

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E MINIMALISMO JUDICIAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL MINIMALISM: AN INSIGHT ON DISCRIMINATION BASED ON SEXUAL ORIENTATION IN THE U.S SUPREME COURT JURISPRUDENCE

Maria Eugenia Bunchaft¹

Resumo - 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 *Equal Protection* 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, em contraste com o Minimalismo judicial, pode inspirar uma cultura constitucional juridicamente sensível à demanda de minorias sexuais.

Abstract-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 discrimination based on sexual orientation in American constitutionalism and the role of Robert Post and Reva Siegel' Democratic Constitutionalism that, in contrast to judicial minimalism, 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; ativismo judicial.

Keywords: Equal Protection Clause; Sexual minorities; Democratic Constitutionalism; judicial activism.

1

Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora e Pesquisadora do UNIFOA – Centro Universitário de Volta Redonda. Autora do livro “O patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas”, publicado pela Editora Lumen Juris, 2010. Pós-doutoranda em Filosofia pela UFSC com bolsa UFSC-REUNI.

Introdução

Nas democracias contemporâneas, há um processo de expansão do papel institucional do Poder Judiciário no cenário jurídico, ampliando-se a esfera de incidência da atuação jurisdicional em questões políticas e morais que deveriam ser resolvidos pelos Poderes Legislativo e Executivo. Esse fortalecimento do papel institucional do Poder Judiciário é potencializado pela consagração de princípios constitucionais de abertura argumentativa nas Constituições.

É mister frisar que certas formas de ativismo judicial assumiram relevância na proteção de direitos de grupos minoritários, tendo como referência a decisão Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education*, que terminou com a segregação racial nas escolas. No constitucionalismo norte-americano, o desenvolvimento jurisprudencial da Suprema Corte pretendeu resguardar o princípio da igualdade, suscitando a formulação da *Equal Protection Doctrine*. A *Equal Protection Doctrine* propugnou resguardar o tratamento jurídico isonômico entre indivíduos e grupos.

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

Por outro lado, Cass Sunstein defende que perspectivas minimalistas de interpretação judicial “podem ser promotoras da democracia, não somente no sentido de

que elas deixam questões abertas para a deliberação democrática, mas também e, mais fundamentalmente, no sentido de que elas promovem a razão – dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis. ” (SUNSTEIN, 1999, p. 5). Propugnamos analisar, de um lado, se a interpretação constitucional sobre direitos de minorias sexuais na *Equal Protection* compatibiliza-se com a perspectiva minimalista de Sunstein.

De outro lado, examinando a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana na interpretação da *Equal Protection*, pretendemos investigar se o Constitucionalismo Democrático - defendido por Robert Post e Reva Siegel – atende aos desafios de uma cultura constitucional juridicamente sensível à demanda de minorias sexuais estigmatizadas. Feitas essas considerações, passamos à análise dos parâmetros de controle da *Equal Protection Doctrine* na jurisprudência da Suprema corte norte-americana.

2- A Suprema Corte norte-americana e os parâmetros de controle da *Equal Protection Doctrine*

De início, é premente elucidar que a concepção do direito ao igual tratamento, capaz de assegurar a igual consideração e respeito de todos os seres humanos, sem dúvida, assumiu um contorno teórico peculiar no constitucionalismo norte-americano, sendo uma das premissas fundamentais da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos. É imperioso assinalar que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, assume relevância - no processo de reconstrução das democracias constitucionais - o estabelecimento de princípios jurídicos que resguardassem a dignidade da pessoa humana, elemento basilar que estruturou os ordenamentos jurídicos de diversos países. A Constituição do Estados Unidos, além de consagrar as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção na Emenda XIV, assegura a dignidade da pessoa humana na Emenda VIII, por meio da qual as penas cruéis são vedadas no ordenamento jurídico.

Nesse cenário, a Cláusula da Igual Proteção, consubstanciada na Seção 2 da Emenda XIV, assume um papel fundamental no sistema constitucional americano, com o intuito de assegurar a todos os cidadãos o igual respeito e consideração. Insere-se, portanto, em uma trajetória constitucional marcada por lutas contra leis discriminatórias

que expressavam a hostilidade e o desrespeito de maiorias opressoras em relação a minorias estigmatizadas.

Sob esse aspecto, no direito constitucional norte-americano, o princípio da igualdade configurou-se por meio da formulação da *equal protection doctrine*, cujo desenvolvimento decorreu da construção jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte. A garantia constitucional da *Equal Protection* pretende justamente atender ao desafio de resguardar o tratamento igual entre indivíduos e grupos que estejam em uma mesma situação jurídica. Laurence Tribe (1988), professor de Direito Constitucional da *Harvard Law School*, comentando a evolução jurisprudencial da *equal protection*, destaca que esta estabelece uma diferenciação entre o princípio da anticlassificação e o princípio da antissubordinação.

Nessa abordagem teórica, compreendemos que o verdadeiro conteúdo do princípio da *Equal protection*, no direito constitucional norte-americano, constitui o princípio da antissubordinação, enquanto instrumento fundamental capaz de resguardar a garantia da igualdade. Indubitavelmente, a *equal protection doctrine* representa um instrumental jurídico capaz de contrapor-se a determinados atos estatais que subordinam certo grupo de pessoas, sob pena de defender-se a existência de cidadãos de segunda classe. De início, importa destacar que, até 1970, tendo em vista maior amplitude da cláusula da *Equal Protection*, as práticas de admissão nas universidades eram consideradas como classificações raciais sujeitas a uma presunção de inconstitucionalidade.

Assim, o critério denominado *strict scrutiny*, inerente ao “Constitucionalismo da Anticlassificação”, foi desenvolvido pela Suprema Corte, visando a avaliar medidas estatais que contemplem os denominados “critérios de diferenciação suspeitos”, submetidos a um controle de constitucionalidade mais rigoroso. No período da Corte Warren, estabeleceu-se uma investigação mais rigorosa sobre a constitucionalidade das leis, analisando a relação entre meios e fins. Instituíram-se três níveis de abordagem para exame da constitucionalidade das leis, a depender da matéria veiculada pela lei. O nível superior, denominado *strict scrutiny*, requer um elevado grau de exigência na formulação do critério de diferenciação, com a comprovação da relevância do objeto, sendo imprescindível a devida fundamentação. Determinadas leis que adotam raça ou etnia

como parâmetro de diferenciação, por exemplo, são consideradas constitucionalmente suspeitas.

Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade instituído pelo *strict scrutiny* cria uma presunção de que o critério de diferenciação não é adequado para alcançar um objetivo estatal legítimo, salvo se o poder público provar que se trata da existência de um interesse estatal cogente. Declara-se a inconstitucionalidade das leis, mesmo que tenham relação com um interesse estatal legítimo, a não ser que se prove que são imprescindíveis para evitar um resultado lastimável que não se possa evitar de outra maneira razoável. Os atos estatais que contemplem critérios de diferenciação suspeitos são objeto de um controle de constitucionalidade mais apurado, tendo em vista princípios substantivos consagrados na Constituição.

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

- 1- eles têm sofrido uma história de tratamento desigual intencional;
- 2- a classificação impõe-lhes um estigma que os qualifica como inferiores;
- 3- eles têm sido objeto de amplo preconceito e hostilidade;
- 4- o tratamento desigual que eles têm sofrido tem, muitas vezes, resultado em pressuposições estereotipadas sobre suas habilidades;
- 5- eles constituem uma minoria discreta e insular cuja participação política tem sido seriamente prejudicada em razão do preconceito;
- 6- a base da classificação é uma característica pessoal imutável (e quase sempre facilmente perceptível) que cada indivíduo possui;
- 7- a característica é irrelevante para sua habilidade de desempenhar ou contribuir na sociedade (e a qualquer propósito público legítimo). (WINTEMUTE, 1995, p. 62)

Diante do exposto, infere-se que a proteção de minorias raciais, por exemplo, legitimou a utilização do *strict scrutiny*, de forma a considerar constitucionalmente

suspeitos critérios raciais de diferenciação. Nesse particular, analisando o tema, Ronald Dworkin (2005) destaca que, tradicionalmente, os negros costumavam ter seus interesses derrotados na política, em razão da conjugação de dois fatores relacionados com a marginalização econômica, bem como a dificuldade de articulação política, razão pela qual a Suprema Corte considerou os negros como uma classe “suspeita”. Nesse contexto, revela o pensamento de Dworkin, a seguinte passagem:

(...)Os negros sempre foram derrotados na política, por exemplo, não porque seus interesses fossem sobrepujados pelos de outros em competição justa, mas devido a uma combinação de dois outros motivos: porque eram econômica e socialmente marginalizados e faltavam-lhes a formação e os meios necessários para chamar a atenção dos políticos e dos eleitores, e porque muitos cidadãos brancos votavam em leis discriminatórias, não só para proteger seus próprios interesses rivais, mas porque desprezavam os negros e queriam subjugar-los. Assim, a Suprema Corte criou outra categoria especial que atrai o escrutínio elevado: declarou que os negros configuram uma classe “suspeita”, e que se deve derrubar qualquer lei que lhes proporcione especial desvantagem, a não ser que possa ser defendida por servir a alguma finalidade absolutamente irresistível. (...) (DWORKIN, 2005, p. 655).

Em suma, a Suprema Corte incluiu na lista de classes suspeitas as minorias étnicas e imigrantes. As normas que não adotam critérios de diferenciação suspeitos, são submetidas ao padrão mínimo do exame de constitucionalidade, cabendo ao autor comprovar a incompatibilidade com a Constituição. Como elucida Dworkin, “o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhe faltam meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos...” (*Ibidem*, p. 656)Ademais, podem ser vítima de preconceitos e estigmas tão graves, “que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos.” (*Ibidem*, p. 656)

Nesse sentido, de acordo com a doutrina de Robert Wintemute, surgiram questionamentos sobre se *gays* e *lésbicas* possuíam poder político para alcançar proteção legislativa, inviabilizando o *strict scrutiny* ou se a orientação sexual não seria considerada como uma característica imutável. Nesse ponto, vale a pena transcrever o pensamento do professor da *King's College London*, que assevera:

(...) Não é claro se o elemento chave em sua formulação é a existência de preconceito contra a minoria, a existência de uma minoria discreta e insular, ou a inabilidade consequente da minoria de influenciar o processo político. Gays, lésbicas e pessoas bissexuais certamente enfrentam amplo preconceito e algumas Cortes têm se inclinado a descrevê-las como “discretas e insulares”. Mas a controvérsia tem surgido com relação ao que é provavelmente a substância do critério, isto é, a falta de poder político. Enquanto várias Cortes têm concluído que o critério é facilmente satisfeito, outros têm enfatizado que homossexuais não são sem poder político e têm habilidade de atrair a atenção dos legisladores. (...) (WINTERMUTE, 1995, 64-65).

Em síntese, o autor pondera que o status de uma classe como suspeita ou “quase suspeita” não depende do teste do poder político, de forma que gays e lésbicas são objeto de amplo preconceito na sociedade. A estrutura do *strict scrutiny* criou uma forte presunção de inconstitucionalidade da ação estatal que classificava com base na raça. É necessário assinalar, portanto, que a segunda hipótese de aplicação do *strict scrutiny* diz respeito à limitação ao exercício dos direitos fundamentais. A caracterização dos direitos fundamentais estabeleceu-se a partir da interpretação construtiva da Suprema Corte, com fundamento no *Bill of Rights*, que configura o conjunto das dez primeiras emendas à Constituição, onde são estabelecidos direitos dos indivíduos em face do Estado: direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade.

Destarte, percebemos que não se trata de um rol taxativo, pois decorreu de uma postura criativa da Suprema Corte, haja vista julgamentos históricos como *Roe v. Wade* (410 U. S. 113 /1973), no qual se discutiu o aborto sob a ótica do direito fundamental à privacidade ou *Griswold v. Connecticut* (381 U. S. 479 / 1965), que tratou da vedação à utilização de anticoncepcionais. Esse representou um entre as dezenas de casos que tiveram de ser revistos pela Suprema Corte após a legalização do aborto consagrada em *Roe*. Após *Roe*, consagrou-se o entendimento de que o governo não tinha legitimidade para interferir em decisões pessoais relativas à procriação, ao casamento e a questões da vida familiar, tendo em vista o direito à privacidade. O rol de direitos fundamentais, portanto, sofreu uma evolução constitucional, ampliando seu âmbito de incidência sobre a concepção de privacidade, para contemplar situações originalmente não previstas no *Bill of Rights*.

Ademais, o segundo parâmetro de constitucionalidade da *Equal Protection* foi o *intermediate scrutiny*, que contempla as *semi suspect classifications* e os *important*

rights. Surge uma nova categoria de análise, denominada “intermediária” e, por esse novo parâmetro, as diferenciações legais relacionam-se substancialmente a um importante interesse governamental. A partir da aplicação do *intermediate scrutiny*, a diferenciação somente passa a ser considerada legítima, se visar a um objetivo estatal relevante, devidamente comprovado mediante um juízo de ponderação proporcional, no qual a importância do objetivo estatal é confrontada com medidas discriminatórias aos indivíduos.

Como a IV Emenda não abrangia todas as situações envolvendo pessoas, tornava-se necessário estruturar uma nova categoria de análise judicial que era indispensável para as distinções decorrentes do critério semissuspeito. Por meio do caso *Craig v. Boren* (429 U. S. 190 /1976), a Suprema Corte considerou incompatível com a *Equal Protection*, a diferenciação sexual estabelecida por lei que vedava a venda de cerveja para homens com idade inferior a 21 anos e para mulheres menores de 18. O Tribunal argumentou, no caso, que o sexo não constituía um critério de diferenciação legítimo na aquisição de bebidas alcoólicas.

Nesse quadro teórico, a Suprema Corte criou uma categoria de classes “quase suspeitas” - entre as quais se incluem mulheres e filhos ilegítimos - e destacou que as leis incompatíveis com elas também serão objeto de controle “elevado”, embora não tão rigoroso como no caso das classes totalmente “suspeitas”. Estabeleceu-se novo parâmetro de diferenciação intermediário entre o *strict scrutiny* e o *rational relationship test*, encontrando âmbito de incidência nas diferenciações estabelecidas em razão do sexo, que demandavam uma investigação de constitucionalidade mais rigorosa que aquela estabelecida no *rational relationship*. Nessa perspectiva, a Suprema Corte estabeleceu a afirmação da primazia da proteção de grupos discriminados, em contraposição a objetivos estatais supostamente legítimos.

Em face desta estrutura conceitual, se o *intermediate scrutiny* se aplicava inicialmente às diferenciações sexuais, com o tempo passou a contemplar novas hipóteses de incidência, incluindo deficientes mentais, filhos concebidos fora do casamento e minorias estigmatizadas por seus atributos imutáveis, com representação parlamentar irrelevante. O *intermediate scrutiny* objetiva evitar que grupos minoritários sejam dominados e estigmatizados por outros, em razão de preconceitos reinantes, evitando

assim que o *rational relationship* venha a encobrir situações discriminatórias, uma vez que estas demandam um controle de constitucionalidade mais apurado conforme o contexto histórico. Somente a situação fática pode determinar a forma de incidência do *intermediate scrutiny* e a legitimidade do critério de diferenciação.

Por fim, em contraposição ao parâmetro relativo ao exame rigoroso, no exame mínimo, que é o *rational relationship*, há uma presunção de constitucionalidade da lei, cabendo ao autor o ônus probatório da violação à Constituição. Tal parâmetro foi frequentemente utilizado nas classificações entre indivíduos, utilizadas no campo da regulação sócio-econômica, sendo necessária a prova da razoabilidade das distinções estabelecidas pelo legislador. A ação estatal somente será invalidada se não houver um nexo entre o ato estatal e o objetivo pretendido.

Em face desta leitura, Peter Hogg (1997) apresenta um exemplo interessante, no caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* (427 U.S. 307 /1976), no qual se discutiu a constitucionalidade de uma lei que determinava a aposentadoria compulsória para policiais que alcançassem os cinquenta anos. O autor da demanda alegou estar em perfeitas condições físicas, não havendo motivo que legitimasse seu afastamento. A Suprema Corte, todavia, reconheceu a constitucionalidade da lei, havendo um fundamento razoável para a classificação, pois, com o passar do tempo, haveria uma redução das habilidades físicas dos policiais, razão por que a remoção se legitimava como um meio de se alcançar um objetivo estatal relativo à integridade física da força policial. A Suprema Corte considerou improcedente o argumento de que o critério idade seria suspeito, não havendo razão para aplicação do exame rigoroso.

Feitas essas considerações, passamos ao exame da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre direitos de minorias sexuais.

3-Jurisprudência da suprema Corte norte-americana sobre direitos de minorias sexuais.

É mister frisar que a Suprema Corte, em quatro oportunidades, tratou de questões relativos a direitos de minorias sexuais. O primeiro julgado foi decidido 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 controvérsia jurídica era saber se uma lei da Geórgia - que criminalizava a sodomia entre adultos- era constitucional ou se, ao contrário, haveria um direito fundamental dos homossexuais de praticar a sodomia, tendo em vista o direito à privacidade. A Corte, todavia, pronunciou-se pela constitucionalidade da lei.

De fato, a partir de *Griswold*, (381 U. S. 479 -1965), a Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de considerar, como implícito à cláusula do *Due Process* inerente à XIV Emenda, o direito à privacidade. Em *Bowers*, todavia, a Corte consolidou entendimento diverso, defendendo que tal direito não se aplicava à conduta sexual consensual privada relativa à prática da sodomia. Nesse particular, Cass Sunstein (2001) 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, 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 importante 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.

O caso *Romer v. Evans* (517 U.S. 620/1996) 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*.

É premente elucidar que, na Califórnia, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido por uma decisão da Suprema Corte da Califórnia em 2008. Não obstante, a decisão foi revertida pela aprovação da denominada “Proposição 8”, que resultou de uma Emenda Constitucional à Constituição da Califórnia, estabelecendo que “só o casamento entre um homem e uma mulher é válido e reconhecido.” Em 2009, a Suprema Corte da Califórnia ratificou a validade da referida emenda constitucional, sem invalidar, entretanto, os cerca de 18 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo, celebrados na Califórnia de Maio a Novembro de 2008, tendo em vista uma decisão dada pela Suprema Corte local. A decisão contrapõe-se à tendência liberalizante que vem marcando os Estados norte-americanos. Em 2009, ocorreram inúmeros protestos sobre a Constitucionalidade da Proposição 8. Assim, a Fundação Americana para a Igualdade de Direitos (AFER) ajuizou, em Maio de 2009, por meio dos advogados Ted Olson e David Boies, uma ação no U.S District Court for the Northern District of California, para questionar a validade da Proposição 8, em nome de dois casais do mesmo sexo. Em janeiro de 2010, iniciou-se o julgamento da emenda à Constituição da Califórnia que proibiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se do caso *Perry versus Brown* (671 F 3d 1052).

Vaughn Walker, juiz-presidente do U.S District Court for the Northern District of California, não acolheu argumentos articulados pela defesa, que sustentou a legitimidade da Proposição 8, sob o argumento de que o matrimônio estaria voltado para a procriação. 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 vedam o casamento entre pessoas que não podem ter filhos. Também refutou o argumento de uma testemunha do Dr. Cooper, segundo a qual o casamento tem uma função social. Portanto, entendemos que a questão fundamental é: as pessoas se casam para beneficiar a sociedade?

Em Agosto de 2010, o juiz Walker prolatou a decisão em favor dos requerentes, invalidando a Proposição 8 com base no devido processo legal e na Cláusula da *Equal Protection*. Walker concluiu que o Estado da Califórnia não possuía fundamento racional ou interesse legítimo em negar aos gays e lésbicas licenças de casamento. Ele

destacou que a Proposição 8 baseou-se em compreensões tradicionais do casamento heterossexual e da desaprovação moral da homossexualidade, sendo que nenhum desses fundamentos constitui base jurídica para o tratamento discriminatório. Na sua percepção, gays e lésbicas constituem um grupo minoritário que são justamente objeto de proteção do escrutínio rigoroso. Aduziu ainda que o casamento é um assunto civil, e não religioso. Ademais, as parcerias domésticas não têm o mesmo significado social associado ao casamento. No ensejo, considerou que a orientação sexual dos pais não seria um fator de ajuste de uma criança, pois não determinaria se um indivíduo pode ser ou não um bom pai. Portanto, alegou que crianças criadas por pais gays ou lésbicas possuem a mesma probabilidade para ser saudáveis, bem sucedidas e ajustadas que as crianças criadas por casais heterossexuais.

Theodore Olson 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. O juiz Walker acolheu os argumentos de Olson, aduzindo que as proibições ao casamento interracial e as restrições de gênero, expressando durante muito tempo a desigualdade racial e de gênero, nunca fizeram parte do núcleo histórico da instituição do casamento.

Em 4 de Agosto de 2010, os interventores do réu interpuseram recurso para a Court of Appeals for the Ninth Circuit, que foi indeferido por falta de legitimidade. Em 7 de fevereiro de 2012, os três juízes da Court of Appeals for the Ninth Circuit, em favor dos autores por 2 a 1, declararam a Proposição 8 inconstitucional. O Juiz Reinhardt, autor da decisão majoritária, questionou se o povo da Califórnia possui razões legítimas para impedir que os casais homoafetivos atribuíssem às suas parcerias o status de casamento. Ademais, rejeitou qualquer efeito do casamento entre pessoas do mesmo sexo sobre a criação dos filhos. Negou também que a Proposição 8 reflete uma tentativa razoável de agir cautelosamente na modificação das instituições sociais, uma vez que mais de dezoito mil casais do mesmo sexo já tinham se casado. Portanto, o resultado da lógica da Proposição 8 era a desaprovação de gays e lésbicas como uma classe.

Por fim, concluiu que o povo da Califórnia não poderia, à luz da Constituição Federal, acrescentar à sua Constituição estadual uma disposição que retire de gays e lésbicas o seu direito de usar a designação oficial de matrimônio que o Estado atribui a certos relacionamentos, sob pena de violar o status e a dignidade de uma classe desfavorecida. Em 21 de Fevereiro de 2012, os defensores da Proposição 8 solicitaram uma revisão na Court of Appeals for the Ninth Circuit, sendo o pedido negado em 5 de junho de 2012. Em 31 de julho de 2012, os defensores da Proposição 8 recorreram à Suprema Corte dos Estados Unidos, utilizando uma nova denominação para o caso: *Hollingsworth v. Perry*.

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 de Post e Siegel

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.

Analisando o caso *Lawrence*, Sunstein destaca que “se há um direito constitucional à privacidade, as Cortes deveriam construí-lo de forma lenta e estreita.” (SUNSTEIN, 2005, p. 97). E enfatiza: “ Os Minimalistas são confiantes no fato de que *Lawrence* não significa que o Estado estaria legitimando a prostituição. Se *Lawrence* é melhor aplicado para proteção da privacidade sexual como tal, os minimalistas desejam que a Corte a trate lentamente”. (*Ibidem*, p. 97). Ou seja, para Sunstein, a questão fundamental de *Lawrence* e de outros casos envolvendo privacidade sexual é de natureza procedimental e deveria ser tratada de forma estrita. O autor critica a decisão, destacando que, nas últimas décadas, com a própria evolução dos valores sociais, a efetiva criminalização da sodomia tem ocorrido raramente, porque os cidadãos não mais aderem a tal ordem legal.

Assim, para Sunstein, *Lawrence* “deveria ser compreendido como uma variação americana da velha ideia inglesa de desuso” (*Ibidem*, p. 97). Em suma, na medida em que determinadas leis perdem eficácia social, não há mais razão para exigir o seu cumprimento. Nesse particular, Sunstein defende que a Suprema Corte deveria ter se pronunciado em *Lawrence* de forma mais estreita, sob o argumento de que a criminalização da homofobia violaria os ideais democráticos. Propugna que a privacidade sexual passe a ser protegida de forma estreita e cautelosa, sem invocar teorias morais e abrangentes impeditivas da deliberação democrática.

Todavia, não compartilhamos tal entendimento, pois, se, por um lado, entendemos que a questão deveria ter sido tratada sob a ótica de um direito fundamental à orientação sexual (e não como uma questão de privacidade), de outro lado, defendo que seja qual for o direito fundamental alegado, este nem sempre pode ser interpretado em termos minimalistas. De fato, em *Lawrence*, a Suprema Corte, ao invocar o argumento da privacidade, não reconheceu expressamente a existência de um direito fundamental à homossexualidade. Todavia, não compreendemos que direitos fundamentais de minorias devem ser enfocados em uma perspectiva minimalista, pois não há como defender certos resultados voltados para proteção de garantias constitucionais sem o recurso a doutrinas morais.

Indubitavelmente, *Lawrence* assumiu especial relevância no desenvolvimento de um constitucionalismo sensível a pretensões de minorias, pois consagra uma esfera de liberdade individual inerente ao direito fundamental à privacidade. Todavia, o raciocínio minimalista de Sunstein pretende se resguardar de todas as críticas. Em *A Constitution of Many Minds* (2009), o autor explicita que, muitas vezes, a Suprema Corte realiza uma interpretação inovadora sobre um princípio constitucional, mas esta sempre deve estar articulada a um contexto social preexistente. Nesse sentido, quando os juízes invalidavam leis, visando a proibir a discriminação sexual, tal interpretação pressupõe a construção de um apoio social amplo, havendo uma evolução na própria opinião pública a respeito da descriminalização de práticas como a sodomia, por exemplo. 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.

Entretanto, em uma perspectiva teórica diversa do minimalismo, Jack Balkin, comentando o caso *Lawrence*, destaca que, em 1960, a prática da sodomia era considerada crime em 50 Estados. Em 1986, quando a Corte decidiu *Bowers v. Hardwick* (478 U. S. 186 /1986), vinte e cinco Estados e Colúmbia ainda consagravam penas criminais contra essa prática. Em 2003, todavia, quando a Corte decidiu *Lawrence*, apenas treze estados ainda criminalizavam a sodomia. Nas palavras do autor, “a Suprema Corte encontrou argumentos constitucionais para a proteção de gays, compelindo

progressivamente depois a maioria dos Estados que já tinham abolido as leis contra a sodomia entre o mesmo sexo. ” (BALKIN, 2004, p. 1542).

Em suma, a perspectiva de Balkin, Post e Siegel é singular, pois não condiciona certas formas de judicialização voltadas para minorias a amplos consensos preexistentes, podendo a decisão judicial romper, ainda que de forma abrupta, com autocompreensões majoritárias assimétricas. Como sublinha Balkin, a partir de *Lawrence*, o movimento gay conquistou a opinião pública, inspirando uma cultura constitucional em favor da descriminalização. *Lawrence* também assumiu um papel fundamental no debate sobre os direitos de gays, inclusive no que se refere à questão sobre o casamento entre homossexuais. Um ano depois da decisão, os americanos estavam divididos em relação à questão moral amplamente controversa acerca da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse ponto, como salienta Balkin, menos de um ano depois de *Lawrence*, alguns estados passaram a reconhecer uniões civis, como Massachusetts, que, em 2003, tornou-se o primeiro Estado norte-americano a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo por meio de uma decisão da Suprema Corte estadual. Posteriormente, os casamentos entre pessoas do mesmo sexo foram legalizados por decisões das Cortes Estaduais em Connecticut e Iowa, sendo que em New Hampshire e Washington a liberalização ocorreu por meio das legislaturas estaduais. Vermont também destaca-se nesse processo, pois em dezembro de 1999, a sua Corte Estadual decidiu que os casais homossexuais deveriam ter os mesmos direitos que os casais heterossexuais.

Assim, provocou o Poder Legislativo local, de forma que este, a partir de 2000, passou a oferecer status legal e benefícios aos casais do mesmo sexo. Mas a lei que introduziu o casamento entre casais do mesmo sexo, surgiu em 2009, quando os legisladores superaram o veto do Governador Jim Douglas contra o projeto de lei. Indubitavelmente, percebemos o potencial emancipatório de determinadas decisões judiciais na transformação dos valores dos cidadãos e da opinião popular e a centralidade do papel das Cortes Estaduais, passando a repudiar concepções sectárias que tendem a estigmatizar a homossexualidade.

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. 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 majorias parlamentares, pronunciando-se de forma estreita mediante o uso construtivo do silêncio.

Como questionar, por exemplo, a concepção procriativa do matrimônio sem recorrer a doutrinas morais? O uso construtivo do silêncio em relação a acordos parcialmente teorizados é suficiente? 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, delinea-se uma cultura constitucional juridicamente sensível a demandas de minorias insulares. Nesse sentido, Reva Siegel e Robert Post (2009), 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 maneira diferente, permitindo que as classificações baseadas em sexo sofressem a incidência do *strict scrutiny*.

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 resgatar 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.

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. 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 específicas de grupos estigmatizados, especialmente quando o processo político majoritário estiver 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*.

5-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.

BALKIN, Jack M. "What Brown Teaches us About Constitutional Theory". In: *Virginia Law Review*, vol. 90, n. 4. Virginia: Virginia Law Review Association, 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.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. "Democratic Constitutionalism: a reply to Professor Barron". In: *Harvard Law and Public 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.

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

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.