

A AGENDA PROGRESSISTA: JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA, ESTADOS UNIDOS E BRASIL

Gabriel Eidelwein Silveira, Denise Regina Quaresma da Silva, Alessandra Lopes de Oliveira Castellini

Este paper compara a fundamentação e o impacto de casos constitucionais históricos semelhantes, nos Estados Unidos e no Brasil, a respeito de direitos básicos consoante a agenda progressista. A jurisprudência histórica da US Supreme Court - a respeito do aborto, da ação afirmativa e do casamento entre pessoas do mesmo sexo - é considerada o paradigma para comparação internacional, inclusive relativamente à jurisprudência constitucional brasileira da última década. Assim, comparamos *Roe v. Wade* com a decisão de 2016 do Ministro Barroso, indicando a posição do STF no sentido de descriminalizar o aborto, no Brasil, cometido até o terceiro trimestre de gestação. Em seguida, exploramos as divergências entre as abordagens de *Regents v. Bakke* e *Grutter v. Bollinger* e a decisão unânime do STF de 2012, lavrada pelo Ministro Lewandowski, consagrando a constitucionalidade da ação afirmativa no Brasil. Por último, destacamos a política judicial pioneira sustentada pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro, em 2013, antecipando *Obergefell v. Hodges* em dois anos, com o efeito de autorizar os casamentos homoafetivos em nosso país. Em 1973, o juiz da Suprema Corte norte-americana Harry Blackmun foi o redator do voto majoritário no caso histórico *Roe v. Wade*. Muito embora a Bill of Rights da US Constitution (Emendas I a X) não contivesse nenhuma referência expressa à *privacy*, Blackmun compreendeu que a “privacidade” estava implícita no próprio conceito maior da “liberdade”, incorporada à cláusula do Devido Processo Legal da Décima-Quarta Emenda. Apenas em 2016, o STF brasileiro teve a oportunidade de analisar um caso análogo, quando o ministro Barroso, fazendo referência expressa a *Roe v. Wade* (direito comparado) e aos princípios da “Constituição Cidadã”, decidiu - porém em um caso sem eficácia erga omnes - pela descriminalização do aborto cometido até o terceiro trimestre. A Supreme Court, em 1978, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, decidira que a adoção do critério racial, combinado com outros critérios, para fins de admissão em curso universitário, era constitucional, não obstante um critério rígido baseado apenas na raça, como as cotas raciais, violasse a cláusula da equal protection da Décima-Quarta Emenda, devendo ser considerado, portanto, inconstitucional. No mesmo sentido, em 2003, no caso *Grutter v. Bollinger*, a Supreme Court decidiu que a consideração do critério de raça, junto com outros critérios que viessem a garantir a diversidade na composição corpo discente, em processos seletivos que realizam escrutínio qualitativo altamente individualizado das candidaturas, não violaria a cláusula da “proteção igual” à luz da Constituição. Mas na prática isso significa que as cotas raciais, tais como as temos praticado no Brasil, continuavam banidas do sistema jurídico norte-americano. Neste campo, o STF mostrou-se mais progressista do que a SCOTUS quando, em 2012, reconheceu, por unanimidade, o sistema de cotas praticado pela Universidade de Brasília (UnB). Ao julgar que as cotas raciais estão em conformidade com a deontologia constitucional, o Ministro Lewandowski fundamentou sua posição fazendo alusão aos princípios da igualdade material e do pluralismo ideológico. Em 2015, a US Supreme Court decidiu o caso *Obergefell v. Hodges*, sustentando que a Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta-Emenda garante o direito a casar-se como uma das liberdades fundamentais protegidas constitucionalmente, incluindo casais do mesmo sexo, sendo a família considerada como pedra angular da ordem social. No entanto, neste aspecto, quando a SCOTUS decidiu *Obergefell*, o STF brasileiro já tinha firmado sua posição progressista a respeito da matéria, precedendo ao tribunal americano em quatro anos. Em 2011, o STF decidiu uma ADIn e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo com natureza jurídica de entidade familiar. Em sequência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2013, determinou que os cartórios de todo o Brasil não mais poderiam se recusar a celebrar casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter suas uniões estáveis homoafetivas em casamento. Ou seja, neste aspecto, a jurisprudência constitucional brasileira, tão progressista quanto a americana, também lhe foi anterior, atingindo o mesmo efeito dois anos antes.

Palavras-chave: Sociologia do direito. Direitos Humanos. Direitos comparados. Gênero. Direitos reprodutivos. Ação afirmativa