

CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO NA DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

SAME-SEX MARRIAGE: FRAGMENTATION OF LAW IN THE US SUPREME COURT DECISION

CRISTIANE CATARINA FAGUNDES DE OLIVEIRA

Doutora em Direito pela USP e mestra e graduada em Direito pela UFRGS. Professora permanente do Mestrado em Direito do UNILASALLE. Procuradora do Município de Porto Alegre/RS. Vice-líder do grupo de pesquisa CNPq Efetividade dos direitos e Poder Judiciário.

PAULA PINHAL DE CARLOS

Doutora em Ciências Humanas pela UFSC e mestra e graduada em Direito pela UNISINOS. Professora permanente do Mestrado em Direito e professora colaboradora do Programa de Pós-graduação em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE. Professora da graduação em Direito do UNIRITTER. Líder do grupo de pesquisa CNPq Efetividade dos direitos e Poder Judiciário.

ARIANE PERDOMO

Graduada em Direito pela UNIRITTER. Aluna do Mestrado em Direito do UNILASALLE. Integrante do grupo de pesquisa CNPq Efetividade dos direitos e Poder Judiciário.

RESUMO

A pesquisa trata da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, de junho de 2015, que definiu, por maioria de cinco votos, dentre os nove juízes, pelo reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Após leitura e análise da decisão

original, bem como de documentos relacionados e, ainda, com suporte em informações sobre o sistema de julgamento da Suprema Corte, foram listados e comentados os argumentos contrários, que formaram a minoria da decisão. A metodologia refere-se à revisão bibliográfica e estudo de caso, a partir da fonte da decisão. Concluiu-se pela insustentabilidade dos argumentos apresentados pelos juízes que formaram a minoria, diante das características do sistema norte-americano. Por fim, foram expostas considerações sobre temas que, ou não são mencionados, como é o caso da sexualidade e da heteronormatividade, ou cuja forma de tratamento pode ser contraposta, como é o caso da inclusão de homossexuais no conceito de casamento.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial. Suprema Corte dos Estados Unidos. Casamento entre pessoas do mesmo sexo.

ABSTRACT

The research is about the decision of the Supreme Court of the United States, in June 2015, which defined by a majority of five votes, between the nine judges, the recognition of same-sex marriage. After reading and analyzing the original decision, related documents and also based in information about the Supreme Court judgment system, it were listed and commented the arguments against the same sex-mariage that supported the minority decision. The methodology refers to the literature review and case study from the source of the decision. It was concluded by the unsustainability of the arguments that were adopted by the judges who formed the minority group, in face of the US system characteristics. Therefore considerations were exposed on topics that are not mentioned, such as sexuality and heteronormativity, or whose form of treatment can be imposed, such as the inclusion of homosexuals in the concept of marriage.

KEYWORDS: Judicial decision. Supreme Court of the United States. Same-sex marriage.

INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto das atividades realizadas no grupo de pesquisa CNPq Efetividade dos direitos e Poder Judiciário. Busca-se, com ele, a união entre os estudos acerca das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e questões relativas à sexualidade e ao Direito. Por conta disso, e diante da grande repercussão dessa decisão judicial, optou-se por realizar, sua leitura e debate sobre os argumentos trazidos na decisão. Trata-se aqui da fragmentação do Direito, na medida em que é abarcado o processo de juridicização das esferas sociais também nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte é chamada a decidir sobre a extensão de direitos já garantidos a heterossexuais a casais formados por pessoas do mesmo sexo. A decisão foi favorável ao reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por esse motivo, as notícias e discussões sobre ela foram muito pautadas nos argumentos favoráveis, aqueles que levaram ao reconhecimento de que homossexuais podem se casar. Por conta disso, optou-se por fazer o caminho inverso. Diferentemente da decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em 2011, decidiu de forma unânime estender direitos relativos à união estável a homossexuais, essa decisão da Suprema Corte teve em seus votos quase um empate, já que foram cinco votos favoráveis e quatro contrários. Buscou-se, aqui, enunciar os argumentos contrários, utilizados pelos juízes que entenderam não ser possível o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Eles giram em torno da questão da historicidade do casamento, dos limites de uma decisão tomada pela Suprema Corte e dos direitos à privacidade e à igualdade. Por fim, teceu-se considerações contrárias sobre temas não mencionados ou não explicitados, quais sejam: casamento, sexualidade e heteronormatividade.

1 A DECISÃO DA SUPREMA CORTE

O objeto deste artigo são os argumentos contrários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo contidos na decisão, proferida em 26 de junho de 2015, da Suprema Corte dos Estados Unidos, nos seguintes casos: caso nº 14–556, *Obergefell et al. v. Hodges, director, Ohio Department of Health et al.*; caso nº 14–562, *Tanco et*

al. v. Haslam, Governor of Tennessee, et al.; caso nº 14–571, *DeBoer et al. v. Snyder, Governor of Michigan, et al.* e caso nº 14–574, *Bourke et al. v. Beshear, Governor of Kentucky*. Todos esses Estados, de Ohio, Tennessee, Michigan e Kentucky possuem leis expressas que definem o casamento como a união entre um homem e uma mulher e as partes desses processos são, de um lado, os oficiais responsáveis pelo cumprimento dessas leis e, de outro, 14 casais formados por pessoas do mesmo sexo e dois homens homossexuais, cujo parceiros já são falecidos.

Como exemplo, é possível citar a própria Constituição do Estado de Ohio, no artigo XV, § 11, a qual refere o seguinte (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015a):

“Apenas a união entre um homem e uma mulher pode ser um casamento válido ou reconhecido por este Estado e suas repartições. Este Estado e suas repartições não podem criar ou reconhecer a legalidade de relações entre indivíduos não casados que pretendam se aproximar do modelo, das qualidades, significado ou efeitos de um casamento.”

O pedido nos processos é de duas ordens, a depender do caso: para deferimento do direito ao casamento ou do direito de ter reconhecido legalmente o casamento realizado em outro Estado. A base dos pedidos está na alegação de que as leis dos Estados de Ohio, Tennessee, Michigan e Kentucky violam a Décima Quarta Emenda, a qual dispõe o que segue (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015b):

“Seção 1: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

Em sentido processual foi utilizado, em todos os casos, o instrumento processual do *writ of certiorari*. Esse mandado é típico do *common law* e significa a ordem de uma corte superior a outra inferior, em termos jurisdicionais, para enviar um caso para a revisão. A Suprema Corte utiliza esse mandado para requisitar, de qualquer corte, casos a serem revisados, conforme sua discricionariedade (GIFIS, 2003).

A Suprema Corte garantiu a revisão por *certiorari* limitada a duas questões (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c): a primeira, relativa aos casos de Michigan e Kentucky, se a Décima Quarta Emenda exige um Estado para licenciar um casamento entre duas pessoas do mesmo sexo e a segunda, relativa aos casos de Ohio, Tennessee e Kentucky, se a Décima Quarta Emenda exige um Estado para reconhecer o casamento gay. Desde logo cabe destacar que nem a Constituição dos Estados Unidos, nem suas emendas trazem referência ao casamento, de nenhuma forma, deixando aos Estados e suas leis e Constituições a regulação dos poderes públicos que incluem celebrar casamentos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015b).

A Suprema Corte é composta por oito juízes (*Associate Justices*) e o juiz presidente (*Chief Justice*), que atualmente é John Roberts. Em relação ao julgamento, cinco juízes votaram no sentido de reconhecer o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo: Anthony Kennedy conduziu o voto com o qual concordaram Ruth Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. De outro lado, manifestaram voto contrário John Roberts, Antonin Scalia, Clarence Thomas e Samuel Alito.

2 DO SIGNIFICADO HISTÓRICO DO CASAMENTO A SER DEFINIDO PELOS ESTADOS

O juiz presidente da Suprema Corte, John Roberts, manifestou-se de forma dissidente, organizando sua argumentação em defesa da instituição do casamento, sob uma perspectiva histórica, que é descrita minuciosamente (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c). O juiz Clarence Thomas também faz a defesa de uma concepção histórica de casamento a ser preservada, ainda que se reconheça a existência da homossexualidade na sociedade (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

John Roberts explica detalhadamente a impossibilidade de a Suprema Corte decidir sobre as Constituições dos Estados, substituindo-se à vontade das pessoas, para alterar o significado do casamento. Nesse sentido, a sociedade só consegue visualizar o casamento como sendo um contrato para formar uma família e, tendo em

vista que consta na Constituição do Estado expressamente que esse contrato se dará entre homem e mulher, não haveria a possibilidade de decidir favoravelmente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não se questiona o desejo dos casais homossexuais em casar, o que se questiona é o direito da Suprema Corte de mudar a definição de casamento prevista na Constituição de um Estado. Nesse sentido, essa decisão da Suprema Corte não pode ser vista como proteção de um direito, mas sim como o reconhecimento de um novo direito (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Antonin Scalia refere que, desde que a Décima Quarta Emenda foi ratificada em 1868, os Estados limitavam o casamento à união entre um homem e uma mulher e não se entendia tal fato como inconstitucional. Isso porque a Décima Quarta Emenda, mesmo em conceitos vagos como devido processo e igualdade, não define o casamento e nem faz uma proibição expressa (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Samuel Alito também ressalta que a Constituição não dispõe sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo. A Suprema Corte entende que a liberdade englobaria também esse ponto. Evitando que cada juiz da Suprema Corte conceitue liberdade da sua maneira, estabeleceu-se um significado, qual seja: proteger direitos enraizados na história da nação e tradição. Segundo ele, portanto, a definição de liberdade da Suprema Corte não engloba, portanto, casamento entre pessoas do mesmo sexo, por conta da tradição (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Em relação ao significado tradicional do casamento, Samuel Alito refere que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é valor enraizado em outras nações. Diz que os que estão a favor alegam que o casamento é um direito fundamental que o Estado não pode negar aos indivíduos, no entanto a ideia de que o casamento serve para garantir a felicidade é nova, pois por muito tempo ele serviu para procriar. Menciona que não se sabe os efeitos a longo prazo da decisão, por isso é temerário seu deferimento contrariando a tradição das pessoas expressas em seus Estados (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

De outro lado, quanto ao conceito tradicional de casamento, vale referir a primeira decisão de uma corte sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que ocorreu na Suprema Corte do Havaí, no caso Baehr v. Lewin, conforme

comentado por Bradley (2006). Nesse caso, foi exatamente discutida a relação entre os conceitos históricos e os morais.

De outra parte, nas razões do juiz Antonin Scalia, fica clara a ideia, em separado da questão da representação e da democracia, relativa ao poder da Constituição e do governo federal de interferir no que sempre foi autonomia dos Estados (e das pessoas). Cita para isso as palavras de um dos juízes da Suprema Corte, dois anos antes, no sentido de que “o governo federal, ao longo da história, deixou para decisões políticas dos Estados o que diz respeito às relações domésticas (privadas)” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

As razões dos juízes quanto à federação norte-americana, no sentido de ampla possibilidade de regulação pelos Estados, com o mínimo de intervenção da União, não é princípio absoluto no Direito norte-americano desde o início do século passado. O federalismo, desde então, assume característica cooperativa, conforme descrito por Schwartz (1984), o que enfraquece o argumento da minoria nesse caso.

3 DA IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE POLÍTICA PELA SUPREMA CORTE

Para John Roberts, esse passo da Suprema Corte, de levar a julgamento e de decidir favoravelmente quanto à possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi bastante drástico, pois vincula todos os Estados à essa decisão. Essa vinculação de todos fere, segundo ele, o processo democrático. Isso porque, no relato da maioria, os tribunais, e não as pessoas que estão sendo responsáveis por dar os novos rumos para a liberdade, evidenciarão e vincularão as futuras gerações, apresentando, assim, um discurso formal sobre as questões sociais que entram em pauta, discurso esse que deveria vir da política, e não do Poder Judiciário (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

A Suprema Corte, ao ceder esse direito sobre uma questão de política social, habilitaria juízes (não eleitos), a substituir decisões políticas. Segundo consta no voto de John Roberts, é “humilhante para o processo democrático de presumir que os eleitores não são capazes de decidir uma questão dessa sensibilidade por motivos decentes e racionais”. Lembra-se nesse ponto que vários Estados alteraram suas

Constituições para aceitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, fruto de debate democrático (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c). Acerca do debate político e da autonomia dos processos legislativos estaduais, o juiz Clarence Thomas ressalta que é uma garantia ao cidadão o fato de alguma lei não encontrar unanimidade, e que isso não deslegitima o processo democrático (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

John Roberts cita o federalista nº 78, em que Hamilton descreve a função de julgar como “nem força, nem vontade, mas mero julgamento” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c). Nesse sentido, a Suprema Corte não poderia substituir a decisão dos Estados, pois estaria ultrapassando o mero julgamento. De fato, no federalista é mencionado expressamente (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 472) que “as cortes devem esclarecer o sentido do dispositivo legal e, se tentarem substituir julgamento por vontade, as consequências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos legisladores.” Todavia, nota-se que esse federalista descreve o Poder Judiciário como um todo, e não expressamente a Suprema Corte, e que o texto foi escrito entre 1787 e 1788, antes da evolução do controle de constitucionalidade criado por precedente pela própria Suprema Corte.

John Roberts afirma expressamente que os cinco juízes da Suprema Corte “fecharam o debate e decretaram sua própria visão de casamento como uma matéria constitucional” e o fizeram “roubando o tema da vontade das pessoas” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c). Essa expressão chama a atenção do argumento da democracia e da vontade popular, que não poderia ser substituída pela Suprema Corte. Nessa mesma linha, afirma que, justamente depois de 2003, quando se iniciou uma interpretação de que a Constituição do Estado deve conter o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, é que muitos Estados – exatamente os quatro envolvidos na decisão – aprovaram emendas formalmente definindo casamento como sendo o que ocorre apenas entre homem e mulher. De outro lado, muitos outros Estados, depois de 2011, incluíram os casais de mesmo sexo no conceito de casamento em suas constituições - o que apenas corrobora a necessidade de aceitar o processo democrático de cada Estado (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Diante dos argumentos apresentados, John Roberts alerta por fim que a legitimidade da Suprema Corte está no respeito aos seus próprios julgamentos, restringindo-se a decidir de acordo com a Constituição e com as leis. A decisão da maioria, promovendo mudanças sociais, não apenas pode comprometer o papel da Suprema Corte, como contraria os fundadores do país que “arriscaram suas vidas e fortunas pelo direito precioso de se auto-governar, e não estariam satisfeitos em um sistema que dá poder aos juízes de substituir as decisões políticas” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c). Nesse mesmo sentido é que Antonin Scalia refere que a decisão da maioria enfraquece a reputação da Suprema Corte de pensar claramente e analisar sobriamente as questões (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Ao final de seus argumentos, alerta John Roberts que o processo para uma mudança, em que gradativamente as empresas vão mudando suas políticas, os governos vão alterando suas leis e práticas e a sociedade vai mudando de ideia e aceitando o casamento entre pessoas de mesmo sexo foi interrompido. Isso pode gerar efeito contrário ao esperado, ou seja, aqueles que, com o debate mudariam de ideia, talvez não o façam. Conclui que “fechar o debate tende a fechar as mentes”, (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

No voto apresentado por Antonin Scalia, que vem em concordância com John Roberts, a decisão da maioria é considerada uma afronta à democracia da América. Além disso, faz questão de, em seu voto, deixar claro que essa decisão não o afeta pessoalmente de nenhuma forma, ou seja, não tem importância pessoal significativa (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Antonin Scalia refere em seu voto que a Suprema Corte tem o poder de criar a liberdade que a Constituição negligenciou, mas tira do povo a liberdade que conquistou, haja vista não poder se auto-determinar. Lembra que até essa decisão 11 Estados, por meio de voto direito ou por representantes, resolveram ampliar o conceito de casamento para aquele que inclui casais formados pessoas do mesmo sexo. O sistema deve funcionar assim, por auto-determinação (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Ao final de seus argumentos sobre a representatividade dos novos juízes da Suprema Corte, Antonin Scalia adverte expressamente que “permitir que uma questão

política sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo seja resolvida por nove pessoas é violar um princípio mais fundamental que o da não-taxação sem representação: o princípio da não transformação social sem representação” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

No mesmo sentido, o juiz Samuel Alito argumenta que a Suprema Corte deve fazer valer a Constituição, mas, nesse caso, justamente contrariou, pois se uma maioria simples tiver o poder de inventar um direito e impor a todo o país, temos um abuso de autoridade por parte da Suprema Corte. E, nesse sentido, até os que são favoráveis ao casamento entre pessoas do mesmo sexo deveriam se preocupar. No entanto, a maioria dos americanos irá se preocupar a partir do que pensa sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas deveriam se preocupar com o que está sendo feito com a Constituição (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c)

Também o juiz Clarence Thomas alerta que os petionários estariam buscando um meio de fugir ao processo democrático, que seria representado pelas constituições estaduais. Em explicação a esse argumento, refere que um golpe, dado pela maioria da Corte, estaria se sobrepondo ao processo democrático de trinta estados federados (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

É possível considerar que há razão no sentido de que o ideal seria que a sociedade tivesse se manifestado num processo democrático sobre a conveniência do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Porém, a sociedade não pode ficar estagnada em concepções históricas do conceito de casamento e pelo menos houve uma mudança em relação ao conceito tradicional.

4 DA VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO

Acerca da violação da cláusula do devido processo, argumento utilizado quanto às leis dos Estados que proíbem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, John Roberts apenas refere que a maioria dos juízes da Suprema Corte não baseou o reconhecimento dessa violação em princípios ou tradição. Ao contrário, a maioria teria atribuído aos casais de mesmo sexo o direito fundamental ao casamento apenas porque seria bom para eles e para a sociedade, o que não seria um argumento constitucional. Ademais, mesmo alegando o reconhecido componente substantivo do

devido processo previsto na Décima Quarta Emenda, esta só protegeria certas liberdades fundamentais, desde que fossem “enraizadas na tradição e na consciência das pessoas”. Após examinar casos da Suprema Corte, conclui que a proteção substancial do devido processo deve ser compatibilizada com as doutrinas do federalismo e da separação de poderes (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c)

O juiz Clarence Thomas, em relação à cláusula do devido processo que consta da Décima Quarta Emenda, deixa clara sua posição, também para outras matérias, de que esta cláusula deve se referir à vida, liberdade e propriedade e explica a ficção perigosa de se tratar essa cláusula como uma fonte de direitos substantivos. Portanto, a decisão da maioria faz com que o devido processo legal seja usado como uma fonte material de direitos para forçar os estados a reconhecer casamentos de pessoas do mesmo sexo, o que acarreta em uma distorção dessa da garantia constitucional, que se refere à proteção da liberdade, propriedade e vida. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Quanto à decorrência da liberdade como oriunda do devido processo previsto na Décima Quarta emenda, o voto de Clarence Thomas observa que a decisão da Suprema Corte está em desacordo com a Constituição e com os princípios basilares da Nação Americana, exatamente a exemplo da liberdade. A liberdade, segundo ele, desde 1787, diz respeito à liberdade diante do governo. A maioria da Suprema Corte nesse caso invoca a liberdade, mas rejeita a ideia de que a dignidade humana é inata e não vem do reconhecimento de um governo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Em relação à dignidade da pessoa humana, considera-se que o Estado tem o dever de intervir quando essa dignidade está sendo ferida. Isso, especialmente nesse caso em que direitos estariam sendo negados pelo próprio Estado, em virtude do não reconhecimento do casamento entre as pessoas do mesmo sexo que peticionaram nesse caso.

Veja-se que, conforme Clarence Thomas, argumentar que a decisão da Suprema Corte obedece ao devido processo legal é a evidência de um perigo, pois não se identifica qual a privação da vida, liberdade ou propriedade que estaria ocorrendo. Os petionários estariam argumentando que as leis estaduais ferem a liberdade, porém, esse conceito de liberdade invocado pelos autores da demanda não

é um significado plausível. O direito de liberdade, historicamente, é um direito de locomoção, uma liberdade de contenção física, pois a liberdade é entendida como liberdade individual contra uma ação governamental. Os peticionários não estariam sendo privados de sua liberdade, pois não foram presos e nem foram proibidos pelo Estado de manter relações com pessoas do mesmo sexo. Pelo contrário, eles podem conviver e criar seus filhos em paz, ou seja, o Estado não tem se intrometido nas suas vidas privadas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

John Roberts afirma ainda que não há um direito fundamental constitucional ao casamento decorrente do devido processo. A Suprema Corte já teria várias decisões sobre leis que limitam o casamento, exigindo que o Estado justifique as barreiras da legislação estadual ao casamento. Cita como exemplos os casos de restrições de casamento baseadas em raças, em débitos em cuidados com filhos e em *status* de prisioneiro. Não há nenhuma decisão que reconheça que há um direito fundamental ao casamento em qualquer circunstância (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

John Roberts argumenta que os tribunais criam instrumentos contundentes no que diz respeito à criação de novos direitos, mas questiona quais serão os reflexos dessa decisão nas questões que perfazem a religião e a liberdade individual. O reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo vai fazer com que se emoldure de intolerantes aqueles que não concordam com essa decisão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

A discussão sobre o papel da Suprema Corte nas mudanças sociais é debate permanente. Não há consenso e a decisão nesse caso, com a maioria de cinco contra quatro votos demonstra que ainda não há consenso. De fato, como afirma Baum (2013), a Suprema Corte tem um papel relevante como “*policymaker*”, ou seja, papel como elaborador de políticas, o que se percebe nesse caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

5 DO DIREITO À PRIVACIDADE

Sobre a vida privada, John Roberts afirma que a Constituição reconhece o direito à vida privada (é o que se vê a partir dos precedentes), como um importante

instrumento de proteção à conduta íntima de casais formados por pessoas do mesmo sexo. Os precedentes invocados pela tese da maioria, nos casos em que a Suprema Corte julgou inconstitucionais as leis de Estados que criminalizavam a sodomia ou o uso de anticoncepcionais, não seriam aplicáveis ao caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois naqueles havia uma intromissão do Estado na vida privada e, aqui no casamento, isso não ocorre. Não há proibição ou punição para casais de mesmo sexo, que podem continuar livremente a viver juntos. A restrição seria apenas ao seu casamento. Por fim, o direito à privacidade não pode ser invocado, nem os precedentes sobre isso, pois, nesse caso, os casais não querem privacidade, mas, ao contrário buscam a publicização de sua relação como casamento (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Não há discordância, como reconhece a maioria, de que este não será o primeiro caso em que a Suprema Corte é chamada a reconhecer e proteger direitos fundamentais não expressos diretamente na Constituição. Isso ocorre desde o caso *Lochner*, que é então descrito por John Roberts (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c). Veja-se que o caso *Lochner*, de 1905, (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2012) contraria uma máxima de interpretação constitucional recorrente de que as decisões das cortes devem dizer respeito apenas à constitucionalidade da legislação, e não a seus motivos, a suas políticas, a seus princípios ou ao espírito da Constituição, sendo esta decisão referida especialmente antes de 1937.

6 DOS RISCOS DE UMA AMPLIAÇÃO DE DIREITOS SEM MEDIDAS

O argumento de que haveria um direito que pudesse alterar a estrutura do casamento mereceria cautela, segundo John Roberts. É que ampliar o conceito do casamento para incluir no instituto casais do mesmo sexo abriria precedentes para outras alterações como a união no plural (mais de duas pessoas). Haveria inclusive apelação pendente de decisão sobre isso. Nas razões de sua decisão, John Roberts finaliza lembrando que durante os debates orais foi perguntado sobre casamentos plurais e os petionários responderam que o Estado não tem essa instituição, ao que então afirma que é exatamente este o ponto: o Estado não tem também a instituição

do casamento entre pessoas do mesmo sexo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Antonin Scalia acredita que o casamento possa acontecer independente do arranjo familiar, desde que se confira a essas pessoas, além disso, consequências civis. No entanto faz uma ressalva de que a concessão da possibilidade de casamento às pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos adversos, assim como tantas outras leis civis tiveram (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

7 DA CLÁUSULA DE PROTEÇÃO DA IGUALDADE

Ao examinar o argumento de que a cláusula de proteção da igualdade da Décima Quarta Emenda à Constituição Americana seria aplicável ao caso e exige que o Estado licencie e reconheça o casamento entre pessoas do mesmo sexo, John Roberts alerta que a proteção da igualdade e o devido processo não se confundem. A proteção da igualdade tem como entendimento doutrinário pacífico que a Suprema Corte utiliza a metodologia de significado/finalidade, em que o juiz deve se perguntar se a ação estatal de classificação (distinção) é suficientemente relacionada aos objetivos perseguidos. Nesse caso, a maioria não se fez essa pergunta. A resposta seria que a distinção entre casais de mesmo sexo e de sexo diferente é racional para o objetivo de preservar a instituição do casamento tradicional. Em outras palavras, o argumento é de que a revisão judicial não deve ultrapassar o exame da racionalidade ou adequação ao objetivo estatal, o que ocorre no caso, e o juiz não deve atribuir valor ao próprio objetivo, pois não compete à Suprema Corte essa revisão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015c).

Em relação ao papel ativo do juiz nas mudanças sociais, é possível citar o caso dos direitos de igualdade dos negros. A sociedade americana foi se modificando não pelas lutas sociais, mas também a partir de decisões judiciais que na época tiveram que ser impostas em uma situação de embate social entre posições políticas diversas, nenhuma ainda majoritária. É possível, portanto, que justamente a decisão da Suprema Corte seja importante na medida em que fará a sociedade refletir sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

8 CASAMENTO, SEXUALIDADE E HETERONORMATIVIDADE NA DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

Após a exposição dos principais argumentos contrários contidos na decisão sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo da Suprema Corte, cabe aqui tecer considerações sobre temas que, ou não são mencionados, como é o caso da sexualidade e da heteronormatividade, ou cuja forma de tratamento pode ser contraposta, como é o caso da inclusão de homossexuais no conceito de casamento. Isso é realizado porque tais temas são centrais para a discussão sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo e também porque revelam o caráter ideológico do Direito.

De acordo com Wolkmer (2003), devido a seu caráter ideológico, o Direito estaria comprometido com uma concepção ilusória de mundo, a qual emerge das relações concretas e antagônicas do social. O Direito seria, portanto, a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos e as formas de controle de poder de um determinado grupo social. As estruturas jurídicas, dessa forma, reproduzem o jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social. Logo, o Direito deve ser compreendido não só como um valor cultural, mas, sobretudo, como uma manifestação simbólica da convivência social em um determinado momento histórico que, mediante um sistema de regulamentação normativa, garante a estabilidade e a ordenação da sociedade, ou seja, o fenômeno jurídico expressa formalmente suas inerentes relações estruturais de poder, segurança, controle e dominação.

8.1 CASAMENTO

Um dos pontos largamente tratado na decisão é a questão da concepção histórica do casamento, a qual deveria ser preservada. Invoca-se, aqui, a tradição. Os próprios juízes contrários à decisão, no entanto, afirmam que o casamento consiste num contrato para se formar uma família e tanto mudanças já ocorridas, como a noção do casamento como garantidor da felicidade, enquanto que antes seu papel relacionava-se apenas à procriação, quanto a mudanças que poderiam ocorrer, como

é o caso da legitimação jurídica da união no plural, termo utilizado pela Suprema Corte para se referir às uniões entre mais de duas pessoas, frequentemente denominadas no Brasil de uniões poliamorosas ou poliafetivas.

Em primeiro lugar, cabe mencionar as modificações pelas quais passam a família e o casamento enquanto institutos jurídicos. Para tanto, utilizaremos Roudinesco (2003). A autora distingue três grandes períodos na evolução da família, que podem ser transpostos ao casamento. Numa primeira fase, tem-se a família tradicional, que serve para assegurar a transmissão do patrimônio. Nesse momento, os casamentos eram arranjados pelos pais. Numa segunda fase, tem-se a família moderna. Aqui, os casamentos passam a ser fundados no amor romântico.¹ A partir dos anos sessenta impõe-se o modelo da família contemporânea ou pós-moderna, a qual une dois indivíduos que buscam relações íntimas ou realização sexual. Além disso, a duração desta última família é relativa. Consequentemente, a duração do casamento também o é. Para Roudinesco (2003), é a partir da desvinculação do casamento e da sua entrega pela ciência ao poder das mães (por meio do controle da procriação) que o modelo familiar tornou-se acessível aos homossexuais, antes dele excluídos. Logo, é também a partir dessa possibilidade que surgem reivindicações acerca da sua inclusão no modelo de casamento, tais como a que resulta na decisão da Suprema Corte.

Nota-se, portanto, que a concepção histórica do casamento a ser preservada ou a tradição do casamento são ficções, já que não há um modelo único de casamento e que as tradições relativas à ele são constantemente quebradas. Se não fosse assim, casamentos ainda seriam arranjados, como ocorria na família tradicional, ou, embora fundados no amor romântico, e não em questões patrimoniais, teriam duração eterna

¹ Este modelo, surgido no século XIX, está intrinsecamente conectado à emergência da família burguesa (agora nuclear, diante da redução do seu número de membros e conferindo maior supremacia aos indivíduos). A família moderna também traz consigo aspectos relevantes à emergência do amor romântico no que tange a questões de gênero, como a separação entre público e privado, (sendo este o espaço destinado às mulheres), a invenção da maternidade e uma maior valorização da intimidade, aspectos que serão posteriormente explicados. Giddens (1993), que tem estudado a modernidade contemporânea, afirma, n^o “A transformação da intimidade”, que o *amor romântico* começou a se fazer presente no final do século XVIII. O *amor romântico* abarca a sexualidade, mas a ultrapassa e a pessoa com a qual o indivíduo se relaciona é distinguida como especial, capaz de tornar sua vida completa. “O outro, seja quem for, preenche um vazio que o indivíduo sequer necessariamente reconhece [...]: o indivíduo fragmentado torna-se inteiro” (GIDDENS, 1993, p. 56). Trigo (1989) diz que, a partir da vigência da noção de amor romântico, o amor fica circunscrito aos limites do matrimônio, sendo dessexualizado ou direcionado para a procriação. Com isso, a sexualidade é camuflada. Verifica-se, também, uma ausência do discurso erótico e a valorização do mito da virgindade, associada à pureza.

e não se falaria em divórcio. Demonstra-se, no discurso dos juízes, ainda, um medo quanto ao que poderia significar uma decisão que denota a historicidade do conceito de casamento, o que é aventado quando mencionam a possibilidade de abertura futura à união no plural. Nota-se aqui, o fenômeno descrito por Miskolci (2007) como pânico moral, verificável a partir do momento em que os juízes percebem a mudança como ameaçadora.

8.2 SEXUALIDADE

Outro ponto que é tangenciado, mas não mencionado na decisão é a questão da sexualidade. Assim como a noção de casamento não é percebida como construída socialmente, já que há o apelo à questão da tradição como se houvesse uma única tradição e uma única concepção histórica de casamento, a sexualidade também não é percebida como construção social. A questão da sexualidade não é sequer mencionada diretamente, embora esteja o tempo inteiro implícita quando se trata da decisão sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Aqui procura-se pensar a sexualidade não como um dado da natureza, mas como construção social. Busca-se, com Foucault (1988), visualizar a sexualidade como um dispositivo histórico, a partir da demonstração de que as concepções sobre sexualidade são mutáveis:

“Não se deve concebê-la (a sexualidade) como uma espécie de dado da natureza que o poder é tentado a pôr em xeque, ou como um domínio obscuro que o saber tentaria, pouco a pouco, desvelar. A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas estratégias de saber e de poder” (FOUCAULT, 1988, p. 100).”

É importante compreender, com Louro (1997, p. 11 e 12), a sexualidade “não é apenas uma questão pessoal, mas é social e política, [...] a sexualidade é ‘aprendida’, ou melhor, é construída, ao longo de toda a vida, de muitos modos, por todos os sujeitos”. É através dos processos culturais que é definido o que é ou não natural. As possibilidades da sexualidade são socialmente estabelecidas e

codificadas. Dessa forma, as identidades sexuais são definidas pelas relações sociais, sendo moldadas pelas redes de poder de uma sociedade. A sexualidade seria, então, uma invenção social, constituída historicamente, a partir de diversos discursos reguladores sobre o sexo.

Também para Giddens (1993, p. 33) as relações de poder influenciam a forma com que é elaborada a sexualidade. Segundo o autor, “a sexualidade é uma elaboração social que opera dentro dos campos do poder, e não simplesmente um conjunto de estímulos biológicos que encontram ou não uma liberação direta”. A sexualidade deve ser relacionada não apenas ao corpo, mas às nossas crenças, ideologias e imaginações. Logo, a sexualidade deve ser compreendida como uma construção social, já que os corpos não têm nenhum sentido intrínseco. Weeks (2001) está de acordo com esse entendimento. Para ele, a sexualidade pode ser definida “como uma descrição geral para a série de crenças, comportamentos, relações e identidades socialmente construídas e historicamente modeladas” (WEEKS, 2001, p. 43).

8.3 HETERONORMATIVIDADE

Por fim, um último ponto que não é explicitado diz respeito à heteronormatividade. A heteronormatividade refere-se à consideração da heterossexualidade como uma forma natural de sexualidade e, portanto, é acionada diversas vezes no discurso dos juízes, em seus argumentos contrários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Alguns deles inclusive mencionam que uma decisão contrária não impediria homossexuais de se relacionarem, vedando apenas o casamento.

Para Welzer-Lang, o paradigma da heterossexualidade é imposto no momento em que se passou a definir os indivíduos a partir do desejo sexual, e não mais por meio do aparelho genital. O autor também relaciona a naturalização da heterossexualidade com o heterossexismo, que seria “a discriminação e a opressão baseada em uma distinção feita a propósito da orientação sexual”. O heterossexismo representa, portanto, de um lado a promoção da superioridade do padrão

heterossexual e, de outro, e também como consequência, a subordinação da homossexualidade (WELZER-LANG, 2001, p. 467 e 468).

Butler, (2003, p. 116), uma das primeiras autoras a tratar da existência de um padrão heterossexual, relacionando-o com a necessidade de invisibilidade da homossexualidade, entende que: “para que a heterossexualidade permaneça intacta como forma social distinta, ela exige uma concepção inteligível da homossexualidade e também a proibição dessa concepção, tornando-a culturalmente ininteligível”.

Segundo Louro, esse paradigma heterossexual traz consigo um paradoxo: ao mesmo tempo em que delimita os padrões a serem seguidos, fornece a base para as transgressões. Os desviantes, que ficariam à deriva, também paradoxalmente ao seu afastamento, fazem-se mais presentes. A autora entende que a heterossexualidade torna-se “o destino inexorável, a forma compulsória da sexualidade”, sendo as transgressões vistas como desviantes, incompreensíveis ou patológicas. Para garantir a característica do desvio desse destino inexorável são formuladas normas regulatórias, dentre as quais incluem-se as normas jurídicas, que indicam os limites da legitimidade e da moralidade, dentre outros (LOURO, 1997, p. 81 e 82).

É isso o que os argumentos contrários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo produzem. Ao pensar a sexualidade como natural, e não como construída socialmente, toma-se o modelo de relacionamento heterossexual como compulsório. O Direito, pensado aqui como fenômeno ideológico, serve à esse propósito, na medida em que poderia tornar a “transgressão” da homossexualidade como desviante, ao excluir homossexuais do modelo legalmente aceito de casamento, o que não ocorreu nesse caso, devido ao fato de a decisão ter sido favorável ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

CONCLUSÃO

A decisão da Suprema Corte de 2015 possui um caráter simbólico muito relevante, pois trata da extensão do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo a todo o território dos Estados Unidos. Sua repercussão foi mundial, com moções de apoio e repúdio inclusive em nosso país. Por esse motivo, tornou-se imperativo, dentro do grupo de pesquisa CNPq Efetividade dos direitos e Poder

Judiciário, a sua análise de forma pormenorizada. Os argumentos contrários revelam as discussões travadas no âmbito da Suprema Corte, que envolvem sobretudo a tradição relativa ao casamento entre pessoas de sexos diferentes, que seria quebrada por uma decisão favorável, e os limites de uma decisão como essa. Questionam os julgadores com votos contrários, sobretudo, se a Suprema Corte extrapolaria suas funções e se poderia ou não substituir a vontade política. Além disso, trazem importantes pontos para a discussão relativa à sexualidade, na medida em que os argumentos ignoram as mudanças históricas pelas quais passou o casamento, relacionando tradição com heteronormatividade.

REFERÊNCIAS

BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. California: SAGE, 2013.

BRADLEY, Gerard V. *The Study of Law*. Delaware: ISI Books, 2006.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão. *Caso nº 14-556, Obergefell et al. v. Hodges, director, Ohio Department of Health*. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2015c.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Transcrição. Debates orais. *Caso nº 14-556, Obergefell et al. v. Hodges, director, Ohio Department of Health. Partes I e II*. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q1_l5gm.pdf> e <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q2_8m58.pdf>. Acesso em: 25 set. 2015d.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senate. *The Constitution of the United States of America – Analysis and Interpretation*. Centennial Edition. Washington: Library of Congress, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Ohio Constitution*. Disponível em: <<https://www.legislature.ohio.gov/laws/ohio-constitution;jsessionid=65b5d0919dfe0fffd12025fb2f1f?0>>. Acesso em: 27 set. 2015a.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 27 set. 2015b.

FOUCAULT, Michel. ***História da sexualidade***. V.1. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. São Paulo: UNESP, 1993.

GIFIS, Steven H. *Law Dictionary*. 5. ed. New York: Barron's, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. ***O federalista***. Campinas: Russell, 2003.

MISKOLCI, Richard. **Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay**. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 28, p. 101-128, jan./jun. 2007.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo norte-americano atual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

TRIGO, Maria Helena Bueno. **Amor e casamento no século XX**. In: D'INCAO, Maria Ângela *et al.* (org.). *Amor e família no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1989, p. 88-94.

WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p. 47-64.

WELZER-LANG, Daniel. **A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia**. *Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 461, v. 2, p. 460-482, ago./dez. 2001

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.