

**ROE V. WADE: OS PONTOS DE VISTA DO CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO E DO MINIMALISMO JUDICIAL**

**ROE V. WADE: THE POINTS OF VIEW OF THE DEMOCRATIC
CONSTITUCIONALISM AND THE JUDICIAL MINIMALISM**

Maria Eugenia Bunchaft¹

Rafael Wagner Radke²

Resumo - Um dos tópicos mais controversos da filosofia constitucional é o debate relativo ao papel da jurisdição constitucional no âmbito da separação dos poderes. O processo contemporâneo denominado judicialização da política possui legitimidade democrática? Cass Sunstein delinea a tese de um “minimalismo judicial,” de acordo com o qual as Cortes não deveriam decidir questões desnecessárias na resolução de um caso, de forma a respeitar seus próprios precedentes e exercer as denominadas “virtudes passivas”, no que se refere ao uso construtivo do silêncio. Robert Post e Reva Siegel, todavia, ambos professores da *Yale Law School*, sustentam que, muitas vezes, a sociedade pressiona o Judiciário a interpretar a Constituição de forma juridicamente sensível a suas pretensões. Pretendemos apresentar a contraposição teórica entre os pensamentos dos referidos autores, pois tal discussão enriquece e elucida a filosofia política contemporânea sobre os limites de atuação da jurisdição constitucional na proteção de minorias, em especial no que concerne aos seus direitos fundamentais. Dentro desse debate, analisaremos também a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, que diz respeito ao direito de aborto.

Palavras-chave - jurisdição constitucional; constitucionalismo; democracia; legitimidade; proteção; direitos fundamentais; ativismo judicial.

Abstract- One of the most controversial topics of constitutional philosophy is the debate on the role of constitutional jurisdiction in the context of the separation of powers. Does the contemporary process called legalization of politics have democratic legitimacy? Thus, a key author in the American constitutional landscape, Cass Sunstein outlines the thesis of a "judicial minimalism," according to which the courts should not decide on issues unnecessary to solve a case in order to respect their own precedents and exercise the so-called "passive virtues" regarding the constructive use of silence. However, Robert Post and Reva Siegel, both professors at Yale Law School, argue in a joint article that, oftentimes, stigmatized minorities and social movements pressure the judiciary to interpret the constitution in such way so as to be legally sensitive to their pretensions. We intend to present a theoretical opposition between the two lines of thinking, for such a discussion enriches and clarifies the contemporary political philosophy about the limits of the role of constitutional jurisdiction in the protection of minorities, specially in the area that concerns the fundamental rights of this

¹ Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS. Pós-doutora em Filosofia pela UFSC. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RIO.

² Mestrando em Direito pela Unisinos.

minorities. Within this theoretical debate, we will analyze also the Supreme Court's decision on the case *Roe v. Wade*, related with the right to abortion.

Keywords - constitutional jurisdiction; constitutionalism; democracy; legitimacy; protection fundamental rights; judicial activism.

1 Introdução

Um dos tópicos mais controversos da filosofia constitucional representa o debate relativo ao papel e a força da jurisdição constitucional no âmbito da separação dos poderes. O atual processo chamado de judicialização da política possui legitimidade democrática? Um poder judiciário mais atuante representa um risco à democracia? Quais são os limites de atuação das Cortes? Modernamente, existe um grande debate acerca da denominada dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional. Contudo, tais críticas podem ser minimizadas se considerarmos os contextos fáticos nos quais a expansão da atuação judicial for imprescindível para resguardar a autonomia e a liberdade - além de outros direitos fundamentais - de grupos minoritários estigmatizados cujas aspirações normativas foram olvidadas pelo processo representativo? Qual teoria se apresenta mais adequada na resposta dos questionamentos trazidos acima: o minimalismo judicial ou o constitucionalismo democrático?

Em verdade, a existência de um desacordo razoável acerca de concepções de vida digna constitui um elemento incontornável das democracias plurais contemporâneas, de forma que as diferentes concepções morais devem influenciar nos processos deliberativos de concretização de direitos. Nesse sentido, Cass Sunstein, ex-Professor da *University of Chicago Law School* e recentemente professor da *Harvard Law School*, defende a limitação da atuação jurisdicional. O autor delinea a tese do “minimalismo judicial,” segundo a qual as Cortes não deveriam decidir sobre questões desnecessárias e que vão para além caso julgado. Dessa forma, os seus próprios precedentes são respeitados bem como o princípio do *stare decisis* e exercem as denominadas “virtudes passivas”, no que se refere ao uso construtivo do silêncio.

Contrapondo-se à teoria capitaneada por Sunstein, Robert Post e Reva Siegel, ambos professores da *Yale Law School*, sustentam que, muitas vezes, minorias estigmatizadas e movimentos sociais pressionam o Judiciário a interpretar a Constituição de forma juridicamente sensível as suas demandas. De fato, questões morais controvertidas podem suscitar a oposição entre os cidadãos. Entretanto, na visão do Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva

Siegel, a ampliação do ativismo judicial na resolução de questões morais controversas pode trazer efeitos positivos para uma cultura constitucional, contrapondo-se, dessa forma, ao argumento minimalista. Pretendemos aqui apresentar o embate teórico entre o “minimalismo judicial” de Cass Sunstein e o “Constitucionalismo Democrático” desenvolvido por Robert Post e Reva Siegel, pois tal discussão enriquece e elucida a filosofia política contemporânea sobre os limites de atuação da jurisdição constitucional na proteção de minorias. Por meio de um método hermenêutico e monográfico (estudo de caso), tendo como técnica de pesquisa a análise jurisprudencial do caso *Roe v. Wade*, propugnamos demonstrar que o Constitucionalismo Democrático atende aos desafios propostos pela construção de uma cultura constitucional juridicamente sensível à necessidade de concretização e proteção de direitos fundamentais de grupos minoritários.

2 Minimalismo Judicial, Constitucionalismo Democrático e cultura constitucional

De início, a teoria de Sunstein distingue as formas de decisão judicial em duas dimensões. Nessa concepção, o defensor do minimalismo judicial diferencia opiniões amplas de estreitas. As opiniões amplas contemplam uma vasta gama de situações além do caso decidido, enquanto que as estreitas apenas resolvem um caso particular, mas sem implicações em outros fatos diversos.³ A Corte não deve decidir questões desnecessárias, devem respeitar seus próprios precedentes, passando a exercer as denominadas “virtudes passivas” (SUNSTEIN, 1999, p. 5, tradução nossa). Trata-se do uso construtivo do silêncio por razões pragmáticas, estratégicas ou democráticas. O autor defende que certas formas de minimalismo incrementam o ideal democrático e “[...] asseguram que importantes decisões sejam tomadas pelos atores democraticamente responsáveis.” (SUNSTEIN, 1999, p. 5, tradução nossa).

A perspectiva minimalista é relevante em questões constitucionais de alta complexidade sobre as quais a nação se sente profundamente dividida. Nas palavras de Sunstein (1999, p. 5, tradução nossa), “[...] a complexidade pode resultar da falta de informação, de circunstâncias

³ Desse modo, Sunstein, em passagem elucidativa, menciona: “Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo [...]” (SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999, p. 5, tradução nossa).

mutáveis ou de incerteza moral (legalmente relevante)”. Para o autor, a perspectiva minimalista implica em evitar criar regras amplas e teorias abstratas, devendo o juiz ater-se apenas naquilo que é necessário para resolver cada caso concreto.

Nesse particular, o autor cita como exemplo a decisão da Corte em *Romer v. Evans*,⁴ invalidando lei discriminatória contra homossexuais. Discutiu-se se a Segunda Emenda à Constituição do Colorado, que vedava a adoção pelo Estado de medidas antidiscriminatórias em favor de minorias sexuais, afrontava a *equal protection doctrine*. A Suprema Corte considerou inconstitucional a Emenda do Estado de Colorado, que era decorrente de referendo popular que vedava a instituição, pelos órgãos administrativos, de políticas antidiscriminatórias em favor de grupos homossexuais, contrariando a *equal protection*. Em primeiro lugar, por criar “segunda classe de cidadãos”; e, em segundo lugar, por não apresentar fundamento plausível diante do *rational relationship test*. Nesse caso, o Judiciário pronunciou-se de forma estreita e não abordou uma gama de possíveis casos envolvendo discriminação contra homossexuais, tais como relativos à exclusão militar ou casamento entre pessoas do mesmo sexo (SUNSTEIN, 1999, p. 3). Haveria, assim, uma relação intrínseca entre minimalismo judicial e a promoção da democracia.

Dentro dessa perspectiva, o constitucionalista desenvolve o aspecto positivo da possibilidade de deixar em aberto questões constitucionais mais fundamentais como forma de promover a deliberação democrática, sobretudo em questões de alta complexidade em razão das quais a nação se sente profundamente dividida. Uma das principais características do minimalismo constitui o fato de que os juízes devem decidir os casos de forma estreita e não buscando criar regras amplas e gerais. Destarte, na sua percepção, em vários casos envolvendo orientação sexual, ação afirmativa e educação sexual, a Corte pronunciou-se de forma restrita e deixou que questões fundamentais fossem decididas pelas instâncias deliberativas.

Além disso, outro ponto que é bastante trabalhado pelo autor é o da possibilidade do ativismo judicial propiciar o fenômeno denominado “refluxo”, ao potencializar a articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão. Segundo as palavras do Professor Sunstein (1999, p. 59, tradução nossa), “[...] a decisão da Corte pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria assim como o objetivo que ela procura promover.” Portanto, no

⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Writ of Certiorari**. *Romer v. Evans*. 517 U.S. 620/1996. Anthony Kennedy. *Roy Romer, Governor of Colorado v. Richard Evans*. Washington, District of Columbia. Julgado em 20 de Maio de 1996.

entendimento de Sunstein, as Cortes devem decidir de forma estreita, de modo a evitar a ocorrência do “refluxo”, porquanto este é nocivo à democracia.

Contudo, tal pensamento também é objeto de contestações. Assim, contrapondo-se ao professor de Harvard, Robert Post e Reva Siegel 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. Nas palavras dos autores, “[...] o refluxo procura manter a sensibilidade democrática do significado constitucional.” (POST; SIEGEL, 2007, p. 379, tradução nossa). Destarte, os eminentes professores propõem um modelo de Constitucionalismo Democrático, no sentido de garantir a interpretação da Constituição em um contexto marcado pelo pluralismo inerente a todas sociedades modernas.⁵

Em síntese, o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel legitima a atuação do judiciário por meio da utilização de argumentos constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e a sociedade. Nesse ponto, a história americana é marcada por lutas pelo conteúdo de interpretações constitucionais sobre questões morais controversas que envolvem direitos de minorias. A década de 60 foi marcada por intensas lutas de reconhecimento relativas a questões de raça, enquanto na década de 70 foram amplamente discutidas as questões de gênero. Recentemente têm se debatido sobre questões de aborto, direitos de *gays* e religião, de forma que os diferentes movimentos sociais têm se apropriado do discurso jurídico sobre diferentes interpretações constitucionais para reivindicarem seus direitos.

Nesse empreendimento teórico, de acordo com Reva Siegel, a atuação dinâmica dos movimentos sociais potencializa formas renovadas de compreensão constitucional, tendo em vista a própria linguagem aberta da Constituição. A autora demonstra que, até 1970, a Constituição não era interpretada de forma a vedar que a ação estatal discriminasse as mulheres.

⁵ Em passagem conclusiva, sublinham que: “O Constitucionalismo Democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das Cortes. Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana. Diferentemente do foco juricêntrico nas Cortes, o Constitucionalismo Democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do *judicial review*.” (POST, Robert e SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Harvard. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract/990968>>. Acesso em: 14 jun. 2014, tradução nossa).

Mas em 1970, o movimento feminista conseguiu que o Congresso submetesse a *Equal Rights Amendment* à ratificação dos Estados. Seus defensores alegavam que a ERA seria necessária, porque a cláusula da *Equal Protection* não representava uma proteção adequada contra a discriminação sexual. A ERA pretendia afirmar que os direitos estabelecidos pela constituição americana aplicavam-se igualmente a todos os cidadãos independentemente de sexo, fornecendo uma estrutura legal contra a discriminação sexual. Nesse particular, a ideia fundamental era elucidar a categoria da “discriminação sexual” de forma a criar parâmetros para a atuação das Cortes federais e estaduais.

Diante do exposto, é mister ressaltar que, não obstante a ERA não ter sido ratificada, a sua proposta no Congresso assumiu especial relevância na construção de uma cultura constitucional contra a discriminação sexual.⁶ Assim, Siegel e Post exemplificam as lutas feministas nos EUA como exemplos valiosos da contestação política dos movimentos sociais como fatores de mudança de sentidos constitucionais. Até 1970, prevalecia o entendimento de que as distinções baseadas em sexo eram naturais e admissíveis, de forma a compatibilizar a cláusula da *Equal Protection* com a tolerância a discriminações sexuais. Posteriormente, entretanto, a sociedade passou a questionar a legitimidade dessas compreensões tradicionais. Nas palavras de Post, “[...] como os juízes, ao interpretar a Constituição, expressam sua compreensão implícita de mundo, a Corte passou a ler a Décima Quarta emenda, de forma a exigir um escrutínio elevado para as classificações baseadas em sexo.” (POST; SIEGEL, 2009, p. 29, tradução nossa).

Nessa perspectiva, nas palavras de Reva Siegel (2006, p. 1324, tradução nossa), a cultura constitucional “[...] explora as interações formais e informais entre cidadãos e governantes que guiam a mudança constitucional. Tais interações incluem, mas não são limitadas pela elaboração do direito e jurisdição”. Indubitavelmente, a mobilização dos cidadãos potencializa suas

⁶ Em vista disso, o sexo passaria a ser considerado uma classificação suspeita, assim como raça, pois as ações estatais que estabelecessem diferenciações entre homens e mulheres estariam submetidas ao *strict scrutiny*, sendo necessária a comprovação de um interesse estatal legítimo que justificasse a diferenciação. O movimento feminista pretendia a ratificação da ERA, porque seria a primeira vez na história americana que a igualdade poderia ser alcançada, com o estabelecimento de direitos legais atribuídos às mulheres no mesmo patamar da proteção constitucional conferida aos homens. É imperioso assinalar que, quando a 14ª Emenda à Constituição foi ratificada, a previsão constitucional tratava apenas da discriminação racial. A Constituição Americana, quando se referia a eleitorado, utilizava a palavra homem, de forma a estabelecer um padrão nitidamente androcêntrico. Somente em 1920, o direito de voto foi estendido às mulheres através da Décima Nona Emenda. Inobstante, em razão da reação conservadora, a ERA foi derrotada. Como assevera a autora, no mesmo período, a Corte começou a interpretar a 14ª Emenda de forma sensível aos proponentes da ERA.

interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. Sustentamos que tais “significados constitucionais” podem ser interpretados pelo Judiciário, a partir de uma leitura moral da Constituição, de forma a inspirar uma moralidade crítica capaz de romper com valores sociais e autocompreensões assimétricas, preconceituosas ou anacrônicas de mundo, suscitando efetiva adesão emotiva dos cidadãos ao ideário constitucional. Com efeito, a mobilização dos cidadãos potencializa suas interações com os governantes, no sentido de delinear novos “significados constitucionais”. Nesse ponto, cabe trazer as seguintes explanações teóricas que ilustram o pensamento da autora:

Ao invés de focalizar os governantes como agentes-de-mudança, eu emprego o conceito de cultura constitucional para explorar como as mudanças, na compreensão constitucional, emergem da interação dos cidadãos e governantes. Dessa forma, a cultura constitucional elabora as alegações populares e jurídicas sobre a Constituição e permite formas de comunicação e engajamento deliberativo entre cidadãos e governantes que dinamicamente sustentam a autoridade democrática da Constituição na história [...] (SIEGEL, 2006, p. 1325, tradução nossa).

Disso se infere, a nosso ver, 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. Assim, compreendemos, com base em Post e Siegel, que o refluxo insere-se em um contexto de um amplo processo hermenêutico capaz de inspirar práticas de contestação por meio das quais os movimentos sociais e os cidadãos procuram interpretar o conteúdo do direito constitucional. Nesse sentido, defendemos que a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática. É justamente a possibilidade de o povo delinear “sentidos constitucionais”, que explica porque a Constituição inspira lealdade aos cidadãos, ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam em decisões judiciais específicas, quando as Cortes exercem suas funções contramajoritárias.

Nesse aspecto, não obstante a existência de um desacordo moral razoável, a Constituição americana suscita efetiva adesão emotiva dos indivíduos, na medida em que estes delineiam e se apropriam de diferentes discursos constitucionais. De acordo com os autores, o Constitucionalismo Democrático considera o fenômeno do refluxo “[...] não simplesmente da

perspectiva das Cortes, mas do ponto de vista da ordem constitucional como um todo. Ele situa o refluxo dentro de uma rede de trocas comunicativas que sustenta a legitimidade democrática da Constituição.” (POST; SIEGEL, 2007, p. 389, tradução nossa). Muitas vezes, minorias pressionam o governo a interpretar a Constituição de forma democraticamente sensível a suas pretensões. De fato, determinadas decisões judiciais sobre questões morais controversas relativas a minorias podem dividir a nação e promover a oposição dos cidadãos, porquanto o desacordo moral é inerente ao regime constitucional. Para o Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel, as controvérsias jurídicas decorrentes da ampliação da atuação jurisdicional podem ter consequências positivas para a ordem constitucional americana, e não somente negativas e antidemocráticas, como pensa Cass Sunstein.⁷

Analisando o tema do Constitucionalismo Democrático, David Barron (2006, p. 2, tradução nossa) leciona que Post e Siegel “[...] defendem um constitucionalismo policêntrico – análogo ao constitucionalismo popular delineado por Kramer – que confere um amplo espaço interpretativo a atores não-judiciais que deveria existir dentro de uma zona definida judicialmente de interpretação constitucional [...]”. Em suma, como salientamos, para o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel, os movimentos sociais constituem uma das mais importantes fontes de mudança de sentidos constitucionais, de forma a legitimar certas práticas sociais e a deslegitimar outras que, muitas vezes, representam compreensões assimétricas de mundo. Nessa perspectiva, como elucida David Barron (2006, p. 2, tradução nossa), “[...] a linha de Post e Siegel é mais suave que a posição anti-corte tradicional, em um aspecto crítico [...]”, já que a crítica anti-corte progressiva foca apenas no ativismo antidemocrático da Suprema corte, com base na ideia conservadora de que as cortes em geral excedem seus limites em decisões protetivas de direitos. E conclui: “Eles não querem sugerir que a Corte deveria ter um papel mínimo, ao conferir significado à Constituição. Diferentemente, eles retratam a Corte como um parceiro potencial das instituições democráticas na construção do sentido constitucional.” (BARRON,

⁷ Nesse sentido, a interação entre o Judiciário e movimentos sociais seria o substrato legitimador de uma cultura constitucional capaz de inspirar a autoridade da Constituição. Assim, Siegel e Post mencionam: “A confiança na receptividade da ordem constitucional desempenha um papel crucial na preservação da autoridade da Constituição. Quando essa confiança existe, cidadãos podem acatar julgamentos imperativos sobre o significado da Constituição, ainda que estes diverjam dos seus. Paradoxalmente, a possibilidade do desacordo sobre o significado da Constituição preserva autoridade constitucional, porque permite às pessoas de diferentes convicções compreenderem a Constituição como expressão dos seus compromissos mais fundamentais e a considerarem a Constituição como um direito fundacional [...]” (POST, Robert and SIEGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism*. BALKIN, Jack & Siegel, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 27, tradução nossa)

2006, p. 2, tradução nossa). Em síntese, compreendemos que os movimentos sociais assumam um papel fundamental na transformação da interpretação judicial sobre a Constituição.⁸

Diante dessa estrutura conceitual, em réplica a David Barron, Robert Post e Reva Siegel pretendem se afastar da dicotomia estabelecida pelo professor da *Harvard Law School*, que caracteriza o direito constitucional progressivo, como se este estivesse dividido em dois campos: anti-corte ou pró-substantivo. Post e Siegel entendem confusa tal dicotomia, pois qualquer visão de direito constitucional implica o compromisso com valores substantivos e arranjos institucionais. Nas palavras dos autores, “por esta razão, nós podemos ter posições substantivas que exigem deferência judicial e ao mesmo tempo posições substantivas que demandam intervenção judicial vigorosa.” (POST; SIEGEL, 2006, p. 1, tradução nossa).⁹

Em suma, a questão fundamental consiste em identificar as situações estratégicas nas quais as instâncias deliberativas não serão capazes de proteger a autonomia privada de grupos minoritários historicamente discriminados. Compreendemos, ainda, que a articulação de ideais constitucionais concorrentes, reflexo de valores diversos inerentes a uma sociedade pluralista, constitui uma função do Judiciário, que deverá administrar princípios jurídicos com base em pressupostos argumentativos inerentes a uma fundamentação jurídica controlável discursivamente.

⁸ Sobre essa temática, David Barron, defendendo a linha teórica adotada por Post e Siegel, postula: “[...] se é um erro apostar somente no constitucionalismo judicial, igualmente é um erro apostar no Congresso revela-se como uma opção mais atrativa que as Cortes, quando, em verdade, estas também constituem um meio institucional capaz de realizar valores constitucionais. O autor também critica a tendência dos Constitucionalistas progressivos contemporâneos de valorizarem mais a possibilidade de as legislaturas nacionais implementarem sua visão constitucional, negligenciando ser a Corte “um meio potencial institucional capaz de concretizar a visão constitucional que os progressistas apoiam.” Nesse aspecto, é clara a assertiva de David Barron: “Minha preocupação sobre o efeito da crítica anti-corte do constitucionalismo progressivo é apenas intensificada quando nós desviamos nossa atenção da Suprema Corte para as cortes estatais. Mesmo se considerarmos um conjunto de decisões controvertidas sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, por um lado, as Cortes estaduais têm claramente sido uma força majoritária em reorientar idéias constitucionais e legais sobre direitos de gays e lésbicas em uma gama de casos menos controvertidos. Elas têm não apenas sustentado práticas antidiscriminação contra objeções legais conservadoras, mas também têm concluído que as garantias do Estado Constitucional asseguram às uniões do mesmo sexo a adotar, e mesmo a se transformarem em uniões civis.” (BARRON, David. What’s Wrong with conservative constitutionalism? Two Styles of Progressive Constitutional Critique and the choice they present.. **Harvard Law and Policy Review**, 2006, disponível em: <http://hlpronline.com/2006/08/barron_01.html>. Acesso em: 07 jul. 2014).

⁹ Nessa compreensão normativa, como salientam Post e Siegel, tal distinção “[...] obscurece o fato da questão persuasiva de que visões constitucionais substantivas - progressivas ou variadas - têm se tornado e assumem autoridade legal. A história mostra que as Cortes interpretam a Constituição em diálogo com os órgãos políticos e com o povo.” E concluem: “As cortes podem interpretar a constituição de maneira a quebrar com o passado ou com concepções prevalecentes [...]” (POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism: a reply to Professor Barron. **Harvard Law and Policy Review**, 2006. Disponível em: <http://hlpronline.com/2006/08/post_siegel_01.html>. Acesso em: 07 jul. 2014, tradução nossa)

3 A visão das duas linhas teóricas sobre *Roe v. Wade* e a evolução jurisprudencial posterior

Através da sua teoria minimalista, Cass Sunstein critica a postura maximalista da Corte quando do julgamento *Roe v. Wade*,¹⁰ relativo ao direito das mulheres realizarem o aborto sob a ótica do direito à privacidade, tendo em vista que a decisão elaborou um complexo de regras contidas no sistema trimestral. Não obstante, de acordo com o professor da *Harvard Law School*, ainda que o resultado de *Roe* fosse correto sob o ponto de vista de uma teoria constitucional substantiva, talvez o processo democrático tratasse melhor a questão relativa ao aborto, se a Corte tivesse atuado de forma mais cautelosa. Diante desse ponto de vista, é clara a assertiva de Sunstein:

Talvez, mais fundamentalmente, a decisão contribuiu para a formação da “maioria moral”; ajudou a derrotar a Emenda dos Direitos Iguais; impediu que eventualmente se chegasse a soluções de consenso para o problema do aborto; e enfraqueceu as bases do movimento feminista gravemente pela identificação dele como um movimento de uma única questão do aborto, pelo incentivo e organização da oposição e pela desmobilização de aderentes em potencial. (SUNSTEIN, 2009, p. 189, tradução nossa).

Trata-se, contudo, de mera suposição do autor, porquanto inexitem garantias de que o processo democrático tratasse de forma mais adequada a questão relativa ao aborto ou referente ao homossexualismo. Antes de tudo, é mister sublinhar que a decisão *Roe v. Wade* provocou intensa oposição posterior a ela, sob a alegação de que expressaria a expansão do ativismo judicial. Nesse aspecto, Robert Post e Reva Siegel sustentam ter ocorrido uma intensa mobilização política contra a decisão em *Roe*, expressando que a contrariedade à liberalização do aborto, contrapunha-se a “[...] quaisquer esforços no sentido de assegurar a igualdade das mulheres e a separação da igreja e do Estado. A repercussão do *Roe* opôs os ideais do

¹⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 / 1973. Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 jan. 1973; É necessário postular que, antes de a Suprema Corte decidir *Roe*, praticamente todos os estados americanos consideravam o aborto como uma prática ilegal. Todas as leis que limitavam a prática do aborto foram consideradas inconstitucionais e o serviço do aborto tornou-se acessível para as mulheres em todo o país. A decisão foi tomada pela Suprema Corte como reflexo do auge do movimento feminista dos EUA e das lutas pelos direitos civis. Nesse quadro de emancipação, *Roe* transformou-se no pilar do movimento feminista, projetando-se desde a década de sessenta como uma força política capaz de expressar as transformações morais decorrentes da crise do capitalismo.

individualismo e do secularismo sobre os quais se baseia a fundação da nossa ordem constitucional.” (POST; SIEGEL, 2007, p. 377, tradução nossa). Por este motivo, para alguns acadêmicos, nesse caso, a Corte deveria decidir questões controvertidas de forma restrita, evitando o fenômeno político do “refluxo”, visto que este é danoso para o poder judiciário e para a sua legitimidade democrática.

Entretanto, os autores acima referidos apresentam uma interpretação divergente sobre o caso *Roe v. Wade*.¹¹ Analisando a questão do aborto, Robert Post e Reva Siegel criticam a perspectiva minimalista, ao considerar que *Roe*, por focar uma questão moral controvertida, foi resolvido de forma incorreta, mesmo que o direito ao aborto fosse legitimado constitucionalmente. Nas palavras dos autores, “[...] embora tal concepção de minimalismo seja coerente com o desejo de Sunstein de evitar o conflito, esta não é credível. Ela significaria, por exemplo, que *Brown*,¹² o qual era certamente tão controvertido como *Roe*, foi decidido incorretamente.” (POST; SIEGEL, 2007, p. 425, tradução nossa). Nesse particular, *Brown* também representava uma questão moral controvertida e, no entanto, a postura construtiva da Suprema Corte foi fundamental na transformação dos valores sociais.

Outro ponto lecionado por Cass Sunstein, dessa vez em *Radicals in Robes*, é que o minimalismo constitui uma perspectiva necessária para sociedades plurais, permitindo “[...] às pessoas demonstrarem umas às outras um amplo grau de respeito mútuo [...]” (SUNSTEIN, 2005, p. 28, tradução nossa); mas, para os professores da *Yale Law School*, isso também implicaria considerar que o caso *Roe* foi decidido de forma errônea, porque “[...] era incoerente com o respeito que a Corte deveria ter demonstrado em relação aos católicos e outros que, em 1973, vigorosamente apoiaram o direito à vida.” (POST; SIEGEL, 2007, p. 425, tradução nossa). De fato, parecia que a Suprema Corte, além de usurpar a competência do legislativo, havia questionado os valores sociais de um país profundamente conservador e religioso. De um lado, a concepção de “respeito”, proposta pelo minimalismo, tende a negligenciar a força dos valores constitucionais relevantes. Por outro, segundo os autores, Sunstein não explica satisfatoriamente

¹¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 / 1973. Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 jan. 1973.

¹² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the writ of certiorari**. *Brown v. Board of education*. 347 U.S 483 / 1954. Oliver Brown et al v. Board of Education of Topeka, et al. Voto majoritário: E. Warren. Washington, District of Columbia. Julgado em 17 mai. 1954; O caso citado tratou sobre a discriminação entre negros e brancos nos Estados Unidos.

o que o minimalismo entende por “respeito”. É oportuno, portanto, ilustrar aqui o pensamento dos eminentes constitucionalistas:

Um significado possível de “respeito” consiste no fato de que as Cortes deveriam permanecer neutras em relação a visões constitucionais antagônicas e concorrentes. Mas, nossa análise sobre a reação contra *Roe* sugere a possibilidade de ocorrerem circunstâncias nas quais tal posição de neutralidade não exista. Os Constitucionalistas progressivos consideram as questões de papéis familiares e de fé religiosa como decisões individuais que não deveriam ser impostas pelo Estado em uma comunidade pluralista. Conservadores, lidando com o refluxo contra *Roe*, consideram a proteção do individualismo como desrespeitosa de suas visões de valores familiares tradicionais e fé tradicional. Uma corte deve escolher esses ideais constitucionais concorrentes [...]. (POST; SIEGEL, 2007, p. 425 – 426, tradução nossa)

Por todas essas razões, os autores contrapõem-se à perspectiva minimalista, segundo a qual o Judiciário deveria se abster de julgar direitos constitucionais controvertidos. Em face desta leitura, defendemos que a Suprema Corte, em *Roe*, foi capaz de transcender e superar autocompreensões filosóficas sectárias de um país conservador, reconstruindo os valores e tradições sociais vinculados à moralidade majoritária, na medida em que esta violava o direito à privacidade da gestante. Sustentamos que o Judiciário, a partir de uma leitura substantiva do texto constitucional, pode resguardar a esfera privada de grupos minoritários contra investidas perfeccionistas de maiorias parlamentares. Tal perspectiva, na nossa percepção, é incompatível com uma postura minimalista de interpretação constitucional. A abordagem minimalista de Sunstein, contudo, defende que a ampliação da atuação judicial em questões técnicas de alta complexidade e moralmente controvertidas suscitaria efeitos colaterais negativos, sob o aspecto democrático. Trata-se da dimensão procedimental inerente aos “acordos parcialmente teorizados”.¹³ Os acordos teóricos possuem um nível de incompletude decorrente de uma controvérsia sobre os fundamentos filosóficos e morais, ainda que haja um acordo sobre os resultados efetivos: “os participantes relevantes estão cientes do resultado sem estar de acordo com as teorias mais gerais que o fundamentam”. (SUNSTEIN, 1998, p. 268, tradução nossa).

Mas, o apelo do minimalismo à concepção de “respeito”, para Siegel e Post (2007, p. 426, tradução nossa), seria “[...] uma forma indireta de dizer que o valor constitucional relevante

¹³ Sob essa ótica, Sunstein sublinha: “Quando as pessoas divergem sobre alguma proposição (relativamente) de alto nível de abstração, elas podem ser capazes de concordar quando diminuem o nível da abstração. Juízos teoricamente incompletos sobre casos particulares são o material ordinário do direito”. O autor conclui que os acordos teóricos incompletos contemplam um resultado específico sem invocar teorias abstratas. (SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 37, tradução nossa)

tem pouca importância para o mérito de proteção judicial.” Na nossa percepção, a alegação segundo a qual o Judiciário deve se abster de julgar questões constitucionais controversas, é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Desse modo, propugnamos que não há como manter uma neutralidade em questões que são objeto de um desacordo moral razoável relativas a direitos de minorias. Nesse ponto, uma abordagem minimalista seria incompatível com a criação de uma cultura constitucional construída a partir do próprio desacordo moral dos cidadãos em relação à interpretação da Constituição.¹⁴

Diante dessa configuração normativa, defendemos que uma abordagem minimalista é absolutamente incompatível com a criação de uma cultura constitucional delineada a partir do potencial emancipatório de determinadas decisões judiciais, voltadas para a proteção de minorias. Como salientam Robert Post e Reva Siegel (2007, p. 426, tradução nossa), o minimalismo “[...] enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear o conflito social”. Em suma, compartilhamos com os autores a opinião segundo a qual o fato de os cidadãos alegarem diferentes interpretações sobre significados constitucionais configura uma função construtiva do desacordo, sendo legítimo ao Judiciário dispor de sua autoridade para administrá-lo com base em argumentos jurídicos racionais.

Não obstante, os opositores da teoria minimalista, pretendem contrapor-se, também, ao argumento segundo o qual a reação política ocorrida contra *Roe*¹⁵ poderia ter sido evitada se a liberalização do aborto tivesse ocorrido a partir das instâncias legislativas, de forma que não teria ocorrido o “refluxo” posterior à decisão do caso em debate. Por se tratar de uma questão de enorme relevância social, não é possível considerar a Suprema Corte e a sua decisão no caso, como os únicos ou os mais importantes atores, até porque já haviam movimentações sociais antes mesmo do referido julgamento (GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p. 2028). Ademais, as autoras revelam a grande movimentação existente dentro do campo político e do campo da organização social. Na esfera política, essa movimentação se deu através dos partidos Republicano e Democrata, que travaram uma batalha para a captação do eleitorado - principalmente os contrários ao aborto, que eram em sua maioria os conservadores - com argumentos baseados em

¹⁴ Como lecionam Reva Siegel e Jack Balkin, “a contestação política desempenha um papel importante na elaboração de compreensões sobre o significado e a aplicação de princípios constitucionais.” (BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices and Social Movements. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 154: 927, 2006, p. 928, tradução nossa)

¹⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 / 1973. Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 jan. 1973.

convicções religiosas e sociais, como a conservação das formas tradicionais de autoridade. No que diz respeito à organização social, os movimentos de oposição ao aborto, predominantemente católicos, surgiram antes da decisão pela liberalização do aborto, se iniciando como resposta às legislaturas estaduais. Nas palavras de Post e Siegel (2007, p. 423, tradução nossa), “[...] o refluxo antiaborto, que tem traumatizado liberais, reflete uma visão constitucional que preservaria os papéis da família tradicional e resistiria à secularização do Estado americano”. Nesse ponto, tratou-se de todo um movimento social que surgiu contra a luta por emancipação das mulheres, manifestando-se na esfera judicial e legislativa.

Portanto, é de inestimável importância entender o cenário existente antes do julgamento, de forma que seja possível compreender com maior exatidão o que se passou depois deste, e dessa forma, Greenhouse e Siegel, refutam as teses desenvolvidas somente sob uma análise *Court-centered* do debate sobre o aborto, segundo a qual o refluxo ocorreu somente em razão da decisão da Suprema Corte no caso *Roe*. A ideia fundamental não é negar a importância da Suprema Corte nesse conflito, mas sim contextualizá-lo dentro de um cenário já preexistente a ele através de um estudo sobre as raízes do conflito do aborto, mudando-se a ideia de *Roe* como uma lição ruim para uma lição mais produtiva, através do seu estudo histórico e com ele passa a ser possível entender a polarização e extremização política posterior entre os dois partidos dominantes nos Estados Unidos. A maior lição deixada por este caso não é que a adjudicação provoca inevitavelmente conflitos políticos e polarização e, portanto, deve ser evitada a todo custo, mas sim que o poder judiciário também tem uma função de extrema importância dentro dos estados e das democracias contemporâneas. Ou seja, é um debate muito mais complexo e amplo do que simplesmente tratar o “refluxo” como um problema cuja solução se dá através de uma decisão estreita para todos os casos (GREENHOUSE; SIEGEL, 2007, p. 2076 - 2086).

Na sequência, Post e Siegel resgatam, ainda, a análise do caso *Planned Parenthood v. Casey*,¹⁶ que também envolveu a questão do aborto, propugnando contrapor-se ao argumento segundo o qual o minimalismo judicial seria a única forma de evitar o fenômeno do “refluxo”. Para os eminentes constitucionalistas, esse caso é paradigmático na história constitucional americana, demonstrando que a autonomia judicial pode se compatibilizar com a legitimidade

¹⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S 833 /1992. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al v. Robert P. Casey, et al*. Opinião Majoritária: Anthony Kennedy, Sandra Day O'Connor, David Souter. Washington, District of Columbia. Julgado em 29 jul. 1992.

democrática e a forma pela qual a jurisprudência daquele país vai evoluindo e se adequando aos anseios sociais, sem, contudo, nunca se olvidar do seu necessário papel que é, por vezes, contramajoritário.

Assim, em *Casey*,¹⁷ a Suprema Corte apreciou a constitucionalidade de várias regulações do Estado da Pennsylvania com relação ao aborto, consagrando como legítimo o direito de liberdade de uma mulher que pretende realizar o aborto, sob o argumento de que tal interesse merece especial proteção constitucional. A Corte sustentou o direito constitucional ao aborto, reafirmando *Roe v. Wade*,¹⁸ mas preservou, entretanto, a maioria das cláusulas de um estatuto da Pennsylvania que estabelecia várias restrições ao aborto. Considerou constitucional a regra do consentimento informado previsto no *Pennsylvania Abortion Control Act* - que exigia que os doutores fornecessem às mulheres informação sobre os riscos à saúde e complicações resultantes do aborto - assim como a provisão que impunha um período de espera de vinte e quatro horas antes da realização do aborto.

Nessa trajetória normativa, admitiu também a exigência do consentimento paterno para aborto realizado por gestante menor, desde que a legislação previsse a possibilidade de suprimento judicial, nos casos em que a gestante demonstrasse maturidade para decidir sozinha ou quando o aborto atendesse a seus interesses. A Corte, todavia, considerou inconstitucional a exigência do consentimento do pai do nascituro, como pressuposto para exercício do aborto, estabelecendo que tal exigência implicaria conceder uma superioridade dos maridos em relação às suas esposas, podendo criar situações de abuso conjugal. Diante do exposto, depreende-se que a pluralidade de argumentos enfatizou ainda a necessidade de apoiar decisões anteriores mesmo que elas fossem impopulares, a menos que tenha havido uma mudança no raciocínio fundamental subjacente à decisão prévia, enfatizando também a necessidade de uniformização e coerência na realização de decisões judiciais.

Com efeito, a decisão flexibilizou o sistema trimestral usado em *Roe*, para admitir vedações ao aborto anteriores ao 3º trimestre, uma vez configurada a viabilidade fetal extrauterina, confrontando o interesse da mulher em obter o aborto em face do interesse estatal à

¹⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari.** *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U. S. 833 /1992. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al v. Robert P. Casey, et al.* Opinião Majoritária: Anthony Kennedy, Sandra Day O'Connor, David Souter. Washington, District of Columbia. Julgado em 29 jul. 1992.

¹⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari.** *Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 / 1973. *Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County.* Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 jan. 1973.

vida do feto. Diante dos avanços da tecnologia médica, decorrentes da época em que *Casey* foi decidida, considerou-se que um feto pode ser considerado viável à 22^a ou 23^a semana ao invés da 28^a semana, como tinha sido estabelecido em *Roe*. É premente ponderar que o elemento fundamental da decisão configurou a questão relativa à viabilidade de vida, como o fundamento capaz de legitimar o interesse estatal à vida do feto mais importante que o direito da mulher em realizar o aborto.

Nessa perspectiva, a Corte adotou uma solução intermediária, articulando com propriedade os ideais defendidos pelos proponentes das duas correntes sobre o tema, contrapondo-se a perspectivas minimalistas que pretendem abster-se de julgar questões fundamentais moralmente controvertidas. Nesse contexto, os eminentes professores da *Yale Law School*, em passagem elucidativa, mencionam que:

Se o minimalismo procura suprimir o desacordo pela abstenção, *Casey* aspira encaminhar o desacordo pelo reconhecimento. É precisamente sobre a base da articulação direta de ideais constitucionais concorrentes, que *Casey* aposta na sua alegação, apelando “para lados concorrentes de uma controvérsia nacional para por fim à divergência, ao aceitar uma determinação comum enraizada na Constituição”. Ao conectar essa pretensão a um padrão amplo e harmônico de “opressão indevida”, *Casey* autoriza a Corte a responder a ambos os lados da disputa do aborto, ajustando o direito constitucional, de forma que cada lado encontra reconhecimento [...]. (POST; SIEGEL, 2007, p. 429, tradução nossa)

Nessa linha de raciocínio, entendemos que a Suprema Corte alcançou, portanto, um equilíbrio razoável entre duas concepções filosóficas fundamentais envolvidas na questão do aborto, qual seja, o respeito à vida humana e à igualdade das mulheres efetivada por meio do princípio da autodeterminação reprodutiva. Outrossim, pela análise desse caso emblemático, percebemos que efetivamente - por meio da mediação no diálogo público - a arena constitucional pode funcionar como um cenário simbólico de lutas por reconhecimento, refletindo-se nos processos por meio dos quais os indivíduos tematizam publicamente suas aspirações normativas, de forma que os diferentes movimentos sociais e minorias insulares passam a delinear interpretações constitucionais, que serão administradas judicialmente com base em argumentos jurídicos racionais.

Nesse sentido, compreendemos que os diferentes movimentos sociais têm se apropriado de fundamentos jurídicos sobre diferentes interpretações constitucionais para reivindicarem seus direitos. Indubitavelmente, *Casey* é um paradigma, demonstrando a independência do direito, ao

revelar que o sistema constitucional tem potencialidade em articular ativismo judicial na proteção de minorias e legitimidade democrática. Nas palavras dos autores, a decisão demonstra “[...] como uma decisão constitucional pode ser politicamente sensível, ao mesmo tempo em que afirma um compromisso da distinção entre direito e política” (POST; SIEGEL, 2007, p. 430, tradução nossa). E, por fim, afirmam enfaticamente: “[...] ela demonstra como juízes podem usar padrões constitucionais flexíveis para administrar e mediar o conflito, guiando o diálogo público sobre práticas sociais fortemente controvertidas e captando a forma do sentido social de alegações concorrentes.” (POST; SIEGEL, 2007, p. 430, tradução nossa). Assim, sustentamos que a adoção de uma estratégia minimalista, como forma de evitar a resolução judicial de questões morais controvertidas, de maneira a impedir o fenômeno do refluxo, pode implicar uma concepção limitada e simplista acerca da atuação judicial, incapaz de contemplar, por exemplo, direitos fundamentais de minorias.

Em suma, tais julgamentos revelam, de um lado, que o minimalismo de Sunstein ignora o fato segundo o qual, muitas vezes, há um *deficit* de representação de determinadas minorias nas instâncias deliberativas, o que, em muitas situações, enseja uma expansão da atuação judicial, visando a proteger certos grupos estigmatizados. De outro lado, ser ou não maximalista não constitui algo válido em si mesmo, pois a presença de tal atributo depende da capacidade institucional e do perfil das pessoas que compõem as Cortes Constitucionais.¹⁹

4 Considerações finais

Através da argumentação teórica desenvolvida, pensamos que em determinadas situações, uma decisão judicial maximalista também pode promover a democracia e a proteção de direitos fundamentais. Nesse particular, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente, e os grupos minoritários são efetivamente contemplados no processo decisório, a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando o processo político não atende às expectativas normativas ou deixa lacunas substanciais, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a

¹⁹ Nesse cenário, uma teórica do reconhecimento, Iris Marion Young, professora de Ciência Política na Universidade de Chicago, ressalta ser a representação política de minorias raciais nas instâncias deliberativas uma questão já incorporada na agenda pública norte-americana, porquanto muitas vezes as normas de representação possuem um caráter excludente, sendo necessário incrementar a representação política de grupos subrepresentados, especialmente em se tratando de minorias estigmatizadas. (YOUNG, Iris. **Inclusion and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2000)

suprir o *déficit* de representação política de minorias estigmatizadas, elaborando regras mais amplas e gerais, utilizando-se de argumentos filosóficos e morais, quando for o caso.

Indubitavelmente, trata-se de uma cultura constitucional aberta a novos padrões normativos que serão administrados com base em pressupostos capazes de revelar uma racionalidade prática inerente a uma metodologia neoconstitucionalista. A partir da constitucionalização do direito, os princípios constitucionais de abertura argumentativa passam a ser utilizados pelo Judiciário, para administrar questões constitucionais controvertidas inerentes a grupos minoritários, atendendo aos desafios propostos pelas sociedades pluralistas dentro de um ambiente democrático. Os princípios constitucionais são vetores da democracia que se renovam e alcançam plenitude argumentativa com a atuação dinâmica da sociedade, inspirando a atuação do Judiciário, seja em uma perspectiva procedimental ou substancialista.

REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack M. What Brown Teaches us About Constitutional Theory. **Virginia Law Review**, Virginia, v. 90, n. 4, 2004.

_____; SIEGEL, Reva. Principles, Practices and Social Movements. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania. v. 154: 927, 2006.

BARRON, David. What's Wrong with conservative constitutionalism? Two Styles of Progressive Constitutional Critique and the choice they present. **Harvard Law and Police Review**, Harvard, 2006. Disponível em: http://hlpronline.com/2006/08/barron_01.html. Acesso em: 07 jul. 2014

GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Before (and after) Roe v. Wade: New questions about backlash. **Yale Law Journal**, Yale, v. 120, n. 8, 2011. Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/feature/before-and-after-roe-v-wade-new-questions-about-backlash>. Acesso em: 21 jul. 2014.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism: a reply to Professor Barron. **Harvard Law and Police Review**, Harvard, 2006. Disponível em: http://hlpronline.com/2006/08/post_siegel_01.html. Acesso em: 28 jun. 2014

_____. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review**, Harvard, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract/990968>. Acesso em: 07 jul. 2014

_____. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack & Siegel, Reva. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SIEGEL, Reva. Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA. **California Law Review**, Berkeley, v. 94, 2006.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements. In: FREEMAN, M.D.A. **Legal Theory at the End of the Millennium. Current Legal Problems**, Londres, v. 51, 1998.

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

_____. **Designing Democracy: What Constitutions Do?** New York: Oxford University Press, 2001.

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

_____. **A Constitution of Many Minds**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

YOUNG, Iris. **Inclusion and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2000.