

A EQUAL PROTECTION E A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

The Equal Protection and the sexual orientation discrimination in the U.S. Supreme Court jurisprudence

Maria Eugênia Bunchaft¹
Beatriz Ferreira de Freitas²
Christiane de Carvalho Haasis³

RESUMO	ABSTRACT
Um dos objetivos fundamentais da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana é a proposta de resguardar a concepção do direito ao igual tratamento, inspirando novos horizontes jurídicos para o Constitucionalismo norte-americano, de forma a atender às demandas de grupos sexuais minoritários. A Constituição do Estados Unidos contempla a cláusula da igual proteção na Emenda XIV, atendendo aos desafios de um Constitucionalismo Democrático capaz de assegurar a igual consideração e respeito de todos os seres humanos, Pretendemos especificar a relevância do conteúdo da <i>Equal Protection</i> no combate à discriminação por orientação sexual no constitucionalismo norte-americano e o papel fundamental do Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel que pode inspirar uma cultura constitucional juridicamente sensível à demanda de minorias sexuais.	One of the fundamental goals of the jurisprudential construction of the U.S. Supreme Court is the purpose of protecting the conception of the right to equal treatment, inspiring new legal horizons for American constitutionalism, in order to meet the needs of sexual minority groups. The Constitution of the United States contemplates the Equal protection clause of the fourteenth amendment, considering the challenges of a Democratic Constitutionalism able to ensure equal consideration and respect for all human beings. We intend to specify the relevance of the content of the Equal Protection in the fight against sexual orientation discrimination in American constitutionalism and the role of Robert Post and Reva Siegel' Democratic Constitutionalism that can inspire a constitutional legal culture sensitive to the demand of sexual minorities's demand.
Palavras-Chave: Cláusula da Igual Proteção. Minorias sexuais. Constitucionalismo Democrático	Keywords: Equal Protection Clause. Sexual minorities. Democratic Constitutionalism

¹ Doutora e Mestre em Direito pela PUC-Rio. professora da UNIFOA-Centro Universitário de volta Redonda. Autora do livro "O patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas", ed. Lumen Juris, 2010. Coordenadora do grupos de pesquisa relacionado ao projeto "Judicialização e minorias: Direitos de Grupos Estigmatizados no STJ, STF e Suprema Corte Norte-Americana", financiado pelo Núcleo de Pesquisa da UNIFOA. mebunchaft@uol.com.br

² Graduanda em Direito na UNIFOA e membro do grupos de pesquisa relacionado ao projeto "Judicialização e minorias: Direitos de Grupos Estigmatizados no STJ, STF e Suprema Corte Norte-Americana" belatriz@yahoo.com.br

³ Graduanda em Direito pela UNIFOA -Centro Universitário de Volta Redonda e bolsista de iniciação científica no grupo de pesquisa vinculado ao projeto "Judicialização e minorias: direitos de grupos estigmatizados no STJ, STF e Suprema Corte norte-americana" (financiamento Núcleo de Pesquisa da UNIFOA). cchassis@hotmail.com

1-Introdução

No cenário contemporâneo, há uma tendência de fortalecimento do papel institucional do Poder Judiciário no cenário jurídico, ampliando-se o campo de incidência da atuação judicial em temas políticos e morais que deveriam ser resolvidos pelos Poderes Legislativo e Executivo. Essa expansão da atuação jurisdicional é incrementada pela consagração de princípios constitucionais de abertura argumentativa nas Constituições.

É imperioso sublinhar que certas formas de ativismo judicial foram fundamentais na proteção de grupos estigmatizados, tendo como referência a decisão Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education*, que extinguiu a segregação racial nas escolas. No constitucionalismo norte-americano, o desenvolvimento jurisprudencial da Suprema Corte teve como um dos objetivos resguardar o princípio da igualdade, suscitando a formulação da *Equal Protection Doctrine*. A *Equal Protection Doctrine* tem como objetivo assegurar o tratamento jurídico isonômico entre indivíduos e grupos.

Nesse sentido, um dos aspectos fundamentais da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana é a proposta de resguardar a concepção do direito ao igual tratamento, inspirando novos horizontes jurídicos para o constitucionalismo norte-americano, de forma a atender às demandas de grupos sexuais minoritários. A Constituição do Estados Unidos contempla a cláusula da *Equal Protection* na Emenda XIV, atendendo aos desafios de um Constitucionalismo capaz de assegurar a igual consideração e respeito de todos os seres humanos. De acordo com o movimento acadêmico denominado “Constitucionalismo Democrático”, defendido por Reva Siegel e Robert Post, a partir da interação entre minorias estigmatizadas, movimentos sociais e Judiciário, é possível inspirar novos valores constitucionais que são capazes de transformar a sociedade, protegendo os direitos desses grupos. Pretendemos especificar o papel do Constitucionalismo Democrático - defendido por Robert Post e Reva Siegel - na interpretação do conteúdo da *Equal Protection*, que, voltado para o combate à

discriminação por orientação sexual, passou a inspirar uma cultura constitucional juridicamente sensível à demanda de minorias sexuais estigmatizadas.

2-Os parâmetros da *Equal Protection Doctrine*

De início, é mister sublinhar que a cláusula da *Equal Protection* assume duas dimensões fundamentais no constitucionalismo norte-americano: como princípio incompatível com diferenciações arbitrárias e como princípio proibitivo da subordinação de grupos em especial condição de desvantagem. Dentro do âmbito de aplicação da *Equal Protection*, podemos visualizar três parâmetros de constitucionalidade. Até 1937, o critério fundamental para a análise da constitucionalidade dos atos estatais era delineado com base na Cláusula do Devido Processo Substantivo. Tratava-se de uma compreensão jurisprudencial eminentemente liberal. A partir de 1937, a Suprema Corte passou a adotar uma postura voltada para a confirmação da constitucionalidade de atos estatais com base na razoabilidade da fundamentação. Assim, origina-se o *rational relationship test*. Trata-se de uma postura de deferência em relação aos atos estatais, bastando qualquer fundamento plausível.

Posteriormente, a Suprema Corte passou a adotar um critério rigoroso de constitucionalidade voltado para classificações estabelecidas com base em parâmetros juridicamente inadmissíveis e em face de atos restritivos de direitos fundamentais: o *strict scrutiny*. De acordo com esse parâmetro, exige-se a comprovação de um objetivo estatal relevante que legitime a classificação ou a restrição a um direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade do ato. Diante das transformações sociais e das lutas pela ampliação dos direitos civis, configurou-se na jurisprudência da Suprema Corte um terceiro critério entre o *rational relationship test* e o *strict scrutiny*: o *intermediate scrutiny*.

Em face desta leitura, o *rational relationship test* representa um parâmetro utilizado em face de diferenciações entre grupos realizadas na esfera sócio-econômica. A ideia é garantir a

razoabilidade das classificações estabelecidas. A satisfação do critério da razoabilidade demanda a comprovação de que a distinção objetiva a um interesse estatal legítimo. Só haverá declaração de inconstitucionalidade se inexistir um nexo racional entre o ato estatal e o objetivo pretendido. Há uma forte presunção de constitucionalidade das diferenciações, sendo suficiente a utilização de uma argumentação plausível. Esse parâmetro pressupõe uma certa deferência em relação às opções políticas do legislador, minimizando, em certo sentido, o controle dos atos estatais que subordinam certos grupos, razão pela qual tornou-se necessário um parâmetro mais rigoroso de constitucionalidade: o *strict scrutiny*.

Diante dessa estrutura conceitual, no critério baseado no *strict scrutiny*, a Suprema Corte não irá ratificar o ato estatal, salvo se necessário para atender um fim estatal legítimo e imprescindível, ou seja, um *compelling interest*. A ideia é desenvolver um controle de constitucionalidade capaz de contemplar valores substantivos. O fim primordial é a proteção de grupos estigmatizados objeto de amplo preconceito e hostilidade social. No caso *Korematsu vs. United States*, a Suprema Corte introduziu o referido critério de classificação pela primeira vez. De acordo com Tribe, o primeiro momento em que a Suprema Corte reconheceu a classificação suspeita, terminou de forma irônica por ratificar um ato estatal discriminatório que estabelecia uma diferenciação racial. O Tribunal manteve uma ordem militar que estabelecia a internação de descendentes de japoneses em áreas de confinamento na segunda Guerra mundial. O Justice Blackmun, em seu pronunciamento, ponderou:

Deve-se observar, de início, que todas as restrições legais para reduzir os direitos civis de um único grupo racial, são imediatamente suspeitas. Isto não quer dizer que tais restrições são inconstitucionais. Mas, sim, que a Corte deve submetê-las a um exame mais rigoroso. A demanda pública urgente pode, algumas vezes, justificar a existência dessas restrições, jamais o antagonismo social. (*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 - 1944).

Com efeito, Suprema Corte aplicou o *strict scrutiny* às discriminações raciais, aos filhos concebidos fora do matrimônio e às minorias religiosas. Por meio de uma postura ativista, buscou delimitar os grupos minoritários a partir da constatação de que determinados grupos são carentes de representação no processo político majoritário e sofrem de ampla hostilidade por conta de certos atributos singulares. Em *Graham v. Richardson* (403 U.S. 365-1971), a Suprema Corte estabeleceu que os estrangeiros seriam uma classe suspeita sujeita a tratamento desigual, incidindo o *strict scrutiny* sobre as distinções sobre eles estabelecidas.

Ademais, em relação aos estrangeiros residentes no país, a Suprema Corte estabeleceu que eles devem ser contemplados com todos os direitos sociais e garantias de emprego. Em *Plyer v. Doe* (457 U.S. 202 -1982), o Tribunal invalidou uma lei do Estado do Texas que vedava a garantia à educação pública para crianças clandestinas e sem documentação regular. Todavia, não aplicou o *strict scrutiny*, mas o *regular basis*, por não conceber os imigrantes ilegais como um grupo suscetível a tutela judicial especial, entendendo apenas que as crianças, por sua condição específica, demandam tratamento singular.

A seu turno, os deficientes mentais, por sua condição peculiar, em um primeiro momento foram contemplados a um tratamento diferenciado pela Suprema Corte, considerados como uma classe semissuspeita, da mesma forma como filhos concebidos fora do matrimônio e mulheres. Posteriormente, a Suprema Corte modificou seu posicionamento para estabelecer que deficientes mentais não eram uma minoria no sentido técnico, não suscitando a incidência do *intermediate scrutiny*. Por fim, as mulheres têm se enquadrado como uma classe semissuspeita, ensejando a aplicação do *intermediate scrutiny*.

É de se mencionar, que outro âmbito de aplicação do *strict scrutiny* é diante da possibilidade de restrição a direitos fundamentais. A delimitação dos direitos fundamentais decorreu de uma postura construtiva da Suprema Corte em relação ao *Bill of Rights*, ou seja as

dez primeiras emendas à Constituição. Esse desenvolvimento interpretativo pressupõe uma forma ampliativa de concretização do *Bill of Rights*.

No ensejo, o *intermediate* ou *semi suspect scrutiny* surge a partir de novas demandas de grupos específicos não contemplados na tradição da XIV Emenda. Surge, portanto, uma categoria intermediária entre o *strict scrutiny* e o *rational relationship*. O *intermediate scrutiny* requer um nexo de adequação entre o ato legislativo e um relevante objetivo estatal, sem o qual não há como legitimar a restrição a um direito importante (mas não fundamental) ou a classificação semissuspeita. Esse parâmetro foi introduzido na jurisprudência da Suprema Corte, em *Craig v. Boren*. Nesse caso, a Suprema Corte determinou que a diferenciação etária entre homens e mulheres quanto ao consumo de bebidas alcoólicas afrontava a *Equal protection Doctrine*. Portanto, o âmbito de incidência desse parâmetro são os *important rights* e as *semi suspect classifications*.

Dentro de uma postura construtiva delineada pela Suprema Corte, destacam-se duas perspectivas que irão delimitar o sentido da *Equal Protection*, com efeitos diversos em relação a minorias insulares. A primeira representa o “Princípio da Anticlassificação”, que, como vimos, institui um padrão de constitucionalidade sujeito a um exame com intensidade de controle diferenciado para as “classificações constitucionalmente suspeitas”. O segundo mecanismo jurídico, por sua vez, representa o “Princípio da Antissubordinação”, que estabelece a inconstitucionalidade de certos atos estatais aparentemente neutros, mas que potencializam contextos de subordinação, independentemente da presença da intenção discriminatória.

Nesse ponto, Tribe destaca que “o tema mais promissor da doutrina da *equal protection* pode perfeitamente ser um Princípio da Antissubordinação, que objetiva quebrar os sistemas de subordinação legalmente criados ou reforçados que tratam algumas pessoas como cidadãos de segunda classe.” (TRIBE, Laurence, 1988, p. 1515).

Nessa perspectiva, o Princípio da Anticlassificação não decorre necessariamente da cláusula da *equal protection*, pois tal princípio implica uma concepção simplista acerca do judiciário, incapaz de atender ao conteúdo emancipatório da cláusula da *Equal Protection*. O princípio da Anticlassificação objetiva desconstruir classificações estabelecidas a partir de distinções com base em raça, sexo e orientação sexual, uma vez que estas criam uma desequiparação entre grupos, contrariando a neutralidade das medidas estatais.

O Princípio da Antissubordinação, a seu turno, pretende alcançar contextos mais sutis de violação ao princípio da igualdade, pois, muitas vezes, atos estatais aparentemente neutros incrementam e inspiram práticas de subordinação. O Princípio da Antissubordinação, para autores como Laurence Tribe, Reva Siegel e Robert Post, permite uma estrutura normativa mais abrangente e sofisticada, que pretende resguardar a dignidade humana para grupos historicamente discriminados. Nesse sentido, é clara a assertiva de L. Tribe:

(...)O Princípio da Antissubordinação está mais preocupado com as responsabilidades impostas à ação estatal em face de grupos suspeitos do que com quais preconceitos se escondem nos corações e nas mentes dos agentes governamentais. O objetivo da *equal protection* não é acabar com pensamentos impuros, mas garantir uma medida plena de dignidade humana para todos. A Constituição pode ser ofendida não somente por atos individuais de discriminação racial, mas também por regras estatais, políticas ou práticas que eternizam a condição subordinada de qualquer grupo. Por meio do Princípio da antissubordinação, a cláusula da *equal protection doctrine* indaga se certas condições, examinadas em seu contexto histórico e social, são uma manifestação ou um legado de opressão oficial.(...) (TRIBE, Laurence, 1988, p, 1514-1521).

Em síntese, sustentamos, com base nos autores, que o Princípio da Antissubordinação representa uma configuração jurídica mas efetiva na proteção da dignidade humana e na desconstrução de mecanismos institucionais que subordinam certos grupos. Feitas essas considerações, passamos ao exame dos direitos de minorias sexuais na Suprema Corte norte-americana. Outrossim, no constitucionalismo norte-americano, assumiu relevância o artigo

de Owen Fiss, intitulado “Groups and the Equal Protection”, que introduziu novos horizontes jurídicos para a tradição da antissubordinação, com especial ênfase para a subordinação histórica dos negros. A cláusula da *Equal protection* começa a ser interpretada como um mecanismo capaz de desconstruir práticas que incrementam a subordinação de grupos estigmatizados .

Nessa trajetória normativa, Fiss delineia uma compreensão do Poder Judiciário, como um instrumento que potencializa o significado dos valores constitucionais voltados para a proteção de grupos estigmatizados que são objeto de amplo preconceito. O autor leciona que “a atuação do poder judicial pode ser vista como uma intervenção capaz de ampliar a voz da minoria sem poder; como uma forma de retificar a injustiça do processo político. ” (FISS, Owen, 1999, p. 142).O constitucionalista compreende o Judiciário como uma esfera que inspira valores sociais relevantes no desenvolvimento jurisprudencial da *equal protection doctrine*.

Sob essa ótica, dentro dessa postura construtiva da Suprema Corte, delineia-se uma cultura constitucional juridicamente sensível a demandas de minorias insulares. Feitas essas considerações, passamos a examinar a discriminação por orientação sexual na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.

3-Os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana

É premente lecionar que a Suprema Corte, em quatro oportunidades, decidiu questões que tratam dos direitos de minorias sexuais. A primeira decisão ocorreu em 1986, no caso *Bowers v. Hardwick* (478 U. S. 186-1986), o segundo em 1996, em *Romer v. Evans* (517 U.S. 620 - 1996), o terceiro em *Boy Scouts v. Dale* (530. U.S. 640 - 2000), e o quarto em *Lawrence v. Texas*(539 U. S. 558 - 2003). Assim, em *Bowers*, a questão jurídica fundamental era saber se uma lei da Geórgia - que criminalizava a sodomia entre adultos- era constitucional ou se, ao contrário,

haveria um direito fundamental dos homossexuais de praticar a sodomia, tendo em vista o direito à privacidade. A Corte, todavia, pronunciou-se pela constitucionalidade da lei.

De fato, a partir de *Griswold*, (381 U. S. 479 (1965)), a Suprema Corte assentou posicionamento no sentido de considerar o direito à privacidade como implícito à cláusula do *Due Process* inerente à XIV Emenda. Em *Bowers*, todavia, a Corte consolidou entendimento diverso, defendendo que tal direito não se aplicava à conduta sexual consensual privada relativa à prática da sodomia.

Nesse particular, Cass Sunstein apresenta uma interpretação singular a respeito do caso *Bowers*. De fato, constata que a criminalização da sodomia é incompatível com a criação de uma sociedade livre. Mas interpreta a decisão da Corte como resultado de uma estratégia argumentativa equivocada estabelecida pela defesa. Ao resgatar uma argumentação jurídica que contemplava o direito à privacidade e a cláusula do Devido Processo Substantivo, suscitou resultados negativos, pois o “disfarce” terminaria por suscitar o estigma e a discriminação. O autor, em passagem elucidativa, sublinha que :

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

Nesse quadro teórico, o direito à privacidade, para Sunstein, não seria compreendido como um direito fundamental delineado construtivamente a partir da cláusula do Devido Processo Substantivo, não sendo um mecanismo normativo com potencialidade jurídica capaz de proporcionar a defesa dos direitos de homossexuais. De fato, a cláusula da *Equal*

Protection demonstra uma maior sensibilidade jurídica capaz de romper com autocompreensões assimétricas de mundo do que o Devido Processo Substantivo.

É mister sublinhar que, em *Lawrence v. Texas*, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que criminalizava a sodomia no Texas, aduzindo que a conduta sexual consensual e íntima estava contemplada pelo direito à liberdade protegido pelo devido processo substantivo sob a XIV Emenda. A controvérsia jurídica de *Lawrence* pretendia indagar se o Estado tinha legitimidade para punir condutas de foro íntimo que não possuem reflexos em relação a interesses de terceiros. A Suprema Corte constatou a inexistência de interesses de menores, pois o caso envolvia dois adultos que se envolviam em práticas sexuais consensuais e íntimas. A Corte percebeu que o caso não envolvia “qualquer situação em que o governo tenha de dar o seu reconhecimento formal a uma relação em que homossexuais pretendem envolver-se.” (*Lawrence v. Texas*. 539 U. S. 558 - 2003). Portanto, o Estado não tinha legitimidade para interferir em condutas de foro íntimo.

Desse modo, o caso *Romer v. Evans*, em 1996, foi de grande repercussão, pois envolveu a discussão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 2 à Constituição do Colorado, que proibiu o Estado adotar medidas antidiscriminatórias em favor dos gays, lésbicas e bissexuais. Essa Emenda adveio de referendo popular de grupos religiosos, denominados “pró-discriminação de gays, lésbicas e bissexuais”, já que em vários outros locais surgiram políticas proibitivas da discriminação sexual. A Suprema Corte do Colorado, no mesmo ano, considerou inconstitucional tal emenda, fundamentando-se na *Equal Protection Doctrine*. Examinou-a por meio da *strict scrutiny*, padrão de rigoroso controle de constitucionalidade, ou seja, proibição de algumas classificações. Em 1996, A Suprema Corte, em voto exposto pelo Justice Kennedy, concluiu que a Emenda contrariava a garantia da *Equal protection* e não contemplava um fundamento plausível em face do *rational relationship test*, tendo em vista a

inexistência de um interesse estatal legítimo que justificasse a proibição de práticas antidiscriminatórias em favor de minorias sexuais.

Esse julgamento tornou-se precedente para aplicação da perspectiva da *Equal Protection Doctrine*, pois a Suprema Corte resguardou a garantia constitucional do direito à igualdade. O Estado do Colorado, procurou contra-argumentar, elucidando os motivos pelos quais criou tal Emenda Constitucional.

Nesse sentido, o primeiro argumento sustentado pela defesa aduziu que a Emenda apenas visava ao estabelecimento de um tratamento igualitário entre gays, lésbicas e os demais cidadãos, negando direitos especiais a uma minoria politicamente poderosa. A ideia fundamental era vedar um tratamento diferenciado para homossexuais, resguardando os direitos dos cidadãos que não possuem essa opção sexual. A maioria dos juízes não acolheu esse argumento, uma vez que a Emenda contrariava de forma contundente a *Equal protection*. A tese jurídica estabelecida foi no sentido de que permitir que minorias sexuais tenham acesso à proteção jurídica contra atos discriminatórios, não implica o estabelecimento de tratamento privilegiado.

Nesse particular, o segundo argumento de defesa baseou-se na necessidade de resguardar a liberdade da maioria dos cidadãos, que têm a prerrogativa de expor opiniões contrárias à prática homossexual. Esse argumento foi considerado implausível pela Suprema Corte, uma vez que a exclusão da possibilidade de tutela jurídica a um grupo minoritário não se confunde com a pretensão de resguardar a liberdade de manifestação de opiniões pessoais e objeções à homossexualidade. Por outro lado, a proibição de práticas discriminatórias contra homossexuais visa a impedir que grupos estigmatizados sejam excluídos das relações cotidianas de uma sociedade livre. Dessa forma, uma vez que o Estado não poderia criar uma proteção jurídica especial em favor de determinado grupo de pessoas, a Emenda apenas contrapunha-se à tentativa de estabelecer um tratamento privilegiado a uma minoria politicamente poderosa.

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

Por fim, é de se mencionar que, menos de um ano depois de *Lawrence*, uniões civis passaram a ser reconhecidas por alguns Estados. Massachusetts, por exemplo, em 2003, destacou-se como o Estado pioneiro no reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista uma decisão da Suprema Corte estadual. Em seguida, as Cortes Estaduais em Connecticut e Iowa também legalizaram os casamentos entre pessoas do mesmo sexo; mas em New Hampshire e Washington, tal reconhecimento decorreu das legislaturas estaduais. Vermont também assumiu relevância nesse processo em 1999, quando a Corte Estadual atribuiu aos casais homossexuais os mesmos direitos que os casais heterossexuais.

Assim, tal evolução jurisprudencial, em Vermont, configurou-se como um romance em cadeia no qual cada decisão representa um capítulo de um grande romance escrito por diferentes escritores. De fato, tal construção judicial da Suprema Corte estadual inspirou o Poder Legislativo local, de forma que este, a partir de 2000, passou a oferecer garantias legais e benefícios aos casais do mesmo sexo. E, finalmente, em 2009, a lei estadual introduziu o casamento entre casais do mesmo sexo, superando o veto do Governador Jim Douglas contra o projeto de lei. Indubitavelmente, compreendemos que certas decisões judiciais podem inspirar a

transformação de “sentidos constitucionais”, contrapondo-se a práticas assimétricas que repudiam a homossexualidade.

É de se mencionar que, na Califórnia, a legalização da união entre pessoas do mesmo sexo decorreu de uma postura ativista da Suprema Corte da Califórnia em 2008. A decisão foi modificada a partir da “Proposição 8”, decorrente de uma Emenda Constitucional à Constituição da Califórnia, instituindo que somente seria reconhecido juridicamente o casamento entre um homem e uma mulher. Em 2009, a Suprema Corte da Califórnia considerou que a referida emenda constitucional seria válida. A Suprema Corte local, entretanto, manteve os 18 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo, celebrados na Califórnia de Maio a Novembro de 2008. A decisão distancia-se da configuração jurisprudencial liberalizante que vem se delineando nas Cortes locais dos Estados norte-americanos.

Desse modo, em novembro de 2009, a Constitucionalidade da Proposição 8 foi amplamente questionada através de protestos da população. A disputa intensificou-se com o ajuizamento de uma ação no Tribunal de Justiça do Distrito Norte de Califórnia pela Fundação Americana para a Igualdade de Direitos (AFER), questionando a validade da Proposição 8, a nível Federal, em nome de dois casais do mesmo sexo. O início do julgamento da emenda à Constituição da Califórnia que proibiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ocorreu na Corte Distrital de São Francisco em janeiro de 2010. Trata-se do caso *Perry versus Schwarzenegger*, que está tramitando no Tribunal de Justiça do Distrito Norte da Califórnia, sendo um caso histórico que provavelmente chegará à Suprema Corte. Vaughn Walker, juiz-presidente do Tribunal de Justiça Distrital de San Francisco, não acolheu argumentos articulados pela defesa, que sustentou a legitimidade da Proposição 8, sob o argumento de que o matrimônio estaria voltado para a procriação. O advogado de defesa, Charles Cooper, sustentou uma concepção procriativa de matrimônio, visando a existência e sobrevivência da raça humana. Mas o Juiz Walker contrapôs-se a tal alegação, sublinhando a inexistência de regras que vedem o

casamento entre pessoas que não podem ter filhos. Também refutou o argumento de uma testemunha do Dr. Cooper, segundo a qual o casamento tem uma função social. Portanto, entendemos que a questão fundamental é: as pessoas se casam para beneficiar a sociedade?

Theodore Olsen, advogado de defesa, estabeleceu uma analogia entre a Proposição 8 e as normas que proibiam o casamento interracial. O direito da casar foi defendido como um direito fundamental dos casais homossexuais californianos, e não como “um direito que pertence ao Estado da Califórnia.” Pela primeira vez, surge uma discussão jurídica nos tribunais federais sobre se a maioria dos eleitores pode anular os direitos de grupos minoritários.

Nesse ponto, com o intuito de resgatar uma nova concepção teórica a respeito dessas formas de judicialização voltadas para a proteção de minorias sexuais, assume relevância o Constitucionalismo Democrático defendido por Post e Siegel, pois constitui um referencial teórico muito importante para atender aos desafios de uma cultura constitucional sensível aos direitos de minorias sexuais.

4-O Constitucionalismo Democrático

É mister frisar que, para Robert Post e Reva Siegel, ambos professores da *Yale Law School*, o potencial emancipatório das lutas estabelecidas por minorias sexuais e movimentos sociais inspiram o Judiciário a resgatar “sentidos constitucionais” renovados, normativamente sensíveis a suas pretensões. Não obstante a existência de um desacordo moral razoável, para o Constitucionalismo Democrático, certas formas de judicialização, ao interagirem com movimentos sociais, podem promover uma adequada resolução de questões constitucionais controversas com base em argumentos jurídicos racionais. Essa interação é positiva para a cultura constitucional, inspirando trocas comunicativas capazes de inspirar “sentidos constitucionais” renovados e libertários que atendam aos desafios de um constitucionalismo

sensível a demandas de minorias sexuais. O constitucionalismo Democrático, defendido por Post e Siegel, pretende contrapor-se ao minimalismo judicial de Cass Sunstein.

Sunstein, professor da *Harvard Law School*, propõe uma forma singular de atuação jurisdicional das Cortes, denominada “minimalismo judicial,” de acordo com a qual as Cortes deveriam deixar em aberto questões constitucionais controvertidas a serem resolvidas pela deliberação democrática, não deveriam decidir aspectos desnecessários, exercendo as denominadas “virtudes passivas”, no que se refere ao uso construtivo do silêncio. Para Sunstein, perspectivas minimalistas incrementam a democracia, pois as decisões são tomadas por atores democraticamente responsáveis. ” (SUNSTEIN, Cass, 1999, p. 5). O autor leciona que as decisões judiciais devem ser estreitas, resolvendo apenas os aspectos específicos de cada caso, sem resolver uma ampla gama de outras questões jurídicas com implicações diversas. Desse modo, analisando a intervenção judicial no caso *Quill v. Vacco* (521 U.S. 793-1997). Sunstein explicita que a Suprema Corte não agiu corretamente quando invalidou leis proibindo o suicídio assistido, porquanto deveria ter deixado em aberto a questão sobre se seria lícito garantir tal direito às pessoas que enfrentam dores físicas em situação de morte iminente.

De fato, quando as instâncias sociais e os grupos estigmatizados são contemplados na deliberação, não é necessário recorrer a posturas maximalistas que invocam argumentos filosoficamente profundos. Entretanto, quando há uma descaracterização do uso público da razão no processo democrático que frustra os direitos de minorias sexuais, impedindo a deliberação, cabe ao Judiciário, a partir da interação com os movimentos sociais, resgatar uma cultura constitucional inclusiva com o intuito de corrigir os desvios do procedimento. De fato, o uso construtivo do silêncio na apreciação de teorias abstratas e profundas, somente revela-se eficaz quando o processo democrático cumpriu seu papel inclusivo, respeitando as condições de abertura e participação de minorias. Nessas hipóteses, o Judiciário deveria assumir uma postura

cautelosa, respeitando às opções políticas das maiorias parlamentares, pronunciando-se de forma estreita mediante o uso construtivo do silêncio.

Diante do exposto, depreende-se que a aplicação irrestrita do minimalismo judicial pode ser um processo hermenêutico incapaz de resgatar o conteúdo emancipatório da *Equal Protection* e sem potencialidade de alcançar a complexidade de direitos específicos de grupos estigmatizados, especialmente quando o processo político majoritário está desprovido de valor epistêmico. Daí a relevância de um Constitucionalismo Democrático como um referencial teórico capaz de inspirar novos horizontes jurídicos delineados a partir de certas decisões do Judiciário que, ao interagirem com movimentos sociais, podem mudar o rumo de uma cultura constitucional, inspirando narrativas simbólicas emancipatórias na interpretação da *Equal Protection*.

Disso se infere, a nosso ver, que a interpretação constitucional sobre direitos de minorias sexuais na *Equal Protection* nem sempre se compatibiliza com perspectivas minimalistas, sendo necessário resgatar o instrumental teórico do Constitucionalismo Democrático. Todavia, os minimalistas podem concordar com o princípio da não discriminação, com a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis e defender a atribuição de direitos sem, entretanto, adentrar nos fundamentos filosóficos sustentam a equiparação, como o conceito de matrimônio ou de sexualidade.

Não obstante, como questionar a concepção procriativa do matrimônio sem recorrer a doutrinas morais? O uso construtivo do silêncio em relação a acordos parcialmente teorizados é suficiente? Daí a necessidade de resgatarmos a ideia de moral crítica que, articulada por “sentidos constitucionais” articulados por movimentos sociais, criam práticas de contestação que impulsionam novos valores sociais emancipatórios.

Sob essa ótica, dentro dessa postura construtiva da Suprema Corte, delineia-se uma cultura constitucional juridicamente sensível a demandas de minorias insulares. Nesse sentido, Reva Siegel e Robert Post, interpretando as lutas feministas nos EUA e a atuação dinâmica dos movimentos sociais, destacam que, até 1970, as classificações estabelecidas com base em critérios sexuais eram admissíveis na jurisprudência. Não obstante, a partir de novos valores sociais articulados pelos movimentos sociais, tal interpretação da cláusula da *Equal Protection* modificou-se, de forma que a Décima Quarta Emenda passou a ser interpretada de forma diferente, de forma que as classificações baseadas em sexo passaram a sofrer a incidência do *strict scrutiny*. (POST, Robert and SIEGEL, Reva, 2009, p. 29).

5-Conclusão

Certas decisões judiciais voltadas para a proteção de minorias estigmatizadas, ainda que invoquem argumentos filosoficamente profundos, como, por exemplo, o conceito de sexo psicossocial, de entidade familiar, devem ser consideradas legítimas, sobretudo se decorrem da criação de uma cultura constitucional delineada a partir da interação entre Judiciário e movimentos sociais. A leitura moral da Constituição, desde que construída discursivamente pode suscitar a rearticulação de valores sociais. Daí a necessidade de resgatarmos a ideia de moral crítica que, articulada com pretensões normativas tematizadas por movimentos sociais, criam práticas de contestação que impulsionam novos valores sociais.

Nesse aspecto, são as interações formais e informais entre movimentos sociais e os governantes que mudam a trajetória normativa de uma cultura constitucional. A cultura constitucional é construída a partir de novos “significados constitucionais”, que são tematizados pelos movimentos sociais na instância judicial, inspirando uma moralidade crítica, com potencialidade de romper com concepções assimétricas de mundo. A reconstrução das práticas sociais vigentes e proteção de direitos de minorias pressupõe formas de judicialização delineadas por uma cultura constitucional juridicamente sensível a direitos de minorias insulares.

6-Referências Bibliográficas

- BALKIN, Jack and SIEGEL, Reva. "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?". In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004.
- BELL, Derrick. *And We Are not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*. New York: Basic, 1987.
- DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FISS, Owen. "Grupos y la Cláusula de la Igual Protección". In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- HOGG, Peter. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell-Thompson Professional Publishing, 1997.
- FORD, Richard Thompson. "Unnatural Groups: A reaction to the Owen Fiss's "Groups and the Equal Protection Clause" In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.
- ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. "Groups, Politics, and the Equal Protection Clause". In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.
- MacKINNON, Catharine. *Sexual Harassment of Working Woman: A Case of Sex Discrimination*. New Haven: Yale University Press, 1979.
- MacKINNON Catharine. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- POST, Robert and SIEGEL, Reva. "Democratic Constitutionalism". In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ação afirmativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SIEGEL, Reva. "Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA". In: *California Law Review*, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006.
- SIEGEL, Reva. "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown". In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004.
- STURM, Susan. "Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role". In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999.
- SUNSTEIN, Cass. *Designing Democracy: What Constitutions Do?* New York: Oxford University Press, 2001.
- SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America*. Cambridge: Basic Books, 2005.
- SUNSTEIN, CASS. *A Constitution of Many Minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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

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

POST, Robert e SIEGEL, Reva. "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash". In: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>, p. 373 a 433.

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

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 2. ed. New York: Foundation Press, 1988.

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

Artigo recebido em 14 de dezembro de 2010 e aceito em 25 de março de 2011.