

MINIMALISMO, CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O REFLUXO SOCIAL EM ROE RAGE

MINIMALISM, DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM AND THE BACKLASH IN ROE RAGE

Jessica Cristianetti¹

Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego²

A teoria minimalista foi desenvolvida por Cass Sunstein. Ela defende que os tribunais devem decidir estritamente com base nas evidências/provas apresentadas no caso, desconsiderando as controvérsias morais. Essa teoria ensina que o julgamento de questões morais deve ser sempre evitado, para que não desenvolva o refluxo social. Em contraposição, Robert Post e Reva Siegel elaboraram a teoria do constitucionalismo democrático. Para essa teoria, o conflito é compreendido como um fator positivo para o desenvolvimento do direito constitucional e de uma sociedade plural. O caso Roe v. Wade pode ser entendido como um bom exemplo do refluxo social. Ele consistiria num exemplo em que o tribunal não deve julgar questões constitucionais controvertidas, porque isso é competência da deliberação democráticas, ao mesmo tempo em que o caso deveria ter sido decidido pela Suprema Corte, porque envolvia minorias estigmatizadas.

Palavras-chave: Constitucionalismo Democrático; Direito Constitucional; Minimalismo Judicial; Refluxo social.

The Minimalism`s theory was idealized by Cass Sunstein. It defends that the Courts should decide strictly based on the evidence presented in the case, disregarding the moral controversies. This theory teaches that the judgment of moral questions always should be avoided to not develop the Social Reflux (Backlash). In contrast, Robert Post and Reva Siegel elaborated the Theory of Democratic Constitutionalism. For this theory, the conflict is understood as a positive factor for the development of constitutional Law and of a plural society. Roe v. Wade can be understood with a good example of Social Reflux. This case would entail an example that the Courts must not judge controversies constitutional matters, because this function belongs to democratic deliberation, at the same time that this case must have been decided by the Supreme Court, because it involves minorities stigmatized.

Keys-words: Democratic Constitutionalism; Constitutional Law; Minimalism Judicial; Backlash.

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Mestranda em Direito Público pela Unisinos e Bolsista da CAPES.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Direito Público pela Unisinos e Bolsista do CNPQ.

1. Introdução

Tem-se por objetivo no presente trabalho, estudar questões acerca da teoria do Minimalismo Judicial criado por Cass Sunstein, bem como analisar a doutrina do Constitucionalismo Democrático criado por Reva Siegel e Robert Post, onde estudar-se-á as características de cada uma destas teorias para tentar chegar-se a compreensão do que consiste cada uma delas e quando devem ser utilizadas. Também, analisar-se-á estas teorias com base no refluxo social gerado pelo caso *Roe versus Wade*.

O minimalismo parte do pressuposto de que os tribunais não devem interferir em questões além do caso concreto que se apresenta e que possam, posteriormente, causar arrependimento e causar o refluxo social. Assim, é preciso deixar questões constitucionais polêmicas para a deliberação democrática, pois desta forma não se geraria o temido Refluxo Social.

Já o Constitucionalismo Democrático compreende que a divergência interpretativa é uma condição natural para o desenvolvimento do Direito Constitucional. Portanto, não seria totalmente descabido o Tribunal decidir questões constitucionais controversas, principalmente quando as questões se referem aos direitos fundamentais de minorias sociais.

Estas teorias são analisadas à luz de uma investigação histórica sobre o caso *Roe versus Wade*, onde o aborto foi liberalizado na década de 1970, e o qual é visto por muitos como um dos casos que gerou enorme refluxo social e seria um exemplo de que os Tribunais não podem e não devem decidir questões constitucionais controvertidas e ao mesmo tempo um caso que deveria ter sido sim decidido pelo Tribunal por envolver minorias sociais estigmatizadas.

Roe é geralmente analisado por muitos acadêmicos como a única causa responsável pelo *backlash*, realinhamento dos partidos em torno do aborto e nacionalização do conflito. Muitos sublinham que a decisão interrompeu a evolução da opinião pública, impedindo a deliberação democrática, enfraquecendo as bases do próprio movimento feminista. Mas as questões fundamentais são: teria o processo democrático propiciado menor ou nenhum refluxo social? Teria sido a decisão ativista a única responsável pelo “intenso” refluxo social?

Pretende-se demonstrar que a história do conflito em torno do aborto no período antes de *Roe* inspira uma variedade de questões que desafiam a explicação centrada no

ativismo da Corte, sendo necessária uma investigação histórica mais profunda sobre as fontes da polarização.

Assim, busca-se analisar o Minimalismo e o Constitucionalismo Democrático e, posteriormente, como estas teorias se refletem na compreensão da lógica do refluxo social antes e depois de Roe.

2. A Teoria do Minimalismo de Cass Sunstein

Neste primeiro capítulo, estudar-se-á a teoria do Minimalismo Judicial de Cass Sunstein, com todas suas peculiaridades, tendo por objetivo o de compreender em que consiste esta teoria.

As Cortes devem se abster de decidir questões desnecessárias, passando a respeitar seus precedentes, por meio do exercício das “virtudes passivas” e do uso construtivo do silêncio. Sunstein propugna que certas formas de minimalismo potencializam a democracia e “asseguram que importantes decisões sejam tomadas pelos atores democraticamente responsáveis.” (SUNSTEIN, 1999, p. 5).

A postura minimalista assume relevância em questões constitucionais altamente complexas sobre as quais há uma profunda divisão nacional. Para Sunstein, “a complexidade pode resultar da falta de informação, de circunstâncias mutáveis ou de incerteza moral (legalmente relevante).” (SUNSTEIN, 1999, p. 5). Para o autor, o judiciário minimalista é aquele que se abstém de resgatar regras amplas e teorias abstratas, restringindo-se ao que é estritamente imprescindível para o julgamento do caso concreto. A decisão minimalista tem como atributos a estreiteza e superficialidade.

A estreiteza significa em se abster de decidir outras questões desnecessárias para um caso particular. Por exemplo, no caso *Romer v Evans*, a Suprema Corte, ao invalidar lei discriminatória contra homossexuais, atuou de forma estreita e se absteve de adentrar em um série de casos envolvendo discriminação contra homossexuais, tais como a temática da exclusão militar ou o casamento entre pessoas do mesmo sexo. (SUNSTEIN, 1999, p. 10).

A superficialidade, enquanto segundo atributo, pressupõe que as pessoas, em meio a profundos desacordos, buscam alcançar acordos parcialmente teorizados. A idéia é alcançar “acordos sobre abstrações entre desacordos ou incerteza sobre o significado particular de tais abstrações.” (SUNSTEIN, 1999, p. 11).

Os indivíduos convergem em torno de princípios como “não discriminação”, igualdade apesar de profundos desacordos sobre o que tais princípios implicam. Acordos

parcialmente teorizados são importantes meios pelos quais “cidadãos diversos constituem a si próprios como sociedade. Tais acordos permitem as pessoas conviverem de uma maneira produtiva; eles também demonstram uma forma de respeito mútuo.” (SUNSTEIN, 1999, p. 14).

Para iniciar-se o estudo é imprescindível a compreensão do significado “*backlash*”, termo recorrentemente utilizado pelos autores aqui trabalhados. *Backlash* pode ser entendido como o Refluxo Social, ou seja, o conjunto de efeitos decorrentes uma decisão ativista de um Tribunal, tal como na decisão *Roe versus Wade*. Nesse caso específico, o aborto foi liberalizado e, segundo Sunstein, teria inspirado um profundo refluxo social que surge a partir da polarização dos movimentos pró-vida e sua grande crítica à decisão. Sobre este entendimento, Bunchaft, em passagem elucidativa, postula que:

Para Sunstein, os juízes devem decidir os casos de forma estreita sem invocar teorias filosoficamente profundas, permitindo que questões moralmente controversas sejam solucionadas pelas instâncias deliberativas. O argumento fundamental do autor é que certas formas de ativismo judicial propiciam o “refluxo”, inspirando articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão. (BUNCHAFT, 2014, p. 128).

Sunstein não se foca exclusivamente sobre a questão do refluxo social, pois para ele o refluxo é apenas um dos motivos que ele levou em consideração ao criar a teoria do minimalismo. Sunstein apresenta cinco razões para sustentar o minimalismo:

O minimalismo reduz o custo da decisão para os tribunais ao tentar decidir casos. Ele reduz os custos de erro associados a julgamentos equivocados. Isso reduz as dificuldades associadas a racionalidade limitada, incluindo a falta de conhecimento de imprevistos efeitos adversos. Ele ajuda a sociedade a lidar razoavelmente com o pluralismo. E, talvez o mais importante, o minimalismo permite que o processo democrático em grande margem se adapte a desenvolvimentos futuros, para a produção de compromissos mutuamente vantajosos, e para adicionar novas informações e perspectivas para questões legais. (SUNSTEIN, 1999, p. 53-54).

Para Sunstein, o minimalismo promove responsabilidade democrática e deliberação democrática, relacionando-se ao princípio liberal de legitimidade. Para este estudioso, as questões constitucionais que são passíveis de gerar refluxo devem ser decididas através do correto processo deliberativo.

Sunstein sustenta que a tomada de decisão judicial é incompatível com o compromisso democrático. Entretanto, o constitucionalismo democrático afirma que é um erro pensar a relação entre a adjudicação constitucional e democracia como um jogo de soma zero, onde o aumento de um provoca necessariamente a diminuição do outro. “Como” e “se”

um tribunal tem o dever de constitucionalizar o direito é um julgamento contextual que precisa ser analisado ao nível dos direitos discretos e de casos individuais. (POST; SIEGEL, 2007, p. 403).

Portanto, quando juízes reivindicam direitos constitucionais eles têm o dever de considerar, o efeito de suas decisões sobre a política democrática e é isto o que os juízes normalmente fazem no exercício da sua razão jurídica profissional. (POST, 2007, p. 404). Ou seja, para Sunstein, é obrigação do julgador, no exercício de sua profissão, considerar quais serão os reflexos de sua decisão, como, por exemplo, se esta decisão irá causar ou não o refluxo social.

A teoria Minimalista terminaria por enfraquecer as próprias práticas de engajamento deliberativo que o Constitucionalismo democrático compreende como potenciais fontes de estabilidade social. (Post; Siegel, 2007, p. 405). Conforme Post e Siegel:

Backlash pode ser conceituado como a expressão do desejo de um povo livre para influenciar no conteúdo da sua Constituição, porém *Backlash* também pode ser uma ameaça a independência da lei. *Backlash* seria o lugar onde a integridade do Estado de Direito se choca com a necessidade da nossa ordem constitucional de legitimidade democrática. (POST; SIEGEL, 2007, p. 401).

A grande crítica a esta teoria é de que ela não se sustenta quando em questão encontram-se direitos fundamentais de minorias sociais estigmatizadas, conforme será melhor analisado no último capítulo deste estudo, onde estudar-se-á um caso específico sob a concepção do Minimalismo. Feitas essas considerações, passamos à análise dos pressupostos teóricos do Constitucionalismo Democrático.

3. O Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel

O Constitucionalismo Democrático tem por finalidade analisar e compreender as práticas acerca dos direitos constitucionais, sobre como estes foram instituídos em uma cultura constitucional marcada pelas controvérsias. Ao contrário do Minimalismo de Sunstein, o “Constitucionalismo Democrático entende que a divergência interpretativa é uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional. (POST; SIEGEL, 2007, p. 374). Bunchaft tece um dos mais lúcidos comentários a respeito de tal teoria:

Os autores propõe um modelo de Constitucionalismo Democrático, no sentido de que certas formas de judicialização voltadas para a resolução de questões morais controvertidas relativas a direitos fundamentais de minorias podem assumir uma

dimensão positiva para a cultura constitucional, em contraposição a perspectivas minimalistas. (BUNCHAFT, 2014, p. 125).

Assim, compreende-se que esta teoria aceita a decisão por Tribunais de questões morais controversas quando estas condizem com direitos fundamentais de minorias estigmatizadas e isto, poderia ser visto de maneira positiva para a cultura constitucional.

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

O Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais inseridos judicialmente na política americana. Julgamentos Constitucionais baseados no raciocínio jurídico profissional voltados para concretização de direitos podem adquirir legitimidade democrática somente se tal raciocínio estiver enraizado em valores e ideais populares. (Post; Siegel, 2007, p. 379)

Para os autores do Constitucionalismo Democrático, sob a perspectiva sistêmica da ordem constitucional americana, *backlash* tenta sustentar a capacidade de resposta democrática do significado constitucional. Sob a perspectiva dos tribunais, a reação é uma ameaça para a conservação da autoridade legal e do controle. Portanto, o Constitucionalismo Democrático nos chama a compreender o *backlash* sob estas perspectivas distintas, porém interdependentes. (Post; Siegel, 2007, p. 379).

Para a presente teoria, *backlash* tem seu aspecto positivo, pois este seria intrínseco ao desenvolvimento de uma cultura constitucional na qual os cidadãos e movimentos sociais se apropriam de “significados constitucionais” para reivindicarem seus direitos. Bunchaft explicita na seguinte passagem que:

Outrossim, os autores ressaltam ser intrínseco ao constitucionalismo, a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais, de forma que o denominado “refluxo” insere-se dentro de um contexto de normalidade no desenvolvimento de uma cultura constitucional. (BUNCHAFT, 2014, p. 150).

O Constitucionalismo Democrático sugere que *backlash* pode ser compreendido como uma das práticas de contestação da norma por meio do qual o público tenta influenciar o conteúdo do Direito Constitucional, sendo que um exemplo de sucesso de contestação da norma seria o movimento feminista. (Post; Siegel, 2007, p. 382-383).

Sobre a possibilidade de se alterar o conteúdo do Direito Constitucional aqueles que o querem, enfrentam um dilema, pois devem, ao mesmo tempo, influenciar tribunais para os seus próprios valores constitucionais e, também tem o dever de preservar a autoridade dos tribunais para articular a Constituição em nome de um Estado de Direito independente. (Post; Siegel, 2007, p. 385).

Sobre o tema, tem-se que a sociedade pode influenciar o conteúdo da Constituição por meio de suas concepções, suas ideologias, o que se dá principalmente por meio dos movimentos sociais que acabam por interagir com o Poder Judiciário, tornando possível a mudança de valores constitucionais por parte dos cidadãos. Nesse ponto, Bunchaft menciona que:

[...] a partir da interação entre minorias estigmatizadas, movimentos sociais e o Poder Judiciário, é possível inspirar novos valores constitucionais que são capazes de transformar a sociedade, protegendo os direitos desses grupos. (BUNCHAFT, 2014, p.126).

Ainda, “a atuação dinâmica dos movimentos sociais suscita novas interpretações sobre a aplicação de princípios constitucionais, de forma a impulsionar transformações nos processos de interpretação constitucional.” (BUNCHAFT, 2014, p. 149-150). Os movimentos sociais têm um papel relevante no desenvolvimento e na evolução de interpretações constitucionais da sociedade, bem como dos Tribunais.

Destacando a importância dos movimentos, Balkin e Siegel asseveram que: “Quando os movimentos tem sucesso em contestar a aplicação dos princípios constitucionais, podem ajudar a mudar o sentido social de princípios constitucionais e as práticas que eles regulam.” (BALKIN; SIEGEL, 2006, p. 929). Esta passagem é relevante, pois demonstra a importância neste âmbito de estudo dos movimentos sociais.

Contrapondo a Teoria do Minimalismo à do Constitucionalismo Democrático, Post e Siegel “destacam que o minimalismo enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear o conflito social.” (POST; SIEGEL, 2007) Bunchaft sublinha, com base na compreensão dos autores, que se os indivíduos possuem interpretações diversas acerca de significados constitucionais, tal fato somente viria a ser reflexo de uma função construtiva do desacordo e assim, o judiciário teria legitimidade para dispor de sua autoridade para administrá-lo baseando-se por argumentos jurídicos racionais. (Bunchaft, 2014, p. 147-148)

Ou seja, para o Constitucionalismo Democrático, o conflito acerca de entendimentos constitucionais é visto como algo positivo, como uma função construtiva do desacordo, portanto, seria legítimo o Poder Judiciário apreciar essas questões. Diferentemente, o Minimalismo, interpreta o conflito sobre entendimentos constitucionais como ameaçador à coesão social, suscetível de inspirar o “backlash”.

Seguindo a temática da contraposição das teorias, segundo Bunchaft (2014, p. 149), “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”. Diante do exposto, depreende-se que teorias como o minimalismo somente são eficazes quando o processo democrático revela-se inclusivo e sensível pois, se o processo democrático não contempla as condições de abertura e participação dos afetados, cabe ao Poder Judiciário atuar ativamente resguardando direitos fundamentais de minorias estigmatizadas cujas pretensões normativas foram frustradas no processo político majoritário.

Para os autores do Constitucionalismo Democrático, outro aspecto positivo do conflito seria o de que interpretações constitucionais podem ter benefícios positivos para a ordem constitucional americana, pois os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos e eles tentam convencer uns aos outros para abraçar seus entendimentos constitucionais, o que seria uma forma de engajamento deliberativo e de identificação com a cultura constitucional. (Post; Siegel, 2007, p. 390). Por fim, sobre a importância do Judiciário, no que concerne ao Constitucionalismo Democrático, tem-se que:

[...] quando se concebe a arena constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, compreendemos que, em situações estratégicas, o judiciário pode ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, ainda que resolvendo questões morais controversas [...].(BUNCHAFT, 2014, p. 153).

Percebe-se a importância do Poder Judiciário na construção de entendimentos favoráveis à proteção das minorias estigmatizadas, pois é ele quem pode protegê-las quando ninguém mais pode. Quando o processo deliberativo não protege as minorias, o judiciário é quem pode fazê-lo, por este motivo, sua grande importância no campo da defesa das minorias estigmatizadas na área do Direito Constitucional.

Assim, no caminho para uma conclusão, Bunchaft assevera que “a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática.” (BUNCHAFT, 2014, p. 153). Portanto, para o Constitucionalismo Democrático a opinião

popular, os entendimentos constitucionais controversos são essenciais diante da sensibilidade do Direito Constitucional para potencializar a legitimidade democrática, entendimento totalmente diverso da Teoria do Minimalismo de Sunstein.

Após a análise do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel, adentra-se no estudo desta teoria e na teoria do Minimalismo Judicial de Sunstein sob a decisão *Roe versus Wade*, consoante próximo capítulo de estudo.

4. Minimalismo Judicial e Constitucionalismo Democrático: *backlash* em *Roe v. Wade*

Roe v. Wade foi o caso decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1973 em que se liberalizou o aborto. Portanto, analisar-se-á o que as teorias já estudadas nos dois primeiros capítulos deste trabalho dizem acerca desta decisão e do possível refluxo social gerado por esta.

Muitos criticam a decisão ativista da corte, que teria inspirado intensa oposição social e desmobilização do movimento feminista. Diferentemente, para o Constitucionalismo Democrático defendido por Post e Siegel, não se poderia afirmar que o refluxo foi causado unicamente pela decisão do Tribunal, pois já era um fenômeno que vinha se construindo há muito tempo pelos movimentos pró-vida, grupos religiosos, bem como por partidos políticos, conforme será explicado.

Consoante Post e Siegel, a reação que surgiu em decorrência do ativismo da Suprema corte no caso *Roe v. Wade* transcenderia a técnica ou o impacto de qualquer decisão judicial individual. Assim, de acordo com esta visão, haveria um duplo sentido no significado do minimalismo. O primeiro sentido do minimalismo seria um conselho aos tribunais para que evitem julgar de maneira ampla e profunda questões constitucionais que possam causar intenso refluxo social. O segundo sentido seria o dever atribuído aos tribunais para que se abstenham de apreciar temáticas constitucionais de forma incoerente com o "respeito mútuo" (Post; Siegel, 2007, p. 425).

Portanto, analisando-se este duplo sentido do minimalismo no âmbito de *Roe versus Wade*, tem-se que em uma primeira interpretação da teoria, *Roe* teria sido decidido de maneira incorreta, porque o direito ao aborto era algo controverso, ainda que este direito pudesse ser constitucionalmente justificado.

Para Post e Siegel (2007) não obstante tal consideração do minimalismo seja consistente com o desejo de Sunstein de impedir o conflito social, a mesma não é credível.

Consoante Post e Siegel (2007), tal perspectiva implicaria que Brown, que certamente era tido como controverso, teria sido incorretamente decidido. Conforme a segunda interpretação, o significado seria que Roe foi decidido de maneira incorreta, pois não era consistente com o "respeito" que o Tribunal teria que ter demonstrado aos católicos e a outros que em 1973 apoiaram vigorosamente o direito à vida.

De fato, sob a perspectiva do Minimalismo de Sunstein ou a decisão foi incorreta porque era uma questão que poderia inspirar conflito, já que era um tema polêmico à sociedade, ou foi incorreta porque não foi de encontro ao “respeito mútuo” que era devido. Para tanto, se faz imprescindível saber o que seria este “respeito mútuo”. Para Post e Siegel (2007), um dos possíveis significados da palavra "respeito" seria que os tribunais teriam o dever de se manterem neutros diante de visões constitucionais concorrentes e antagônicas.

Porém, na análise destes autores, podem existir circunstâncias onde nenhuma posição de neutralidade existe. Ou seja, a teoria do minimalismo apela para a neutralidade do Tribunal, porém os autores do Constitucionalismo Democrático alertam que, por vezes, pode ocorrer que nenhuma posição de neutralidade possa existir. (Post; Siegel, 2007, p. 425-426).

Existiria também uma interpretação sobre a concepção de "respeito", significando que os tribunais não devem decidir os casos de maneira que grupos antagônicos possam achar censurável. Entretanto, esta interpretação de “respeito” significa que os tribunais só devem articular direitos constitucionais que expressem valores incontroversos. Desse modo, para Post e Siegel, a referida interpretação de "respeito" não seria plausível. (Post; Siegel, 2007, p. 426).

Porém, os referidos autores não negam que evitar o conflito poderia ser uma conduta prudente. Afirmam que o Constitucionalismo democrático sugere que evitar conflitos não pode se tornar um constrangimento na adjudicação judicial. Consoante Bunchaft (2014), Sunstein estaria errado em sua afirmação, pois não existem provas de que o processo deliberativo teria regulamentado de maneira mais adequada a questão em tela. Para tanto, para Bunchaft (2014, p. 148), o Constitucionalismo Democrático não “condiciona certas formas de judicialização voltadas à minorias a amplos consensos preexistentes, como afirma o minimalismo, de forma que a decisão do Tribunal pode romper com autocompreensões majoritárias assimétricas.”

Na perspectiva de Linda Greenhouse e Reva Siegel, que escreveram juntas sobre o contexto anterior e posterior ao *backlash* em Roe *versus* Wade, fica claro que o refluxo social à descriminalização do aborto já vinha sendo construído muito antes da decisão da Suprema Corte, envolvendo a oposição de grupos católicos, de movimentos pró-vida, bem como sendo

articulada pelos Partidos Políticos que tentavam captar eleitores católicos para seus partidos com um discurso sobre a tradição da família e a criminalização do aborto.

Greenhouse e Siegel (2011, p. 2031) ponderam que os partidos políticos, mesmo antes da decisão do tribunal, já abordavam a questão sobre o aborto, pois pretendiam captar eleitores católicos que tradicionalmente votavam no Partido Democrata. Em 1971, o Presidente Nixon modificou sua posição em relação ao aborto em uma declaração dirigida ao Departamento de Defesa para rescindir regulações sobre o aborto que haviam sido implementadas por sua própria administração um ano antes e que tinham permitido a realização de aborto terapêutico nos hospitais militares, independentemente do direito do estado no qual o hospital estava localizado.

Nixon posteriormente passa a determinar que a política de aborto em bases militares seria estabelecida pelas leis do estado no qual estavam localizadas. Em 1972, Nixon rejeita as recomendações de um relatório de crescimento populacional que ele tinha autorizado dois anos antes, passando a afirmar que políticas irrestritas de aborto eram incompatíveis com a crença na santidade da vida humana, incluindo a vida do feto.

Os estrategistas republicanos perceberam que a temática do aborto seria uma questão útil ao objetivo estratégico de dividir os Democratas e obter o apoio dos eleitores católicos e social conservadores. Os estrategistas Republicanos reformularam os argumentos em torno da questão do aborto para apresentar Nixon como um candidato conservador associado à preservação dos papéis e valores tradicionais.

Greenhouse e Siegel (2011) ponderam que, embora em 1972, McGovern e Nixon posicionavam-se de forma semelhante na questão do aborto, os republicanos passaram a usar a questão do aborto para associar McGovern com os Movimentos feminista e anti-guerra do Vietnã. (2055). De fato, a questão do aborto teve um papel fundamental na eleição de 1972 e acabou sendo associada com o Movimento feminista e a *Equal Rights Amendment*.

Os estrategistas republicanos utilizaram a questão do aborto como símbolo de um conjunto tendências que expressavam a perda do respeito pela tradição. A temática do aborto foi resgatada pelos estrategistas republicanos como reflexo de uma cultura jovem permissiva apoiada no movimento anti-guerra, no uso da maconha, na revolução sexual e que desafiava a moralidade dos papéis familiares tradicionais. Assim, o entendimento de que o ativismo judicial seria o único fator do conflito político não subsiste.

A campanha de Nixon compreendeu a vantagem estratégica em invocar o aborto por seu potencial simbólico de sinalizar a preocupação com a perda dos valores sociais tradicionais. Greenhouse e Siegel (2011) ponderam que em meados de 1972, 64% dos

americanos apoiavam a descriminalização do aborto, sendo que 56% dos católicos acreditavam que o aborto deveria ser decidido pela mulher e seu médico.

Em novembro de 1972, dois meses antes da decisão Roe, Nixon venceu a reeleição com o apoio da maioria dos eleitores católicos, embora o aborto não tenha sido determinante na atração dos votos. Durante os anos 1960 e 1970, protestantes sulistas batistas e outros evangélicos, diferentemente dos católicos, não se opuseram ao aborto. Os jornais da época demonstraram que os grandes oponentes do aborto eram os católicos, especialmente os clérigos.

Nos anos 1970, protestantes evangélicos conservadores passaram a se engajar no movimento anti-aborto, sendo apoiados por líderes do Partido Republicano. A polarização dos partidos nacionais em torno do aborto não surgiu ao tempo de Roe, mas alguns anos depois. Depois de Roe, Republicanos começaram a votar mais intensamente do que os Democratas, uma mudança que parece ter surgido com a atuação dos líderes partidários, difundindo-se para a base.

Segundo Adams (*apud* Greenhouse e Siegel (2011, p. 2069), até 1979, os Senadores Republicanos e Democratas estavam divididos em torno da questão do aborto, assim como os Democratas. A partir de 1979, surge a divisão. Senadores Republicanos tornam-se mais pró-vida enquanto Democratas mais *pro-choice*, tornando-se extremamente polarizados na segunda metade da década de 1980.

De acordo com Freedman (*apud* Greenhouse e Siegel, 2011, p. 2071) a data do realinhamento dos partidos em torno da questão do aborto foi posterior, efetivando-se a partir de 1990. Greenhouse e Siegel (2011) sublinham que os acadêmicos que estudam a polarização dos partidos em torno do aborto sugerem que a mudança de posição dos Partidos Democrata e Republicano decorreu dos esforços dos líderes partidários e não da pressão dos membros dos partidos.

Indubitavelmente, o Partido Republicano ajudou a criar a questão do aborto como símbolo capaz de motivar a participação política. Ademais, a discussão em torno do aborto foi resgatada como forma de oposição à *Equal Rights Amendment* e de protestar contra o ativismo da Suprema Corte em matéria de família e religião (Greenhouse; Siegel, 2011, p. 2083).

Portanto, Siegel e Greenhouse (2011, p. 2028) observam que “nos aproximamos do conflito do aborto como uma expressão da política, um conflito em que a Suprema Corte não era a única ou mesmo o mais importante ator.” Ou seja, o outro e mais importante ator nesta

cena eram os partidos políticos na busca de eleitores conservadores. Nesse particular, nas palavras das autoras Siegel e Greenhouse:

Se quisermos compreender não só "se", mas também "como" e "porquê" a revisão judicial desempenhou um papel na escalada do conflito do aborto, há muito que ainda precisa se investigar sobre a dinâmica do conflito sobre aborto dos anos após Roe. Por exemplo, se a decisão do Tribunal no caso Roe foi a única causa do *backlash*, por que as pesquisas após Roe não mostram nenhum sinal de declínio do apoio público ao aborto e por algumas medidas, registram um aumento do apoio para liberalização do acesso ao aborto? E, surpreendentemente, por que os filiados dos partidos Democrata e Republicano trocam de posição sobre o aborto nas décadas após Roe? (GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p. 2081).

Ou seja, o *backlash* do caso Roe *versus* Wade não pode ser atribuído unicamente pela decisão judicial da Suprema Corte, pois diversos fatores inspiraram a lógica do refluxo social. Roe é frequentemente apresentado como o único fator responsável pela polarização social, realinhamento dos partidos em torno do aborto e nacionalização do conflito.

Muitos alegam que a decisão foi ativista no sentido de estar à frente da opinião pública, impedindo o compromisso político democrático. A história do conflito em torno do aborto no período antes de Roe inspira uma variedade de questões que desafiam a explicação centrada no ativismo da Corte, sendo necessária uma investigação histórica sobre as fontes da polarização. Sob esse prisma, é clara a assertiva de Greenhouse e Siegel (2011, p. 2076):

Embora a história do conflito sobre o aborto antes de Roe pode não explicar o que ocorreu depois da decisão, ela "suscita questões relevantes sobre a lógica da polarização nas décadas depois de Roe, precisamente porque demonstra como o conflito do aborto poderia acelerar e se tornar conectado a política partidária em um período quando o conflito do aborto não poderia ser plausivelmente construído como uma resposta ao controle de constitucionalidade.

A história do período anterior a Roe demonstra como política ordinária e atores não judiciais podem inspirar formas de polarização e conflito social em torno do aborto independentemente da atuação das cortes. O próprio papel desempenhado pela Igreja Católica na nacionalização do conflito sobre o aborto foi relevante nos anos anteriores a Roe.

Nesse sentido, o que teria levado a Conferência Nacional dos Bispos Católicos a fundar o Comitê Nacional do Direito à Vida, uma organização que articulava oponentes da reforma do aborto a nível estadual e que desenvolvia argumentos seculares contra a descriminalização, não foi o ativismo da Corte, mas o crescente apoio da opinião pública à descriminalização do aborto, o que terminou por gerar também a contramobilização. Essa interpretação não é considerada pela explicação convencional centrada no conflito decorrente

do ativismo da Corte. Ademais, a competição dos partidos políticos por eleitores no período anterior a Roe fez com que os líderes partidários se engajassem ou mudasse de posição no conflito em torno do aborto.

Porém, ressaltam não defender que a Suprema Corte não teria nenhum papel em provocar conflitos acerca da legalização do aborto. Entretanto, sugerem que não se pode simplesmente basear-se na convencional narrativa do *backlash*. (GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p. 2086). Nesse sentido, finaliza-se o desenvolvimento do presente trabalho com a respeitável consideração de Bunchaft:

A defesa da ampliação da atuação judicial ou de uma perspectiva minimalista não representa uma opção ideológica, mas depende fundamentalmente das condições institucionais do Judiciário, das condições de deliberação das instâncias sociais afetadas por uma lei e, por fim, se a questão envolve proteção a grupos estigmatizados, bem como do grau de participação destes em um amplo debate público. (BUNCHAFT, 2014, p. 153).

Portanto, tem-se várias questões a serem analisadas para se decidir entre uma perspectiva minimalista ou maximalista, porém poder-se-ia alegar que a Teoria do Minimalismo de Sunstein (1999) não se sustenta em um âmbito formado por minorias estigmatizadas que, por vezes, necessitam de decisões maximalistas acerca de seus direitos fundamentais para que possam exercê-los. Já o Constitucionalismo Democrático de Siegel e Post aproxima-se deste âmbito trazendo a ideia de que por vezes, quando não há a inclusão das minorias estigmatizadas no processo deliberativo, deve-se proceder a decisões maximalistas.

5. Conclusão

A título de conclusão do presente estudo, tem-se que o Minimalismo é uma teoria legítima, com grandes pontos a seu favor, porém, não subsiste quando se tratam de minorias estigmatizadas que não foram incluídas no processo deliberativo.

Por sua vez, o Constitucionalismo Democrático não percebe o refluxo social (*backlash*) com a mesma negatividade do Minimalismo, compreendendo este como intrínseco a uma sociedade plural. Compreendemos, com base nesta teoria, que os tribunais podem decidir questões controversas acerca de direitos fundamentais de minorias estigmatizadas quando inexistentes as condições de abertura e de participação das mesmas no processo democrático. Sunstein, por sua vez, afirma que a tarefa de evitar o conflito, “o *backlash*”, é

necessária em nome da solidariedade social, pois a norma constitucional se aplica a toda sociedade, que, por sua vez, é heterogênea, plural, sendo que nem todos concordam sobre variados temas.

O Constitucionalismo Democrático compreende que o povo americano seria envolvido em disputa sobre o significado de uma tradição compartilhada e unido por entendimentos e práticas comuns. Portanto, *backlash* poderia reforçar a coesão social e a legitimidade constitucional em uma nação normativamente heterogênea como esta. (Post; Siegel, 2007, p. 405).

Porém, ao contrário, o Minimalismo não leva em conta essa possibilidade. Esta teoria vê o conflito em torno de questões constitucionais controversas como uma simples ameaça para a coesão social. O Minimalismo considera o conflito como uma ameaça para a coesão social e para a legitimidade. Em contraposição, o Constitucionalismo Democrático, entende que a controvérsia sobre o significado constitucional pode promover a coesão em condições de heterogeneidade normativa. (Post; Siegel, 2007, p. 405).

Analisando estas teorias sob a concepção do refluxo social no âmbito do caso *Roe versus Wade* conclui-se que a teoria do Minimalismo considerou esta decisão como errônea e precipitada, nesta perspectiva, porquanto este caso não poderia ter sido decidido por uma Corte, mas sim pelo processo democrático. Já para os autores do Constitucionalismo Democrático, esta decisão não foi errônea, pois o caso envolvia direitos fundamentais de minorias. De fato, o *backlash* não poderia ser atribuído unicamente ao ativismo da Suprema Corte, pois já vinha se delineando há muitos anos.

Assim, as autoras acreditam que, mediante um profundo estudo histórico sobre as raízes do conflito do aborto, poder-se-ia evoluir da ideia segundo a qual *Roe* foi uma “lição ruim” para uma “lição mais positiva”. Nas palavras das autoras, “a referida lição não seria de que a judicialização provocaria inevitavelmente conflitos políticos e polarização e, portanto, deveria ser evitada a todo custo.” (GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p. 2086). E concluem: “O conflito é uma parte da nossa vida política. E judicialização desempenha um papel fundamental na definição de nossa comunidade política.” (GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p. 2086).

O modelo do Constitucionalismo Democrático sugere que Sunstein termina por superestimar sistematicamente os custos do *backlash* e subestimar seus benefícios, que são diversos, conforme explicitados no desenvolver deste trabalho. (POST; SIEGEL, 2007, p. 391). Com efeito, em alguns casos concretos, seria legítima a resolução de questões

constitucionais controversas por Tribunais desde que contemple direitos fundamentais de minorias estigmatizadas não incluídas corretamente no processo político majoritário.

6. Referências Bibliográficas

BALKIN, Jack e SIEGEL, Reva. Principles, Practices and social movements. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, vol. 154: 927, 2006. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol154/iss4/3>.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana. Vol. 19, nº 1: 2014. Disponível em: www.univali.br/periodicos.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Before (and After) Roe v. Wade: New Questions about Backlash. **The Yale Law Journal**, Cambridge, vol. 120, 2011.

POST, Robert e SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. Yale Law School. Public Law Working Paper n. 131, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract/990968>>.

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