorias como o *Minimalismo* somente se revelam adequadas quando o processo político majoritário cumpre seu papel democrático e atua de forma juridicamente sensível às demandas dos movimentos sociais, das minorias e dos cidadãos.

Nesse prisma, para Post e Siegel, os entendimentos constitucionais controversos são essenciais para a potencialidade do direito constitucional em inspirar legitimidade democrática. Fundamentando-se nos pressupostos de Post e Siegel, o *backlash* assume uma dimensão positiva, porquanto a divergência interpretativa inspira cidadãos democraticamente engajados que tentam se convencer mutuamente a respeito de certas interpretações constitucionais. O Minimalismo mina as próprias práticas de engajamento deliberativo que o constitucionalismo democrático identifica como a base motivacional da estabilidade social. Desse modo, fica perceptível que argumentos constitucionais ao serem introduzidos no debate democrático se convertem em gramáticas morais e bandeiras incorporadas às lutas por reconhecimento de grupos vulneráveis.

Diante do exposto, depreende-se que uma interpretação constitucional capaz de potencializar direitos de minorias estigmatizadas e concepções de autonomia moral não pode não ser efetivada por meio de perspectivas minimalistas. Logo, quando o processo deliberativo não cumpriu seu papel democrático, o Judiciário tem legitimidade para atuar de forma maximalista e proeminente, interagindo com os movimentos sociais de maneira a captar juridicamente suas demandas e atribuindo efetividade aos direitos fundamentais das minorias estigmatizadas.

A efetivação de direitos controversos relativos a grupos minoritários gerará o refluxo, independentemente do âmbito ou da esfera de poder em que se dá tal concretização. Diferentemente do que sustenta Sunstein, os conflitos interpretativos em torno de significados

constitucionais controversos são indispensáveis para garantir a potencialidade do constitucionalismo democrático em inspirar a legitimidade democrática e o engajamento político de minorias.

Não obstante, a reação polarizada às decisões em *Hollingsworth v. Perry* e *Windsor v. United States* conduziu alguns teóricos a sustentarem que as Cortes são impotentes para conduzirem reformas sociais profundas em instituições como o matrimônio sem uma tradição e valores sedimentados. Em verdade, como salientam Greenhouse e Siegel, tanto as virtudes ativas das Cortes como leis desafiando compreensões tradicionais sobre o casamento podem suscitar o *backlash*. A concretização do direito à igualdade, seja pela via legislativa ou judicial, inevitavelmente inspirará *backlash*.

Nesse sentido, propugna-se, com base em Nejaime e Siegel, que a acomodação pode permitir a “preservação através da transformação”: “quando um regime legal existente é desafiado com sucesso de maneira que determinadas regras e razões não mais parecem persuasivas e legítimas, aqueles que detinham anteriormente autoridade podem adotar novas regras e razões que preservam elementos do regime desafiado.”⁵⁵ Dessa maneira, a acomodação pode ser uma forma de perpetuar o *backlash* de maneira renovada.

Destarte, os opositores do casamento entre pessoas do mesmo sexo agora renovam seus argumentos à luz de um suposto “ideal da razão pública”, nos termos Rawlsianos, e resgatam diferentes justificações para se contrapor ao direito ao casamento gay, referindo-se ao papel procriativo ou à preservação do casamento tradicional (que protegeria a liberdade religiosa). Nesse ponto, consoante a análise de Siegel e Nejaime, declaram-se como uma efetiva minoria que busca isenções legais capazes de resguardar a liberdade religiosa.

Logo, o papel contramajoritário e pedagógico da jurisdição constitucional desvela-se como pertinente precisamente pela necessidade de que - em uma estratégia de respeito aos direitos fundamentais de grupos vulneráveis - frequentemente demonstra-se necessária a ruptura com concepções assimétricas e com padrões heteronormativos. Para Siegel, nos casos que envolvem casamento, as Cortes “exercem autoridade indiretamente quando elas introduzem

⁵⁵ NEJAIME, Douglas e SIEGEL, Reva. Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics. **Yale Law School**, Cambridge, vol 124, p. 2553, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2714017>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

questões constitucionais na deliberação democrática, tornando passíveis de serem ouvidas as vozes minoritárias e informando o conflito político com valores constitucionais.”⁵⁶ Todavia, ao pretender desinstitucionalizar 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”.⁵⁷

Outrossim, a postura proativa das Cortes na efetivação dos valores da igualdade e da concretização de direitos fundamentais de grupos vulneráveis - ao inspirar transformações sociais que reconstroem práticas vigentes - possibilita mudanças de maneira paradoxal. Se, por um lado, pode suscitar o *backlash* decorrente da atuação de grupos que se autodefinem por meio da tradição, pode também potencializar a capacidade de luta de grupos vulneráveis contrariamente às práticas tradicionais conservadoras. Por fim, em contraposição ao que preconiza Sunstein, os conflitos interpretativos em torno de significados constitucionais controversos são fundamentais para resguardar a capacidade e o alcance do Constitucionalismo Democrático em suscitar legitimidade democrática, engajamento político de minorias e articulação dos movimentos sociais em lutas por reconhecimento na esfera democrática.

5-Referências bibliográficas

ALLIANCE DEFENDING FREEDOM. **Will you take a stand for religious freedom?** Scottsdale, 2014. Disponível em: <<https://www.adflegal.org/campaigns/stand-for-rfra>>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices and Social Movements. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia: University of Pennsylvania, v. 154: 927, 2006. Disponível em: <

⁵⁶ SIEGEL, Reva. The Supreme Court, 2012. Term Foreword: Equality Divided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.127, n. 1, 2013, p. 82. Disponível em: < http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_siegel.pdf>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

⁵⁷ SIEGEL, Reva. The Supreme Court, 2012. Term Foreword: Equality Divided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.127, n. 1, 2013, p. 82. Disponível em: < http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_siegel.pdf>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fss_papers>. Acesso em 1 de Janeiro de 2007.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais da jurisprudência da Suprema Corte norteamericana. **Revista Novos Estudos jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545>>. Acesso em 1 de Dezembro de 2015.

DESLAURIERS, Jean-Pierre. A Indução analítica. In: POUPART, Jean; PIRES, Álvaro (*et al*). **A pesquisa qualitativa** - enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2014.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals, Ninth Circuit. **Appeals for the United States District Court for the District of Alaska**. Thomas v. Anchorage Equal Rights Commission. 220 F. 3d 1134 (9th Cir. 2000) Kevin Thomas and Joyce Baker v. Anchorage Equal Rights Commission. Decidido em 1 de Agosto de 2000.

ESTADOS UNIDOS. **Manhattan Declaration: A Call of Christian Conscience**. MANHATTANDECLARATION, 2009. Disponível em:<http://www.manhattandecclaration.org/man_dec_resources/Manhattan_Declaration_full_text.pdf>. Acesso em 1º de Julho de 2015.

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 de Julho de 2015.

ESTADOS UNIDOS. 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. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf>. Acesso em 1 de Maio de 2015.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Hollingsworth v. Perry. 570 U.S /2013. Dennis Hollingsworth, et al vs. Kristin Perry, et al. Opinião Majoritária: John Roberts. Washington, District of Columbia. Julgado em 26 de junho de 2013. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf>. Acesso em 1 de Maio de 2015.

ESTADOS UNIDOS. 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. Disponível em: < http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Windsor v. United States. 570 U.S. Edith Schlain Windsor v. United States. Opinião Majoritária: Kennedy.

Washington D.C. Julgado em 26 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>. Acesso em 1 de Julho de 2015.

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 de Julho de 2015.

ESTADOS UNIDOS, 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 de Julho de 2015.

GARGARELLA, Roberto. Presentación. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

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.

JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo Democrático**-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEJAIME, Douglas e SIEGEL, Reva. Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics. **Yale Law School**, Cambridge, vol 124, 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2714017>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

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.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**-Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

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

SCHWARTZ, Bernard. **Decision**: How de Supreme Court decide 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. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_siegel.pdf>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

SIEGEL, Neil; SIEGEL, Reva. Equality Arguments for Abortion Rights. **UCLA Law Review Discourse**, California, vol.60, n 160, 2013. Disponível em:<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/EqualityFrontiers_REVA.pdf>. Acesso em 1º de Julho de 2015.

STEIN, Ernildo. **Sobre a essência do fundamento**. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1998.

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

SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy**. What Constitutions Do. Oxford: University Press, 2001.

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

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