

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I**

**JOSÉ EDMILSON DE SOUZA LIMA**

**RENATO DURO DIAS**

**SILVANA BELINE TAVARES**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

#### **Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

#### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

#### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

#### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

G326

Gênero, sexualidades e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elisaide Trevisam; Renato Duro Dias; Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-305-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Gênero. 3. Sexualidade. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

---

#### **Apresentação**

Mesmo em um período de extrema dificuldade em virtude da crise sanitária, pesquisadoras e pesquisadores de instituições de várias regiões do país continuaram a se desafiar, produzindo potentes investigações no campo das temáticas de gênero, raça, sexualidades e direito. Neste III Encontro Virtual do CONPEDI os estudos reverberaram o caráter interdisciplinar e marcadamente de uma epistemologia de resistência, necessários a denunciar, dialogar e problematizar os campos teóricos e metodológicos, oxigenando a área do direito. Saudamos as importantes contribuições apresentadas conforme relação abaixo.

O trabalho “(In)existência de estereótipos de gênero na jurisprudência portuguesa”, desenvolvido por Janaina da Silva de Sousa busca compreender a jurisprudência portuguesa no sentido de manutenção/construção de hierarquias de gênero a partir de análise de decisões judiciais dos Tribunais de Relação de Lisboa e Porto com processos no período de 2016 a 2019 sobre crime de violação.

Gabriella da Mata Facco Queiroz e Renato Bernardi em “A "revenge porn": terminologia, historicidade e sua incidência no gênero feminino” analisam o fenômeno abordando sua construção no meio social e sua incidência no gênero feminino.

Em “A adoção civil por famílias homoafetivas no brasil” Jonatas Marcos da Silva Santos e Thainá da Silva de Lima criticam os principais aspectos da legislação infraconstitucional acerca da adoção civil e a relação com o reconhecimento da união estável homoafetiva, pautando os avanços e entraves postos à construção da proteção jurídico-legal às novas entidades familiares.

A partir da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas, Emília Paranhos Santos Marcelino, Cecília Paranhos S. Marcelino e Palmira Paranhos Santos Lins de Carvalho com o trabalho “A efetivação do ODS nº 5 e as políticas públicas para uma igualdade de gênero no brasil” fazem uma investigação sobre políticas públicas e a efetividade no atendimento à ODS nº5 no Brasil.

Elísio Augusto Velloso Bastos, Brenda Dinorah Mendes Marques e Marcella Nobrega Merabet trazem aspectos relevantes da vida das mulheres transexuais no ambiente prisional assim como as constantes violações de seus Direitos no artigo “A proteção dos direitos de

gênero das mulheres transexuais no ambiente prisional do Brasil: inovações e perspectivas a partir da ADPF 527”

Em “A sub-representação feminina no supremo tribunal federal brasileiro e o perfil das ministras” de Elida De Cássia Mamede Da Costa e Luan de Souza Afonso, pode-se perceber como ocorreu a presença feminina no Supremo Tribunal Federal (STF) ao longo de sua história.

O artigo “Autoidentificação e cidadania: substituição do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento por pessoas transexuais no direito brasileiro” de Artur Gustavo Azevedo do Nascimento traz a decisão do Supremo Tribunal Federal e ato do Conselho Nacional de Justiça que reconhecem o direito da pessoa transgênero de substituir seu prenome e o gênero perante os Oficiais de Registro Civil, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.

A séria questão sobre tráfico de mulheres para fins de exploração sexual é analisada por Cassius Guimaraes Chai, Beatriz de Araujo Caldas e Amanda Cristina de Aquino Costa no trabalho “Da invisibilidade para as estatísticas: o tráfico internacional de mulheres e exploração sexual. uma perspectiva de gênero e violação de direitos humanos”.

A partir da abordagem interseccional de raça e de classe, Glauca Fernanda Oliveira Martins Batalha analisa o agravamento da divisão sexual do trabalho e das assimetrias sociais de gênero desencadeadas pela pandemia do COVID-19 em “Desigualdade de gênero e a economia do cuidado em tempos de pandemia da covid-19: o agravamento da divisão sexual do trabalho e das assimetrias sociais no contexto neoliberal”

O trabalho “Ecofeminismo: análise da mulher como vetor de sustentabilidade” de Flavia Piccinin Paz e Marcelo Wordell Gubert alerta que o conhecimento e sua relação com o ambiente estão intrinsecamente ligados ao empoderamento da mulher a partir do desenvolvimento de atividades sustentáveis.

Ronaldo da Costa Formiga discute a realidade familiar contemporânea a partir de temas como divórcio litigioso, alienação parental, guarda compartilhada e cultura individualista com o trabalho “Famílias contemporâneas e a perspectiva sistêmica: os desafios do judiciário frente os efeitos da ideologia individualista”.

As dificuldades para coibir a violência contra as mulheres nas relações domésticas e familiares é analisada por Fábila Lopes Gomes da Silva em “Femicídio: da convivência do

estado à necessidade de capacitação do sistema de justiça criminal” em que denuncia à conivência do Estado ao ratificar os desmandos da cultura patriarcal no Brasil, por mais de 500 anos.

Em “Grandes casos da suprema corte dos Estados Unidos sobre orientação sexual” Raphael Rego Borges Ribeiro analisa 04 casos da Suprema Corte dos EUA sobre orientação sexual e descreve a postura da Corte entre 1986 e 2015 em relação à sexualidade.

Concepções sobre identidade de gênero e diversidade são apresentadas no artigo “Identidade de gênero: um comparativo de decisões judiciais e da opinião consultiva nº 24/17” em que Lorena Araujo Matos e Thiago Augusto Galeão De Azevedo analisam a evolução sobre a temática no Poder Judiciário brasileiro, além de conceitos introduzidos em documento internacional.

Bibiana de Paiva Terra e Bianca Tito em “Igualdade de gênero na constituição federal de 1988: o movimento feminista brasileiro e a conquista do princípio da igualdade” abordam acerca da conquista do Princípio da Igualdade na Constituição Federal de 1988 assim como a trajetória de luta do movimento feminista para essa conquista.

Partindo da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, Patrícia Oliveira de Carvalho em seu artigo “Teoria do reconhecimento como farol sobre as vulnerabilidade interseccionais da mulher negra vítima de violência de gênero” analisa os números do Mapa da Violência para pensar saídas e interpretações para o recrudescimento da quantidade de casos de violência de gênero que atingem mulheres negras.

Finalmente, o artigo “Uma análise do (des)cumprimento das determinações legais concernentes à igualdade de gênero na representação política à luz da jurisprudência do tribunal superior eleitoral” de Thaianne Correa Cristovam questiona a posição adotada pelo TSE diante de partidos políticos que descumprem a obrigações legais concernentes à igualdade de gênero na política.

É com imensa satisfação que convidamos todas/os/es a atenta leitura de cada uma das referenciadas produções acadêmicas. Pesquisas que orgulham o Grupo de Trabalho Gênero, Sexualidade e Direito do CONPEDI.

Silvana Beline Tavares – UFG

Renato Duro Dias – FURG

José Edmilson de Souza Lima -UNICURITIBA

## **GRANDES CASOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS SOBRE ORIENTAÇÃO SEXUAL**

## **GREAT CASES OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES ON SEXUAL ORIENTATION**

**Raphael Rego Borges Ribeiro**

### **Resumo**

Foram estudados 04 casos da Suprema Corte dos EUA sobre orientação sexual. Consultaram-se fontes primárias, com a transcrição dos principais pontos de cada decisão. O objetivo foi descrever a postura da Corte entre 1986 e 2015 em relação à sexualidade. Notou-se que em *Bowers*, foi mantida uma lei que criminalizava a sodomia. Percebeu-se que em *Lawrence*, uma lei criminalizando as relações homossexuais foi considerada inconstitucional. Viu-se que em *Windsor* foi invalidado o tratamento prejudicial conferido por lei federal às uniões homossexuais. Finalmente, observou-se que em *Obergefell* a SCOTUS tornou obrigatório o reconhecimento dos casamentos homoafetivos pelas leis estaduais.

**Palavras-chave:** Casamento homossexual, Orientação sexual, Suprema corte dos estados unidos

### **Abstract/Resumen/Résumé**

I studied 04 SCOTUS cases concerning sexual orientation. I looked into primary sources, transcribing their main arguments. The goal was to describe the Court's approach to sexuality between 1986 and 2015. I noticed that in *Bowers*, the Court maintained a Georgian law which criminalized sodomy. I observed that in *Lawrence*, a Texan law criminalizing same-sex intercourse was deemed unconstitutional. I saw that in *Windsor* the Court invalidated the harmful treatment which DOMA conferred to same-sex unions. Finally, I noticed that in *Obergefell*, the Court determined that state laws should recognize same-sex marriages.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Same-sex marriage, Sexual orientation, Supreme court of the united states

## 1 INTRODUÇÃO

Neste artigo, serão observados 04 casos paradigmáticos julgados pela *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) em matéria de orientação sexual. Em muitas jurisdições, a evolução da proteção aos direitos fundamentais de determinadas minorias acaba competindo ao Judiciário, no exercício da sua função contramajoritária e de controle de constitucionalidade; isso é verdade para o Brasil e também para os Estados Unidos.

Esta pesquisa se justifica em razão da sua contribuição para a divulgação à comunidade jurídica brasileira da jurisprudência constitucional norte-americana. A doutrina nacional costuma se referir a alguns poucos casos famosos decididos pela SCOTUS, como *Brown v. Board of Education* (sobre o racismo) e *Roe v. Wade* (sobre o direito ao aborto); todavia, ainda são muito incipientes as buscas por estudar julgados mais recentes, notadamente em outras matérias de direitos fundamentais. Ter contato com casos paradigmáticos de uma das cortes constitucionais mais relevantes do mundo permite, entre outras coisas, buscar inspiração para futuros desenvolvimentos do direito pátrio, bem como analisar comparativamente com a própria história do direito no Brasil. Isso é particularmente verdade sobre a temática ora trabalhada, considerando o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria de direitos de casais do mesmo sexo. Este artigo pretende suprir esse *gap*, além de incentivar iniciativas semelhantes em outros temas.

O objetivo geral dessa investigação é demonstrar como, em aproximadamente 30 anos (de 1986 a 2015), a Suprema Corte estadunidense promoveu uma verdadeira virada copernicana em sua jurisprudência sobre sexualidade, de uma posição mais conservadora à adoção de uma postura mais aberta ao reconhecimento de direitos dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Incidentalmente, também será identificada a diferença de posicionamento entre as alas liberal e conservadora da Corte, o que será feito com o contraste entre as opiniões majoritárias e as fortes dissidências. Este artigo tem uma natureza eminentemente descritiva; apesar de uma necessária investigação crítica se fazer claramente cabível, isso aqui não é feito por razões de restrição de espaço. Acredita-se que a abordagem descritiva é consistente com os objetivos de pesquisa supramencionados.

Como método, será utilizada principalmente a consulta às fontes primárias, quais sejam, os julgados da SCOTUS, com a subsequente exposição dos argumentos utilizados nos votos vencedores e nas opiniões divergentes. Serão igualmente expostos os fatos pertinentes a cada caso, contextualizando-os. Alerta-se o leitor a respeito da linguagem utilizada; principalmente em relação aos votos redigidos pelos *Justices* da ala conservador, há o uso de



vocábulos, expressões, opiniões e fundamentos atualmente considerados anacrônicos, atrasados e preconceituosos. Na medida em que o compromisso à honestidade acadêmica obriga a referência a tais elementos, a sua transcrição evidentemente não significa aderência a eles.

## **2 BOWERS V. HARDWICK (1986)**

A legislação do estado americano da Georgia dispunha que se configurava o crime de sodomia quando alguém praticasse ou se submetesse a um ato sexual que envolvesse, de um lado, os órgãos sexuais de uma pessoa e, de outro lado, a boca ou o ânus de outra pessoa.<sup>1</sup> As penas para esse ilícito poderiam variar entre 01 e 20 anos. Apesar de a legislação georgiana não fazer distinções entre relações entre pessoas de sexo oposto ou do mesmo sexo, claramente estas últimas eram mais severamente atingidas pela referida norma.

Em 03 de agosto de 1982, Michael Hardwick foi preso, acusado de sodomia; seu crime foi estar em seu próprio quarto praticando relações sexuais consensuais com o seu parceiro, também um homem adulto. Hardwick passou 10 horas na cadeia, em um cela com 12 outros homens, repetidamente sendo humilhado e escutando brincadeiras no sentido de que ele seria sexualmente violado pelos outros encarcerados. Após o referido período de tempo, o promotor distrital decidiu não prosseguir com a persecução penal. Depois de ser libertado dessa tenebrosa experiência com o sistema criminal da Georgia, Michael Hardwick ajuizou uma ação questionando a legislação georgiana, alegando que ela violava seus direitos civis, em especial o seu direito fundamental à privacidade (GOLDSTEIN, 1988, p.1073). A *Federal District Court* rejeitou o caso; entretanto, Hardwick apelou para *Court of Appeals for the Eleventh Circuit*, que reverteu a decisão anterior e determinou um novo julgamento. A *Court of Appeals* declarou que a norma questionada de fato violava os direitos fundamentais do apelante, em especial na medida em que a atividade (homos)sexual consiste em uma conduta privada e íntima além do alcance da regulação estatal, protegida inclusive pelas Nona e Décima Quarta Emendas. O estado da Georgia, então representado pelo seu *Attorney General* Michael Bowers, irrisignado com a conclusão da *Court of Appeals*, recorreu para a *Supreme Court of the United States*.

Quando *Bowers v. Hardwick* foi julgado pela Suprema Corte, em 1986, o tribunal era majoritariamente conservador. O *Chief Justice* Warren E. Burger tinha sido indicado pelo republicano Ronald Reagan, assim como o *Justice* William H. Rehnquist. A *Justice* Sandra Day

---

1 GA. CODE ANN. § 16-6-2(a): "A person commits the offense of sodomy when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another".

O'Connor, também indicada por Reagan, teve carreira política prévia no Partido Republicano e iniciou seu mandato na SCOTUS tendendo ao conservadorismo, inclusive à época do caso *Hardwick*; ela, porém, ao longo dos anos seguintes, acabou se tornando um *swing vote*, votando tanto a favor quanto contra pautas liberais. Também os *Justices* Harry A. Blackmun e Lewis F. Powell Jr., indicados pelo republicano Richard Nixon, costumavam dar decisões conservadoras. Por outro lado, *Justice* John Paul Stevens, apesar de indicado pelo republicano Gerald Ford, tornou-se líder da então minoritária ala liberal da Corte; semelhantemente, o *Justice* William J. Brennan Jr., a despeito de indicado pelo republicano Dwight Eisenhower, também se marcou por entendimentos liberais. Também na minoria liberal estava o *Justice* Thurgood Marshall, indicado por Lyndon B. Johnson. Já o *Justice* Byron R. White, indicado por John F. Kennedy, não tinha uma posição ideológica bem definida, votando de acordo com as particularidades de cada caso.

Em *Bowers v. Hardwick*, a SCOTUS, por uma maioria de 5 a 4, concordou com o *Attorney General* Bowers nos sentidos de que (a) a legislação da Georgia era constitucional, sendo válida a criminalização da sodomia; e (b) conseqüentemente, que a decisão da *Court of Appeals* foi errada e deveria ser revertida. A opinião da maioria foi redigida pelo *Justice* White, a quem se juntaram o *Chief Justice* Burger e os *Justices* Powell, Rehnquist e O'Connor; além disso, Burger e Powell apresentaram as suas próprias opiniões concorrentes com a da maioria. Por outro lado, foi apresentada uma opinião minoritária dissidente redigida pelo *Justice* Blackmun, a quem se juntaram os *Justices* Brennan, Marshall e Stevens. Este último também apresentou a própria dissidência, à qual aderiram os *Justices* Brennan e Marshall (BOWERS, 1986, p.186).

Escrevendo pela maioria, o *Justice* Byron R. White inicialmente destacou (a) que o caso não dizia respeito a se as leis contra a sodomia, entre adultos em geral e entre homossexuais em particular, eram sábias ou desejáveis; (b) que a questão era saber se a Constituição conferia aos homossexuais um direito fundamental à prática da sodomia, invalidando assim as várias leis estaduais que há muito tempo criminalizavam tal conduta; e (c) que a discussão também perpassava pelos limites da Corte em desempenhar os seus deveres constitucionais (BOWERS, 1986, p.190). A maioria rejeitou o argumento de que da jurisprudência da SCOTUS decorria um direito à privacidade que se estenderia à sodomia homossexual; compreendeu que os precedentes da Suprema Corte relacionavam a privacidade à família, ao casamento ou à procriação, e que não havia sido demonstrado um vínculo entre esses elementos e a atividade homossexual; do mesmo modo, entendeu não haver fundamento para a alegação de que a conduta sexual consensual entre dois adultos estaria constitucionalmente protegida contra a

regulamentação estatal. A opinião vencedora assentou que reconhecer um direito fundamental não expressamente previsto na Constituição envolvia muito mais do que os valores pessoais de cada *Justice* e que a Corte não estava inclinada a adotar uma abordagem expansiva de sua autoridade para descobrir novos direitos fundamentais, para evitar que o Judiciário governasse o país sem ter autoridade constitucional expressa para tanto (BOWERS, 1986, p.191; p.195).

A posição majoritária também ressaltou que a proscrição da sodomia homossexual teria, de um lado, profundas raízes históricas e, de outro lado, respaldo à época em 25 jurisdições estadunidenses (BOWERS, 1986, p.193-194). A opinião vencedora não se convenceu de que o direito à privacidade necessariamente protegia atos consensuais praticados dentro da intimidade do lar (BOWERS, 1986, p.195); nesse sentido, afirmou que seria difícil no futuro não aplicar a mesma proteção ao adultério, ao incesto e a outros crimes sexuais praticados dentro de casa, o que a Corte não estaria disposta a fazer (BOWERS, 1986, p.196). Por fim, o *Justice White* ainda discordou da alegação de que a legislação da Georgia carecia de uma fundamentação racional; segundo ele, a moralidade constantemente embasa as leis, e não seria adequado invalidar todas as normas consistentes em escolhas morais.

O *Chief Justice Burger* aderiu à opinião do *Justice White*, porém escreveu também a sua própria fundamentação. Reforçou as raízes históricas da condenação às práticas homossexuais, tanto no Direito Romano quanto na moral judaico-cristã e na *common law*; na tradição inglesa, tratar-se-ia de uma ofensa mais maligna até mesmo do que o estupro (BOWERS, 1986, p.196-197). Ressaltou ainda não se tratar de preferências pessoais, mas de autoridade legislativa dos estados, e que nada na Constituição impedia uma jurisdição estadual de exercer seus poderes no sentido adotado pela Georgia. O *Justice Powell*, por sua vez, concordou com a conclusão da maioria, porém ressaltou que poderia ter havido um questionamento com fundamento na Oitava Emenda, o que não foi levado à análise da SCOTUS (BOWERS, 1986, p.198).

Escrevendo pela minoria dissidente, o *Justice Blackmun* inicialmente discordou do modo como a maioria enquadrou a questão: a seu ver, o caso não se tratava de um direito fundamental à sodomia homossexual, na medida em que o questionado estatuto da Georgia não fazia a distinção em relação a casais de sexo oposto; ele compreendeu que ali se discutia sobre uma violação da privacidade e do direito à associação íntima, independentemente da orientação sexual do requerente (BOWERS, 1986, p.201). O *Justice Blackmun* defendeu que ali a Corte analisava a uma questão de privacidade, especificamente ao direito de ser deixado em paz (*the right to be let alone*). Nessa perspectiva, a lei georgiana negava aos indivíduos o direito de decidir por eles mesmos quanto a praticar determinadas formas de atividade sexual privadas e

consensuais, um dos aspectos mais íntimos das suas vidas (BOWERS, 1986, p.199-200). Nesse sentido, destacou que os precedentes da SCOTUS reconhecem uma esfera de cada indivíduo que está além do alcance estatal, tanto em relação às escolhas feitas quanto aos lugares em que as pessoas praticam as suas condutas; que *Bowers v. Hardwick* implicava tanto o aspecto decisional quanto o aspecto espacial (BOWERS, 1986, p.203-204); e que a Corte estava se recusando a reconhecer o interesse fundamental dos indivíduos de controlar a natureza de suas associações íntimas na intimidade do seu próprio lar (BOWERS, 1986, p.206-208).

O entendimento minoritário elaborado pelo pelo *Justice* Blackmun discordou da maioria tanto em relação ao argumento histórico quanto ao fundamento no número de jurisdições que ainda proscriviam as relações entre pessoas do mesmo sexo, na medida em que nenhuma das fundamentações ser suficiente para manter uma lei conflitante com a Constituição (BOWERS, 1986, p.199). Também destacou que, havendo qualquer embasamento constitucional para o pedido de *judicial review*, a Corte não poderia se furtar a o reconhecer, ainda que não tenha sido expressamente suscitado pelo requerente (BOWERS, 1986, p.202). Por fim, sustentou ainda não haver qualquer interesse legítimo para o Estado justificar a invasão das casas, dos corações e das mentes dos cidadãos que escolhem viver as suas vidas diferentemente (BOWERS, p.213).

A dissidência apresentada pelo *Justice* Stevens estabeleceu que o fato de a maioria governante ter tradicionalmente considerado imoral uma determinada prática não era uma razão suficiente para sustentar uma lei proibindo tal conduta; e que nem a história nem a tradição eram bases adequadas para defender uma legislação contra o controle de constitucionalidade (BOWERS, 1986, p.216). Partindo dos precedentes da própria *Supreme Court* que entendiam inconstitucional a proibição da sodomia em relação a casais heterossexuais, considerou que cabia à Georgia demonstrar os fundamentos de uma proscrição que se aplicava apenas a uma minoria dos seus cidadãos (BOWERS, 1986, p.218); e que o referido estado não tinha apresentado qualquer sustentação para o tratamento desfavorável ora questionado (BOWERS, 1986, p.220).

Em resumo, em *Bowers v. Hardwick*, a maioria da Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu ser constitucional a criminalização de determinadas relações sexuais consensuais entre dois adultos, notadamente em prejuízo de pessoas homossexuais. A decisão da *Court of Appeal* do 11º Circuito foi reformada, e a lei do estado da Georgia considerando ilícita a sodomia foi reconhecida como válida.

### **3 LAWRENCE V. TEXAS (2003)**

O Código Penal do Texas criminalizava expressamente as relações homossexuais.<sup>2</sup> Em 1998, respondendo a um chamado relativo a uma perturbação com arma de fogo, dois policiais do condado texano de Harris adentraram a residência de John Lawrence, flagrando-o praticando conduta sexual com outro homem adulto, Tyrone Gardner. Lawrence e Gardner foram presos, processados e condenados por um juiz de paz, em razão de terem violado a lei texana que proibia a sodomia homossexual. Posteriormente, eles requereram um novo julgamento na Corte Criminal do condado de Harris, alegando que a referida legislação contrariava seu direito constitucional à igualdade, constante da Décima Quarta Emenda; seu pleito foi rejeitado pelo juízo *a quo*. Lawrence e Gardner então recorreram à *Texas Court of Appeals*, que se baseou em *Hardwick* para reconhecer a lei texana como válida, mantendo as condenações. O caso chegou à *Supreme Court of the United States*, que passou a analisar se tais condenações violavam a norma constitucional de isonomia e se o entendimento consagrado em *Hardwick* deveria ser superado (JONES, 2004, p.143-144).

Quando *Lawrence v. Texas* foi julgado pela Suprema Corte, em 2003, o tribunal estava equilibrado, com magistrados conservadores, liberais e moderados. Na ala conservadora, o agora *Chief Justice* William H. Rehnquist tinha sido indicado pelo republicano Ronald Reagan, assim como o ultraconservador *Justice* Antonin Scalia. Também forte no conservadorismo, o *Justice* Clarence Thomas fora indicado pelo republicano George W. H. Bush. A *Justice* Sandra Day O'Connor, ex-política republicana e indicada por Reagan, neste momento já se marcava pela moderação, sendo um *swing vote* e emitindo decisões mais liberais ou conservadoras, a depender do caso. Assim como O'Connor J, o *Justice* Anthony M. Kennedy, também indicado por Reagan, iniciou seu mandato na SCOTUS como conservador, porém se tornou um *swing vote*, sendo particularmente defensor dos direitos individuais. Indicado pelo democrata Bill Clinton, o *Justice* Stephen G. Breyer tem sido moderado e pragmático em seus votos, sempre tendendo mais a votar com os liberais. O *Justice* John Paul Stevens, apesar de indicado pelo republicano Gerald Ford, comumente votava com ala liberal da Corte; semelhantemente, o *Justice* David H. Souter, indicado por George W. H. Bush, consistentemente proferia decisões liberais. A *Justice* Ruth Bader Ginsburg, indicada por Clinton, acabou se tornando internacionalmente famosa por seus intensos posicionamentos liberais.

---

<sup>2</sup> Tex. Penal Code, Sec. 21.06. (a) A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex. A própria legislação também define conduta sexual: Tex. Penal Code, Sec. 21.01(1). (a) any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person; or (b) the penetration of the genitals or the anus of another person with an object.

Em *Lawrence v. Texas*, a SCOTUS, por uma maioria de 6 a 3, entendeu que a lei texana era inconstitucional, devendo ser reformadas as condenações criminais nela embasadas. Também se decidiu que o precedente estabelecido em *Bowers* deveria ser superado. A opinião da maioria foi redigida pelo *Justice* Kennedy, a quem se juntaram os *Justices* Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer. A *Justice* O'Connor apresentou as próprias razões pelas quais reconhecia a inconstitucionalidade da norma então discutida. Por outro lado, foi apresentada uma opinião minoritária dissidente redigida pelo *Justice* Scalia, a quem se juntaram o *Chief Justice* Rehnquist e o *Justice* Thomas. Este último também apresentou a própria dissidência.

Escrevendo pela maioria, o *Justice* Anthony M. Kennedy ressaltou que o caso sobre o qual a *Supreme Court* se debruçava consistia na validade do estatuto do Texas que tornava criminosa a prática de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo (LAWRENCE, 2003, p.562). A análise se dividia em 03 questões: (a) se as condenações de Lawrence e Gardner violavam a Décima Quarta Emenda, em especial a garantia de igual proteção ante à lei; (b) se as condenações violavam os direitos à liberdade e à privacidade protegidos pela Décima Quarta Emenda; e (c) se *Bowers v. Hardwick* deveria ser superado (LAWRENCE, 2003, p.564). Destacou-se ainda que os condenados eram adultos à época do suposto ilícito e que a sua conduta fora privada e consensual (LAWRENCE, 2003, p.564). A opinião prevalecente em *Lawrence* reconheceu que a maioria da Corte em *Bowers*, ao se perguntar sobre um direito fundamental à sodomia homossexual, falhara em observar a extensão do direito à liberdade que ali se discutia; que tanto a lei da Georgia quanto a do Texas pretendiam proibir um ato sexual específico, porém seus propósitos e penas interferiam na mais privada conduta humana (a relação sexual) no mais privado espaço (o lar); e que tais legislações buscavam controlar relações pessoais que, independentemente de terem reconhecimento formal no ordenamento jurídico, estavam dentro da esfera de liberdade das pessoas de fazer suas próprias escolhas sem serem punidas como criminosas (LAWRENCE, 2003, p.567). Considerando que adultos podem escolher entrar em relacionamentos em suas vidas privadas e continuar mantendo sua dignidade, a maioria em *Lawrence* estabeleceu que a liberdade consagrada na Constituição permite que pessoas homossexuais tenham o direito a fazer tais escolhas (LAWRENCE, 2003, p.567). A maioria da SCOTUS opinou que as leis e a tradição estadunidenses conferiam proteção constitucional à autonomia individual a respeito de casamento, procriação, contracepção, vínculos familiares, criação de filhos e educação; e que pessoas homossexuais podem exercer tal autonomia da mesma maneira como as heterossexuais (LAWRENCE, p.574). Consignou-se que a Constituição conferia a adultos o direito fundamental à liberdade de se envolver em condutas consensuais e privadas sem sofrer intervenção estatal

(LAWRENCE, 2003, p.578). Também se criticou a premissa histórica suscitada em *Bowers* e se observou que algumas das poucas jurisdições que haviam proscrito atos homossexuais acabaram abolindo tais proibições (LAWRENCE, 2003, p.568-573).<sup>3</sup> De modo significativo, a opinião vencedora estabeleceu que um grupo majoritário não pode impor as suas visões de mundo a toda a sociedade por meio da lei criminal (LAWRENCE, 2003, p.571).

Por outro lado, a opinião majoritária em *Lawrence*, apesar de reconhecer a robustez do argumento de violação à cláusula de igual proteção perante a lei, compreendeu que poderia haver questionamentos a respeito de se tais proibições fossem direcionadas tanto a casais do mesmo sexo quanto a casais de sexo oposto (LAWRENCE, 2003, p.575). O *Justice* Kennedy aduziu que a isonomia e a liberdade estavam substancialmente relacionadas e que uma decisão sobre esta última matéria contribuiria para ambos os interesses (LAWRENCE, 2003, p.575). Por essa razão, o foco da discussão foi direcionado à superação do entendimento estabelecido em *Bowers* – um precedente que continuava prejudicial às vidas das pessoas homossexuais. A criminalização de tais relações impunha um estigma significativo e consequências em outras esferas, como registro em listas de ofensores sexuais e dificuldades em processos seletivos de empregos. (LAWRENCE, 2003, p.576). A maioria da Corte também observou que a conclusão de *Bowers* fora rejeitada em outras jurisdições, e.g., pela Corte Europeia de Direitos Humanos quando este tribunal se debruçou sobre questões semelhantes. Do mesmo modo, o posicionamento majoritário reconheceu que a doutrina do *stare decisis* desempenha um importante papel para o respeito às decisões do Judiciário e para a estabilidade do Direito, todavia não se trata de um comando inexorável; que o próprio *Bowers* causava instabilidade por contradizer decisões anteriores e posteriores da SCOTUS; e que os fundamentos daquele caso não resistem a uma análise cuidadosa, devendo ter prevalecido a opinião apresentada pelo *Justice* Stevens (LAWRENCE, 2003, p.577-578). Desse modo, compreendeu-se que o entendimento de *Bowers* não estava correto à época em que fora decidido e continuava equivocado; por essa razão, deveria ser revertido.

A *Justice* Sandra Day O'Connor apresentou os seus próprios fundamentos para reconhecer a inconstitucionalidade da lei texana. Por ter participado da maioria que decidiu *Bowers v. Hardwick* em 1986, ela se recusou a aderir à superação do referido precedente; entretanto, entendeu que a questionada legislação do Texas violava o direito fundamental à igualdade constante da Décima Quarta Emenda (LAWRENCE, 2003, p.579). Argumentou que tanto o desejo de prejudicar um grupo politicamente impopular (LAWRENCE, 2003, p.580)

---

<sup>3</sup> Das 25 jurisdições mencionadas em *Bowers*, apenas 13 mantinham suas legislações contra condutas homossexuais e apenas 04 efetivavam as proscricções à época em que *Lawrence* estava sendo julgado.

quanto a desaprovação moral a tal grupo não consistem em interesses estatais legítimos para editar uma norma (LAWRENCE, 2003, p.583). Segundo O'Connor, o Código Penal texano violava o direito constitucional à igualdade por criminalizar somente a sodomia entre parceiros do mesmo sexo, porém não aquela praticada entre parceiros de sexo oposto – o que significa tratar a mesma conduta diferentemente somente com base nas pessoas envolvidas (LAWRENCE, 2003, p.581). Ressaltou ainda que o próprio representante do Texas admitira que, por conta da lei contra a sodomia, ser homossexual naquele estado carregava a presunção de ser um criminoso (LAWRENCE, 2003, p.584). O estado poderia estabelecer certas consequências à violação das suas leis criminais, porém não poderia, com base em razões meramente morais, determinar uma identificável classe de cidadãos para sofrer aquela punição, que não seria aplicável a todas as demais pessoas (LAWRENCE, 2003, p.584).

Por outro lado, escrevendo pela minoria dissidente, o *Justice* Scalia iniciou em tom crítico ao abandono das necessidades de estabilidade e certeza, com a SCOTUS revertendo uma decisão tomada apenas 17 anos antes. Criticou ainda a inconsistência do posicionamento da Corte *in casu* sobre a doutrina do *stare decisis* em comparação com a reafirmação, em *Planned Parenthood v. Casey*, do precedente estabelecido em *Roe v. Wade* – caso ao qual supostamente todos os mesmos argumentos pelo *overruling* poderiam se aplicar, mas não havia disposição para tanto (LAWRENCE, 2003, p.586-592). Do mesmo modo, a opinião minoritária compreendeu ser legítimo o exercício da jurisdição estadual de limitar a liberdade de seus cidadãos, desde que observando para tanto o devido processo legal – requisito atendido pelo Código Penal texano (LAWRENCE, 2003, p.592). A minoria ainda destacou que a Corte somente poderia reconhecer direitos fundamentais não expressos na Constituição caso eles fossem profundamente enraizados na história e na tradição nacionais, o que não estaria configurado nos fatos então analisados (LAWRENCE, 2003, p.593-598). O *Justice* Scalia opinou que o Texas apresentou um embasamento racional para sua norma, qual seja, a proteção dos seus cidadãos contra certas formas de comportamento sexual imorais e inaceitáveis – a mesma base para as leis criminais sobre bigamia, adultério, incesto, bestialidade e obscenidade (LAWRENCE, 2003, p.599). A dissidência ainda rejeitou a ideia de violação à igualdade, argumentando que qualquer pessoa – tanto homossexual quanto heterossexual – estaria sujeita às sanções criminais ora debatidas, desde que praticasse as condutas descritas em lei (LAWRENCE, 2003, p.599). Semelhantemente, o *Justice* Scalia observou que ali se estava deixando estremeçada a sustentação das leis estaduais que limitavam o casamento a casais de sexo oposto (LAWRENCE, 2003, p.601). Por fim, alegou que a decisão da maioria da *Supreme Court* fora um produto da cultura da profissão jurídica, sinalizando em favor da agenda



promovida por ativistas no sentido de eliminar as restrições às condutas homossexuais; defendeu que a Corte deveria ser um observador neutro em vez de tomar parte em guerras culturais (LAWRENCE, 2003, p.602); e que os homossexuais deveriam promover seus interesses por meio dos procedimentos democráticos regulares, persuadindo os demais cidadãos, em vez de os impor judicialmente na ausência de uma maioria democrática; a decisão a tal respeito deveria caber ao povo, não aos tribunais (LAWRENCE, 2003, p.603-604).

Além de aderir à opinião do *Justice* Scalia, o *Justice* Clarence Thomas apresentou a própria dissidência. Nela, alegou que, se fosse membro do Legislativo texano, teria votado pela revogação da questionada norma, na medida em que não lhe parecia um adequado gasto de dinheiro público punir alguém por expressar suas preferências sexuais (LAWRENCE, 2003, p.605). Contudo, reforçou que, como membro daquela Corte, não tinha os poderes necessários para atender aos requerentes e às demais pessoas nas mesmas circunstâncias; ele podia apenas decidir casos conforme a Constituição e as leis dos Estados Unidos, nas quais ele não encontrava um direito fundamental à privacidade ou à liberdade que fundamentasse os pleitos ali formulados (LAWRENCE, 2003, p.605-606).

Resumidamente, em *Lawrence v. Texas*, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu por maioria a inconstitucionalidade da legislação texana que criminalizava as relações sexuais entre duas pessoas do mesmo sexo, em especial por violação ao direito fundamental à liberdade. Desse modo, a SCOTUS reverteu as condenações criminais de John Lawrence e Tyrone Gardner.

#### **4 UNITED STATES V. WINDSOR (2013)**

Em 1996, o Congresso estadunidense aprovou o *Defense of Marriage Act* (DOMA), que foi aprovado e assinado pelo presidente democrata Bill Clinton. O DOMA determinava que, para fins da legislação federal, o casamento era definido exclusivamente como o vínculo entre um homem e uma mulher. Em tal contexto, casais formados por pessoas do mesmo sexo não teriam acesso aos mesmos benefícios federais assegurados aos casais de sexo oposto (YOUNG; BLONDEL, 2013, p.117).

No Canadá, o casamento entre pessoas do mesmo sexo já era legalizado quando, em 2007, o casal estadunidense Edith Windsor e Thea Spyer, que estava junto desde 1963 e registrado como união doméstica segundo a legislação nova-iorquina desde 1993, casou-se em Toronto, posteriormente retornando para a sua casa em New York City. O estado de New York, por sua vez, reconheceu como válido o casamento entre Windsor e Spyer, celebrado em

Ontario. Ocorre que, quando Thea morreu em 2009, o *Internal Revenue Service* (IRS) não reconheceu Edith como cônjuge sobrevivente, por força do DOMA, negando-lhe o direito à isenção conjugal à tributação federal sobre a herança. Windsor acabou desembolsando pouco mais de 363 mil dólares em imposto sobre o espólio de Spyer; na sequência, requereu, primeiro administrativamente e depois judicialmente, a restituição dos valores pagos. O governo Obama, por meio do *Department of Justice*, decidiu por não defender a constitucionalidade do dispositivo, apesar de o IRS permanecer se recusando a devolver as quantias referentes à tributação da herança de Thea Spyer. Comunicado formalmente pelo *US Attorney General* a respeito da posição governamental, o *Bipartisan Legal Advisory Group* do Congresso decidiu intervir no processo em defesa do DOMA. De todo modo, a *District Court for the Southern District of New York* reconheceu a inconstitucionalidade da limitação imposta pela legislação federal, ordenando que o *US Treasury* reembolsasse com juros o tributo pago Edith Windsor, decisão esta que foi mantida pela *Court of Appeals for the Second Circuit*. O caso, então, chegou na *Supreme Court of the United States*.

Quando a Suprema Corte julgou *Windsor*, sua composição estava equilibrada, porém com uma sólida ala conservadora já se estabelecendo. Fortemente liberais, havia a *Justice* Ruth Bader Ginsburg, indicada pelo presidente Clinton; e as *Justices* Sonia Sotomayor e Elena Kagan, indicadas pelo democrata Barack Obama. Como moderados, havia o *Justice* Anthony M. Kennedy, indicado pelo republicano Ronald Reagan; e o *Justice* Stephen G. Breyer, indicado por Clinton. Do lado do conservadorismo, havia o ultraconservador *Justice* Antonin Scalia, indicado por Reagan; o *Justice* Clarence Thomas, indicado por George W. H. Bush; o *Justice* Samuel A. Alito Jr., indicado por George W. Bush; e o *Chief Justice* John G. Roberts, também indicação do Bush filho.

Em *United States v. Windsor*, a SCOTUS, por uma maioria de 5 a 4, entendeu que a definição de casamento no DOMA era inconstitucional, tanto por violar a autoridade dos estados para reconhecer casamentos quanto por conferir um tratamento desvantajoso a casais homossexuais; conseqüentemente, Edith Windsor faria jus à isenção conjugal e ao reembolso dos valores pagos pela tributação sobre a herança de Thea Spyer. A opinião da maioria foi redigida pelo *Justice* Kennedy, a quem se juntaram as *Justices* Ginsburg, Sotomayor e Kagan, bem como o *Justice* Breyer. Por outro lado, foram apresentadas uma dissidência redigida pelo *Chief Justice* Roberts, uma opinião dissidente escrita pelo *Justice* Scalia, a quem se juntou integralmente o *Justice* Thomas e parcialmente o *Chief Justice* Roberts; e, por fim, uma divergência elaborada pelo *Justice* Alito, à qual parcialmente aderiu o *Justice* Thomas.

Resolvidas questões procedimentais e de competência jurisdicional (WINDSOR, 2013, p.745-756), passou-se a resolver substancialmente o mérito do processo. Escrevendo pela maioria, o *Justice* Anthony M. Kennedy ressaltou que, por muito tempo, a definição essencial de casamento se referia à união entre um homem e uma mulher; entretanto, mais recentemente, algumas jurisdições passaram a compreender que os casais formados por pessoas do mesmo sexo deveriam ser reconhecidos e protegidos (WINDSOR, 2013, p.756-757). Nesse sentido, New York e outros estados tinham começado a ver a exclusividade do casamento heterossexual como uma exclusão injusta; assim, passaram inicialmente a reconhecer os matrimônios homossexuais celebrados validamente em outras jurisdições e, posteriormente, a permitir tais celebrações em seus próprios territórios, em qualquer caso com igualdade de *status* e direitos em relação a quaisquer outros casais (WINDSOR, 2013, p.757). A maioria observou ainda que New York editara sua legislação – o *Marriage Equality Act* – após o devido processo deliberativo, no qual os cidadãos e seus representantes eleitos puderam debater tanto contra quanto a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo decidido finalmente por esta última posição (WINDSOR, 2013, p.757). Assim, a opinião vencedora entendeu que a constitucionalidade da definição restritiva do DOMA deveria ser analisada em relação a este cenário de matrimônios homossexuais válidos conforme as leis de certos estados.

De acordo com a maioria da *Supreme Court*, a história e a tradição estadunidenses reconheciam que a regulamentação de relações domésticas se tratava de matéria de competência de cada jurisdição estadual (WINDSOR, 2013, p.757-759). Apesar de o Congresso ter poderes relativamente limitados para editar legislação que envolvesse privilégios e direitos conjugais, o *Defense of Marriage Act* impactava em mais de 1000 leis, regulamentos e diretivas federais que tratavam de matérias ligadas ao casamento (WINDSOR, 2013, p.759). A opinião majoritária destacou que o DOMA se destina a atingir uma classe de pessoas que, à época do julgamento, era protegida não apenas por New York mas também por 11 outros estados. Nesse contexto, o reconhecimento de casamentos sempre fora um aspecto central da soberana autoridade estadual para regular as relações domésticas, com efeitos aplicáveis a todos os seus cidadãos e residentes (WINDSOR, 2013, p.760-762); as leis matrimoniais, em especial sobre benefícios e obrigações, variavam entre as jurisdições estaduais, todavia eram uniformemente aplicadas a todos os casais dentro de cada estado (WINDSOR, 2013, p.761). Apesar disso, o DOMA impunha restrições e desvantagens a determinadas relações cuja proteção fora expressamente decidida por alguns estados; desse modo, por força da legislação federal, dentro de um mesmo estado havia tratamentos distintos para diferentes classes de casais, notadamente em prejuízo das pessoas homossexuais (WINDSOR, 2013, p.762).

A maioria da Suprema Corte compreendeu que, ao reconhecer uniões e casamentos celebrados em outras jurisdições e depois autorizar as celebrações, New York desejou emprestar proteção e dignidade a tais vínculos; dessa maneira, o estado reconhecia o valor de tais relações íntimas, que deveriam ser tratadas igualmente em relação a todos os outros matrimônios (WINDSOR, 2013, p.763). Esse posicionamento de New York refletira tanto a perspectiva sobre as raízes históricas do casamento quanto a evolução no entendimento da noção de igualdade (WINDSOR, 2013, p.763). A opinião majoritária da SCOTUS consignou que o DOMA violava os princípios constitucionais do devido processo e da igualdade (WINDSOR, 2013, p.763). Notou-se que a história do processo de edição do *Defense of Marriage Act* demonstrava que sua própria essência era interferir com a dignidade dos casamentos homossexuais que estava sendo conferida por algumas jurisdições estaduais no exercício da sua inquestionável autoridade legislativa (WINDSOR, 2013, p.764). Do mesmo modo, quando um estado como New York adotava uma lei permitindo casamentos entre pessoas do mesmo sexo, o propósito era eliminar a desigualdade; por sua vez, o DOMA frustrava esse objetivo, identificando uma classe de relacionamentos e os tratando desigualmente, como se de segunda classe fossem, em relação a diversos aspectos regulados federalmente (WINDSOR, 2013, p.765).

A opinião majoritária da *Supreme Court* expressou que, criando regimes matrimoniais distintos dentro do mesmo estado que tivesse adotado uma legislação inclusiva, o DOMA impunha aos casais homossexuais – porém não aos heterossexuais – um tratamento como casados para efeitos de lei estadual, todavia como não casados para efeitos da lei federal (WINDSOR, 2013, p.765). Este tratamento desigual humilhava esses casais, apesar de estes terem tido suas escolhas morais e sexuais constitucionalmente protegidas desde a decisão em *Lawrence*; e também humilhava os filhos que estavam sendo criados por esses casais, em especial dificultando o entendimento a respeito da integridade do seu próprio núcleo familiar (WINDSOR, 2013, p.766). O *Defense of Marriage Act* impunha um fardo aos casais formados por pessoas do mesmo sexo residentes em determinadas jurisdições; apesar de considerados legítimos e dignos pela lei do estado específico em que viviam, eles se viam impedidos de obter benefícios federais que receberiam caso de sexo oposto fossem, como aqueles relacionados a tratamentos de saúde, declaração tributária conjunta, enterro em cemitério de veteranos; havia também consequências em matéria de direito penal, de seguridade social, de ética no serviço público, de cálculo de benefícios estudantis (WINDSOR, 2013, p.766-768).

Por tudo quanto exposto, a maioria da SCOTUS entendeu que o DOMA configurava uma inconstitucional violação tanto da Quinta quanto da Décima Quarta Emendas, que

protegem a liberdade e a igualdade das pessoas perante a lei (WINDSOR, 2013, p.768). Desse modo, para a opinião majoritária, a referida lei federal era inválida, na medida em que, sem propósito legítimo, impunha restrições e desvantagens a uma classe reconhecida como digna e legítima por algumas jurisdições estaduais. Ficou ressaltado, porém, que a decisão *in casu* se referia exclusivamente às uniões cuja validade fora estabelecida por cada estado (WINDSOR, 2013, p.769).

O *Chief Justice* John Roberts apresentou uma divergência, na qual primeiramente consignou que a Corte não teria poderes jurisdicionais para revisar as decisões proferidas pelas cortes inferiores naquele caso; e que o Congresso agiu constitucionalmente na edição do *Defense of Marriage Act*, por ter mantido uma definição de casamento que, à época, fora adotada por todos os estados norte-americanos e por todas as nações do mundo (WINDSOR, 2013, p.770). Alegou que não havia evidências convincentes de que o propósito da legislação era ilegitimamente prejudicar alguém (WINDSOR, 2013, p.771). Aduziu, todavia, que endossava a ressalva da maioria a respeito de a decisão em *Windsor* se referir apenas aos casos em que a legislação estadual houvesse estabelecido como válidos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, permanecendo sob a autoridade de cada estado o poder de reconhecer ou não tais uniões (WINDSOR, 2013, p.771-772). Concluiu afirmando que tinha apresentado uma dissidência própria em especial para destacar que, apesar de no futuro a SCOTUS poder ter que decidir sobre a constitucionalidade das definições estaduais a respeito de casamento, o caso em questão não se referia a isso (WINDSOR, 2013, p.774).

Por sua vez, o *Justice* Scalia apresentou uma opinião divergente da maioria, tendo sido acompanhado totalmente pelo *Justice* Thomas. Argumentou que a maioria fortalecia o poder de a Corte dizer o Direito, diminuindo o poder de o povo governar a si mesmo; e aduziu que a Corte não tinha poderes para decidir aquele caso e, ainda que os tivesse, não poderia invalidar a legislação democraticamente positivada (WINDSOR, 2013, p.775). Por entender que o problema de Edith Windsor fora decidido e resolvido pelas cortes inferiores, com a concordância do governo Obama, o *Justice* Scalia acreditava que a SCOTUS não tinha o que fazer naquele caso; compreendia que as partes tinham chegado ali não para resolver uma controvérsia, porém exclusivamente para obter um precedente com efeito em todo o país (WINDSOR, 2013, p.775-779). O *Chief Justice* John Roberts aderiu exclusivamente aos argumentos acima mencionados, mas não aos delineados a seguir. Entrando no mérito do caso, a divergência apresentada pelo *Justice* Scalia criticou os fundamentos da decisão da maioria; argumentou terem sido confusas e inadequadas as questões levantadas sobre federalismo, igualdade, liberdade e devido processo (WINDSOR, 2013, p.780-782). Reiterou a alegação que

fizera em *Lawrence v. Texas*, no sentido de que a Constituição não proibia o governo de efetivar tradicionais normas em matéria moral e sexual. Assim como em *Lawrence*, também repetiu que a Constituição não requeria nem proibia que a sociedade aprovasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo (WINDSOR, 2013, p.782). Aduziu que, além da desaprovação tradicional ao matrimônio homossexual, havia outras razões que justificavam legitimamente o DOMA, não procedendo a alegação da maioria no sentido de que a intenção da lei era prejudicar ou perseguir uma classe de pessoas (WINDSOR, 2013, p.782-783). Ressaltou ainda que defender o casamento tradicional não significa condenar, diminuir ou humilhar aqueles que preferem outros arranjos; e que o *Defense of Marriage Act* não fez mais do que positivar um aspecto que permanecera sem questionamentos em virtualmente todas as sociedades por virtualmente toda a história humana; e depreendeu que uma coisa era a sociedade optar pela mudança, porém que era outra coisa distinta a Corte impor a mudança (WINDSOR, 2013, p.784-785). Concluiu sua divergência ressaltando que, em *Lawrence*, a opinião majoritária afirmara que aquele caso nada tinha a ver com o reconhecimento formal das relações homossexuais; contraditoriamente, a opinião vencedora em *Windsor* trazia *Lawrence* como precedente para sustentar esse reconhecimento pela legislação federal. Dessa forma, o *Justice* Scalia comentou que antevia que a Corte analisaria futuramente a obrigatoriedade do reconhecimento das uniões homossexuais pelas legislações estaduais; e que, desse modo, a maioria da SCOTUS certamente iria impor os seus julgamentos morais declarando que qualquer um contrário ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo violava a decência humana (WINDSOR, 2013, p.786-787).

O *Justice* Alito também apresentou uma dissidência, na qual sustentou que a Constituição entra no assunto do casamento entre pessoas do mesmo sexo (WINDSOR, 2013, p.797). Consequentemente, não havia qualquer norma constitucional determinando qualquer entendimento sobre o sexo dos parceiros em um matrimônio; tal escolha cabia ao povo, por meio dos seus representantes eleitos. Desse modo, afirmou que o Congresso, ao editar o *Defense of Marriage Act*, exercera uma opção constitucionalmente legítima e, portanto, não violara os direitos de Edith Windsor (WINDSOR, 2013, p.791).

Resumidamente, em *United States v. Windsor*, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu por maioria a inconstitucionalidade da definição, constante do *Defense of Marriage Act*, de casamento exclusivamente como a união entre um homem e uma mulher para fins da legislação federal em relação aos matrimônios reconhecidos como válidos pelas jurisdições estaduais. Desse modo, a SCOTUS manteve as decisões das cortes inferiores e determinou que o Tesouro estadunidense reembolsasse os tributos pagos por Edith Windsor sobre a herança de Thea Spyer, reconhecida pelo estado de New York como sua esposa.

## 5 OBERGEFELL V. HODGES (2015)

A opinião majoritária em *Windsor* ressaltara que tal caso se referia exclusivamente às hipóteses em que as leis estaduais tivessem reconhecido como válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Até então, a decisão de reconhecer ou não tais uniões era historicamente atribuída a cada estado, e a própria SCOTUS decidira décadas antes em *Baker v Nelson* que a proibição estadual do matrimônio homossexual não envolvia uma questão federal substancial.

Os estados de Michigan, Kentucky, Tennessee e Ohio definiam casamento exclusivamente como o vínculo entre um homem e uma mulher. Notadamente fortalecidos após a decisão em *Windsor*, 14 casais e 02 viúvos desses estados requereram às *District Courts* de cada um dos mencionados estados a declaração da inconstitucionalidade das respectivas leis que impediam o reconhecimento das suas uniões. As cortes distritais acolheram os pedidos, porém as decisões foram apeladas, e a *Court of Appeals for the Sixth Circuit* as reverteu, em razão do precedente estabelecido em *Baker v. Nelson*. A questão chegou então à SCOTUS. Apesar de o nome do caso dizer respeito à ação de James Obergefell *et al* contra Richard Hodges, diretor do *Ohio Department of Health*, a *Supreme Court* estava também analisando os pedidos de Valeria Tanco *et al* contra Bill Haslam, governador do Tennessee; de April DeBoer *et al* contra Rick Snyder, governador de Michigan; e Gregory Bourke *et al* contra Steve Beshear, governador do Kentucky.

Quando a Suprema Corte julgou *Obergefell*, sua composição era a mesma de quando *Windsor* foi decidido. O tribunal estava equilibrado, porém com uma sólida ala conservadora já se fortalecendo. Na seção anterior, podem ser verificados os perfis ideológicos dos *Justices* e os presidentes pelos quais foram indicados.

Em *Obergefell v. Hodges*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a Décima Quarta Emenda exigia que tanto que os estados reconhecessem como válidos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados em outras jurisdições estaduais, quanto que permitissem a celebração de tais matrimônios em seu próprio território (OBERGEFELL, 2015, p.644). A opinião da maioria foi redigida pelo *Justice* Kennedy, a quem se juntaram as *Justices* Ginsburg, Sotomayor e Kagan, bem como o *Justice* Breyer. Por outro lado, foram apresentadas 04 divergências: uma do *Chief Justice* Roberts, a quem se juntaram os *Justices* Scalia e Thomas; uma do *Justice* Scalia, à qual aderiu o *Justice* Thomas; uma do *Justice* Thomas, com a adesão do *Justice* Scalia; e uma do *Justice* Alito, com concordância dos *Justices* Scalia e Thomas.

Escrevendo pela maioria, o *Justice Kennedy* inicialmente abordou historicamente a questão então analisada pela Suprema Corte, ressaltando que a história do casamento envolvia tanto continuidade quanto transformação; que as mudanças profundas na estrutura da instituição tinham a fortalecido, não enfraquecido; e que a evolução nos entendimentos sobre o matrimônio eram característicos de uma nação em que novas dimensões da liberdade se revelam para as novas gerações (OBERGEFELL, 2015, p.646-653). Ressaltou ainda como o debate sobre a homossexualidade se enriquecera na própria SCOTUS, de *Bowers* a *Lawrence*, chegando em *Windsor* (OBERGEFELL, 2015, p.649-653).

A opinião majoritária encontrou na Décima Quarta Emenda uma exigência de que cada estado permitisse a celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo (OBERGEFELL, 2015, p.653-669). As liberdades fundamentais se estendem a determinadas escolhas pessoais, relacionadas à dignidade individual e autonomia, inclusive escolhas íntimas; nesse sentido, a SCOTUS já reconhecera a proteção constitucional ao casamento<sup>4</sup>; e que, aplicando *in casu* os fundamentos de tais precedentes, concluía que a proteção constitucional ao casamento se aplicava aos casais formados por pessoas do mesmo sexo (OBERGEFELL, 2015, p.653-655).

04 fundamentos foram apresentados na opinião majoritária para demonstrar igualmente se aplicam ao casamento homossexual as razões pelas quais o casamento heterossexual é fundamental à luz da Constituição. Em primeiro lugar, a premissa dos precedentes da SCOTUS era no sentido de que as escolhas pessoais relativas ao casamento eram inerentes ao conceito de autonomia individual; decisões sobre matrimônio estavam entre as mais íntimas que poderiam ser tomadas por um sujeito, o que é verdade independentemente da sua orientação sexual. Em segundo lugar, o direito a se casar era fundamental por apoiar uma união entre duas pessoas de um modo que não tem paralelo para os envolvidos; e essa liberdade de associação íntima se aplicava tanto para casais de sexo oposto quanto de mesmo sexo. Em terceiro lugar, o direito ao casamento protegia os filhos e as famílias, envolvendo ainda direitos relativos à criação e à educação das crianças; além disso, sem o reconhecimento, a estabilidade e a previsibilidade oferecida pelo casamento, as crianças criadas por casais do mesmo sexo poderiam sofrer um estigma no sentido de terem a sua família considerada como inferior; nesse sentido, as então questionadas leis matrimoniais prejudicavam e humilhavam os filhos de casais homossexuais; ao mesmo tempo, isso não significava que a proteção constitucional ao casamento se aplicava exclusivamente em relação àquelas pessoas que não

---

4 Em *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), a Suprema Corte julgou inconstitucional a proibição de casamentos inter-raciais. Em *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987), a SCOTUS entendeu inconstitucional a proibição de que presos se casassem.



queriam ou não podiam procriar. Em quarto lugar, o vínculo matrimonial tradicionalmente era um marco da ordem social nacional; os estados contribuíam para a natureza fundamental do casamento ao lhe atribuir diversos efeitos sociais e jurídicos; desse modo, a negativa do reconhecimento de casais homossexuais significava negar-lhes todos os benefícios atribuídos pelas jurisdições estaduais aos casamentos heterossexuais, apesar de não haver diferenças entre tais arranjos (OBERGEFELL, 2015, p.655-661).

A maioria da Suprema Corte identificou ainda que o direito ao casamento homossexual decorria da garantia constitucional de igualdade. Afirmou-se que os novos *insights* e entendimentos sociais revelavam desigualdades injustas que tinham passado muito tempo imperceptíveis ou inquestionadas; e se reconheceu que as legislações sob análise eram essencialmente desiguais, na medida em que recusavam aos casais homossexuais os benefícios conferidos aos casais heterossexuais, impedindo-lhes de exercer um direito fundamental (OBERGEFELL, 2015, p.661-665).

Reconhecendo o direito fundamental ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a maioria da *Supreme Court* expressamente superou o precedente estabelecido em *Baker v. Nelson* e reconheceu como inválidas as leis questionadas pelos requerentes (OBERGEFELL, 2015, p.665-666). Admitiu-se que poderia haver uma inclinação inicial a aguardar por futuras legislações, movimentos sociais, estudos e até mesmo uma litigância mais aprofundada; entretanto, depreendeu-se que, apesar de a Constituição entender que o debate democrático é o procedimento apropriado para a mudança, os indivíduos cujos direitos fundamentais são violados não precisam esperar pela atuação do Legislativo. Notou-se que as histórias contadas pelos requerentes demonstravam a urgência de se resolver o problema então analisado pela Corte, que por sua vez tinha um dever de responder tais questões (OBERGEFELL, 2015, p.666-670). Conclusivamente, determinou-se que as jurisdições estaduais não tinham base legítima para proibir a celebração ou o reconhecimento do matrimônio entre casais formados por pessoas do mesmo sexo (OBERGEFELL, 2015, p.670). Assim, reverteu-se a decisão do *Sixth Circuit*.

O *Chief Justice* John Roberts apresentou uma divergência, à qual os *Justices* Scalia e Thomas aderiram (OBERGEFELL, 2015, p.677-705). Nela, consignou que, independentemente do mérito em si do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a Constituição não tratava do assunto; conseqüentemente, a matéria deveria ser apreciada pelos legislativos estaduais democraticamente eleitos; por essa razão, estava além dos poderes da SCOTUS deliberar sobre a questão. Partindo para uma análise histórica, ressaltou, de um lado, que o matrimônio tinha historicamente sido compreendido como entre um homem e uma mulher; e, de outro lado, que se tratava de uma prerrogativa de cada estado definir a natureza das relações

domésticas. Também discordou da abordagem expansiva dada pela maioria à Décima Quarta Emenda e concluiu afirmando que a Corte havia seriamente desconsiderado o seu papel ao se imiscuir em política pública.

O *Justice* Scalia apresentou a sua própria dissidência, à qual se juntou o *Justice* Thomas (OBERGEFELL, 2015, p.706-714). Aduziu que a opinião majoritária extrapolou os poderes da SCOTUS, de um lado, por não ter exercido função jurisdicional, e sim legislativa; e, de outro lado, por usurpar uma competência das jurisdições estaduais. Consignou que a Corte estava criando um direito não existente na Constituição e concluiu dizendo que, na medida em que a matéria deveria ter sido resolvida por meio do processo eleitoral, a maioria da SCOTUS estava prejudicando o próprio sistema democrático.

O *Justice* Thomas também apresentou o seu voto, ao qual aderiu o *Justice* Scalia (OBERGEFELL, 2015, p.715-732). Sustentou que a decisão da maioria contrariava tanto a Constituição quanto os princípios sobre os quais se construíra a nação. Argumentou que liberdade sempre significara proteção contra a ação estatal, e não direito a benefícios governamentais; e que a opinião majoritária da Corte inventou uma definição de liberdade que jamais fora imaginada pelos arquitetos da Constituição. Depreendeu ainda que a decisão prevalecente sugeria que a dignidade não era inata, mas decorria do governo.

Por fim, o *Justice* Alito também escreveu uma divergência, à qual aderiram os *Justices* Scalia e Thomas (OBERGEFELL, 2015, p.733-740). Ressaltou que, como a Constituição nada mencionava sobre casais do mesmo sexo, cabia aos estados decidir a esse respeito. Afirmou que, permitindo que a Corte criasse um direito inteiramente novo, a maioria perigosamente fragilizava o processo democrático e expandia significativamente o poder do Judiciário para além dos limites impostos pela Constituição. Concluiu observando que, no futuro, a maioria da SCOTUS veria como limites aos seus próprios poderes não aqueles previstos constitucionalmente, porém apenas o próprio senso do quanto iriam tolerar as pessoas com poder político e influência cultural.

## 6 CONCLUSÃO

No presente artigo, foram expostos 04 casos paradigmáticos da *Supreme Court of the United States* em matéria de orientação sexual: *Bowers v. Hardwick*, *Lawrence v. Texas*, *United States v. Windsor* e *Obergefell v. Hodges*. Com a descrição dos fatos e dos julgados, notou-se que a SCOTUS alterou significativamente a sua postura sobre o tema entre 1986 e 2015.

Observou-se que, em *Bowers v. Hardwick*, prevaleceu o entendimento da maioria conservadora, mantendo-se a constitucionalidade de uma lei do estado da Geórgia que criminalizava a sodomia – o que tinha um impacto substancial em relação a pessoas homossexuais. Por outro lado, identificou-se que, em *Lawrence v. Texas*, com uma composição era mais equilibrada entre liberais, conservadores e moderados, a Corte reverteu seu entendimento de *Bowers* e julgou inconstitucional a lei texana que criminalizava as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Percebeu-se que, em *United States v. Windsor*, tendo uma composição equilibrada entre liberais, moderados e conservadores, a *Supreme Court* julgou inconstitucional a DOMA, legislação federal que tratava diferentemente casais heterossexuais e homossexuais, especificamente nos casos em que estes últimos tinham seus matrimônios validados pelos seus respectivos estados. Por fim, observou-se que, em *Obergefell v. Hodges*, com a mesma composição de *Windsor*, a SCOTUS reconheceu que uniões homossexuais também eram protegidas por um direito fundamental ao casamento, obrigando assim as legislações estaduais a permitir a celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, bem como a reconhecer esses casamentos celebrados em outros estados. Nos três últimos casos mencionados, os *Justices* conservadores apresentaram divergências fortes à opinião majoritária.

## REFERÊNCIAS

BOWERS v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

GOLDSTEIN, Anne B. History, Homosexuality, and Political Values: Searching for the Hidden Determinants of *Bowers v. Hardwick*. **The Yale Law Journal**, vol. 97, 1988.

JONES, Patricia A. *Lawrence v. Texas*. **Washington and Lee Race and Ethnic Ancestry Law Journal**, vol. 10, 2004.

LAWRENCE v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

OBERGEFELL v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

UNITED States v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013).

YOUNG, Ernest A.; BLONDEL, Erin C. Federalism, Liberty, and Equality in *United States v. Windsor*. **Cato Supreme Court Review**, 2013.