

O refluxo em *Roe versus Wade*: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial

*Backlash in Roe versus Wade: an insight under
the light the dialogue between Democratic
Constitutionalism and Judicial Minimalism*

Maria Eugenia Bunchaft*
Têmis Limberger**
Jessica Cristianetti***

Resumo

Esse artigo examina o diálogo entre o Minimalismo Judicial e o Constitucionalismo Democrático, analisando o impacto do refluxo social no caso *Roe vs. Wade* à luz dos pressupostos de cada uma dessas teorias e da contribuição de Linda Greenhouse. Sustentamos, com base em Robert Post e Reva Siegel, que o conflito é um fator positivo para o desenvolvimento do Direito Constitucional e um fator intrínseco de uma sociedade plural, pois os cidadãos tentam convencer uns aos outros sobre o significado de princípios constitucionais. Por meio de um método hermenêutico e monográfico (estudo de caso) e tendo como técnica de pesquisa a análise jurisprudencial da decisão *Roe vs. Wade*, objetivamos demonstrar que a história do *backlash*, no período anterior a *Roe*, suscita uma

* 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. São Leopoldo – RS – Brasil. E-mail: mbunchaft@unisinos.br

** Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha (2013), Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra - UPF de Barcelona (2004), mestre (1997) e graduada (1986) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo – RS – Brasil. E-mail: temis@via-rs.com.br

*** Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS na linha de pesquisa: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, Bolsista CAPES, Bacharela em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. São Leopoldo – RS – Brasil. E-mail: jessicacristianetti@hotmail.com

multiplicidade de indagações que questionam a explicação centrada na postura ativista da Corte. O trabalho é relevante, pois permite uma investigação histórica mais sofisticada sobre as fontes do refluxo. Concluimos que a polarização social, o realinhamento dos partidos em torno do aborto e a nacionalização do conflito decorreram de uma lógica que envolveu a mobilização de outros atores sociais, como os partidos políticos na busca de eleitores conservadores, os grupos *pro-life* e a Igreja Católica.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Minimalismo judicial. Constitucionalismo democrático. Refluxo social.

Abstract

This essay examine the dialogue between Judicial Minimalism and Democratic Constitutionalism, analyzing the impact of Roe backlash under the light of the assumptions of these theories and the contribution of Linda Greenhouse. We argue, based on Robert Post and Reva Siegel, that the backlash is positive for the development of constitutional law and an intrinsic factor of pluralistic society, as citizens try to convince each other about the meaning of constitutional principles. Using a hermeneutic and monographic method (case study) and having as a research technique the jurisprudential analysis of Roe v. Wade, we intend to demonstrate, based on Siegel and Greenhouse, that the history of backlash in the pre-Roe period raises a variety of questions that challenge the Court-centered narrative backlash. The work is relevant because it allows a more sophisticated historical research on the sources of backlash. We conclude, based on Siegel and Greenhouse, that social polarization, the realignment of parties around abortion and the nationalization of the conflict resulted from a logic which involved the mobilization of other social actors, such as political parties in search of conservative voters, pro-life groups and the Church Catholic.

Keywords: *Judicial activism. Judicial minimalism. Democratic constitutionalism. Backlash.*

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é contrapor o Minimalismo Judicial delineado por Cass Sunstein ao Constitucionalismo Democrático defendido por Reva Siegel e Robert Post, analisando o impacto do

refluxo social no caso *Roe* à luz dos pressupostos de cada uma dessas teorias.

É de se mencionar que o Minimalismo Judicial pressupõe que o Judiciário não deve interferir em questões que transcendem as particularidades do caso concreto e que possam suscitar a oposição dos cidadãos por meio do refluxo social. Para Sunstein (1999), é necessário deixar que questões constitucionais controvertidas sejam resolvidas pela deliberação democrática.

Por sua vez, o Constitucionalismo Democrático compreende que a divergência interpretativa é um atributo natural do desenvolvimento do Direito Constitucional por meio do qual os cidadãos tentam se convencer uns aos outros sobre sentidos constitucionais. Portanto, o Tribunal poderia decidir questões constitucionais controversas, especialmente aquelas atinentes aos direitos fundamentais de minorias estigmatizadas, interagindo com as lutas por reconhecimento dos movimentos sociais e cidadãos em torno da interpretação da Constituição.

Sob esse prisma, pretendemos realizar uma investigação histórica sobre o refluxo no caso *Roe versus Wade* (UNITED STATES OF AMERICA, 1973), julgado pela Suprema Corte, que, por 7 a 2, reconheceu o direito de aborto nos Estados Unidos. Em *Roe* (UNITED STATES OF AMERICA, 1973), a Suprema Corte estabeleceu que a mulher, com base no direito à privacidade consubstanciado na cláusula do devido processo legal prevista na Décima Quarta Emenda, poderia exercer o direito fundamental de decidir sobre a continuidade da gravidez. No entanto, esse interesse da mulher poderia ser balanceado com o interesse do Estado na proteção da vida do feto e da saúde da mulher. Sendo um direito fundamental, regulações que limitassem o aborto deveriam ser justificadas com base em um interesse estatal imprescindível.

Justice Blackmun estabeleceu uma estrutura baseada em um sistema trimestral. No primeiro trimestre, o Estado não poderia proibir o aborto, sendo essa prática uma livre escolha da mulher. No segundo, o Estado também não poderia proibir, mas poderia regular tal prática para

proteção da saúde da mulher. No terceiro trimestre, o interesse do Estado se torna imprescindível para proteção do interesse da potencialidade da vida do feto. Nesse sentido, o fundamento é que haveria viabilidade de vida extrauterina sem ajuda artificial. O Estado, então, poderia regular ou proibir o aborto, exceto quando necessário para preservação da vida e saúde da mulher.

Atualmente, o movimento antiaborto tenta reverter Roe por meio da retórica da isenção legal legitimada pela liberdade religiosa contra leis que desafiam a moralidade costumeira. Assim, esses atores sociais conservadores proclamam-se uma minoria que busca isenção religiosa do direito civil. A ideia é que, “com a autoridade do direito, normas religiosas e tradicionais podem ser tornadas obrigatórias a terceiros que não pertencem à comunidade religiosa.” (NEJAIME; SIEGEL, 2015, p. 2555-2556).

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a temática do *backlash* em Roe (UNITED STATES OF AMERICA, 1973) à luz das críticas do Constitucionalismo Democrático ao Minimalismo judicial, assim como das contribuições teóricas de Greenhouse, investigando as origens históricas desse fenômeno. Roe vs. Wade (UNITED STATES OF AMERICA, 1973) é geralmente compreendido por muitos teóricos como a única causa responsável pelo *backlash*, realinhamento dos partidos em torno do aborto e nacionalização do conflito.

Nesse ponto, Sunstein (1999) pondera que a decisão interrompeu a evolução da opinião pública, enfraqueceu a deliberação democrática, anestesiando a própria capacidade de engajamento democrático do movimento feminista. Assim, os principais questões enfrentadas por esse artigo são: à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial, teria uma suposta deliberação democrática responsável pela descriminalização do aborto inspirado um menor refluxo social do que o decorrente de Roe? Seria a postura ativista da Corte o único fator responsável pelo “intenso” refluxo social? O *backlash* seria um fator negativo para uma cultura constitucional?

Assumimos como primeiro objetivo específico demonstrar que a história do *backlash*, no período anterior a *Roe* (UNITED STATES OF AMERICA, 1973), suscita uma multiplicidade de indagações que questionam a explicação centrada na postura ativista da Corte, sendo imprescindível uma investigação histórica mais sofisticada sobre as fontes do refluxo. Incorporamos como segundo objetivo específico investigar os pressupostos teóricos do Minimalismo judicial e do Constitucionalismo Democrático para, posteriormente, analisar como tais concepções se refletem na análise da lógica do refluxo social antes e depois de *Roe versus Wade* (UNITED STATES OF AMERICA, 1973).

Nesse cenário, por meio de um método hermenêutico e monográfico (estudo de caso), tendo como técnica de pesquisa a análise jurisprudencial da decisão *Roe vs. Wade* (UNITED STATES OF AMERICA, 1973), assim como a documentação indireta, assumimos como hipótese a ideia segundo a qual o *backlash* teria um papel positivo, sendo intrínseco à evolução de uma cultura constitucional na qual os cidadãos e movimentos sociais são politicamente engajados e se apropriam do significado dos “princípios constitucionais” para reivindicarem seus direitos. Feitas essas considerações, passemos ao exame dos pressupostos do Minimalismo Judicial.

2 O Minimalismo Judicial de Cass Sunstein

Antes de tudo, é mister considerar que, para Sunstein, os juízes, por meio do uso construtivo do silêncio, não devem decidir questões desnecessárias, tendo o dever de respeitar seus precedentes. Trata-se do exercício das “virtudes passivas”. Sunstein sustenta que a interpretação minimalista potencializa a deliberação democrática e assegura “que importantes decisões sejam tomadas pelos atores democraticamente responsáveis.” (SUNSTEIN, 1999, p. 5).

Com efeito, o Minimalismo Judicial é fundamental em questões constitucionais altamente complexas a respeito das quais há uma intensa divisão nacional. Para Sunstein (1999, p. 5), “a complexidade

pode resultar da falta de informação, de circunstâncias mutáveis ou de incerteza moral (legalmente relevante).” Para o autor, o judiciário deve se abster de utilizar regras amplas e teorias abstratas, atendo-se ao que é estritamente necessário para o julgamento do caso concreto. O juiz minimalista zela pelos atributos da estreiteza e superficialidade.

Nesse contexto, a estreiteza implica abster-se de solucionar outras questões desnecessárias para um caso concreto. No caso *Romer vs. Evans* (UNITED STATES OF AMERICA, 1996), a Suprema Corte, ao declarar inconstitucional a lei discriminatória contra homossexuais, posicionou-se de forma estreita e não adentrou em uma gama de casos atinentes à discriminação contra homossexuais, como a questão da exclusão militar ou o casamento entre pessoas do mesmo sexo (SUNSTEIN, 1999, p. 10).

Nessa linha de raciocínio, a superficialidade, enquanto segunda característica, compreende que os cidadãos, em meio a profundos desacordos, pretendem estabelecer acordos parcialmente teorizados. As pessoas objetivam alcançar “acordos sobre abstrações entre desacordos ou incerteza sobre o significado particular de tais abstrações.” (SUNSTEIN, 1999, p. 11).

Nesse particular, assume especial relevância a ideia de acordos parcialmente teorizados. Trata-se de um importante fenômeno social que permite aos indivíduos desenvolverem estruturas para decisão apesar de desacordos de larga escala. Os acordos parcialmente teorizados possuem muitas vantagens, entre as quais, a capacidade de permitir às pessoas demonstrarem umas às outras um amplo grau de respeito mútuo.

Às vezes, as pessoas concordam com princípios intermediários, mas discordam sobre teorias gerais e casos particulares. Juízes podem concordar com o princípio da não discriminação com base na raça, sem resgatar uma teoria da igualdade de larga escala ou sem concordar se o governo deve permitir programas de ação afirmativa (SUNSTEIN, 1998, p. 36).

Mas Sunstein (1998) atribui especial relevância a outro fenômeno: os acordos parcialmente teorizados em torno de resultados particulares, acompanhados de acordos em torno de princípios estreitos como ou de justificações que não derivam de teorias amplas sobre o justo e o bem. Quando as pessoas divergem sobre teorias amplas e abstratas em torno do justo e do bem, elas podem convergir se reduzirem o nível de abstração.

Acordos parcialmente teorizados em torno do resultado, para o autor, são uma parte valiosa da vida pública e privada. A maior parte de suas virtudes associa-se ao uso construtivo do silêncio, que é um fenômeno social e legal importante. Segundo Sunstein (1998), os acordos parcialmente teorizados em torno do resultado podem ser um valioso instrumento para decisões em órgãos colegiados, permitindo a convergência em torno de resultados particulares por pessoas que divergem em torno de teorias amplas.

De um lado, acordos parcialmente teorizados em torno do resultado, segundo Sunstein (1998), podem promover dois objetivos da democracia liberal: permitem às pessoas demonstrarem reciprocidade umas às outras e respeito mútuo, prevenindo o conflito. Ademais, os acordos parcialmente teorizados em torno de resultados, para o autor, permitem que juízes e cidadãos não desafiem compromissos mais profundos dos litigantes ou de outro indivíduo, desde que sejam razoáveis, tendo em vista a reciprocidade e respeito mútuo. Ressalva, entretanto, que alguns compromissos não razoáveis podem ser desafiados no sistema legal ou em corpos colegiados, por exemplo, se demonstram erros de fato ou de lógica ou ainda quando são enraizados na rejeição da dignidade básica de todos os seres humanos (SUNSTEIN, 1998, p. 39-40).

Outrossim, outra vantagem dos acordos parcialmente teorizados em torno de resultados, segundo Sunstein (1998), seria que os litigantes que perderem um caso judicial podem se submeter às obrigações legais, pois suas próprias teorias e ideais não teriam sido rejeitados, podendo vencer em outro caso, garantindo a estabilidade do sistema legal. Por fim, acordos parcialmente teorizados permitiriam acomodar mudanças

nos fatos e valores, impedindo que o sistema legal se torne rígido e petrificado.

Ao apontar a superficialidade ao invés da profundidade, surge a possibilidade da ênfase em resultados concretos sobre casos particulares não acompanhados de considerações abstratas que embasam tais resultados. Os resultados concretos não são apoiados por teorias abstratas, mas pelo raciocínio pouco ambicioso no qual as pessoas que possuem diferentes teorias que justificam os resultados podem convergir em torno apenas desses últimos (SUNSTEIN, 1999, p. 13).

Diante do exposto, *backlash* ou refluxo social significa uma série de efeitos inspirados por uma postura ativista de juízes ou de um Tribunal. Na decisão *Roe versus Wade*, segundo Sunstein, a perspectiva proeminente da Corte teria suscitado uma intensa oposição social decorrente da polarização do movimento *pro-life* e sua intensa oposição à decisão. Sobre este posicionamento, é clara a assertiva de Bunchaft (2014, p. 128):

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.

Nesse quadro teórico, quando juízes resguardam direitos constitucionais, eles têm o dever de considerar o impacto de suas decisões sobre a política democrática. Sunstein não se atém somente à temática do *backlash*, pois, segundo o autor, o refluxo é apenas um fator que legitima o Minimalismo Judicial. O autor norteamericano apresenta cinco razões para defender 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 à racionalidade limitada, incluindo a falta de conhecimento de imprevistos efeitos adversos. Ele ajuda a sociedade a lidar razoavelmente com o pluralismo. E, talvez o mais importante, o Minimalismo permite que o processo democrático em grande margem se adapte a desenvolvimentos futuros, para a produção de compromissos mutuamente vantajosos, e para adicionar novas informações e perspectivas para questões legais. (SUNSTEIN, 1999, p. 53-54).

Em face dessa leitura, Sunstein (1999) postula que o Minimalismo potencializa a responsabilidade democrática, resguardando o princípio liberal de legitimidade. Por sua vez, os autores defensores do Constitucionalismo Democrático sustentam ser equivocado compreender a relação entre concretização judicial constitucional e democracia como um jogo de soma zero, como se o aumento de um inspirasse necessariamente a redução do outro.

Portanto, “como” e “se” um tribunal deve concretizar o direito é um julgamento contextual que necessita ser analisado ao nível de casos individuais por meio do exercício do raciocínio jurídico (POST; SIEGEL, 2007, p. 403). Estabelecidos tais aportes teóricos, introduzimos a investigação dos pressupostos conceituais do Constitucionalismo Democrático.

3 O constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel

O Constitucionalismo Democrático pretende compreender a apropriação de determinados significados constitucionais mediante práticas interpretativas de contestação por meio das quais os cidadãos procuram influenciar uma cultura constitucional marcada pelas controvérsias. O Constitucionalismo Democrático compreende que a divergência interpretativa decorrente de desacordos morais é intrínseca ao desenvolvimento do direito constitucional (POST; SIEGEL, p. 374).

Nesse sentido, Bunchaft (2014, p. 125), em passagem elucidativa, sublinha:

Os autores propõem um modelo de Constitucionalismo Democrático, no sentido de que certas formas de judicialização voltadas para a resolução de questões morais controversas relativas a direitos fundamentais de minorias podem assumir uma dimensão positiva para a cultura constitucional, em contraposição a perspectivas minimalistas.

Diante dessa estrutura conceitual, o Constitucionalismo Democrático assegura a atuação do governo representativo, dos cidadãos mobilizados e dos movimentos sociais na garantia da efetividade da constituição, defendendo o papel dos tribunais em resgatar o raciocínio jurídico para a interpretação do projeto constitucional.

Ademais, o Constitucionalismo Democrático reconhece que julgamentos constitucionais fundamentados no raciocínio jurídico aplicado à concretização de direitos podem adquirir legitimidade democrática se tal raciocínio estiverem enraizados em valores e ideais dos cidadãos (POST; SIEGEL, 2007, p. 379).

Para Post e Siegel (2007), sob a perspectiva sistêmica da ordem constitucional americana, *backlash* tenta manter a capacidade de resposta democrática dos sentidos constitucionais. Sob a perspectiva dos tribunais, a oposição social seria uma ameaça para a preservação da autoridade legal. Portanto, o Constitucionalismo Democrático interpreta o *backlash* sob estas perspectivas distintas, porém interdependentes.

Em suma, para a referida teoria, *backlash* tem sua dimensão positiva, pois seria inerente à evolução de uma cultura constitucional na qual os cidadãos e movimentos sociais resgatam “significados constitucionais” por meio de lutas por ampliação de direitos. Sob esse aspecto, Bunchaft (2014, p. 150) postula 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.

Em síntese, o Constitucionalismo Democrático sugere que *backlash* pode ser interpretado como uma das práticas de contestação por meio da qual o público tenta influenciar o conteúdo do Direito Constitucional, tal como se evidenciou na atuação do movimento feminista (POST; SIEGEL, 2007, p. 382-383).

Sobre a possibilidade de se alterar o conteúdo do Direito Constitucional, surge um dilema, pois os cidadãos desejam, ao mesmo tempo, influenciar as Cortes a partir dos seus próprios valores constitucionais, assumindo também o dever de preservar a autoridade dos tribunais na efetivação da Constituição. A sociedade revela potencialidade de influenciar o conteúdo da Constituição por meio de suas concepções e ideologias, interagindo com o Poder Judiciário, tornando possível, a partir das reivindicações dos movimentos sociais, a mudança do sentido dos princípios constitucionais por parte dos cidadãos. Sob essa ótica, é clara a assertiva de Bunchaft (2014, p. 126):

[...] 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.

Nessa trajetória teórica, Bunchaft (2014, p. 149-150) elucida que “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.” Destacando a relevância dos movimentos sociais, Balkin e Siegel (2006, p. 929) asseveram que “quando os movimentos têm sucesso em contestar a aplicação dos princípios constitucionais, podem ajudar a mudar o sentido social de princípios constitucionais e as práticas que eles regulam.” Esta passagem é relevante, pois enfatiza como o sentido dos princípios constitucionais pode mudar a partir da interpretação dinâmica dos movimentos sociais e cidadãos.

De fato, na interpretação de Post e Siegel (2007), o Minimalismo enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo seu impacto em termos da oposição dos cidadãos. Bunchaft (2014) assevera, com base na compreensão dos pressupostos do Constitucionalismo Democrático, que, se os cidadãos estabelecem interpretações diversas acerca de sentidos constitucionais, tal fato somente seria reflexo de uma função construtiva do desacordo e, portanto, “o judiciário teria legitimidade para dispor de sua autoridade para administrá-lo baseando-se por argumentos jurídicos racionais.” (BUNCHAFT, 2014, p. 147-148).

Nessa linha de raciocínio, para o Constitucionalismo Democrático, o desacordo acerca de sentidos constitucionais é compreendido como algo positivo, assumindo um papel construtivo, sendo legítimo o Poder Judiciário apreciar questões que envolvam desacordos morais atinentes a direitos de grupos estigmatizados. Diferentemente, o Minimalismo interpreta o conflito sobre significados constitucionais como uma ameaça à coesão social e suscetível de inspirar o *backlash*.

A teoria Minimalista acaba enfraquecendo as próprias práticas de engajamento democrático que o Constitucionalismo Democrático compreende como fontes de estabilidade social. Em passagem elucidativa, Post e Siegel asseveram que:

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 à independência da lei. *Backlash* seria o lugar onde a integridade do Estado de Direito se choca com a necessidade da nossa ordem constitucional de obter legitimidade democrática (POST; SIEGEL, 2007, p. 401).

Assim, 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.” (BUNCHAFT, 2014, p. 149). Sustentamos que teorias como o Minimalismo somente revelam-

se adequadas quando o processo político majoritário cumpriu seu papel inclusivo e está juridicamente sensível às demandas dos movimentos sociais, minorias e cidadãos.

Indubitavelmente, para os autores do Constitucionalismo Democrático, outra dimensão positiva do refluxo seria o de que interpretações constitucionais podem inspirar efeitos positivos para a ordem constitucional norteamericana, pois os cidadãos que se contrapõem às decisões judiciais são politicamente ativos, tentando 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, em passagem conclusiva sobre a importância do Judiciário na proteção de minorias, Bunchaft (2014, p. 153) pondera 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.

Desse modo, percebemos a relevância do Poder Judiciário na construção de sentidos inerentes a princípios constitucionais que são apropriados por minorias estigmatizadas em lutas por reconhecimento. Bunchaft (2014), com base em Post e Siegel, assevera que a sensibilidade do direito constitucional aos cidadãos e movimentos sociais potencializa a sua legitimidade democrática. Sob esse prisma, para Post e Siegel (2007), os entendimentos constitucionais controversos são essenciais para a potencialidade do Direito Constitucional em inspirar legitimidade democrática.

Após a análise dos pressupostos do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel (2007), adentra-se no estudo da decisão *Roe versus Wade* à luz do debate entre os autores, incorporando também as contribuições teóricas de Greenhouse.

4 Backlash em Roe vs. Wade: uma crítica ao Minimalismo Judicial

Antes de tudo, é premente considerar que *Roe vs. Wade* (UNITED STATES OF AMERICA, 1973) foi a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no ano de 1973, que descriminalizou o aborto. A Corte mais uma vez se pronunciou de maneira ampla. O Tribunal foi chamado pela primeira vez para decidir se o direito constitucional à “privacidade” protege a decisão de realização do aborto. Um aspecto relevante do processo foi o fato de Roe ter afirmado que teria sido estuprada. Com isso, a Corte elaborou uma série de normas no sistema trimestral. Entretanto, uma postura Minimalista da Corte teria alegado, mais simplesmente, que o Estado não pode proibir uma mulher de fazer um aborto em caso de estupro ou que não pode proibir todos os abortos em todas as circunstâncias (SUNSTEIN, 1999, p. 37).

A postura ativista foi objeto de críticas no cenário acadêmico e político, sob o argumento de que teria suscitado profunda oposição e desmobilização do movimento feminista. Mas, para o Constitucionalismo Democrático sustentado por Post e Siegel (2007), seria inverídico afirmar que o único motivo responsável pela reação social a Roe teria sido a decisão ativista da corte.

Em verdade, para Greenhouse e Siegel (2011), o *backlash* era um processo que vinha se delineando na história norte-americana muito tempo antes da decisão. Trata-se de um amplo fenômeno de oposição social que articulava o movimento pró-vida, grupos religiosos e partidos políticos.

Sob esse prisma, para Post e Siegel (2007), o Minimalismo teria um duplo significado. O primeiro significado seria um conselho aos tribunais para que evitem julgar, de maneira ampla e profunda, questões constitucionais controversas que possam suscitar o *backlash*. O segundo significado estaria relacionado ao dever atribuído aos tribunais para que se abstenham de resgatar ideais constitucionais antagônicos de forma incoerente com o “respeito mútuo” (POST; SIEGEL, 2007, p. 425).

Sob essa ótica, para Post e Siegel (2007), não obstante tal preocupação do Minimalismo seja consistente com o desejo de Sunstein de impedir o *backlash*, a mesma não é coerente. Segundo Post e Siegel (2007), tal interpretação implicaria que Brown (UNITED STATES OF AMERICA, 1954), que certamente era igualmente controverso, teria sido decidido incorretamente. De acordo com a segunda crítica de Post e Siegel (2007) ao Minimalismo, este último pressupõe erroneamente que Roe foi decidido de maneira incorreta, pois não era coerente com o “respeito” que o Tribunal teria que ter demonstrado aos católicos e a outros grupos *pro-life*.

Nesse ponto, para Post e Siegel (2007), seria imprescindível investigar o que seria este “respeito mútuo”. Segundo os autores, um dos possíveis significados da palavra “respeito” seria que os tribunais teriam o dever de se manter neutros diante de sentidos constitucionais divergentes e antagônicos. Não obstante, na perspectiva desses autores, podem existir circunstâncias em que nenhuma posição de neutralidade existe.

É mister considerar que haveria também uma interpretação sobre a concepção de “respeito”, implicando que as Cortes não deveriam decidir os casos de maneira que grupos antagônicos pudessem se opor à decisão. No entanto, tal interpretação de “respeito”, para Post e Siegel (2007), significa que os tribunais só devem articular direitos constitucionais que expressem valores incontroversos. Os autores lecionam que a referida interpretação de “respeito” não é plausível (POST; SIEGEL, 2007, p.426).

Nesse cenário, o Constitucionalismo Democrático sugere que evitar conflitos não pode se tornar um constrangimento na atuação judicial. De acordo com Bunchaft (2014), Sunstein (1999) estaria equivocado em sua afirmação, pois inexistem provas de que o processo deliberativo teria regulamentado, de maneira mais adequada, a questão em tela.

De outro lado, para Bunchaft, a vantagem do Constitucionalismo Democrático seria que este não “condiciona certas formas de

judicialização voltadas para tutelar direitos de minorias a amplos consensos preexistentes, como afirma o Minimalismo, de forma que a decisão do Tribunal pode romper com autocompreensões majoritárias assimétricas.” (BUNCHAFT, 2014, p. 148).

Com efeito, Linda Greenhouse e Reva Siegel (2011) analisaram o cenário anterior e posterior ao refluxo em *Roe versus Wade* (UNITED STATES OF AMERICA, 1973), concluindo que o *backlash* à descriminalização do aborto já vinha sendo delineado anteriormente à decisão da Suprema Corte, contemplando a oposição de grupos católicos e movimentos pró-vida, sendo também construído pelos Partidos Políticos que tentavam atrair eleitores católicos para seus partidos por meio de um discurso sobre a tradição da família e a criminalização do aborto.

Nesse contexto, Greenhouse e Siegel (2011) ressaltam que os partidos políticos, anteriormente à decisão do tribunal, já resgatavam a temática do aborto com o objetivo de conquistar eleitores católicos que tradicionalmente votavam no Partido Democrata.

Em 1971, o presidente Nixon alterou seu discurso no que se refere a esse tema em uma declaração dirigida ao Departamento de Defesa para revogar regulações sobre o aborto que tinham sido efetivadas pela sua própria administração no ano anterior e que tinham autorizado a prática de aborto terapêutico nos hospitais militares, independentemente do direito do Estado no qual o hospital estava localizado.

Nesse particular, Nixon, em um momento posterior, estabeleceu que a política de aborto em bases militares fosse regulamentada pelas leis do Estado em que se localizavam. Em 1972, Nixon se contrapôs às recomendações de um relatório de crescimento populacional que ele mesmo tinha aprovado dois anos antes, sustentando agora que políticas irrestritas de aborto violariam o valor da santidade da vida humana, incluindo a vida do feto.

Nessa linha de raciocínio, os estrategistas republicanos compreenderam que a questão do aborto poderia ser resgatada de

forma útil para dividir os democratas e conquistar o voto dos eleitores católicos e sociais conservadores. A ideia era apresentar a imagem de Nixon ao eleitorado como um candidato conservador, preocupado com a manutenção dos papéis e valores tradicionais.

Nesse particular, segundo Greenhouse e Siegel (2011), em 1972, embora McGovern e Nixon assumissem posicionamentos semelhantes sobre a temática do aborto, os estrategistas republicanos passaram a resgatar tal tema para vincular a imagem de McGovern aos movimentos feminista e antiguerra do Vietnã. O objetivo era invocar a questão do aborto como símbolo de um movimento que refletia a perda do respeito pela tradição, associado a uma cultura jovem permissiva, sustentado pelo movimento antiguerra, da utilização da maconha, pela revolução sexual e por todo um conjunto de tendências que se contrapunham à moralidade dos papéis familiares tradicionais (GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p.2028-2086).

Nesse quadro teórico, a compreensão de que a atuação ativa da Corte seria o único fator que inspirou o *backlash* é inverídica e pode ser desconstruída por meio de uma investigação histórica mais profunda. Greenhouse e Siegel (2011) postulam que, na metade de 1972, 64% dos americanos apoiavam a descriminalização do aborto. De outro lado, 56% dos católicos compreendiam que o aborto deveria ser decidido pela mulher e seu médico.

Assim, em novembro de 1972, Nixon venceu a reeleição, contando com o apoio da maioria dos eleitores católicos, dois meses antes de *Roe* (UNITED STATES OF AMERICA, 1973). Não obstante, de acordo com Greenhouse e Siegel (2011), o aborto não foi decisivo na atração dos votos. Nos anos 1960 e 1970, protestantes sulistas batistas e outros evangélicos, ao contrário dos católicos, não se opuseram ao aborto. De acordo com os jornais da época, os grandes oponentes do aborto eram os católicos, especialmente os clérigos.

Em face dessa leitura, nos anos de 1970, protestantes evangélicos conservadores começaram a se inserir no movimento antiaborto, recebendo apoio dos líderes do Partido Republicano. A polarização dos

partidos nacionais sobre o aborto não surgiu ao tempo de Roe (UNITED STATES OF AMERICA, 1973), mas alguns anos depois.

De acordo com Adams (*apud* GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p. 2069), até 1979, senadores republicanos e democratas estavam divididos em torno da questão do aborto. A partir de 1979, surge a polarização. Senadores republicanos revelam-se mais *pro-life*, enquanto os democratas mais *pro-choice*, tornando-se extremamente polarizados na segunda metade da década de 1980.

Ademais, de acordo com Freedman (*apud* GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p. 2071), o momento do realinhamento dos partidos sobre a temática do aborto foi posterior, concretizando-se a partir de 1990. Segundo Greenhouse e Siegel (2011), os acadêmicos que analisam a polarização dos partidos em torno do aborto destacam que a modificação de posicionamento do Partido Democrata e do Partido Republicano foi suscitada pelos esforços dos líderes partidários e não pela pressão dos membros dos partidos.

De outro lado, segundo Siegel e Greenhouse (2011), o Partido Republicano resgatou a temática do aborto como símbolo capaz de inspirar a participação política. A discussão em torno do aborto foi utilizada como mecanismo de oposição à *Equal Rights Amendment* e de protesto contra o ativismo da Suprema Corte em matéria de família e religião. Siegel e Greenhouse asseveram que, se nos aproximarmos do *backlash* em torno da temática do aborto compreendido como uma expressão da política, percebemos que havia um conflito “em que a Suprema Corte não era a única ou mesmo o mais importante ator.” (GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p. 2028).

Diante dessa estrutura conceitual, concluímos que a polarização social, o realinhamento dos partidos em torno do aborto e a nacionalização do conflito decorreram de uma lógica que envolveu a mobilização de outros atores sociais, como os partidos políticos na busca de eleitores conservadores, os grupos *pro-life* e a Igreja Católica. É clara a assertiva de Siegel e Greenhouse (2011, p. 2081):

Se quisermos compreender não só ‘se’, mas também ‘como’ e ‘por que’ a revisão judicial desempenhou um papel na escalada do conflito do aborto, há muito que ainda deve ser investigado sobre a dinâmica do conflito do aborto nos 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*?

Nesse sentido, muitos sublinham que a decisão interrompeu a evolução da opinião pública, inviabilizando o compromisso político democrático. A história do *backlash* no período anterior a *Roe* suscita uma multiplicidade de questões que desafiam a tese de Sunstein, sendo imprescindível uma investigação histórica sobre as origens da polarização.

A investigação histórica do período anterior a *Roe* revela como a política ordinária e os atores não judiciais podem suscitar formas de conflito social contra ampliação de direitos de minorias, independentemente da atuação das Cortes. A atuação da Igreja Católica na nacionalização do conflito sobre o aborto também foi importante no período anterior a *Roe*. Greenhouse e Siegel (2014, p. 2076), em passagem elucidativa, postulam que:

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.

Nessa perspectiva, o real motivo que conduziu a Conferência Nacional dos Bispos Católicos a fundar o Comitê Nacional do Direito

à Vida, uma organização que contemplava oponentes da reforma do aborto a nível estadual e que resgatava fundamentos seculares contra a descriminalização, não teria sido a postura proeminente da Corte, mas o crescimento do apoio da opinião pública à descriminalização do aborto, o que suscitou a mobilização contrária.

Sob esse aspecto, a explicação convencional centrada no conflito decorrente do ativismo da Corte não considera essa interpretação. É de se mencionar que a competição dos partidos políticos por eleitores anterior a Roe (UNITED STATES OF AMERICA, 1973a) foi um fator que conduziu os líderes partidários a se engajarem ou mudarem de posição no conflito em torno do aborto.

No entanto, Greenhouse e Siegel (2011) não sustentam que a Suprema Corte não teria nenhum papel em suscitar o *backlash* em torno da legalização do aborto. Apenas sugerem que não se pode simplesmente basear-se na convencional narrativa do *backlash* (GREENHOUSE; SIEGEL, 2011, p. 2086). Em recente artigo, Nejaime e Siegel (2015) sublinham que, recentemente, os atores sociais conservadores têm adaptado seus argumentos em bases mais seculares, abandonando a retórica da moralidade tradicional e incorporado o argumento do exercício da liberdade religiosa.

Ao invés de usarem um discurso objetivando a preservação da moralidade majoritária, eles incorporam a ideia de que representam uma minoria buscando isenções legais quando a norma ofende sua moralidade tradicional. Resgatam o discurso da importância de proteger o pluralismo religioso, assumido em bases seculares.

Como uma resposta à decisão em Roe (UNITED STATES OF AMERICA, 1973a), a *Church Amendment*, que fazia parte do *Health Programs Extension Act* (UNITED STATES OF AMERICA, 1973b) estabelecia que receitas de fundos federais não seriam base para exigir que um médico ou uma enfermeira realizasse ou assistisse a realização de qualquer procedimento de esterilização ou aborto se tal assistência ou realização fosse contrária às suas crenças religiosas ou convicções morais.

Segundo Nejaime e Siegel (2015), essa Emenda suscitou uma longa tradição de leis federais e estaduais tratando da recusa na realização do aborto. Ainda que não se confunda com estas, a Emenda protege da discriminação indivíduos que, por objeção de consciência, se recusassem a realizar aborto, assim como aqueles que realizassem tais procedimentos.

A Emenda focava na conduta dos médicos e enfermeiras que realizassem ou assistissem ao procedimento, ou seja, os profissionais diretamente envolvidos no procedimento. O Congresso inicialmente rejeitou uma leitura ampla dos atores e atos envolvidos, de forma que a acomodação não atingia pessoas que não tivessem responsabilidade direta ou indireta no procedimento. No entanto, como salientam Nejaime e Siegel (2015), entre 1990 e 2000, houve uma expansão da legislação estadual e federal no sentido de ampliar a gama de atos e atores.

Procurando acomodar a objeção a outras formas de conduta, interações e associações que tornavam o objetor um cúmplice da conduta de outra pessoa, alterou-se o significado prático do conceito de cumplicidade para atingir uma gama de atos e atores. A acomodação das pretensões de isenção religiosa pode não desestabilizar o conflito, estabelecendo uma forma nova de perpetuá-lo.

A *Americans United for Life* publicou um conjunto de restrições ao aborto através de um modelo de legislação incorporado pelo *Healthcare Freedom of Conscience Act* (UNITED STATES OF AMERICA, 2013) que declara assumir o seguinte objetivo:

[...] é propósito desse Ato proteger como um direito civil básico o direito dos fornecedores de assistência à saúde e instituições em declinar de assessorar, aconselhar, pagar por, fornecer, realizar, assistir ou participar na realização ou fornecimento de serviços de saúde que violem sua consciência.

Participar significa não apenas realizar ou assistir, mas também assessorar, aconselhar, fornecer. Trata-se das reivindicações de consciência mais ampla baseada na cumplicidade aplicadas a assistência à saúde, incorporando mais atores e mais atos.

Segundo Nejaime e Siegel (2015), o movimento antiaborto usa a retórica da objeção de consciência, procurando reverter Roe (UNITED STATES OF AMERICA, 1973) por meio de um conjunto de medidas que incorporam uma estratégia legislativa mais ampla que dificulta o acesso ao aborto e a contraceptivos. Ao permitir que leis isentem indivíduos e instituições nas empresas de assistência à saúde dos deveres de cuidado com pacientes e ao autorizá-los a expressar objeções baseadas na cumplicidade, “o Estado cria uma ordem legal paralela”. (NEJAIME; SIEGEL, 2015, p. 2555-2556). Por exemplo, leis recusando assistência à saúde empoderam segmentos relevantes da indústria da saúde a operarem segundo princípios religiosos que estabelecem limitações em serviços relacionados ao aborto e a contraceptivos.

Para Nejaime e Siegel (2015), muitos afirmam que a estratégia de acomodar pretensões de isenção religiosa irá ajudar a resolver o conflito. No entanto, os autores ressaltam que tal estratégia de acomodar as objeções religiosas também pode permitir a persistência do conflito de uma maneira nova e revitalizada.

5 Conclusão

Diante do exposto, depreende-se que o Constitucionalismo Democrático não concebe o refluxo social (*backlash*) com a mesma interpretação negativa do Minimalismo, percebendo este como intrínseco a uma cultura constitucional de uma sociedade plural. Sustentamos que os tribunais podem assumir uma postura proeminente na resolução de questões controversas relativas a direitos fundamentais de grupos estigmatizados quando minimizadas ou frustradas as condições plenas de abertura e de participação dos mesmos no processo político majoritário.

A seu turno, Sunstein enfatiza que a estratégia de evitar o *backlash* é necessária em nome da solidariedade social, pois a norma constitucional direciona-se a todos os cidadãos de uma sociedade

plural. Afirma que a sociedade é heterogênea, sendo que nem todos os indivíduos convergem para variadas temáticas.

Diferentemente, o Constitucionalismo Democrático compreende que os cidadãos seriam mobilizados em debates sobre significados constitucionais e unidos por entendimentos e práticas de contestação, o que potencializa a legitimidade democrática. Portanto, o *backlash* poderia reforçar a coesão social e a legitimidade constitucional em uma nação plural (POST; SIEGEL, 2007, p. 405).

Porém, o Minimalismo não considera essa possibilidade, concebendo o *backlash* como uma simples ameaça para a coesão social e para a legitimidade. Diferentemente, o Constitucionalismo Democrático compreende que desacordos sobre sentidos constitucionais podem promover a coesão em condições de heterogeneidade normativa. (Post; Siegel, 2007, p. 405). Ademais, o *backlash* não poderia ser atribuído unicamente ao ativismo da Suprema Corte, pois já vinha se delineando há muitos anos.

Com efeito, Siegel e Greenhouse (2011, p. 2086) interpretam que, mediante uma investigação histórica sobre as raízes do refluxo em torno do aborto, seria possível evoluir da concepção de acordo segundo a qual *Roe versus Wade* foi uma “lição ruim” para uma “lição mais positiva”. Na perspectiva 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”. E concluem: “O conflito é uma parte da nossa vida política. E a judicialização desempenha um papel fundamental na definição de nossa comunidade política.” (SIEGEL; GREENHOUSE, 2011, p. 2086).

Outrossim, como salienta Bunchaft (2014, p. 153), 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”.

No entanto, sustentamos que a maior crítica ao Minimalismo Judicial é a de que esta teoria não atende aos desafios propostos pela necessidade de um constitucionalismo juridicamente sensível a direitos fundamentais de minorias sociais estigmatizadas. Se o processo deliberativo não contempla as condições de abertura e participação dos afetados, o Poder Judiciário assume legitimidade para atuar de forma proeminente na tutela de direitos fundamentais de grupos estigmatizados cujas pretensões normativas foram frustradas em via democrática.

Referências

BALKIN, Jack ; SIEGEL, Reva. Principles, practices and social movements. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v, 154, p. 927, 2006. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol154/iss4/3>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais da jurisprudência da Suprema Corte norteamericana. **Revista Novos Estudos jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 122-156, 2014.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Before and After Roe v. Wade: New Questions about Backlash. **Yale Law Journal**, Cambridge, v. 120, 2011. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr120&div=60&id=&page>>. Acesso em: 3 fev. 2012.

NEJAIME, Douglas; SIEGEL, Reva. Conscience wars: complicity-based conscience claims in religion and politics. **Yale Law School**, Cambridge, v. 124, p. 2516-2591, 2015.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 39-40.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy**: what constitutions do. Oxford: University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. Cambridge: Basic Books, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. **Health Programs Extension Act**. Congress H. R 7806. 93. May, 1973b.

UNITED STATES OF AMERICA. **Healthcare Freedom of Conscience Act**, Americans United for Life, 2013. Disponível em: <<http://www.aul.org/wp-content/uploads/2012/11/Healthcare-Freedom-of-Conscience-Act-2013-LG.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Brown v. Board of Education*. 347 U. S 483. In: BROWN, Oliver *et al.* v. Board of Education Topeka *et al.* Voto majoritário: E. Warren. Julgado em 17 maio 1954.

UNITED STATES OF AMERICA. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. *Roe v. Wade*. 410 U. S. 113. In: ROE, Jane *et al.* v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em: 22 jan. 1973a.

UNITED STATES OF AMERICA. Suprema Corte. **Writ of Certiorari**. *Romer v. Evans*. 517 U.S 620/1996. ROMER, Roy, Governador do Colorado *et al.* v. Richard Evans *et al.* Opinião Majoritária: Anthony Kennedy. Washington, District of Columbia. Decidido em: 20 maio 1996.

Recebido em: 18/09/2015

Aprovado em: 30/05/2016