

SAINDO DO ARMÁRIO, MAS (AINDA) ATRÁS DA PORTA: O ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS HOMOSSEXUAIS E A DECISÃO LAWRENCE V. TEXAS

STEPPING OUT OF THE CLOSET BUT REMAINING
BEHIND THE DOOR: THE LEGAL-CONSTITUTIONAL
HOMOSEXUAL STATUTE AND THE DECISION IN
LAWRENCE V. TEXAS

ANTÓNIO DE ARAÚJO

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assessor
do Tribunal Constitucional.

Recebido para publicação em fevereiro de 2004.

1. A decisão do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos aqui em presença corresponde essencialmente a uma revogação (*overruling*) de uma decisão anterior do mesmo tribunal, proferida no caso *Bowers v. Hardwick* (1986). Todo o discurso argumentativo desta sentença *Lawrence v. Texas* é construído em diálogo com a sentença *Bowers*, o que só é compreensível para quem tenha presente a peculiaridade do modo de funcionamento da justiça norte-americana e, em especial, o alcance da regra do precedente.

A *precedent rule* corresponde a um limite objectivo de jurisdição.

Estabelecida em obediência a um princípio de certeza e estabilidade do Direito, a doutrina do *stare decisis* – “let the decision stand” – vincula o tribunal ao decidido em situações passadas. Contudo, de 1810 até o presente o Supremo Tribunal tem desrespeitado, em mais de uma centena de ocasiões, a ideia de continuidade histórica que subjaz à *precedent rule*. No século XX (que registou um extraordinário crescimento da prática do *overruling*, sobretudo após o *New Deal*) a regra do precedente tem sido encarada como “um princípio de política (*principle of policy*) e não como uma fórmula

mecânica de adesão à decisão judicial mais recente (...) quando essa adesão colide com uma doutrina antecedente (*prior doctrine*) mais ampla e profunda” [Hilvering v. Hallock (1940)]. No que respeita à *judicial review*, a tendência actual vai no sentido de reduzir a amplitude da doutrina do precedente e, nesses termos, de garantir uma auto-revisibilidade mais pacífica e tranquila. Como explicou o Juiz Stanley: “(...) estamos conscientes das vantagens de uma estabilidade de decisão [*continuity of decision*] nas questões constitucionais. Contudo, quando se apercebeu de que certas decisões anteriores estavam erradas, o Tribunal nunca se se sentiu constrangido pela regra do precedente (...) Esta é uma prática aceite desde há muito, que prevalece nos nossos dias” [Smith v. Allwright (1944), revendo-se o decidido em Grovey v. Townsend (1935)]. Por fim, o processo algo traumático do *overruling* tem sido substituído pelo *distinguishing*. O *distinguishing* é um discurso legitimador da possibilidade de uma “decisão-outra”, fundado na dissemelhança substancial entre o “caso precedente” e o “caso presente”. Através do *distinguishing* procura-se comprovar que o caso *sub judicio* não possui com o anteriormente decidido a relação de identidade adequada a sustentar a aplicação da *precedent rule*. E garante-se, assim, um “desrespeito justificado” pela regra do precedente.

Em ambos os casos – ou seja, quer se opte por uma revogação, quer se trilhem os caminhos do *distinguishing* –, a nova decisão é sempre construída em diálogo com o precedente. Mesmo na ruptura, há uma continuidade, nem que seja a um nível meramente argumentativo ou dialógico, com a jurisprudência do passado – só num universo como o do *common law* ganha pleno cabimento a ideia de Dworkin do

Direito construído como uma “novela em capítulos” (*chain novel*) escrita em cadeia pelos juristas ao longo dos tempos.¹

2. No caso em apreço, estamos perante uma “revogação expressa” (*overt overruling*) do precedente firmado no processo Bowers. O Supremo Tribunal não trilhou os caminhos mais pacíficos e consensuais do *distinguishing*. Ao invés, preferiu a via mais traumática do *overruling* e afirmou de forma aberta e clara que existe uma indiscutível similitude entre Lawrence e Bowers. “Os factos em *Bowers* tinham alguma semelhança com o presente caso” – diz inequivocamente a sentença. Havia, é certo, uma importante diferença que o Tribunal não ilude. No caso Bowers, estava em causa uma lei do Estado da Geórgia que incriminava a sodomia, fosse ela praticada por pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes (no fundo, incriminando também o coito anal entre heterossexuais, apesar de o discurso da sentença praticamente se centrar na conduta homossexual, ponto que o Supremo Tribunal não deixou agora de censurar). Neste caso Lawrence, a lei do Texas sob sindicância aplicava-se apenas a adultos do mesmo sexo. Esta *nuance* torna, pois, a decisão Lawrence v. Texas particularmente emblemática para a afirmação dos direitos da comunidade homossexual – ainda que, como se verá adiante, o Supremo Tribunal Federal, com esta decisão, não haja reconhecido, pelo menos expressamente, a existência de um direito fundamental de livre escolha da orientação sexual.

O cerne da decisão foi, como se disse, a revogação do precedente Bowers, feita com base na ideia de que aí o Tribunal havia adoptado uma perspectiva enviesada do problema – a Constituição confere aos homossexuais o direito de praticarem a sodomia? – quando a questão deveria ser

colocada noutra prisma – ao defender a privacidade a Constituição confere ao Estado o direito de punir actos íntimos e consensuais? Eis um bom exemplo de como, em muitos casos, a resposta já vai no modo como se formula a pergunta.

Além do diferente modo de colocação da questão *sub judicio*, o Tribunal, ao assumir abertamente a revogação de *Bowers*, teve preliminarmente de relativizar o alcance da regra do precedente, fazendo-se valer – o que, à primeira vista, pode parecer um paradoxo – de anteriores decisões (no fundo, de precedentes...) que adoptaram idêntica postura; aí se inscreve a referência à ideia de que a doutrina do *stare decisis* “não é uma ordem inexorável”, firmada no caso *Helvering v. Hallock* (1940) e reiterada, por exemplo, no caso *Payne v. Tennessee* (1991). A decisão *Helvering*, na verdade, ainda representa o *locus* clássico de justificação e legitimação da prática do *overruling*. Numa visão mais cáustica, um precedente a que se recorre sempre que é necessário revogar outros precedentes.

Do mesmo passo, a sentença *Lawrence* chamou a si o abundante *corpus* jurisprudencial do Supremo Tribunal sobre a *due process clause* no âmbito da Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Desse modo, convocam-se decisões marcantes do passado – nos casos *Griswold*, *Eisenstadt*, *Roe* e *Carey* – para mostrar, designadamente, a existência de uma esfera intocável de privacidade, seja no âmbito das relações conjugais (*Griswold*), seja no plano extraconjugal (*Eisenstadt*). O *leading case* nesta matéria é, naturalmente, a celebríssima decisão *Roe v. Wade*, sobre o aborto, ainda hoje objecto de controvérsia, como se pode inferir, desde logo, do voto de vencido do Juiz *Scalia* nesta sentença que agora comentamos. Em todos os casos

que o Tribunal teve o cuidado de seleccionar, associava-se privacidade e sexualidade à luz da ideia de que a autodeterminação sexual se situa num plano no qual o Estado não deve interferir – ideia que, obviamente, é aqui reiterada para justificar a inconstitucionalidade da criminalização de actos sexuais praticados consensualmente por adultos em privado.

3. Se este é o quadro geral em que se move o Supreme Court na abordagem da *precedent rule* importa agora dar nota dos contornos particulares da decisão em concreto. Do ponto de vista de um observador europeu, a sentença *Lawrence* vem ao encontro de uma linha, firmada desde há muito, de não ingerência do Estado – leia-se: da ordem jurídica e, mais concretamente, do direito penal – na conduta privada de cidadãos adultos, conscientes e livres. Não por acaso, o Supreme Court chama em seu apoio a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, as legislações de “outras nações” e, enfim, o célebre Relatório *Wolfenden* (mais precisamente, o *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, de 1963). Quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, deve destacar-se a decisão – ou, melhor, as várias decisões – suscitadas no caso *Dudgeon v. United Kingdom*. A mais relevante foi tomada pelo Tribunal de Estrasburgo em 22 de Outubro de 1981, em que se considerou que a existência, na Irlanda do Norte, de normas incriminatórias de certos actos homossexuais praticados em privado – e com mútuo consentimento – por homens adultos violava o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (cf. ainda, por ex., a decisão do Tribunal Europeu no caso *Norris v. Ireland*, de 1988). Entre o mais, essa decisão levaria o Governo a adoptar o *Homosexual Offen-*

ce (Northern Ireland) Order, de 1982, que despenalizou os actos homossexuais praticados consensualmente em privado por maiores de 21 anos, com algumas excepções relativas a doentes mentais, militares e pessoal da marinha mercante. Dessa forma, foi-se ao encontro da generalidade das legislações penais dos países situados na área geo-cultural dos Estados Unidos da América, que não incriminam actos sexuais entre adultos, na esteira do que foi preconizado no Reino Unido pelo Relatório Wolfenden, em 1963.

A ideia básica deste famoso relatório não anda longe daquilo que, anos antes, o American Law Institute propusera no seu “Modelo de Código Penal” ou daquilo que, muitos anos depois, o Supremo Tribunal Federal diria em *Planned Parenthood of Southeastern Pa. V. Casey* (1992): a função do Estado é defender a liberdade e não impor o código moral da maioria da população. Tema que, obviamente, nos levaria demasiado longe na abordagem das relações entre direito e moral e das possibilidades de instituição de leis – particularmente, no domínio penal – absolutamente neutras do ponto de vista moral. Se é seguro que à reprovação moral de certos actos não pode estar necessariamente associada a sua incriminação, sempre devemos questionar-nos se uma ideia de “neutralidade moral” das leis, assumida em termos absolutos, é um objectivo desejável. Como devemos perguntar se aquilo que se convencionou chamar os “valores” e os “bens jurídicos” merecedores de tutela penal não corresponde, em larga medida, à moral pública convencional.

Por outro lado, mesmo que não haja uma necessária identificação com os valores da tradição ética judaico-cristã – como sustentou o Juiz Burger no caso *Bowers* –, é indiscutível que a moral pública das

modernas sociedades democráticas está ligada ao património civilizacional do Ocidente e, pelo menos no caso da sexualidade, os seus padrões não são inteiramente partilhados noutras paragens. Basta referir que na Arábia Saudita é moralmente condenável – e objecto de perseguição pela polícia religiosa, a *muttawa’a* – o simples facto de um homem e de uma mulher não casados estarem sós atrás de uma porta fechada, à luz do dito do Profeta segundo o qual quando duas pessoas de sexos diferentes se encontram nessa situação (em *kalwah*) Satã juntar-se-lhes-á.²

Ora, como se verá adiante, este é justamente um dos pontos em que o voto de vencido do Juiz Scalia se presta à crítica. No seu conhecido estilo impetuoso e virulento, Antonin Scalia critica o Tribunal por ter subscrito o que apelida de “agenda homossexual” não tendo presente, desde logo, que o caso não tem que ver com a satisfação das reivindicações típicas da comunidade *gay*, actualmente muito mais centradas em questões como a luta contra a síndrome de imunodeficiência adquirida (Sida/Aids), o acesso ao mercado de trabalho, a filiação e a procriação e a possibilidade de casamentos de pessoas do mesmo sexo do que no combate a arcaicas proibições da sodomia que, de resto, raramente são aplicadas na prática³ (por isso se disse atrás que o valor de *Lawrence* se situa primordialmente no domínio do simbólico e do emblemático). Se nos basearmos na análise de William Eskridge Jr. sobre os três momentos da afirmação dos direitos dos homossexuais – o primeiro, de protecção de espaços privados homossexuais (*private gay spaces*) contra a intrusão das autoridades policiais; o segundo, de controlo das instituições da subcultura *gay* (bares, restaurantes, literatura, imprensa, organizações sociais e educativas); o ter-

ceiro, enfim, de luta por uma igualdade de cidadania (*equal gay citizenship*) –, verificamos que a decisão aqui em presença, apesar de entusiasticamente saudada pela comunidade homossexual, pertence ainda à primeira etapa deste longo processo.⁴ Aliás, é de lembrar que aquilo que o Supreme Court agora disse já antes havia sido afirmado pelo Texas Court of Appeals, numa decisão por unanimidade [*State v. Morales* (1992)] que conclui ser inconstitucional, por violação da Constituição do Estado do Texas, a lei que criminalizava a sodomia; no entanto, o Supremo Tribunal do Texas, note-se, havia revogado a decisão do Court of Appeals.⁵

Por outro lado, a decisão *Lawrence* não reconhece sequer, pelo menos expressamente, a existência de um direito fundamental à homossexualidade, ainda que não seja descabido sustentar que subjaz à sua argumentação a ideia de que a liberdade de escolha da orientação sexual se inscreve no âmbito da tutela do direito à privacidade. Mas o ponto central de *Lawrence*, como já se disse várias vezes, consiste em saber se é legítimo ao Estado punir criminalmente condutas do foro íntimo que, em si mesmas, não afectam direitos ou interesses de terceiros. Mais ainda, o Supremo Tribunal teve a cautela de fixar os contornos peculiares do caso, esclarecendo que não estavam em causa menores nem pessoas coagidas ou relações nas quais seja difícil recusar o consentimento (por ex., quando exista um ascendente de qualquer espécie de um parceiro sobre o outro). “O caso implica dois adultos, os quais, com total e mútuo consentimento, estão implicados em práticas sexuais comuns ao estilo de vida homossexual”, esclarece o Supreme Court. E, noutra observação fundamental, disse que o caso não envolvia “qualquer situação em que o governo tenha de dar o seu

reconhecimento formal a uma relação em que homossexuais pretendem envolver-se”. Este trecho é extremamente importante na medida em que não compromete o Supreme Court numa defesa da homossexualidade enquanto tal e, por outro lado, exclui do tratamento do caso uma qualquer *atitude activa* de reconhecimento público (ou governamental) das relações entre pessoas do mesmo sexo. Do Estado exige-se tão-só uma *postura passiva* de não intrusão na privacidade dos cidadãos. O que se considerou inconstitucional foi tão-só uma intromissão do poder público, *ao nível da intervenção penal*, num domínio que se considerou integrar a esfera da intimidade da vida privada. Trata-se, pois, de uma decisão que *prima facie* visa mais a privacidade do que a homossexualidade.

Contudo – e como atrás se disse –, o facto de o Tribunal ter declarado a inconstitucionalidade de uma lei anti-homossexual, revogando uma anterior decisão sua em que não se havia pronunciado pela inconstitucionalidade de uma lei anti-sodomia (homo ou heterossexual), constitui, sem dúvida, uma vitória para a comunidade *gay*, que vê ser posta em causa uma lei estigmatizante e cujos membros, pelo menos no Estado do Texas, passam a poder envolver-se nas práticas sexuais da sua preferência sem o receio de perseguição criminal. Para perceber o alcance de *Lawrence* é preciso dizer-se que a comunidade homossexual considerava que a decisão agora revogada – a sentença *Bowers* – era o seu “*Dred Scott case*” (a decisão do século XIX que, para opróbrio da comunidade negra, legitimara a escravatura).⁶ Um comentário à decisão *Bowers* qualificou-a como “uma total rejeição do estilo de vida homossexual” e, sintomaticamente, ela foi usada para sustentar a não inconstitucionalidade de uma lei do New Hamp-

shire que vedava aos homossexuais a adoção de crianças.⁷ E, numa obra célebre, Richard Posner não deixou de considerar as leis anti-sodomia como um dos principais, se não o principal, sinal de discriminação dos homossexuais nos Estados Unidos.⁸ Por tudo isto, o processo Lawrence constituía uma boa oportunidade para vencer aquilo que, numa imagem particularmente conseguida, já se designou por “apartheid do armário”.⁹

Não por acaso, várias organizações apresentaram relatórios na qualidade de *amicus curiae* e, segundo a cadeia de televisão CNN, os activistas dos direitos dos homossexuais disseram tratar-se de uma decisão “histórica”. O consultor jurídico da CNN, Jeffrey Tobin, não hesitou em qualificá-la como “uma decisão marcante [*an enormous decision*] da história do Supremo Tribunal”. Ruth Harlow, do Lambda Legal Defense Fund, que representou Lawrence e o seu parceiro, disse ser “um passo de gigante a caminho do dia em que deixemos de ser apontados como criminosos”. O próprio Lawrence falava aos jornalistas, afirmando que a decisão do Tribunal “abriu a porta para que os homossexuais de todo o país sejam tratados em condições de igualdade”. Igualmente significativas foram as reacções contrárias à decisão do Supremo Tribunal; o porta-voz do Culture and Family Institute, uma organização de tendência claramente conservadora, considerou que a sentença iria ter “consequências muito sérias”, ameaçando os fundamentos do casamento e conduzindo a um aumento de mortes na comunidade *gay* em resultado de doenças sexualmente transmissíveis (note-se que a apologia das leis anti-sodomia como forma de combate à Aids fora feita, com aparente sucesso, por alguns *amicus curiae* no processo Bowers).¹⁰ Disse ainda o porta-voz daquele

instituto que, a partir de Lawrence, será ensinado aos alunos nas escolas que “a sodomia homossexual é igual ao sexo entre pessoas casadas”. Por seu turno, o reverendo Rob Schenck, co-fundador do National Clergy Council, disse que o processo teve “um resultado lamentável”.

Para além dessas manifestações da opinião pública, fica a questão de saber, como atrás já se referiu, se o Supremo Tribunal não veio, ao cabo e ao resto, reconhecer, ainda que implicitamente, que os cidadãos possuem um direito – um direito fundamental – a escolherem a sua orientação sexual, incluindo uma orientação homossexual, e a envolverem-se em “práticas sexuais comuns ao estilo de vida homossexual”, para usar a expressão da sentença. Por outro lado, ainda que a decisão assuma um valor primacialmente simbólico, é indiscutível que, com a enorme autoridade que o Supremo Tribunal detém na vida pública norte-americana, *Lawrence v. Texas* abre a porta a profundas transformações na ordem jurídica norte-americana. Desde logo, irá aumentar a pressão para que sejam alteradas as leis estaduais que proíbem comportamentos sexuais: o Texas, o Kansas, o Oklahoma e o Missouri que criminalizam o sexo oral e anal entre pessoas do mesmo sexo, e o Alabama, a Florida, o Idaho, a Louisiana, o Mississippi, a Carolina do Norte, a Carolina do Sul, o Utah e a Virgínia, que punem a sodomia homo e heterossexual. Como notaram vários comentadores, como Diana Hassel, da Roger Williams University, a decisão Lawrence irá afectar todas as leis que regulam comportamentos sexuais tidos em privado e com mútuo consentimento – mas já não, sublinhe-se as que disciplinam matérias como o casamento ou a filiação, por exemplo. Basta referir que a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

no caso Dudgeon teve um “efeito dominó” sobre o ordenamento jurídico da Irlanda, como se viu, mas também nos de Guernsey (em 1983), Jersey (em 1990), Ilha de Man (em 1992), Gibraltar (em 1993) e Bermudas (em 1994), que foram alterados com vista a evitar possíveis futuras condenações em Estrasburgo. Não é descabido supor que o mesmo se poderá passar nos Estados Unidos.

O ponto mais criticável da declaração de voto de Scalia passa relativamente despercebido. Trata-se da passagem em que aquele juiz esgrime o argumento “isolacionista” de que, na senda de Bowers, o que importa é o que se “encontra enraizado na história e tradição *desta Nação*” e não o que ocorre em “nações estrangeiras”; mais criticável ainda é a passagem em que ataca o Tribunal por ter ignorado “o vasto conjunto de países que mantiveram as proibições penais da sodomia”. Scalia verbera também o facto de o Supremo ter apelado a experiências estrangeiras recorrendo a um trecho de *Foster v. Florida* que refere que “o Tribunal (...) não deve impor aos americanos (...) modas”.

Há vários pontos a discutir nesta argumentação: (1) desde logo, não é verdade que o Tribunal tenha citado apenas exemplos estrangeiros – pelo contrário, faz uma longa deambulação pela história do direito norte-americano e mostra, por exemplo, que já em 1955 (antes do Relatório Wolfenden ou do caso Dudgeon) o American Law Institute propusera a não incriminação das relações sexuais tidas em privado; (2) depois, Scalia não cita os “países que mantiveram as proibições penais da sodomia”, certamente porque a maioria desses países não se situa na nossa área geo-cultural – e aqui Scalia aproxima-se perigosamente da linha civilizacional que marca o exemplo da Arábia Saudita que atrás se citou; (3) mais grave

ainda, cria uma fronteira cultural, repelindo os exemplos vindos da Europa (do Reino Unido e do Tribunal de Estrasburgo, citados na decisão, ou das constituições dos Länder de Brandenburgo e da Turíngia), da África do Sul (o primeiro país cuja Constituição nacional inclui a orientação sexual na sua cláusula de igualdade), do Brasil (onde se destacam as constituições de Sergipe e do Mato Grosso, de 1989: artigos 10 e 3.º, respectivamente, ambos com referências à “orientação sexual”) ou de instâncias internacionais [como a decisão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas no caso *Toonen v. Australia* (1994)], em nome de uma pretensa idiosincrasia norte-americana que Scalia não demonstra; (4) finalmente, a sua retórica acaba por fazê-lo qualificar, ainda que por via indirecta, a solução deste caso como uma imposição de uma “moda” feita à maioria do povo americano, quando é incontroverso que a homossexualidade e a defesa dos direitos dos homossexuais não são uma “moda” e, por outro lado, que a comunidade *gay* dos Estados Unidos é uma das mais estruturadas, autoconscientes e militantes do mundo; basta referir que, na sequência do célebre “motim de Stonewall”, ocorrido em 1969 em Nova Iorque, em 1973 já existiam cerca de 800 organizações *gay* nos Estados Unidos ou, apenas para dar outro exemplo, que os primeiros tempos da presidência de Clinton foram dominados, na sequência das expectativas criadas pelas promessas feitas durante a campanha eleitoral, pela questão da presença dos homossexuais nas Forças Armadas.¹¹ É, além disso, uma comunidade altamente plural, onde emergem tensões entre os partidários do movimento *gay pride* e os defensores de uma auto-afirmação *queer*, ou entre os homossexuais e as correntes sadomasoquistas que surgiram nos anos 90 em São Francisco, principalmente na área

de South of Market, e que criticam os *gays* convencionais por persistirem numa tentativa de reconstrução do “socialmente aceitável” e, ao fazê-lo, acabarem por reproduzir a lógica de dominação que os oprimiu durante milénios. Em face de tudo isto, proibir a incriminação da sodomia não é, claramente, impor à maioria do povo norte-americano algo de que este discorde. Nem existe, de resto, uma “especificidade americana” que se oponha à descriminalização da sodomia. Pelo contrário, concorde-se ou não com ela, a linha jurisprudencial presente na decisão do caso Roe – que Scalia, naturalmente, questiona – é bem mais “avançada” ou “progressista” em matéria de densificação da cláusula de privacidade do que a da generalidade das jurisdições constitucionais europeias. Existem, aliás, outras decisões do Supreme Court favoráveis aos homossexuais, como a tomada em *Romer v. Evans* (1996), em que o Tribunal revogou a “Emenda 2” à Constituição do Colorado que, na prática, iria anular todas as leis estaduais e locais que concediam direitos às minorias sexuais – isto sem prejuízo de se reconhecer que a decisão *Romer*, um pouco à semelhança da sentença *Lawrence*, não concede à comunidade *gay* qualquer direito a um tratamento preferencial (*affirmative action*) contra discriminações.¹² De igual modo, importa notar que também existem precedentes desfavoráveis aos homossexuais, com realce para a decisão *Boutilier v. Immigration and Naturalization Service* (1967), em que o Supremo considerou que um estrangeiro homossexual, por esse motivo, possuía uma “personalidade psicopática” e podia, assim, ser deportado à luz do *Immigration and Nationality Act* de 1952.

4. Para um constitucionalista europeu pode parecer estranho, se não mesmo bizarro, que um tribunal haja dedicado uma parte significativa do seu discurso argu-

mentativo a demonstrar que não era correcta a afirmação feita em *Bowers* que a proibição da sodomia tinha “raízes muito antigas” na história dos Estados Unidos. Na esteira do aprofundado estudo de William Eskridge Jr.,¹³ a sentença *Lawrence* mergulha na História do país, percorre um longo caminho que vai da época colonial e do Reformation Parliament de 1533 aos comentadores do século XIX, recorrendo até a fontes não jurídicas sobre a construção moderna do conceito de homossexualidade, ideia tributária do pensamento de Michel Foucault. Indaga mesmo os registos de condenações pretéritas, neles descobrindo que muitas dessas condenações tiveram por objecto actos não consentidos, mas agressões sexuais sobre menores ou vítimas de violação e estupro. Mais interessante ainda é a conclusão de que a incriminação da homossexualidade só se desenvolveu a partir de 1970 e apenas teve lugar em nove dos Estados que integram a Federação.

Este registo “historicista” só é compreensível no contexto de um país integrado no universo do *common law* e onde doutrinas como o “originalismo” (a busca da *original intent* dos “pais fundadores” inscrita *no texto* da Constituição), sob formas mais moderadas e mais radicais, é acolhida por diversos autores, com destaque para Robert Bork¹⁴ e, até certo ponto, Antonin Scalia.¹⁵

A multiplicidade de saberes revelada nesta decisão do Supreme Court autoriza-nos uma reflexão que, partindo de dados sociológicos, terminará no campo do Direito. O problema prende-se com a reivindicação por parte dos homossexuais do direito à existência de uma “comunidade”, que tem, inclusivamente, projecção geográfica no território das cidades do nosso tempo. O caso de São Francisco é, como

se sabe, particularmente ilustrativo. Como refere o sociólogo e especialista em planeamento urbano Manuel Castells, “[em São Francisco] os *gays* fixaram-se predominantemente em determinadas áreas da cidade, formando autênticas comunidades, onde habitações, negócios, propriedades, bares, restaurantes, cinemas, centros culturais, associações comunitárias, reuniões de rua e celebrações teceram uma malha de vida social e autonomia cultural: um espaço de liberdade (...) esta concentração espacial é realmente uma marca da cultura *gay* em quase todas as cidades (...) São dois os motivos para essa concentração geográfica no estágio inicial da cultura *gay*: conseguir visibilidade e protecção. Como Harry Britt, seu líder político em São Francisco, me disse durante uma entrevista anos atrás: ‘Quando os *gays* estão dispersos, não são *gays* porque são invisíveis’ (...) Para poderem expressar-se, os *gays* sempre se juntaram (...) Os limites territoriais dos lugares seleccionados tornaram-se as bases para o estabelecimento de instituições autónomas e a criação de uma autonomia cultural”.¹⁶ O padrão de concentração espacial dos homossexuais nas urbes norte-americanas durante a década de 70 foi estudado por Martin Levine, num texto de 1979 expressivamente intitulado *Gay-ghetto*. Os homossexuais rejeitam a imagem do *ghetto*, preferindo falar em “áreas libertadas”, argumento igualmente perfilhado por Manuel Castells com base na ideia de que, ao contrário dos *ghettos*, as zonas *gay* são deliberadamente construídas pelos próprios em ordem a criar espaços de liberdade no seio de universos ainda dominados pelo patriarcalismo.

O fenómeno não tem, evidentemente, uma projecção meramente geográfica. Política e socialmente, os homossexuais afirmaram-se na esfera pública como “comunida-

de”, construindo a sua identidade enquanto “subcultura” oposta à cultura dominante. É compreensível que o façam, pois se o enfoque fosse dado no indivíduo e na sua autonomia dificilmente conseguiriam obter resultados naquilo que os próprios vêem como “um combate” ou “uma luta”. Contudo – e é aqui que esta situação pode assumir relevância para o Direito –, a experiência ensina que o “confinamento comunitário”, seja por opção de autodefesa (como no caso dos *gays*), seja por exclusão (como no caso dos negros), pode ter resultados negativos e fomentar a consagração jurídica de estatutos separados. Não vale a pena sequer relembrar a doutrina *separate but equal* que o Supremo formulou, quanto à comunidade negra, no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), revista em *Brown v. Board of Education of Topeka* (1955). Existem outros exemplos: no caso dos militares, o Supremo em 1953 fixou a ideia de uma *separate community* em *Orloff v. Willoughby*, doutrina que reafirmou em 1974 no caso *Parker v. Levy* – não por acaso, com o voto de vencido de dois juízes de tendência liberal, Thurgood Marshal e William Brennan, que pressentiram que a insularização jurídica das Forças Armadas poderia servir de argumento legitimador a restrições aos direitos fundamentais.¹⁷ Também no domínio da reivindicação dos direitos das pessoas com deficiência, autores como Jill Humphrey e Helen Liggett têm alertado para os riscos envolvidos numa “perspectiva minoritária” (*minority group approach*), quer na construção de uma identidade que acaba por se tornar sequestradora, quer no agravamento de formas mais ou menos veladas de discriminação;¹⁸ é interessante, a este propósito, atentar ao que disse o Supremo Tribunal Federal no caso *Cleburne v. Cleburne Living Center* (1985).

Sociologicamente, poderá questionar-se se a insistência numa “auto-afirmação

comunitária” não aprofundará, afinal, a segregação dos homossexuais através de um mecanismo que Goffman definiu como “estigma tribal” (não por acaso, Castells assinala as resistências dos “conservadores homofóbicos” sempre que os homossexuais pretendem espalhar-se para além dos limites daquilo que a chamam “áreas libertadas”, mas que, na perspectiva da sociedade convencional, constituem verdadeiros e utilíssimos *ghettos*).¹⁹ Juridicamente, o problema que se coloca é o de saber se, pelo menos numa fase transitória, o “comunitarismo” dos movimentos homossexuais não legitimará formas de tratamento *separate, but equal*, que, uma vez instituídas, levarão longos anos a destruir.

5. Há, finalmente, um outro ponto da declaração de Antonin Scalia que merece reflexão. A dado passo, diz este juiz: “não sei o que significa ‘actuar em privado’”. É fácil discordar desta afirmação, tanto mais que o próprio Juiz Scalia, logo a seguir, afirma que os actos sexuais raramente são praticados em público. Isto prova, à vista desarmada, que, afinal, mesmo para o Juiz Scalia é possível traçar linhas de fronteira entre público e privado. E, além disso, sempre se poderia recorrer a uma definição simples e bastante enraizada na ordem jurídica norte-americana segundo a qual o domínio do privado pertence àquilo que não afecta os outros. Trata-se, sem dúvida, de uma definição passível de crítica pelo seu simplismo e pelo seu carácter redutor. Assim, por exemplo, se hoje é indiscutível que “temos um direito à pornografia”, para responder à interrogação que deu o título a um célebre ensaio de Dworkin,²⁰ pode discutir-se se as actuais condições em que é exercido esse direito (através da televisão ou da Internet) estão a respeitar os limites da “privacidade”, no sentido em que não estão a lesar em absoluto os interesses de

terceiros, designadamente de terceiros cujo sentido de autonomia ainda é precário, como as crianças. Por outro lado, é infismável que a privacidade e a lesão de interesses alheios são claramente realidades distintas, quer do ponto de vista conceptual, quer do ponto de vista estritamente jurídico.

A diferenciação entre a esfera pública e privada é um pressuposto nuclear da tradição liberal ocidental. Destruir essa diferenciação é o primeiro passo no caminho do totalitarismo, como advertiu Hannah Arendt, afectando, porventura de forma irremediável, aquilo a que Anthony Giddens chamou expressivamente a “intimidade como democracia”.²¹ Simplesmente, existem situações em que se vem agora propor uma intrusão na esfera privada em nome da defesa da “autonomia dos menos autónomos”, para usar uma expressão do constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino. Essa intrusão é inevitável quando se tem de indagar se as condutas praticadas em privado foram objecto de consentimento e as condições em que o mesmo foi prestado. As fronteiras entre coacção sexual e práticas sadomasoquistas, por exemplo, são muitas vezes difíceis de traçar e só é possível fazê-lo invadindo o espaço de intimidade dos cidadãos. Lembre-se, a este propósito, a tomada de posição da Câmara dos Lordes, em 1996, no caso *Regina v. Brown* (o conhecido “Spanner case”), e a circunstância de muitas correntes feministas serem totalmente contrárias às práticas sadomasoquistas, ainda que consensuais, dado o que elas representam em termos de degradação do outro e de exaltação da violência nas relações interpessoais – cite-se, por exemplo, a posição de certas correntes feministas contra todo e qualquer tipo de pornografia, como sucede com o livro *Only*

words (1993), de Catharine MacKinnon, ou o conjunto de ensaios, igualmente de inspiração feminista, *Against sadomasochism* (1982). *The private is political*, dizem. Ou, para citar Catharine MacKinnon, “proteger a pornografia significa proteger o abuso sexual *enquanto discurso*”.²² Trata-se, no fundo, da ruptura com uma tradição de pensamento da qual se pode destacar, como exemplo, o texto *Offences against one’s self*, escrito por Bentham em 1785 e que suscita várias perplexidades. Desde logo, como distinguir, então, a “boa” da “má” censura? No fundo, a “boa” da “má” moral?

Colocam-se, assim, novos desafios à dogmática jurídica e à filosofia política, pois dificilmente a questão do consentimento pode sempre ser resolvida à luz das categorias dos “vícios da vontade” cunhadas pelo direito civil (erro, coacção, etc.).²³ Não por acaso, o problema do consentimento é um tópico clássico da pederastia na Antiguidade: considerava-se que a relação de afecto entre o adulto e o infante não deveria incluir a fruição sexual e que esta, a existir, deveria resultar de “distração” e não de consentimento explícito (situação que, recorde-se, foi objecto de uma famosa cena do *Satyricon*). Por outro lado – e este é um desafio ainda mais problemático –, há propostas no sentido de essa intrusão na esfera da intimidade deve ser feita *independentemente da manifestação de vontade* dos envolvidos e até mesmo *contra a vontade expressa* dos envolvidos. É o que se passa a propósito do assédio sexual e, sobretudo, da violência conjugal, em que muitos consideram que a tutela das vítimas obriga a que o procedimento criminal deixe de depender de queixa do lesado e possa ser investigado officiosamente pelas autoridades judiciais, designadamente o Ministério

Público. Mas pense-se noutras realidades, como um caso aparentemente simples: o de uma mulher adulta que se prostitui de livre vontade. À primeira vista, o Estado não pode intervir. Mas até que ponto o Estado pode indagar sobre as condições em que o consentimento prestado é verdadeiramente “livre” e “informado”? O que dizer se uma investigação mais profunda revelar que a mulher se prostitui, como tantas vezes sucede, devido a uma história de vida atribulada (ex., por ter sido abusada sexualmente quando menor) ou para financiar o consumo de drogas? Uma resposta será dizer que a dependência da droga não coage o sujeito a ponto de lhe retirar a sua capacidade de autodeterminação – mais especificamente, de autodeterminação sexual – e, nessa medida, o que interessa é a existência, ou não, de uma objectiva privação de liberdade. Ir mais além seria resvalar num paternalismo totalitário que uma sociedade liberal não pode tolerar, até porque, diz-nos Camille Paglia,²⁴ há uma insistência da ordem burguesa convencional numa perspectiva da prostituição apenas sob o prisma da vitimação, que nem sempre ocorre: em certas situações, as prostitutas não são vítimas, mas mulheres que optaram livremente por um *modus vivendi* que, na generalidade dos casos, lhes garante um rendimento que dificilmente obteriam doutra forma. Mas será que as coisas se passam sempre com esta simplicidade? Recorde-se, por exemplo, que muitos tribunais (portugueses e não só) consideram, de um modo geral, que a circunstância de um sujeito praticar um crime de natureza patrimonial (ex., um crime de furto) para financiar o consumo de droga deve ser ponderado favoravelmente na medida da pena. Ora, se se parte aqui da ideia de que a dependência da droga tira ao criminoso

uma parcela da sua capacidade de distinguir o bem e o mal, porquê assumir acriticamente que uma mulher viciada em heroína que se prostitui ou participa em filmes pornográficos o faz de livre vontade? A grande dúvida situa-se em saber os limites que devem ser marcados para a intervenção do Estado *contra a manifestação expressa de consentimento* dos sujeitos. Será legítimo o Estado perseguir criminalmente o marido que agride a mulher se esta decide não apresentar queixa? A resposta afirmativa baseia-se no argumento de que, em certas sociedades, a mulher vítima de agressão está de tal forma coagida por um estado de sujeição e de medo que não tem sequer condições para se dirigir a uma esquadra da polícia, até pelo receio de futuras represálias do marido sobre si ou sobre os filhos. Por isso, o Estado tem legitimidade para actuar em lugar dela. Mas, então, onde está o “consentimento”, a pedra angular da demarcação da fronteira de não-intervenção estadual, a pedra angular da decisão deste caso *Lawrence v. Texas*? E aí voltamos a uma pergunta que fizemos a propósito da posição de algumas feministas em face do sadomasoquismo: existe um “bom” ou “mau” consentimento? E quem será o árbitro que determina quais as situações em que se aceita a manifestação de vontade dos envolvidos (ex., homossexualidade, prostituição, práticas sadomasoquistas) e aquelas em que se pressupõe que vontade da vítima pode encontrar-se viciada (ex., assédio sexual, violência conjugal)? Não se diga que, numa democracia constitucional, a resposta é óbvia – o árbitro é o povo, e as decisões serão tomadas pelo princípio maioritário; não apenas porque muitas vezes estão em causa interesses de minorias, mas também porque se trata de defender a autonomia individual, este é

um dos domínios em que a operatividade da decisão segundo o princípio da maioria se afigura mais problemática. Confiar a solução a “juízes hercúleos”, para usar a conhecida expressão de Dworkin, é caminho que também pode ser questionado.

Vivemos, pois, num tempo em que se desenvolvem dois movimentos de sinal contrário: um, que faz assentar a defesa das minorias sexuais na salvaguarda da privacidade – no fundo, a linha que caracterizou a presente decisão do Supreme Court; outro que, em casos particulares, admite uma erosão da esfera da intimidade em nome de uma tutela oficiosa da dignidade humana. Para os radicais, as soluções são simples: os mais conservadores reclamam a punição de condutas, mesmo havidas em privado e com consentimento; os mais liberais – ou, talvez mais precisamente, os autores de inspiração libertária – vedam em absoluto qualquer intromissão na reserva de autonomia individual, ainda que a pretexto de defender aqueles que supostamente são “menos autónomos”. Entre os dois extremos, há uma imensidão de propostas, infelizmente marcadas por um casuísmo “corporativo” a que falta uma linha geral orientadora. Em todo caso, é evidente o risco de, com as melhores intenções, se favorecer uma diluição entre público e privado cujos resultados não são fáceis de prever. Não é exagero supor que aqui podem emergir novas formas de totalitarismo ou, numa versão mais benévola, novas ameaças aos consensos básicos que fundam as democracias liberais contemporâneas. Curiosamente, estas potenciais ameaças ao liberalismo têm sido propostas, para supremo paradoxo, em nome da defesa da liberdade e dignidade humanas.

Resumo: “O respeito pela vida privada e o direito à liberdade protegido pela

Quarta Emenda confere aos cidadãos o direito de se envolverem, em privado e por mútuo acordo, em condutas e práticas sexuais comuns ao estilo de vida homossexual. Não há nestas situações nenhum interesse estatal legítimo que justifique a intromissão na vida pessoal e privada do indivíduo”.

Supremo Tribunal dos Estados Unidos N. 02-102

John Geddes Lawrence and Tyron Garner, requerentes v. Texas

No exercício do Writ of Certiorari para o tribunal de recurso do Texas, décimo quarto distrito.

(Junho 26, 2003)

O Juiz Kennedy relatou a decisão do Tribunal.

A liberdade protege as pessoas de intrusões governamentais ilegítimas no domicílio ou noutro local privado. Segundo a tradição americana, o Estado não é omnipresente nos lares [*homes*]. Há outras esferas da nossa vida e existência, fora das nossas casas, em que o Estado não tem que possuir uma presença dominante. A liberdade estende-se para além das fronteiras espaciais. A liberdade presume uma autonomia do eu [*self*] a qual inclui ou engloba a liberdade de pensamento, de credo, de expressão e certa conduta íntima. O presente caso envolve a liberdade pessoal em ambos os sentidos, no sentido do espaço e no seu sentido mais transcendente.

I

A questão colocada perante o Tribunal é a da validade da legislação do Texas que considera crime o facto de duas pessoas do mesmo sexo se envolverem em condutas sexuais íntimas.

Em Houston, Texas, agentes do Departamento da Polícia de Harris County deslocaram-se a uma residência particular no seguimento de uma comunicação da ocorrência de distúrbios envolvendo armas. Entraram no apartamento onde residia John Geddes, um dos requerentes. O direito de a polícia invadir a residência não parece ter sido questionado. Os agentes constataram que Lawrence e outro homem, Tyron Garner, mantinham um acto sexual. Os dois requerentes foram presos, tendo ficado sob custódia durante a noite, acusados e condenados perante uma autoridade judicial [*Justice of Peace*].

A acusação descreveu o seu crime como “relação sexual desviante, nomeadamente sexo anal, com pessoa do mesmo sexo (homem)”. App. To Pet. For Cert. 127 a, 139a. A legislação aplicável é o Código Penal do Texas Ann. 21.06(a) (2003), o qual estabelece: “Uma pessoa comete um crime se tomar parte de uma relação sexual desviante com indivíduo do mesmo sexo”. O estatuído legalmente define relação sexual desviante do seguinte modo:

- “(A) Qualquer contacto entre uma (qualquer) parte dos genitais de uma pessoa e a boca ou o ânus de outra pessoa”; ou
- “(B) A penetração dos genitais ou do ânus de outra pessoa com um objecto” 21.01(1).

Os requerentes exerceram o seu direito a um julgamento *de novo* no Tribunal Criminal do Condado de Harris. Põem em causa tal legislação considerando-a uma violação do Princípio de Igual Protecção [*Equal Protection Clause*] da Quarta Emenda, assim como de igual disposição da Constituição do Texas. Tex. Const., Art. 1, 3a. Essa acção foi rejeitada. Os requere-

rentes, tendo contestado *nolo contendere*, pagaram uma multa de \$200 e custas judiciais de \$141.4. App. To Pet. For Cert. 107a-110a.

O Tribunal de Recurso do Décimo Quarto Distrito do Texas considerou os argumentos dos requerentes ao abrigo do Princípio de Igual Protecção da Quarta Emenda. Após a audiência de julgamento, o tribunal, com votos de vencido, rejeitou os argumentos de constitucionalidade e confirmou as condenações. 41 S. W. 3d 349 (Tex.App.2001). A opinião maioritária indica que o Tribunal de Recurso considerou a nossa decisão em *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) como controlo do aspecto de *federal due process* do caso.

O Tribunal concede *certiorari*, 537 U. S. 1044 (2002), para a consideração de três questões:

“1. A punição dos requerentes à luz da lei do Texas sobre ‘Condutas Homossexuais’ – a qual criminaliza a intimidade sexual de casais do mesmo sexo, mas não criminaliza o mesmo comportamento sexual de casais heterossexuais – viola a garantia de Igual Protecção prevista na Quarta Emenda?”

“2. A punição dos requerentes no que respeita à intimidade sexual consentida entre adultos no próprio domicílio viola os seus interesses vitais de liberdade e privacidade protegidos pela Quarta Emenda?”

“3. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), deverá ser revogado?” Pet. For Cert. i.

Os requerentes eram adultos na altura do alegado crime. Actuaram em privado e de comum acordo.

II

Concluimos que o caso deveria ser resolvido determinando se os requerentes eram, enquanto adultos, livres de praticar tal conduta privada no exercício da liberdade que lhes é conferida pela *Due Process Clause* da Quarta Emenda. Para esta indagação consideramos necessário reconsiderar a decisão do tribunal no caso *Bowers*.

Há várias declarações sobre o alcance substantivo do princípio da liberdade à luz da *Due Process Clause* da Quarta Emenda em casos mais antigos, incluindo *Pierce v. Society of Sisters*, 262 U. S. 510 (1925) e *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923); mas mais pertinente é a nossa decisão em *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).

No caso *Griswold*, o Tribunal invalidou uma lei estadual que proibia o uso de drogas ou de dispositivos de contracepção, aconselhando contraceptivos. O Tribunal descreveu o interesse protegido como direito à privacidade pondo ênfase na relação conjugal e no espaço protegido do quarto do casal [*marital bedroom*].

Depois de *Griswold* ficou estabelecido que o direito de tomar determinadas decisões respeitantes à conduta sexual estende-se para além da relação conjugal. Em *Eisentadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972), o Tribunal invalidou uma lei que proibia a distribuição de contraceptivos a pessoas solteiras. Este caso foi decidido à luz do Princípio de Igual Protecção; mas, no respeitante às pessoas solteiras, o Tribunal avançou mais, estabelecendo que a lei prejudicava o exercício de direitos pessoais. Citava a afirmação do Tribunal de Recurso segundo a qual a lei conflituava com direitos fundamentais e disse que:

“É certo que em *Griswold* o direito à privacidade em questão é inerente à relação

conjugal... No entanto, se o direito à privacidade significa alguma coisa, significa que é um direito do indivíduo, casado ou solteiro, a ser livre da intervenção governamental não autorizada no que respeita a matérias tão fundamentais quanto ter ou não um filho”.

As decisões Griswold e Eisenstadt foram importantes como o fundamento da decisão em *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973). Como é sabido, este caso envolveu uma impugnação da lei do Texas que proibia o aborto, tendo acabado por abranger as leis de outros Estados. Apesar de o Tribunal ter considerado que o direito da mulher não era absoluto, o seu direito a abortar tinha de facto uma real e substancial protecção ao abrigo da *Due Process Clause*. O Tribunal citou casos que protegem a liberdade espacial [*spatial freedom*] e casos que foram ainda mais além. *Roe* reconheceu o direito que assiste à mulher de tomar certas decisões fundamentais que afectam a sua vida e confirmou, mais uma vez, que a protecção da liberdade ao abrigo da *Due Process Clause* tem uma dimensão real de extremo significado ao definir os direitos da pessoa.

Em *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U. S. 678 (1977), o Tribunal confrontou uma lei de Nova Iorque que proibia a venda e distribuição de dispositivos contraceptivos a menores de 16 anos. [...] a lei foi invalidada. Quer Eisenstadt e Carey, quer decisão e a fundamentação do caso *Roe* confirmaram que a argumentação de Griswold não se confinava à protecção dos direitos dos adultos casados. Esta era situação jurídica na altura em que o Tribunal decidiu *Bowers v. Hardwick*.

Os factos em *Bowers* tinham alguma semelhança com o presente caso. Um agente da polícia, cujo direito a entrar no domicílio não parecia ser questionado,

observou Hardwick, no seu quarto, envolvido em conduta sexual íntima com outro homem adulto. A conduta violava a lei da Geórgia que incriminava o envolvimento em actos de sodomia. O que distingue os dois casos é o facto de a lei de Geórgia proibir tal conduta independentemente dos participantes serem ou não do mesmo sexo, enquanto a lei do Texas se aplica apenas a adultos do mesmo sexo. Hardwick não foi condenado, mas interpôs no tribunal federal uma acção com o objectivo de declarar a lei inválida. Alegou que praticava um acto homossexual e que a proibição legal violava os direitos previstos e protegidos na Constituição. O Tribunal, em decisão relatada pelo Juiz White, confirmou a lei da Geórgia. O Juiz Presidente Burger e o Juiz Powell concordaram com a decisão do Tribunal, mas discordaram da fundamentação [*concurring opinion*]. Quatro juízes votaram vencidos (voto do Juiz Blackmun, seguido pelos juízes Brennan, Marshall e Stevens).

O Tribunal iniciou a apreciação do caso *Bowers* da seguinte forma: “A questão é saber se a Constituição Federal confere aos homossexuais o direito de se envolverem em actos de sodomia e desse modo invalida as leis de vários Estados que há já bastante tempo condenam e consideram ilegal tal conduta”. Concluimos agora que tal argumentação revela a incapacidade de o Tribunal apreciar a extensão da liberdade que estava em causa. A questão no caso *Bowers* resumia-se ao direito de envolvimento em determinadas condutas sexuais. As leis impugnadas em *Bowers* e no presente processo parecem não fazer mais do que proibir um determinado acto sexual. No entanto, as suas sanções e os seus objectivos têm consequências com um alcance mais vasto, que abrangem a conduta humana mais privada, o comportamento sexual,

e no local mais privado, o lar [*home*]. Estas leis procuram de facto controlar o relacionamento pessoal, o qual, independentemente do reconhecimento formal pela lei, se situa na liberdade pessoal de fazer uma escolha sem ser considerado criminoso.

Isto, como regra geral, deveria desaconselhar qualquer tentativa do Estado ou do Tribunal de definir o significado de uma relação ou, por outro lado, de estabelecer as suas fronteiras, com excepção das agressões a outra pessoa ou instituição protegidas por lei. Para nós, é suficiente reconhecer que os adultos podem escolher determinado relacionamento na intimidade das suas casas e das suas vidas privadas e, ainda assim, manterem a sua dignidade como pessoas livres. Uma vez que a sexualidade se manifesta na conduta íntima com outra pessoa, essa conduta é apenas um elemento do comprometimento estável. A liberdade protegida constitucionalmente permite aos homossexuais fazerem esta escolha.

Ao não ter percebido a reivindicação de liberdade que lhes foi feita e, assim, averiguado se há um direito fundamental ao envolvimento consensual em práticas de sodomia, o Tribunal afirmou: “A proibição de tal conduta tem raízes muito antigas”. Em diversos estudos académicos e em muitos dos estudos agora apresentados na qualidade de *amicus* destinados a auxiliar o Tribunal, critica-se o facto de a decisão maioritária e de algumas declarações de voto no caso *Bowers* se terem fundamentado em premissas históricas. Brief for Cato Institute as *Amicus Curiae* 16-17; Brief for Professors of History et al. as *Amici Curiae* 3-10; Brief for American Civil Liberties Union et. al. as *Amici Curiae* 15-21. Não precisamos entrar neste debate [...], mas as considerações que se seguem aconselham a que se não adoptem

conclusões tão definitivas como aquelas em que se apoiou a decisão do caso *Bowers*.

Deve salientar-se que na história mais remota do nosso país não existem leis directamente relacionadas com a conduta sexual dos homossexuais enquanto realidade autónoma. Começando pela época colonial e com base nas leis criminais inglesas aprovadas [...] pelo Reformation Parliament de 1533, constata-se que já nessa altura se proibia a sodomia. Essa proibição incluía as relações entre homens e mulheres assim como as relações homem-homem. Ver, *e.g.*, *King v. Wiseman*, 92 Eng. Rep. 774, 775 (K.B. 1718) (interpretando “humanidade” [*mankind*] no Acto de 1533 como incluindo mulheres e raparigas). Os comentadores do século XIX entendiam que as leis americanas que proibiam a sodomia, a pederastia e os crimes contra a natureza criminalizavam esses comportamentos quer fossem praticados por um homem e uma mulher ou por dois homens. Ver, *e.g.*, 2 J. Bisshop, *Criminal Law* § 1028 (1858); 2 J. Chitty, *Criminal Law* 47-50 (5th Am. Ed. 1847); R. Desty, *A Compendium of American Criminal Law* 143 (1882); J. May, *The Law of Crimes* §203 (2d ed. 1893). Segundo alguns especialistas, a inexistência de leis criminais centradas na conduta homossexual pode explicar-se pelo facto de o conceito de homossexual como diferente categoria de pessoa só ter surgido no final do século XIX. Ver, *e.g.*, J. Katz, *The Invention of Heterosexuality* 10 (1995); J. D’Emilio & E. Freedman, *Intimate Matters: A History of Sexuality in America* 121 (2d ed. 1997) (“Os termos modernos *homossexualidade* e *heterossexualidade* não se aplicam numa era que ainda não se tinham desenvolvido estas distinções”). Assim, as primitivas leis sobre sodomia não eram dirigidas aos homos-

sexuais enquanto tais; destinavam-se a proibir de uma forma geral os actos sexuais não procriadores. Isto não sugeria a aprovação da conduta homossexual. Tudo indicia antes que esta particular conduta não era pensada como categoria distinta da sodomia heterossexual.

As leis que proíbem a sodomia não parecem ter sido concebidas para abranger actos consentidos entre adultos e praticados em privado. Um número substancial de condenações neste domínio, de que existem ainda alguns registos, dizia respeito a autênticas agressões contra indivíduos que não deram nem podiam dar o seu consentimento, como o caso de menores ou vítimas de violação. No que respeita a estas situações, um dos objectivos da proibição era assegurar que não houvesse falta de cobertura legal para os casos em que um agressor, ao praticar um ataque sexual, não se enquadrasse no tipo legal da violação. Assim, o modelo de acusação da sodomia de um tratado do século XIX [...], dirigia-se aos actos de agressão de um adulto contra um menor e não a actos praticados e consentidos por adultos em privado. As acusações nessa altura envolviam habitualmente actos praticados por homens com menores do sexo feminino ou do sexo masculino, relações entre adultos envolvendo o uso de força, relações entre adultos de estatutos diferentes ou relações entre homens e animais.

Tendo havido algumas acusações para os actos em questão, as leis do século XIX em matéria de prova impuseram um ónus que veio tornar as condenações mais difíceis, mesmo tendo em linha de conta os problemas inerentes às acusações de actos consensuais praticados em privado. De acordo com os padrões prevalecentes na altura, um homem não podia ser condenado por sodomia com base nos depoimentos do

parceiro que tinha consentido no acto, na medida em que este era considerado cúmplice. Contudo, o testemunho do parceiro era admitido se ele ou ela não tivessem consentido no acto, ou se fossem menores e, portanto, incapazes dar o seu consentimento. Ver, *e. g.*, F. Wharton, *Criminal Law* 443 (2d ed. 1852); 1 F. Wharton, *Criminal Law* 512 (8th ed. 1880). A lei pode, de certa forma, justificar a baixa frequência destas acusações. A mesma baixa frequência dificulta a afirmação de que a sociedade aprova o castigo rigoroso e sistemático dos actos consensuais praticados por adultos em privado. A antiga proibição criminal da sodomia homossexual, em que assentou a decisão Bowers, é tão consistente com a condenação geral do sexo não procriador como com a tradicional condenação de actos devido ao seu carácter homossexual.

A política de punição de actos consentidos entre adultos e praticados em privado não era muito discutida na literatura de alguns anos atrás. Podemos inferir que uma das razões que o justifica é a extrema privacidade da conduta. Apesar da inexistência de condenações, podem ter existido períodos em que havia de facto uma crítica pública dos actos homossexuais enquanto tais e a ideia de que a lei criminal deveria ser aplicada no sentido de os desencorajar. No entanto, em vez de terem “raízes antigas”, Bowers, 478 U. S. at 192, as leis americanas que tinham como alvo parceiros do mesmo sexo não se desenvolveram senão no último terço do século XX. Os relatos de decisões respeitantes à condenação da prática de sodomia homossexual consensual entre adultos nos anos 1880-1995 nem sempre são claros nos detalhes; no entanto, um número considerável das condenações prende-se com a sua prática em lugares públicos. Ver Brief for Ame-

rican Civil Liberties Union et al. as *Amici Curiae* 14-15, and n.18.

Somente a partir de 1970 é que os Estados escolheram as relações entre pessoas do mesmo sexo como alvo de incriminação e apenas nove Estados o fizeram. Ver 1977 Ark. Gen. Acts p. 847; 1977 Mo. Laws p. 687; 1973 Mont. Laws p. 1339; 1977 Nev. Stats. P. 1632; 1989 Tenn. Pub. Acts ch. 399; ver ainda Post. V. State, 715 P. 2d 1105 (Okla. Crim. App. 1986). Mesmo alguns destes Estados não aderiram à política de repressão da conduta homossexual. No decurso das últimas décadas, Estados que proibiam as relações entre pessoas do mesmo sexo têm vindo a aproximar-se da sua abolição. Ver, e.g. *Jegley v. Picado*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002); *Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P. 2d 112 (1997); *Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2nd 250 (Tenn. App. 1996); *Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487 8 (Ky. 1992), ver ainda 1993 Nev. Stats. P. 518 (Nev. Ver. Stat. §201.193).

Em resumo, os fundamentos históricos de Bowers são muitos mais complexos do que a opinião maioritária e a declaração de voto do Juiz Presidente Burger sugerem. As suas premissas históricas são, sem qualquer dúvida - e no mínimo - exageradas.

Há que admitir que o Tribunal no caso Bowers enfatizou que durante séculos se tinham elevado vozes sonantes que condenavam a conduta homossexual e a consideravam imoral. Essa condenação foi modelada por crenças religiosas, concepções de comportamento correcto e aceitável e de respeito pela família tradicional. Para a maioria das pessoas, não há interesses triviais, mas sim profundas convicções aceites como princípios éticos e morais aos quais elas aspiram e pelos quais pautam as

suas vidas. No entanto, estas considerações não respondem à questão anterior. A questão está em saber se a maioria pode utilizar o poder do Estado, através da lei criminal, para fazer valer este ponto de vista sobre toda a sociedade. “A nossa obrigação é definir a liberdade que todos devem ter e não impor o nosso próprio código moral.” *Planned Parenthood of Southeastern Pa. V. Casey*, 505 U.S. 833, 850 (1992).

O Juiz Presidente Burger aderiu à maioria do Tribunal e explicou da seguinte forma o seu ponto de vista: “As decisões individuais relacionadas com a conduta homossexual têm sido objecto de intervenção estatal desde o início da civilização ocidental. A condenação destas práticas está firmemente enraizada nos padrões morais e éticos judaico-cristãos” [...] Em todo o caso, consideramos que as nossas leis e tradições do último quarto de século são muito pertinentes para este caso. Estas referências demonstram uma crescente tomada de consciência de que a liberdade atribui uma substancial protecção aos adultos no que respeita à tomada de decisões sobre a melhor forma de conduzir as suas vidas privadas, nomeadamente a vida sexual. “História e tradição são o ponto de partida, mas nem sempre o ponto de chegada da fase de escrutínio do *due process*”. *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U. S. 833, 857 (1998) (Kennedy, J., declaração de voto).

Este reconhecimento emergente deveria ter sido manifestado quando o caso Bowers foi decidido. Em 1955, o American Law Institute publicou o Modelo de Código Penal [*Model Penal Code*] e tornou claro que não recomendava nem estabelecia “sanções criminais para as relações sexuais consentidas em privado”. ALI, *Model Penal Code* § 213.2, Comment 2, p. 372 (1980). Assim, baseava a sua decisão em três

aspectos: (1) As proibições minam o respeito pela lei ao penalizarem condutas quando estas envolvem muitas pessoas; (2) O conceito legal de conduta privada define-a como a que não afecta os outros; (3) As leis foram aplicadas arbitrariamente e, assim, agravam o risco de chantagem, ALI, Model Penal Code, Commentary 277-280 (Tent. Draft n. 4, 1995). Em 1961, o Estado de Illinois alterou as suas leis segundo o Modelo de Código Penal. Em breve, seguiram-se outros Estados. Brief do Cato Institute como *Amicus Curiae* 15-16.

Em *Bowers* o Tribunal referiu-se ao facto de antes de 1961 a totalidade dos 50 Estados ilegalizarem a sodomia e, na altura da sentença, 24 Estados e o Distrito de Columbia terem leis sobre sodomia (478 U.S. 192-193). O Juiz Powell assinalou que essas proibições eram frequentemente ignoradas. Por exemplo, durante décadas o Estado da Geórgia não procurou impor estas leis (“A história da não aplicação sugere o actual carácter moribundo de determinadas leis que criminalizam este tipo privado de conduta consensual”).

As referências do Juiz Presidente Burger à história da civilização ocidental e aos padrões éticos e morais judaico-cristãos não tiveram em linha de conta outros dados igualmente importantes que apontavam em direcção oposta. Em 1957, uma Comissão do Parlamento Inglês aconselhava a revogação de leis que puniam a conduta homossexual. Ver Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (1963). O Parlamento legalizou estas recomendações dez anos depois. Sexual Offences Act 1967, §1.

Mais importante do que o que ficou referido, praticamente cinco anos antes do caso *Bowers* o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidia um caso em tudo seme-

lhante a este. Um homem adulto residente na Irlanda do Norte alegava a prática de actos homossexuais, os quais tinha desejado e aceite. A lei da Irlanda do Norte negava-lhe tal direito. Alegava ter sido interrogado, terem revistado a sua casa e temer a instauração de procedimento criminal. O Tribunal decidiu que as leis que condenavam tal conduta eram inválidas em face da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981) 52. Aplicável a todos os países membros do Conselho da Europa (na altura, 21 nações, actualmente 45), a decisão difere da premissa do caso *Bowers*, a qual reivindica que o direito em questão não é reconhecido na civilização ocidental.

No nosso sistema constitucional, as deficiências da decisão do caso *Bowers* tornaram-se mais visíveis nos anos que se seguiram a ser proferida. Os 25 Estados com leis que proibiam a conduta relevante na decisão *Bowers* estão actualmente reduzidos a 13, dos quais 4 impõem as suas leis apenas às condutas homossexuais. Nesses Estados, onde a sodomia é proibida, tanto para parceiros do mesmo sexo como para sexos diferentes, verifica-se um padrão de não-aplicação sempre que a conduta é consensual, praticada entre adultos e em privado. O Estado do Texas admitiu em 1994 que a partir daquela data não acusaria ninguém naquelas circunstâncias. *State v. Morales*, 869 S. W. 2d 941, 943.

Dois casos importantes decididos após o caso *Bowers* lançam mais dúvidas sobre os seus fundamentos. Em *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992), o Tribunal reafirma a força substancial da liberdade protegida pela *Due Process Clause*. A decisão *Casey* confirmou mais uma vez que as nossas leis e a nossa tradição asseguram a protecção constitucional das decisões pessoais relati-

vas ao casamento, à procriação, à contracepção, às relações familiares e à educação e à forma de criar os filhos. Ao explicitar o conceito de respeito que a Constituição exige face à autonomia do indivíduo para tomar estas decisões, afirmou:

“Estas matérias, envolvendo as escolhas mais pessoais e íntimas que o indivíduo toma durante a sua vida, escolhas fundamentais para a dignidade e autonomia pessoais, são partes fulcrais da liberdade protegida pela Quarta Emenda. No coração da liberdade está o direito de definir o seu próprio conceito de existência, de propósito, de universo e do mistério da existência humana. As convicções acerca destas matérias não poderiam definir os atributos de personalidade se eles fossem criados sob a compulsão do Estado”.

Os indivíduos envolvidos numa relação homossexual podem procurar autonomia para os seus objectivos, tais como indivíduos heterossexuais o fazem. A decisão em *Bowers* negar-lhes-ia este direito.

O segundo caso a que fizemos alusão, decidido após *Bowers*, e de particular importância, é o caso *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996). Aqui, o Tribunal invalidou legislação assente no conceito de classe que, se dirigida aos homossexuais, violaria a *Equal Protection Clause*. *Romer* tornou inválida uma emenda à Constituição do Colorado que apelidava de “pessoas de classe solitária” [*solitary class persons*] os homossexuais, as lésbicas ou os bissexuais devido às suas “orientações, condutas, práticas ou relacionamentos”, e os privava da protecção subjacente às leis estaduais antidiscriminatórias. Concluimos que aquela disposição tinha origem na “animosidade relativamente aos grupos de pessoas afectadas”, assim como não tinha qualquer relação racional com o legítimo objectivo prosseguido pelo governo.

No presente caso, foi sugerido como argumento alternativo [...] que *Romer* proporcionava a base para se declarar a lei do Texas violadora da *Equal Protection Clause*. Este é, sem dúvida, um argumento defensável, mas concluímos que o presente caso requer que questionemos a validade de *Bowers*. Alguém poderia legitimamente perguntar se consideraríamos a lei inválida à luz da *Equal Protection Clause* se, por exemplo, proibisse a conduta tanto entre pessoas do mesmo sexo como entre pessoas de sexos diferentes.

A igualdade de tratamento e o direito (decorrente do *due process*) de exigir respeito para condutas protegidas pela garantia substantiva da liberdade estão relacionados em aspectos importantes, e a decisão sobre este último ponto promove ambos os interesses. Se a conduta protegida é criminalizada e a lei que assim a torna continua por escrutinar no que respeita à sua validade substantiva, pode considerar-se que esse estigma se mantém mesmo que tal não tivesse sido imposto por razões de igual protecção. Quando a conduta homossexual é criminalizada pela lei do Estado, essa declaração é um convite à discriminação das pessoas homossexuais, tanto na esfera pública como na privada. O fundamento central de *Bowers* foi posto em causa por este caso e deveria ser questionado. A sua manutenção diminui e avilta os homossexuais.

Além disso, este estigma imposto pela lei não é trivial. O delito pertence à classe C, uma ofensa menor no sistema jurídico do Texas. No entanto, continua a ser um crime com tudo o que acarreta para a dignidade da pessoa acusada. Os requerentes terão que suportar nos seus registos criminais a história das suas condenações. Inclusivamente, durante este ano judicial [*term*] tivemos que rejeitar diversos pedidos contra leis estaduais que exigiam o

registro criminal de vários delinquentes sexuais. *Smith v. Doe*, 538 U. S. 1 (2003). *Conneticut Dept. of Public Safety v. Doe*, 538 U. S. 1 (2003). Fomos informados de que se o Texas condenasse um adulto por conduta homossexual em privado, sob o dispositivo ora em questão, a pessoa condenada ficaria com esse registro criminal em pelo menos quatro Estados. *Pet. for Cert. 13, and 12* (Idaho Code §§18-8301 to 18-8326 (Cum. Supp. 2002); *La Code Crim. Proc. Ann.*, §§15:540-15:549 (West 2003); *Miss. Code Ann.* §§ 45-33-21 a 45-33-57 (Lexis 2003); *S. C. Code Ann* §§23-3-400 a 23-3-490 (West 2002). Isto, atendendo à proibição em causa, sublinha a natureza consequencial da punição e o seu apadrinhamento por parte do Estado. Mais, no Texas a condenação criminal acarreta um conjunto colateral de consequências, nomeadamente a notificação em formulário de candidatura a empregos.

Os fundamentos de *Bowers* têm sofrido forte erosão nas nossas decisões mais recentes como *Casey* e *Romer*. Quando o nosso precedente tem sido de tal forma enfraquecido, a crítica proveniente de outros lados assume um grande significado. Nos Estados Unidos, *Bowers* tem sido alvo de uma enorme e contínua crítica, a qual desaprova os seus fundamentos, assim como a sua sustentação histórica. Ver, *e.g.*, *C. Fried. Order and Law: Arguing the Regan Revolution – A First-hand Account* 81-84 (1991); *R. Posner, Sex and Reason* 341-350 (1992). Os tribunais de cinco Estados diferentes declinaram seguir esta orientação interpretando as suas normas constitucionais conforme a *Due Process Clause* da Quarta Emenda, ver *Jegley v. Picado*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002); *Powell v. State*, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18, 24 (1998); *Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P. 2d 112 (1997); *Campbell v. Sun-*

dquist, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. App. 1996); *Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992).

Os valores que sustentam a fundamentação e justificação de *Bowers* são, de certa forma, partilhados por uma civilização mais vasta; no entanto, foram rejeitados noutras sedes. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não seguiu *Bowers*, mas sim a sua própria decisão no caso *Dudgeon v. United Kingdom*. Ver *P. G. & J. H. v. United Kingdom*, App. n. 00044787/98 56 (Eur. Ct. H. R. , Sept. 25, 2001); *Modinos v. Cyprus*, 259 Eur. Ct. H. R. (1993); *Norris v. Ireland*, 142 Eur. Ct. H. R. (1988). Também outras nações adoptaram medidas consistentes de protecção do direito dos homossexuais ao envolvimento em conduta íntima consensual. Ver *Brief for Mary Robinson et al. as Amici Curiae* 11-12. O direito que os requerentes perseguem neste caso foi aceite, em muitos países, como parte integrante da liberdade humana. Não há nenhuma prova de que, neste país, o interesse governamental em circunscrever a escolha pessoal é, de algum modo, mais legítimo ou mais premente.

A doutrina do precedente [*stare decisis*] é essencial para que se respeitem as decisões do tribunal, assim como para a própria estabilidade da ordem jurídica. No entanto, não é uma ordem inexorável. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 828 (1991) (“*Stare decisis* não é uma ordem inexorável; é mais um princípio político do que uma fórmula mecânica de fidelidade à última decisão”) (citando *Helvering v. Hallock*, 309 U. S. 106, 119 (1940)). Em *Casey* assinalámos que, quando ao Tribunal é pedido que revogue um precedente que reconhece constitucionalmente uma liberdade, a confiança individual ou da sociedade na existência dessa liberdade opõe-se, com especial força, a essa revo-

gação (“A liberdade não encontra abrigo na jurisprudência [*jurisprudence*] da dúvida”). Contudo, a fundamentação de Bowers não prejudicou essa confiança comparativamente a outras instâncias em que se encontram envolvidos direitos pessoais. De facto, em Bowers não houve envolvimento da confiança individual ou da sociedade, as quais, uma vez encontradas razões para esse efeito, poderiam aconselhar que não fosse alterada a sua fundamentação. Bowers causa incerteza na medida em que os precedentes anteriores e posteriores contradizem a sua fundamentação central.

A fundamentação lógica em Bowers não resiste a uma mais cuidadosa análise. O Juiz Stevens na *dissenting opinion* chega às seguintes conclusões:

“Os nossos casos precedentes tornam bem claras duas questões. Em primeiro lugar, o facto da maioria governativa num determinado Estado ver como imoral determinada conduta não é razão suficiente para sustentar uma lei que a proíba; nem a história nem a tradição poderiam proteger da inconstitucionalidade uma lei que proibisse a miscigenação. Em segundo lugar, as decisões individuais das pessoas casadas, respeitantes às intimidades da sua relação, mesmo que esta não se destine a procriar, são uma forma de liberdade protegida pela *Due Process Clause* da Quarta Emenda. Mais, esta protecção é extensível às escolhas individuais das pessoas solteiras assim como das pessoas casadas” (notas de rodapé e citações omitidas).

Do nosso ponto de vista, a análise do Juiz Stevens deveria ter prevalecido em Bowers e deverá prevalecer agora.

O caso Bowers não teve uma decisão correcta na altura e ainda não é correcta hoje. Não deveria constituir um precedente vinculativo [*binding precedent*]. Bowers *v.* Hardwick deveria ser e é, hoje, anulado.

O presente caso não envolve menores. Não envolve pessoas que se considerem agredidas ou coagidas ou ainda que se encontrem envolvidas em relações nas quais o consentimento não possa facilmente ser recusado. Não envolve conduta pública ou prostituição. Não envolve qualquer situação em que o governo tenha que dar o seu reconhecimento formal a uma relação em que homossexuais pretendem entrar. O caso implica dois adultos, os quais, com total e mútuo consentimento, estão envolvidos em práticas sexuais comuns ao estilo de vida homossexual. Os requerentes têm legitimidade de exigir respeito pela sua vida privada. O Estado não pode rebaixar a sua vida nem controlar o seu destino através da criminalização das suas práticas sexuais. O seu direito à liberdade, ao abrigo da *Due Process Clause*, confere-lhes o total direito de se envolverem em condutas sem que o Estado intervenha. “É uma promessa constitucional que haja uma esfera de liberdade pessoal na qual o Estado não pode intervir”. Casey, *supra*, 847. A lei do Texas apoia que não haja nenhum interesse estatal legítimo que justifique a intrusão na vida pessoal e privada do indivíduo.

Se aqueles que ratificaram as *Due Process Clause* da Quinta e Décima Quarta Emendas tivessem tido conhecimento de todas as acepções de liberdade talvez tivessem sido mais específicos. [...] Sabiam que os tempos nos podem cegar em relação a certas verdades e que as gerações futuras podem considerar que as leis, uma vez pensadas como justas e necessárias, serão consideradas opressivas. À medida que a Constituição resiste, haverá pessoas em todas as gerações que, ao procurarem uma maior liberdade, invocarão os princípios nela contidos.

O julgamento do Tribunal de Recurso para o Décimo Quarto Distrito do Texas é

assim anulado e o caso é reenviado para subsequentes procedimentos, desde que não contrários a esta decisão.

E assim é ordenado.

Juíza O'Connor, declaração de voto favorável à decisão da maioria do colectivo de juízes.

Hoje o Tribunal revoga *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986). Expresso a minha opinião favorável a *Bowers*, pelo que estou em desacordo com o Tribunal no que diz respeito à revogação. No entanto, concordo com o Tribunal de que a lei do Texas que proíbe a sodomia entre pessoas do mesmo sexo é inconstitucional. A este respeito, deve-se consultar o Código Penal do Texas Ann., artigo § 21.06 (2003). Em vez de me basear na componente substantiva da Cláusula da Décima Quarta Emenda Constitucional sobre o Princípio da Justiça Processual (*Due Process Clause*), que utiliza o Tribunal, baseio a minha conclusão no Princípio de Igual Protecção perante a Lei dessa mesma Emenda Constitucional.

O Princípio de Igual Protecção perante a Lei da Décima Quarta Emenda Constitucional “é essencialmente uma orientação para que todas as pessoas com uma situação similar sejam tratadas da mesma forma”. Cf. *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U. S. 432, 439 (1985); ver também *Plyler v. Doe*, 457 U. S. 202, 216 (1982). Nos termos dos nossos padrões de análise de base racional, “presume-se que a legislação é válida e será utilizada, caso a classificação estabelecida pela lei esteja relacionada de forma racional com um interesse legítimo do Estado”. Cf. *Cleburne v. Cleburne Living Center*, *supra*, p. 440; consultar também *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U. S. 528, 534 (1973); *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620, 632-633 (1996); *Nordlinger v. Hahn*, 505 U. S. 1, 11-12 (1992).

As leis, como é o caso da legislação económica e tributária, que são escrutinadas numa análise de base racional, respeitam normalmente as exigências constitucionais, dado que “a Constituição presume que mesmo as decisões imprevidentes serão, no devido tempo, rectificadas através dos processos democráticos”. Cf. *Cleburne v. Cleburne Living Center*, *supra*, p. 440; consultar também *Fitzgerald v. Racing Assn. of Central Iowa*; *Williamson v. Lee Optical of Okla., Inc.*, 348 U.S. 483 (1955). No entanto, temos defendido reiteradamente que alguns objectivos tais como “uma mera (...) pretensão de causar danos a um grupo politicamente impopular” não constituem interesses legítimos do Estado. Cf. *Department of Agriculture v. Moreno*, *supra*, p. 534. Cf. também *Cleburne v. Cleburne Living Center*, *supra*, pp. 446-447; *Romer v. Evans*, *supra*, p. 632. Quando uma lei exige uma tal pretensão de causar danos a um grupo politicamente impopular, aplicámos uma forma mais rebuscada de análise de base racional de modo a revogar essas leis nos termos do Princípio de Igual Protecção perante a Lei.

Temos habitualmente aplicado uma análise de base racional para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, nos termos do Princípio de Igual Protecção perante a Lei nos casos, tal como este, em que a legislação que é posta em causa inibe as relações pessoais. Por exemplo, no processo *Department of Agriculture v. Moreno*, defendemos que a lei que impede os agregados familiares que incluíam um membro que não tinha relação de parentesco com qualquer outro membro do mesmo agregado familiar de receber senhas de alimentação violava o Princípio de Igual Protecção perante a Lei, dado que o objectivo da lei consistia numa “discriminação contra os *hippies*”. O interesse da

administração pública de evitar a fraude com senhas de alimentação não foi considerado suficiente para satisfazer uma análise de base racional. No processo *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 447-455 (1972), recusámo-nos a sancionar uma lei que discriminava entre pessoas casadas e não casadas, pela proibição da distribuição de contraceptivos a pessoas solteiras. Do mesmo modo, no processo *Cleburne v. Cleburne Living Center*, decidimos que era irracional que um Estado exigisse que uma instituição para deficientes mentais obtivesse uma licença especial de utilização, enquanto outras residências, como era o caso das residências universitárias e dos prédios residenciais, não tinham de obter essa licença. No processo *Romer v. Evans*, não permitimos uma lei estadual que “impunha uma incapacidade ampla e indiferenciada sobre um só grupo”, especificamente os homossexuais.

O Juiz que votou vencido aparentemente concorda que, se estas acções têm um efeito *stare decisis* (decisão com base em precedentes), a lei do Texas sobre sodomia não será aceite por uma análise nos termos do Princípio de Igual Protecção perante a Lei, independentemente do tipo de base racional que se aplique (opinião de Scalia, J.).

A lei que se encontra aqui em causa considera a sodomia um crime apenas se uma pessoa se “envolver numa conduta desviante com cópula com outra pessoa do mesmo sexo”. Ver Código Penal do Texas Ann., artigo § 21.06(a) (2003). No entanto, a sodomia entre parceiros de sexo diferente não constitui um crime no Texas. Tal significa que o Estado do Texas trata a mesma conduta de forma diferenciada simplesmente com base nos participantes no acto. Aqueles que são prejudicados por esta lei são pessoas que têm uma orientação sexual para pessoas do mesmo sexo e, deste

modo, será mais provável que se envolvam em comportamentos proibidos pelo artigo § 21.06.

A lei do Texas considera os homossexuais diferentes aos olhos da lei ao considerar uma conduta específica, e apenas essa conduta, como estando sujeita a sanção penal. Ao que parece, as acusações ao abrigo da lei do Texas sobre sodomia são raras. Consultar o processo *State v. Morales*, 869 S. W. 2d 941, 943 (Tex. 1994) (que referia, em 1994, que o artigo § 21.06 “não foi e, provavelmente, não será utilizado contra condutas com consentimento entre particulares adultos”). No entanto, este processo demonstra que as acusações nos termos do artigo § 21.06 *realmente* ocorrem. E, embora a pena aplicada aos requentes neste caso tenha sido relativamente pequena, as consequências de uma condenação são consideráveis. Como referiu o Tribunal, as condenações dos requerentes, caso sejam confirmadas, iriam impedi-los ou restringir a sua capacidade para ingressar num conjunto de profissões, incluindo medicina, treino atlético e decoração de interiores. Consultar, *por exemplo*, Código das Profissões do Texas Ann. § 164.051(a)(2)(B) (2003) (médico); § 451.251 (a)(1) (formador de atletas); § 1053.252(2) (decorador de interiores). Efectivamente, quando os requerentes se pretendiam mudar para um de quatro Estados federais, as suas condenações implicavam que se inscrevessem no registo de autores de delitos sexuais, junto das autoridades locais. Consultar, *por exemplo*, Código de Idaho § 18-8304 (Cum. Supp. 2002); Lei Estadual da Louisiana Anotada § 15:542 (West Cum. Supp. 2003); Código do Mississippi Ann. § 45-33-25 (West 2003); Código da Carolina do Sul Ann. § 23-3-430 (West Cum. Supp. 2002).

E o efeito da lei do Texas sobre sodomia não se limita apenas à ameaça de acusação

ou às consequências da condenação. A lei do Texas sobre sodomia rotula todos os homossexuais de criminosos, tornando assim mais difícil que os homossexuais sejam tratados da mesma forma que as outras pessoas. Efectivamente, o próprio Estado do Texas tinha reconhecido anteriormente os efeitos colaterais da lei, estipulando numa anterior impugnação deste processo que a lei “sanciona em termos legais a discriminação contra [homossexuais] num conjunto de formas que não estão relacionadas com a lei penal”, incluindo áreas do “emprego, questões de família e de habitação”. *State v. Morales*, 826 S. W. 2d 201, 203 (Recursos do Texas, 1992).

O Estado do Texas tenta justificar esta sua lei, e os respectivos efeitos, argumentando que a lei satisfaz a análise de base racional, dado que reforça o interesse do Estado em promover a moralidade. No caso *Bowers*, defendemos que uma lei estadual que criminaliza a sodomia aplicada a casais homossexuais não violava a justa aplicação da lei em termos substantivos. Rejeitámos o argumento de que não existia base racional para justificar a lei, apontando para o interesse do Estado em promover a moralidade. 478 U. S., p. 196. A única questão que enfrentava o Tribunal no caso *Bowers* era a de saber se a componente substantiva do Princípio de Justiça Processual (*Due Process Clause*) protegia o direito de praticar a sodomia homossexual. *Bowers* não defendeu que a reprovação moral de um grupo constitua uma base racional, nos termos do Princípio de Igual Protecção perante a Lei, para criminalizar a sodomia homossexual, quando a sodomia heterossexual não é punida.

Este caso coloca uma questão diferente do que o caso *Bowers*: trata-se de saber se, nos termos do Princípio de Igual Protecção

perante a Lei, a reprovação moral constitui um interesse legítimo do Estado para justificar por si própria uma lei que proíbe a sodomia homossexual, mas não a sodomia heterossexual. De facto, não constitui.

A reprovação moral deste grupo, tal como um mero desejo de prejudicar o grupo, constitui um interesse que é insuficiente para satisfazer uma análise de base racional, nos termos do Princípio da Igual Protecção perante a Lei. Cf., por exemplo, *Department of Agriculture v. Moreno*, *supra*, p. 534; *Romer v. Evans*, 517 U. S., p. 634-635. Efectivamente, nunca defendemos que a reprovação moral, sem qualquer outro interesse do Estado, constitui razão suficiente, nos termos do Princípio da Igual Protecção perante a Lei, para justificar que uma lei que estabelece uma discriminação entre grupos de pessoas.

A reprovação moral de um grupo não pode constituir um interesse legítimo do Estado nos termos do Princípio da Igual Protecção perante a Lei, dado que as disposições legais não podem ser “estabelecidas no intuito de prejudicar o grupo que é afectado pela lei”. A invocação que o Estado do Texas faz da reprovação moral como um interesse legítimo do Estado apenas demonstra a pretensão do Estado do Texas de criminalizar a sodomia homossexual. No entanto, o Princípio da Igual Protecção perante a Lei impede que um Estado federado crie “uma classificação de pessoas elaborada em interesse próprio”. E, uma vez que o Estado do Texas raramente aplica a sua lei sobre a sodomia em casos de actos sexuais entre adultos com consentimento, esta lei serve sobretudo como uma declaração de repúdio ou reprovação contra os homossexuais do que propriamente como uma ferramenta para impedir um comportamento criminoso. A lei sobre sodomia do Texas “levanta a conclusão

inevitável de que a desigualdade imposta está crivada de animosidade contra a classe de pessoas afectadas”.

No entanto, o Estado do Texas argumenta que a lei sobre a sodomia não discrimina pessoas homossexuais. De facto, o Estado defende que a lei discrimina apenas as condutas homossexuais. Embora seja verdade que a lei se aplica apenas às condutas, o comportamento visado pela lei é uma conduta que está fortemente correlacionada com o facto de ser homossexual. Nestas circunstâncias, a lei do Texas sobre sodomia era dirigida para algo mais do que uma simples conduta. Está de facto dirigida para as pessoas *gay* enquanto grupo. “No fim de contas, é difícil que haja uma discriminação mais concreta contra um grupo do que criminalizar a conduta que define essa classe” (Scalia, J., na declaração de voto de vencido).

Quando um Estado federado criminaliza uma conduta homossexual, e não a “cópula sexual em conduta desviante” cometida por pessoas de sexos diferentes, “a declaração constitui por si própria um convite para sujeitar as pessoas homossexuais a discriminação tanto na esfera privada como na esfera particular”.

Efectivamente, a lei do Estado do Texas confirma que a lei sobre a sodomia é dirigida aos homossexuais enquanto grupo. No Texas, chamar “homossexual” a uma pessoa é difamatório, por si só, dado que a palavra “homossexual” implica a prática de um crime”. *Plumley v. Landmark Chevrolet, Inc.*, 122 F. 3d 308, 310 (CA5 1997) (ao aplicar a lei do Estado do Texas); consultar também *Head v. Newton*, 596 S. W. 2d 209, 210 (Recursos do Texas, 1980). O Estado admitiu que, em virtude da lei sobre sodomia, o facto de *ser* homossexual implica a presunção de que a pessoa é um criminoso. Consultar *State v. Morales*, 826

S. W. 2d, p. 202-203 (“A lei classifica as lésbicas e os *gays* como criminosos e, deste modo, sanciona a discriminação contra estes sob um conjunto de formas não relacionadas com a lei penal”). Deste modo, a lei do Texas sobre sodomia resulta na discriminação contra os homossexuais enquanto grupo, num conjunto de áreas que estão fora da lei penal. Consultar *ibidem*. Em *Romer v. Evans*, recusámo-nos a sancionar uma lei que apontava os homossexuais como tendo um “estatuto legal desfavorecido”. O mesmo acontece neste caso. O Princípio da Igual Protecção perante a Lei “nem reconhece nem tolera a existência de classes em que se dividam os cidadãos”. *Idem*, p. 623 (citando *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537, 559 (1896) (Harlan, J., em declaração com voto de vencido)).

Um Estado pode, evidentemente, atribuir determinadas consequências à violação da sua lei penal. Mas o Estado não pode seleccionar uma classe identificável de cidadãos para os punir em algo que não se aplica a todas as outras pessoas, sendo a reprovação moral o único interesse declarado pelo Estado para essa lei. A lei sobre sodomia sujeita os homossexuais a “uma pena perpétua e ao estigma social. Uma classificação legislativa que ameaça a criação de uma classe inferior (...) não pode ser conciliada com” o Princípio da Igual Protecção perante a Lei. *Plyler v. Doe*, 457 U. S., p. 239 (Powell, J., em declaração de voto).

Se uma lei sobre sodomia que seja neutral, tanto em termos de efeitos como de aplicação (consultar *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. 356 (1886)), viola ou não a componente substantiva do Princípio de Justiça Processual é uma questão que não necessita ser decidida nesta instância. No entanto, estou confiante de que, dado que

o Princípio da Igual Protecção perante a Lei exige que a lei sobre sodomia seja aplicada da mesma forma a homossexuais e a heterossexuais, no que diz respeito à conduta de particulares em actos com mútuo consentimento, uma tal lei não poderá subsistir na nossa sociedade democrática. Nas palavras do Juiz Jackson:

“Os redactores da Constituição sabiam, e nós não podemos esquecermo-nos hoje, de que não existe maior garantia prática efectiva contra o governo arbitrário e injusto do que exigir que os princípios da lei que os responsáveis impõem junto de uma minoria, sejam também aplicados à generalidade das pessoas. Inversamente, nada é mais efectivo para abrir as portas à actuação arbitrária do que o facto de permitir que as autoridades seleccionem um grupo de algumas pessoas a quem irão aplicar a legislação, escapando assim ao escrutínio do voto que os penalizaria no caso de serem afectados conjuntos maiores da população.” *Railway Express Agency, Inc. v. New York*, 336 U. S. 106, 112-113 (1949) (em declaração de voto).

O facto de ser inconstitucional a aplicação desta lei a condutas particulares com mútuo consentimento, nos termos do Princípio da Igual Protecção perante a Lei, não implica que outras leis que distingam heterossexuais e homossexuais sejam igualmente reprovadas por uma análise de base racional. O Texas não pode alegar, neste caso, qualquer interesse legítimo do Estado, como seja a segurança nacional ou a preservação da instituição tradicional do matrimónio. Ao contrário da reprovação moral das relações entre pessoas do mesmo sexo – o alegado interesse do Estado neste caso –, existem outras razões para promover a instituição do matrimónio para além da simples reprovação moral de um grupo excluído.

Uma lei que classifica uma classe de pessoas como criminosa, apenas com base na reprovação moral de um grupo e da conduta a ele associada, é contrária aos valores da Constituição e ao Princípio da Igual Protecção perante a Lei, qualquer que seja o padrão de análise. Deste modo, sou de opinião favorável à decisão do Tribunal de que é inconstitucional a lei do Texas sobre sodomia que proíbe a “cópula sexual desviante” entre adultos do mesmo sexo, com mútuo consentimento, mas não entre adultos de sexos diferentes.

O Juiz Scalia com declaração de voto de vencido, a que aderiram o Presidente e o Juiz Thomas.

“A liberdade não encontra refúgio numa jurisprudência duvidosa.” *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833, 844 (1992). Tratou-se da sentença do Tribunal, há pouco mais de uma década, para os requerentes que pretendiam recorrer do processo *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973). Hoje, a resposta do Tribunal aos que se têm envolvido numa batalha com 17 anos para recorrer do processo *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986), é bastante diferente. A necessidade de estabilidade e de certeza não tem barreiras.

A maioria do resto da decisão proferida hoje não tem relevância para a posição, ou seja, que a lei do Estado do Texas “não promove qualquer interesse legítimo do Estado que possa justificar” a sua aplicação aos requerentes nos termos de uma análise de base racional (recurso do caso *Bowers* na medida em que defendia a lei contra a sodomia da Geórgia, nos termos de um teste de base racional). Embora haja alguma discussão sobre a(s) “proposta(s) fundamentais”, e sobre as “decisões fundamentais”, em nenhum momento a decisão do Tribunal declara que a sodomia homossexual é um “direito fundamental” nos

termos do Princípio de Justiça Processual, nem sujeita a lei do Estado do Texas ao padrão de análise que seria apropriado (critérios rigorosos) no caso de a sodomia homossexual ser um “direito fundamental”.

Deste modo, ao revogar o *resultado* do caso Bowers, o Tribunal deixa estranhamente inalterada a sua conclusão fulcral: “O requerido solicita que proclamemos (...) um direito fundamental à prática da sodomia homossexual. Trata-se de algo que não está, de modo nenhum, nas nossas pretensões”. Pelo contrário, o Tribunal simplesmente descreve a conduta dos requerentes como “um exercício da sua liberdade”, o que é, de facto, indubitável, e aplica uma desconhecida análise de base racional que teria amplas implicações para além deste caso.

I

Início com a surpreendente prontidão do Tribunal para reavaliar a decisão emitida há 17 anos no processo Bowers *v.* Hardwick. Eu próprio não acredito na adesão rígida à *stare decisis* (decisão com base em precedentes) nos casos constitucionais, mas creio que poderemos ser consistentes e não manipulativos ao invocar aquela doutrina. As opiniões actuais em apoio de uma alteração não se preocupam em distinguir, nem sequer em mencionar, a exultação da *stare decisis* da coautoria de três membros da actual maioria no processo Planned Parenthood *v.* Casey. Nesse caso, quando a *stare decisis* implicava a preservação de direitos à interrupção voluntária da gravidez inventados judicialmente, a vasta crítica do caso Roe foi uma forte razão para o *reafirmar*:

“Quando, no desempenho das suas funções, o Tribunal decide um caso desta forma, de modo a resolver o tipo de

controvérsia fortemente polémica reflectida no caso Roe, (...) a sua decisão tem uma dimensão que a resolução de um caso normal não envolveria (...). Uma revogação sujeita a violenta polémica na ausência de uma forte razão (...) iria subverter a legitimidade do Tribunal para além de qualquer questão grave”. 505 U. S., p. 866-867.

No entanto, actualmente, em virtude da vasta oposição ao caso Bowers, uma decisão que resolva uma questão que motiva uma “divisão tão forte” como é a questão no processo Roe, é indicada como razão a favor da revogação.

[...]

A abordagem actual sobre a *stare decisis* leva-nos a revogar um precedente que foi erradamente decidido (incluindo uma decisão que causava uma “profunda divisão”), se: (1) os seus fundamentos sofreram “erosão”, devido a decisões subsequentes; (2) foi sujeita a críticas “substanciais e continuadas”; e (3) não induz à “confiança individual ou social” que recomenda evitar uma viragem no processo. O problema consiste no facto de que, no próprio caso Roe, que a maioria actual provavelmente não está na disposição de rejeitar, satisfaz estas condições, pelo menos, com o mesmo grau que o caso Bowers.

(1) Uma observação preliminar divergente relativamente ao primeiro elemento: a alegação do Tribunal de que o caso Planned Parenthood *v.* Casey “coloca algumas dúvidas” relativamente à posição no processo Bowers (ou em qualquer outro caso, nessa matéria) não contraria a análise. No que diz respeito a esta decisão, o caso Casey proporcionou um direito à interrupção voluntária da gravidez *menos* expansivo do que no caso Roe *e que já se encontrava nos livros na altura em que o caso Bowers foi decidido*. No caso de o

Tribunal não se referir à decisão no caso Casey, mas sim à declaração de voto da sua famosa passagem sobre o “doce mistério da vida” (“No coração da liberdade encontra-se o direito de cada um definir o seu próprio conceito de existência, de significado, do universo, e do mistério da vida humana”): Que “lança alguma dúvida” sobre a totalidade da nossa jurisprudência ou (presumivelmente a resposta correcta) talvez não. Nunca ouvi falar de uma lei que tentasse restringir o “direito de cada um definir” determinados conceitos; e, se esta passagem coloca em questão o poder do governo regular actuações com base no “conceito definido por cada um de existência, etc.”, será esse trecho que não respeitou a aplicação da lei.

Não discuto a alegação do Tribunal de que o processo *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996) causou “erosão” aos “fundamentos” da decisão de base racional do caso *Bowers*. Consultar *Romer*, *supra*, p. 640-643 (Scalia, J., em declaração de voto de vencido).

No entanto, as acções *Roe* e *Casey* sofreram igualmente “erosão” no caso *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997), que sentenciou que *apenas* os direitos fundamentais que estão “profundamente enraizados na história e tradição desta Nação” se enquadram fora da análise de base racional, nos termos da doutrina do “princípio substantivo de justiça processual”. Obviamente, *Roe* e *Casey* apresentaram a restrição da interrupção voluntária da gravidez a um escrutínio ponderado [*heightened scrutiny*] sem tentar sequer estabelecer que a liberdade da abortar se *encontrava* enraizada na tradição da Nação.

(2) O Tribunal afirma que o caso *Bowers* foi sujeito a “críticas substanciais e continuadas, reprovando a sua fundamentação em todos os aspectos, e não apenas

quanto aos pressupostos históricos”. Não se menciona exactamente o que são estas críticas não históricas e se o Tribunal concorda com elas, embora o Tribunal cite dois livros. Cf. *ibidem* (citando C. Fried, *Order and Law: Arguing the Reagan Revolution – A Firsthand Account*, p. 81-84 (1991); R. Posner, *Sex and reason*, p. 341-350 (1992)). Obviamente, também o caso *Roe* (e, por extensão, no caso *Casey*) foi (e continua a estar) sujeito a críticas inflexíveis, também por parte dos comentadores citados hoje pelo Tribunal. Consultar Fried, *supra*, p. 75 (“*Roe* foi um exemplo notório de um julgamento enviesado”); Posner, *supra*, p. 337 (“A decisão [do Tribunal] no caso *Roe* (...) não consegue avaliar as expectativas profissionais relativamente às decisões judiciais”); Posner, *Judicial Opinion Writing*, 62 U. Chi. L. Rev. 1421, 1434 (1995) (na apresentação da decisão no caso *Roe* como um “desempenho melindroso”).

(3) Tal deixa apenas o terceiro factor, de modo a distinguir a disposição sólida e inalterável do caso *Roe* do facilmente rejeitável caso *Bowers*. O Tribunal afirma, “não houve qualquer fundamento individual ou social no caso *Bowers* com uma natureza que pudesse formular uma recomendação contra a alteração da sua decisão (...)”. Creio que a “fundamentação social” nos princípios confirmada no caso *Bowers* e hoje posta de parte foi esmagadora. Inúmeras decisões judiciais e a promulgação de leis têm se baseado na afirmação antiga de que a convicção da maioria no governo de que um determinado comportamento sexual é “imoral e inaceitável” constitui uma base racional para a regulação. Consultar, *por exemplo*, *Williams v. Pryor*, 240 F. 3d 944, 949 (CA11 2001) (citando o caso *Bowers* na ratificação da proibição no Estado do Alabama da venda

de brinquedos eróticos com o fundamento de que o “fortalecimento e salvaguarda da moral pública (...) é indiscutivelmente um interesse legítimo do governo nos termos de uma análise de base racional”); *Milner v. Apfel*, 148 F. 3d 812, 814 (CA7 1998) (citando o caso *Bowers* para a afirmação de que “os parlamentos podem legislar relativamente à moralidade (...), em vez de ficarem confinados a evitar os danos demonstráveis”); *Holmes v. California Army National Guard* 124 F. 3d 1126, 1136 (CA9 1997) (com base no caso *Bowers* na ratificação da lei federal e dos regulamentos que proibiam a entrada no serviço militar a todos os que se envolvessem em condutas homossexuais); *Owens v. State*, 352 Md. 663, 683, 724 A. 2d 43, 53 (1999) (com base no caso *Bowers* na decisão de que “uma pessoa não tem o direito constitucional de se envolver em relações homossexuais, pelo menos, fora do matrimónio”); *Sherman v. Henry*, 928 S. W. 2d 464, 469-473 (Tex. 1996) (com base no caso *Bowers* na rejeição de um direito constitucional que era reclamado para cometer adultério). Nós próprios baseámo-nos amplamente no caso *Bowers* quando concluímos, no caso *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* 501 U. S. 560, 569 (1991), que a lei de indecência pública constituía um “interesse substancial da administração pública na protecção da ordem e da moral”, *ibidem*, (opinião plural); ver também *idem*, p. 575 (Scalia, J., com voto prevalecente no Tribunal). As leis do Estado Federal contra a bigamia, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o incesto com adultos, a prostituição, a masturbação, o adultério, a fornicação, o sexo com animais e a obscenidade são igualmente defensáveis apenas à luz da validação, feita no caso *Bowers*, das leis baseadas em opções morais. Cada uma destas leis é colocada em questão pela

decisão de hoje; o Tribunal não envidou esforços no sentido de confinar o âmbito da sua decisão, excluindo-as da sua tomada de posição (referindo “uma consciência crescente de que a liberdade proporciona uma protecção substancial às pessoas adultas sobre a forma de decidir sobre a conduta das suas vidas privadas *em matérias sexuais*” [itálico acrescentado]). A impossibilidade de distinguir homossexualidade de outras ofensas “morais” tradicionais é precisamente a razão para o facto de, no caso *Bowers*, se ter rejeitado a objecção de base racional. Afirma-se que “a lei é constantemente baseada em noções de moralidade, e, se todas as leis que representam essencialmente opções morais fossem invalidadas nos termos do Princípio de Justiça Processual, os Tribunais seriam inundados de processos”.

Deste modo, a rejeição do caso *Bowers* implica uma forte perturbação na actual ordem social. O mesmo não acontece com a rejeição do caso *Roe*, que iria simplesmente repor o regime que existiu ao longo de séculos, antes de 1973, em que a permissividade e as restrições ao aborto eram determinadas legislativamente, Estado a Estado. No entanto, *Casey* optou por basear a sua determinação *stare decisis* num diferente “tipo” de fundamentação. Afirmou que “as pessoas organizaram as suas relações íntimas e fizeram opções que definem as suas perspectivas de si próprias e os seus lugares na sociedade, com base na disponibilidade da interrupção voluntária da gravidez para o caso de a contracepção falhar”. Tal presume erroneamente que as consequências da rejeição do caso *Roe* iriam tornar o aborto ilegal. Na realidade, não é assim. Apenas *permitiria* aos Estados fazê-lo. Muitos Estados teriam inquestionavelmente recusado proibir o aborto e outros não o teriam proibido no prazo de

seis meses (após esse período, os interesses mais significativos teriam expirados). Mesmo para pessoas noutros Estados federados, a escolha não seria entre o aborto e o nascimento, mas entre o aborto no local ou o aborto num Estado federado vizinho.

[...]

II

Tendo decidido de que não necessitava aderir ao *stare decisis*, o Tribunal deve, no entanto, estabelecer que o caso Bowers foi mal decidido e que a lei do Texas, na forma como é aplicado aos requerentes, é inconstitucional.

O Código Penal Ann. do Texas, artigo § 21.06(a) (2003), impõe, sem sombra de dúvida, restrições à liberdade. O mesmo acontece com as leis que proíbem a prostituição, o uso recreativo da heroína e, para este efeito, trabalhar mais de 60 horas semanais numa padaria. Mas não existe o direito à “liberdade”, nos termos do Princípio de Justiça Processual, embora a decisão actual o reclame reiteradamente (“A liberdade protegida pela Constituição permite às pessoas homossexuais o direito de fazer a escolha”); (“Estes assuntos (...) são cruciais para a liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda da Constituição”); (“O seu direito à liberdade nos termos do Princípio de Justiça Processual proporciona-lhes todo o direito a se envolverem nas suas condutas sem intervenção da administração pública”). A Décima Quarta Emenda Constitucional *permite expressamente* que os Estados federados privem os seus cidadãos da “liberdade”, *desde que seja assegurado a “aplicação normal da lei”*:

“Nenhum Estado federado (...) privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou dos seus bens, *sem a devida aplicação normal da lei.*” Décima Quarta emenda constitucional (itálico acrescentado).

As nossas decisões que aplicam a doutrina conhecida como a “aplicação substantiva da lei” [*substantive due process*] defendem que o Princípio de Justiça Processual proíbe os Estados federados de infringir interesses *fundamentais* da liberdade, a menos que esse facto seja efectuado de forma a servir um importante interesse do Estado. *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S., p. 721. Temos defendido reiteradamente, em casos que o Tribunal actualmente não rejeita, que *apenas* os direitos fundamentais estão habilitados para a designada protecção sob o chamado “escrutínio ponderado” [*heightened scrutiny*], ou seja, direitos que estão “profundamente enraizados na história e na tradição”. Cf. *Reno v. Flores*, 507 U. S. 292, 303 (1993) (interesses fundamentais da liberdade devem estar enraizados nas tradições e na consciência do nosso povo a um nível considerado fundamental” [foram omitidas as aspas internas e as citações]); *United States v. Salerno*, 481 U. S. 739, 751 (1987) (o mesmo). Considerar também *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U. S. 110, 122 (1989) (“Insistimos não só no facto de o interesse denominado como “liberdade” ser “fundamental” (...), mas também de que teria de ser um interesse tradicionalmente protegido pela nossa sociedade”); *Moore v. East Cleveland*, 431 U. S. 494, 503 (1977) (opinião plural); *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390, 399 (1923) (Décima Quarta Emenda Constitucional que protege “os privilégios *há muito reconhecidos pela lei comum* como essenciais para um caminho ordeiro no sentido da liberdade por parte de homens livres” [itálico acrescentado]). Todos os outros interesses da liberdade poderão ser reduzidos ou revogados nos termos de uma lei estadual validamente aplicada, caso essa lei seja racionalmente relacionada com um interesse legítimo do Estado.

No caso *Bowers*, em primeiro lugar, estipulou-se que as proibições penais da sodomia homossexual não se encontram sujeitas ao “escrutínio ponderado”, dado que não implicam um “direito fundamental”, nos termos do Princípio de Justiça Processual 478 U. S. Ao mencionar que as “proscrições contra essa conduta têm raízes antigas”, que a “sodomia era um crime nos termos da lei comum e era proibido pelas leis dos 13 Estados que ratificaram originalmente o Bill of Rights (Convenção de Direitos)”, e que muitos Estados mantiveram as proibições da sodomia, o caso *Bowers* conclui que o direito de se envolver na sodomia homossexual não estava “profundamente enraizado na história e tradição da Nação”.

Presentemente, o Tribunal não rejeita esta decisão. Nunca descreve a sodomia homossexual como um “direito fundamental” ou como um “interesse fundamental da liberdade”, nem sujeita a lei do Texas a um escrutínio rigoroso [*strict scrutiny*]. Pelo contrário, ao não poder determinar que o direito à sodomia homossexual se encontra “fortemente enraizado na história e tradição da Nação”, o Tribunal conclui que a aplicação da lei do Texas à conduta dos requerentes não é aceite pelo teste de base racional, sendo rejeitada a decisão no caso *Bowers* no sentido contrário. Consultar *idem*, p. 196. “A lei do Texas não proporciona um interesse legítimo do Estado que possa justificar a intrusão na esfera pessoal e da vida privada do indivíduo.”

Devo agora abordar a decisão de base racional. No entanto, em primeiro lugar, abordo algumas críticas que o Tribunal formulou sobre a conclusão do caso *Bowers* de que a sodomia homossexual não constitui um “direito fundamental”, apesar de, como referi, o Tribunal não ter a ousadia de inverter essa conclusão.

III

A descrição do Tribunal sobre o “estado de direito” na altura do caso *Bowers* confirma igualmente que este tinha razão. O Tribunal refere *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 481-482 (1965). Mas este caso *rejeitou expressamente* qualquer fundamentação na doutrina da “aplicação substantiva da lei” [*substantive due process*], e baseou-se no designado “direito à privacidade” na penumbra das disposições das constituições para além do Princípio de Justiça Processual. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972), igualmente nada tinha a ver com a “aplicação substantiva da lei”; invalidava uma lei do Massachusetts que proibia a distribuição de contraceptivos a pessoas não casadas simplesmente com base no Princípio da Igual Protecção perante a Lei. Obviamente, *Eisenstadt* contém uma declaração de voto bem conhecida relacionada com o “direito à privacidade”, mas este referido ao direito reconhecido no caso *Griswold*, um direito que surge na penumbra das garantias específicas do Bill of Rights, não constituindo um direito de “aplicação substantiva da lei”.

O processo *Roe v. Wade* reconheceu que o direito à interrupção voluntária da gravidez constituía um “direito fundamental” protegido pelo “Princípio de Justiça Processual”. No entanto, o Tribunal que julgou o caso *Roe* não tentou estipular que o direito estava “fortemente enraizado na história e tradição desta Nação”; pelo contrário, baseou a sua conclusão de que “o conceito de liberdade pessoal da Décima Quarta Emenda Constitucional (...) é suficientemente amplo para incluir a decisão de uma mulher sobre se deve ou não terminar a sua gravidez” no seu próprio parecer normativo de que as leis antiaborto eram indesejáveis. Desde essa altura, temos rejeitado a posição do caso *Roe* de que as

normas sobre o aborto devem ser adaptadas para servir um importante interesse do Estado [*compelling state interest*]. Cf. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S., p. 876 (declaração conjunta de O'Connor, Kennedy e Souter, J.J.); *idem*, p. 951-953 (Rehnquist, C. J., com a mesma opinião numa parte e opinião divergente noutra parte) e, deste modo, através da implicação lógica, a posição do caso *Roe*, de que o direito à interrupção voluntária da gravidez era um “direito fundamental” (declaração conjunta de O'Connor, Kennedy e Souter, J.J.) (nunca descrevendo o aborto como um “direito fundamental” ou um “interesse fundamental da liberdade”).

Após a análise do historial das leis anti-sodomia, o Tribunal proclamou que “se deveria constatar que não existe um longo historial neste país de leis dirigidas para a conduta homossexual de forma distinta”. Esta observação, de nenhuma forma, coloca em dúvida a “conclusão histórica definitiva”, *idem*, sobre a qual se baseou o caso *Bowers*: de que a nossa Nação tem um longo historial de leis que proíbem a *sodomia em geral*, independentemente de ser efectuada por casais do mesmo sexo ou de sexos diferentes:

“É óbvio para nós que nenhuma destas formulações irá proporcionar um direito fundamental aos homossexuais de se envolverem em actos de sodomia por mútuo consentimento. As proscricções contra esta conduta têm raízes antigas. A *sodomia* era um crime na *common law* e era proibida pelas leis dos 13 Estados que ratificaram originalmente o Bill of Rights (Convenção de Direitos). Em 1868, quando foi ratificada a Décima Quarta Emenda Constitucional, os 37 Estados da União tinham todos *leis penais contra a sodomia*, com a excepção de 5 Estados federais. De facto, até 1961, a totalidade dos 50 Estados federados con-

sideravam a *sodomia* ilegal, e o Distrito de Columbia continua a aplicar sanções penais à *sodomia* praticada em privado e entre adultos com mútuo consentimento. Neste quadro, reclamar que um direito a se envolver nesta conduta que esteja ‘profundamente enraizada na história e tradição da Nação’ ou que ‘esteja implícita no conceito de liberdade ordeira’ é, no mínimo, irónico” (foram omitidas as citações e as notas de pé de página; itálico acrescentado).

É totalmente irrelevante (como se reconhece no caso *Bowers*) que as leis na nossa longa tradição nacional que criminalizam a sodomia homossexual estejam “dirigidas para uma conduta homossexual de forma diferente”. O facto de a sodomia homossexual ser proibida por uma lei dirigida para as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo ou por uma lei mais geral que proíba tanto a sodomia homossexual como a heterossexual, o único ponto relevante é que *era* criminalizada, o que é suficiente para estabelecer que a sodomia homossexual não era um direito “profundamente enraizado na história e tradição da nossa Nação.” O Tribunal concorda hoje que a sodomia homossexual era criminalizada e, deste modo, não objecta aos factos em que o caso *Bowers realmente* utilizava como fundamentação.

Em seguida, o Tribunal alega, mais uma vez sem o suporte de quaisquer citações, que as “leis que proíbem a sodomia não parecem ter sido aplicadas contra adultos por mútuo consentimento que actuassem em privado.” O qualificador fulcral neste caso era “actuar em privado”, dado que o Tribunal admite que as leis da sodomia *eram* aplicadas contra adultos com mútuo consentimento (embora o Tribunal sustente que as acusações “não eram frequentes”).

Não sei o que significa “actuar em privado”; seguramente que a sodomia por

mútuo consentimento, tal como a cópula heterossexual, raramente é praticada em público. Caso todo o Tribunal considere que “actuar em privado” significa a realização em “locais particulares, com as portas e as janelas fechadas”, é normal que as provas para uma eventual acusação sejam difíceis de obter. (Imaginem-se as circunstâncias que permitiriam um mandado de busca para uma residência com base no facto de que existiam motivos prováveis para pensar que estaria a ser praticada nesse local e nessa altura sodomia por mútuo consentimento.) Obviamente que a falta de provas não sustenta que a afirmação de que a sodomia por mútuo consentimento com as portas e as janelas fechadas seja considerada como um “direito fundamental”, mesmo que todos os outros casos de sodomia por mútuo consentimento sejam criminalizados. Registou-se um total de 203 acusações de sodomia homossexual entre adultos com mútuo consentimento, incluídos no sistema de informação “West Reporting” e nos registos oficiais do Estado nos anos de 1880 a 1995. Cf. W. Eskridge, *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* 375 (1999) (doravante designado por “Gaylaw”). Existem igualmente 20 casos de acusações por sodomia e 4 execuções durante o período colonial. Cf. J. Katz, *Gay/Lesbian Almanac* 29, 58, 663 (1983). A conclusão do caso *Bowers* de que a sodomia homossexual não constitui um direito fundamental “profundamente enraizado na história e tradição da Nação” é completamente incontestável.

Ao perceber este facto, o Tribunal diz: “Pensamos que as nossas leis e tradições no último meio século têm aqui grande relevância. Estas referências mostram *uma consciência crescente* de que a liberdade proporciona uma protecção substancial às pessoas adultas sobre a forma de decidir

sobre a conduta das suas vidas privadas *em matérias sexuais*” (itálico acrescentado). Para além do facto de que uma tal “consciência crescente” não estabelece um “direito fundamental”, esta declaração é falsa em termos factuais. Os Estados federados continuam a perseguir todos os tipos de crimes por parte de adultos “em matérias relacionadas com o sexo”: prostituição, incesto entre adultos, adultério, obscenidade e pornografia infantil. Além disso, as leis da sodomia têm sido aplicadas no “último meio século”, tendo-se registado 134 casos, envolvendo acusações por sodomia homossexual, entre adultos, com mútuo consentimento. Cf. *Gaylaw* 375.

Ao basear-se, em termos de provas, num “reconhecimento crescente” com fundamento numa recomendação do Instituto do Direito Americano (*American Law Institute*) de 1955, no sentido de não criminalizar as “relações sexuais por mútuo consentimento praticadas em privado”, o Tribunal ignora o facto de que esta recomendação era “um ponto de resistência na maioria dos Estados federados que consideravam a eventualidade de adoptar o Modelo de Código Penal”. Cf. *Gaylaw* 159.

Em qualquer caso, uma “consciência crescente” não está, por definição, “profundamente enraizada na história e tradição da Nação”, o que constitui um requisito para ser um “direito fundamental”, como referimos. Os fundamentos da Constituição não surgiram pelo facto de alguns Estados federados optarem por reduzir ou eliminar as sanções criminais sobre determinados comportamentos. Muito menos surgiram, como o Tribunal parece crer, devido ao facto de *nações estrangeiras* terem descriminalizado esta conduta. A opinião da maioria do colectivo de juizes no caso *Bowers* *nunca* se baseou em “valores que partilhamos com uma civilização mais vasta”, mas rejeitou o

direito à sodomia que era reclamado com base no facto de que esse direito não “se encontra profundamente enraizado na história e tradição *desta Nação*”, 478 U. S., p. 193-194 (itálico acrescentado). A posição de base racional no caso Bowers é igualmente isenta de qualquer base na perspectiva de uma “civilização mais ampla”, consultar *idem*, p. 196. A discussão do Tribunal sobre estas perspectivas estrangeiras (ignorando, obviamente, o vasto conjunto de países que mantiveram as proibições penais da sodomia) é, deste modo, uma opinião sem significado. No entanto, trata-se de uma opinião perigosa, dado que o “Tribunal (...) não deve impor aos americanos disposições ou modas”. Cf. *Foster v. Florida*, 537 U. S. 990, n. (2002) (Thomas, J., em declaração de voto em que concorda com a recusa de recurso para instância superior).

IV

Irei agora abordar a razão para o facto de o Tribunal manter firmemente a sua posição: a argumentação de que não existe uma base racional para a lei que é posta em causa.

Esta afirmação está tão longe de concordar com a nossa ciência jurídica, e mesmo com a ciência jurídica de qualquer sociedade que conheçamos, que não merece grande discussão.

A lei do Texas procura indubitavelmente sustentar a crença dos seus cidadãos de que algumas formas de comportamento sexual são “imorais e inaceitáveis”, Bowers, *supra*, p. 196, ou seja, o mesmo interesse que é defendido por leis penais contra a fornicação, a bigamia, o adultério, o incesto adulto, o sexo com animais e a obscenidade. No caso Bowers, defende-se que *era* um interesse legítimo do Estado. Hoje, o Tribunal chegou à conclusão oposta. A lei do Texas,

refere, “*não proporciona um interesse legítimo do Estado* que possa justificar a intrusão na esfera pessoal e da vida privada do indivíduo” (itálico acrescentado). Pelo contrário, o Tribunal adoptou a declaração do Juiz Stevens na sua declaração de voto de vencido no caso Bowers de que “o facto de que a maioria no governo num Estado tem visto tradicionalmente uma prática específica como imoral não constitui razão suficiente para proibir a prática”. Tal decreta, em termos efectivos, o fim de todas as legislações de carácter moral. Se, como afirma o Tribunal, a promoção da moralidade sexual maioritária não é sequer um interesse *legítimo* do Estado, nenhuma das leis atrás mencionadas poderá sobreviver a uma análise de base racional.

V

Finalmente, aceito a objecção sobre a igualdade de protecção apresentada pelos requerentes, que nenhum membro do Tribunal, com excepção da Juíza O’Connor, adopta. Deste modo, o artigo § 21.06(a) aplica-se igualmente a todas as pessoas. Os homens e mulheres, os heterossexuais e os homossexuais, todos estão sujeitos à proibição de relações sexuais desviantes com alguém do mesmo sexo. Para maior certeza, o artigo § 21.06 distingue entre os sexos, no que respeita ao parceiro com o qual as relações sexuais são praticadas: os homens poderão violar a lei apenas com outros homens e as mulheres apenas com outras mulheres.

Mas tal não pode constituir, em si mesmo, uma negação da igual protecção, dado que é precisamente a mesma distinção relativamente aos parceiros que existe nas leis estaduais que proíbem os casamentos com alguém do mesmo sexo, embora permitam o matrimónio com alguém do sexo oposto.

No entanto, é feita a objecção de que as leis antimiscigenação que foram invalidadas em *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 8 (1967), eram aplicáveis similarmente a brancos e a negros e apenas se distinguíam as raças no que dizia respeito ao *parceiro*. No entanto, no caso *Loving*, aplicámos correctamente o escrutínio ponderado [*heightened scrutiny*], em vez da habitual análise de base racional, dado que a lei da Virgínia era “concebida para manter a Supremacia Branca”. Um propósito de discriminação racial é sempre suficiente para sujeitar uma lei a um escrutínio estrito, mesmo uma lei que seja neutral e que não faça menção à raça. Cf. *Washington v. Davis*, 426 U. S. 229, 241-242 (1976). Nenhum propósito de discriminar contra homens ou mulheres enquanto classe se pode vislumbrar na lei do Texas, pelo que se aplica a análise de base racional. Esta análise é prontamente satisfeita neste caso pela mesma base racional que a satisfaz no caso *Bowers* – a crença da sociedade de que certas formas de comportamento sexual são “ímorais e inaceitáveis”. Trata-se da mesma justificação que apoia muitas outras leis que regulam o comportamento sexual que faz uma distinção com base na identidade do parceiro, por exemplo, as leis contra o adultério, a fornicção, o incesto entre adultos e as leis que recusam o reconhecimento do casamento homossexual.

A Juíza O'Connor argumenta que a discriminação nesta lei que deve ser justificada não é a sua discriminação relativamente ao sexo do parceiro, mas a discriminação relativamente à propensão sexual do principal agente.

“Embora seja verdade que a lei se aplica apenas às condutas, o comportamento visado pela lei é uma conduta que está fortemente correlacionada com o facto de se ser homossexual. Nestas circunstâncias,

a lei do Texas sobre sodomia era dirigida para algo mais do que uma simples conduta. Está de facto dirigida para as pessoas *gay* enquanto grupo.”

Obviamente, o mesmo se pode referir relativamente a qualquer lei. Uma lei contra a nudez em público é dirigida “a conduta que está fortemente correlacionada com o facto de a pessoa ser um nudista”, e, deste modo, está “dirigida para algo mais do que uma conduta”; está dirigida contra os nudistas enquanto classe”. Mas mesmo que a lei do Texas negue *efectivamente* a igual protecção aos “homossexuais enquanto classe”, esta negação não necessita mesmo assim ser justificada com algo mais do que uma base racional, o que os nossos casos demonstram ser satisfeito pela aplicação das noções tradicionais da moralidade sexual.

A Juíza O'Connor decreta simplesmente a aplicação de “uma forma mais rebuscada da análise de base racional” à lei do Texas. Os casos que cita não reconhecem uma tal norma, e chegam às suas conclusões apenas depois de constatar, como é exigido pela análise convencional de base racional, de que nenhum interesse legítimo do estado apoia a classificação em causa. Cf. *Romer v. Evans*, 517 U. S., p. 635; *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U. S. 432, 448-450 (1985); *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U. S. 528, 534-538 (1973). Nem a Juíza O'Connor explica com exactidão o que consiste na “forma mais rebuscada” de análise de base racional. No entanto, deve, pelo menos, significar que as leis que apresentem “um (...) desejo de causar danos a um grupo politicamente impopular”, são inválidas *ainda* que tenham uma base racional para as apoiar.

Este raciocínio fragiliza as leis estaduais que limitam o casamento aos casais de sexo oposto. A Juíza O'Connor procura preser-

vá-los através da declaração conclusiva de que “preservar a instituição tradicional do matrimónio” constitui um interesse legítimo do Estado. Mas “preservar a instituição tradicional do matrimónio” é apenas uma forma mais simpática de descrever a *reprovação moral* dos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

O interesse do Texas no artigo § 21.06 poderá ser reformulado em termos igualmente eufemísticos: “preservar os costumes sexuais tradicionais da nossa sociedade”. Na jurisprudência, a Juíza O’Connor também constatou que os juízes podem validar as leis ao caracterizá-las como “preservando as tradições da sociedade” (positivo); ou invalidá-las por as caracterizar como “expressando uma reprovação moral” (negativo).

* * *

A decisão de hoje é o produto de um Tribunal, que é o produto de uma cultura dos profissionais do direito, que têm subscrito largamente a designada agenda homossexual, que entendo como a agenda promovida por alguns activistas homossexuais dirigida no sentido de eliminar a reprovação moral que está tradicionalmente associada à conduta homossexual. Numa decisão anterior, referi que o facto de a Associação Americana de Faculdades de Direito (à qual qualquer faculdade de direito com reputação *deve* procurar aderir) excluir como membros as faculdades que recusem proibir nas suas entrevistas para emprego uma sociedade de advogados (ainda que pequena) que não deseje contratar como potencial parceiro uma pessoa que se envolva abertamente em condutas homossexuais. Cf. *Romer, supra*, p. 653.

Uma das declarações mais reveladoras na decisão de hoje é o severo aviso do

Tribunal de que a criminalização da conduta homossexual é “um convite para sujeitar as pessoas homossexuais a discriminação nas esferas pública e privada”. Daqui resulta claramente que o Tribunal tomou partido nesta guerra cultural, partindo do seu papel de assegurar, enquanto observador neutral, que as regras democráticas de intervenção são observadas. Muitos americanos não desejam pessoas que se envolvem abertamente em condutas homossexuais como parceiros nas suas actividades profissionais, como orientadores de escuteiros para os seus filhos, como professores nas escolas dos seus filhos ou a residir em quartos alugados nas suas casas. Têm a perspectiva de que estão a proteger-se a si próprios e as suas famílias de um estilo de vida que consideram imoral e destruidor.

O Tribunal considera que é uma “discriminação”, sendo função dos nossos julgamentos evitá-la. O Tribunal está de tal forma imbuído com a cultura dos profissionais da área do direito contra as práticas anti-homossexuais, que não está provavelmente consciente de que essa cultura não é obviamente a “corrente dominante”; que na maioria dos Estados federados o que o Tribunal considera como “discriminação” contra os que se envolvem em actos homossexuais é perfeitamente legal; que as propostas para banir essa “discriminação” nos termos do Título VII têm sido repetidamente rejeitadas pelo Congresso dos Estados Unidos. Cf. A Lei contra a Discriminação do Emprego 1994, S. 2238, 103d Cong., 2.^a Sessão (1994); Emendas aos Direitos Civis, H. R. 5452, 94.^o Congresso, 1.^a Sessão (1975); que, nalguns casos, essa “discriminação” está *obrigada* por uma lei federal, cf. 10 U. S. C. § 654(b)(1) (ordenando a expulsão das forças armadas de qualquer membro que se envolva ou ten-

cione envolver-se em actos homossexuais); e que, em determinados casos, essa “discriminação” constitui um direito a constitucional, cf. *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U. S. 640 (2000).

Devo esclarecer que não tenho nada contra os homossexuais, ou qualquer outro grupo, que promova a sua agenda através dos meios democráticos normais. As percepções sociais da sexualidade e do resto da moralidade mudam ao longo do tempo e qualquer grupo tem o direito de persuadir os seus concidadãos de que a sua perspectiva nessas matérias é a melhor. O facto de que os homossexuais alcançaram algum êxito no seu movimento é atestado pelo facto de que o Texas é um dos poucos Estados federados que criminaliza os actos homossexuais privados por mútuo consentimento. Mas persuadir os concidadãos é uma coisa e impor as perspectivas na ausência de uma maioria democrática é algo distinto. Nem tenho uma posição de *exigir* a um Estado que criminalize os actos homossexuais, ou, para esse efeito, que apresente uma reprovação moral, nem tenho uma posição de *proibir* de o fazer. O que o Estado do Texas fez encontra-se perfeitamente enquadrado na actuação democrática tradicional e a sua actuação não deve ser impedida pela invenção de um novo “direito constitucional” por parte de um Tribunal impaciente com a mudança democrática.

É verdade que as “gerações mais recentes podem constatar que as leis que eram anteriormente consideradas necessárias e adequadas servem apenas para oprimir”; e, quando tal acontece, as gerações mais recentes podem recusar estas leis. Mas é uma premissa do nosso sistema que estes julgamentos sejam feitos pelas pessoas e não sejam impostos por uma casta no governo com um conhecimento superior.

Uma das vantagens de deixar a regulação nesta matéria às pessoas e não aos tribunais é o facto de as pessoas, ao contrário dos juízes, não necessitarem de alegar fundamentos para as suas conclusões lógicas. As pessoas poderiam sentir que a sua reprovação da conduta homossexual é suficientemente forte para não permitir o casamento homossexual, mas que não é tão forte que permita criminalizar os actos homossexuais – e poderá legislar em conformidade. Hoje, o Tribunal considera que tem uma liberdade de acção similar, pelo que não necessitamos de temer a imposição judicial do casamento homossexual, como aconteceu recentemente no Canadá (numa decisão da qual o Governo do Canadá decidiu não recorrer). Cf. *Halpern v. Toronto*, 2003 WL 34950 (Ontario Ct. App.); Cohen, “Dozens in Canada Follow Gay Couple’s Lead”, journal *Washington Post*, 12 de Junho de 2003, p. A25. No final dessa decisão – depois de ter assolado os fundamentos da nossa jurisprudência de base racional – o Tribunal afirma que o presente caso “não envolve o facto de a administração pública dever reconhecer formalmente qualquer relação que as pessoas homossexuais pretendem contrair”. Não podemos pensar isso. Mais esclarecedor do que esta óbvia e irrazoável retratação é a progressão do pensamento apresentado num trecho anterior do parecer do Tribunal, que constata as protecções constitucionais conferidas a “decisões pessoais relacionadas com o *casamento*, procriação, contracepção, relações de família, criação e educação dos filhos” e declara posteriormente que “pessoas numa relação homossexual poderão procurar autonomia para estes efeitos, tal como o fazem as pessoas heterossexuais”.

A decisão desmonta a estrutura da lei constitucional que permitiu uma distinção

entre uniões heterossexuais e homossexuais, no que diz respeito ao reconhecimento formal do matrimônio. Se a reprovação moral da conduta homossexual não constitui “um interesse legítimo do Estado” para efeitos de proscreever essa conduta; e se, tal como o Tribunal defendeu emotivamente (colocando de parte qualquer neutralidade), “quando a sexualidade encontra uma expressão manifesta numa conduta íntima com outra pessoa, a conduta apenas pode constituir um elemento de ligação pessoal que seja duradouro”; que justificação pode haver para negar os benefícios do casamento a casais homossexuais, exercendo a “liberdade protegida pela Constituição”? Obviamente que não é o incentivo da procriação, dado que os casais estéreis ou de maior idade podem contrair matrimônio. Este caso “não envolve” a questão do casamento homossexual apenas se alguém tiver a crença de que os princípios e a lógica nada têm a ver com as decisões deste Tribunal. Muitos esperam que assim seja, como o Tribunal confortavelmente nos assegura.

As questões apropriadas para a resolução deste Tribunal são apenas três: a proibição da sodomia no Texas não infringe nem um “direito fundamental” (que o Tribunal não questiona), nem deixa de ser suportada por uma relação racional ao que a Constituição considera como um interesse legítimo do Estado, nem nega a igual protecção das outras leis. Deste modo, votei vencido.

Juiz Thomas, com voto de vencido.

Junto-me ao Juiz Scalia no seu voto de vencido. Redigi uma declaração separada para indicar que a lei que se apresenta hoje ao Tribunal “é (...) estranhamente tola”. Cf. *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 527 (1965) (Stewart, J., em declaração de voto de vencido). Se eu fosse um membro do parlamento do Texas votaria contra esta

lei. Punir alguém por expressar a sua preferência sexual através de uma conduta por mútuo consentimento não comercial com outro adulto não parece ser uma forma adequada de gastar os recursos públicos.

Apesar disto, reconheço que, como um membro deste Tribunal, não tenho poderes para ajudar os requerentes e outros que se encontram em posição similar. O meu dever é, de facto, “decidir casos em conformidade com a Constituição e as leis dos Estados Unidos”. E, tal como o Juiz Stewart, “não encontro [nem na Convenção de Direitos (Bill of Rights), nem noutra parte da Constituição] um direito geral à privacidade”, *ibidem*, ou, como o Tribunal estabeleceu hoje, a “liberdade da pessoa tanto em termos espaciais como em dimensões mais transcendentais”.

NOTAS

1. Cf. Ronald Dworkin, *Law's empire*, Londres, 1986, p. 228 e ss.

2. Cf. Lawrence Wright, *The kingdom of silence*, *New Yorker*, p. 59, Jan. 2004.

3. Cf. Richard Posner, *Sex and reason*, Cambridge, Mass., 1992, p. 292, que diz que as leis anti-sodomia são aplicadas tanto quanto as que punem criminalmente o adultério.

4. Cf. William Eskridge, Jr., *Gaylaw. Challenging the apartheid of the closet*, Cambridge, Mass., 1999, p. 15.

5. Cf. Robert Wintemute, *Sexual orientation and human rights. The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford, 1997, p. 46-47.

6. Cf. John Anthony Maltese, *Homosexuality*, in Kermit L. Hall (Ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nova Iorque-Oxford, 1992, p. 411.

7. Cf. Robert Wintemute, *op. cit.*, p. 46; cf. ainda, sobre os efeitos da sentença *Bowers*, Ronald Dworkin, *Sovereign virtue. The theory*

and practice of equality, Cambridge, Mass., 2000, p. 452 e ss, em especial p. 461.

8. Cf. Richard Posner, op. cit., p. 291.

9. Cf. William Eskridge, Jr., op. cit., com desenvolvidas referências ao “armário” como metáfora da clandestinidade da experiência homossexual à p. 5 e ss; significativamente, um dos mais brilhantes ensaios neste domínio, da autoria de Eve Kosofsky Sedgwick, intitula-se precisamente *Epistemologia do armário* (tradução portuguesa, Lisboa, 2003).

10. Cf. William Eskridge, Jr., op. cit., p. 171.

11. Cf. Neil Miller, *Out of the past. Gay and lesbian history from 1869 to the present*, Nova Iorque, 1995, p. 533; sobre a *military exclusion*, cf. William Eskridge Jr., op. cit., p. 128-129.

12. Cf. Evan Gerstmann, *The Constitutional underclass. Gays, lesbians, and the failure of class-based equal protection*, Chicago-Londres, 1999, p. 6.

13. Cf. William Eskridge Jr., op. cit., p. 149 e ss.

14. Cf. Miguel Nogueira de Brito, Originalismo e interpretação constitucional, *Sub Judice*, n. 12, p. 33e ss, Jan.-Jun. 1998.

15. Cf. Antonin Scalia, *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, Princeton, 1997, em especial p. 23 e ss.

16. Cf. Manuel Castells, *A era da informação: economia, sociedade e cultura*, v 2 – *O poder da identidade*, tradução portuguesa, Lisboa, 2003, p. 256-257.

17. Cf. António de Araújo, Direitos e deveres dos cidadãos perante a Defesa Nacional, in Jorge Miranda e Carlos Blanco de Moraes (Coord.), *O direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*, Lisboa, 2000, em especial p. 315 e ss.

18. Cf. António de Araújo, *Cidadãos portadores de deficiência. O seu lugar na Constituição da República*, Coimbra, 2001, em especial p. 133.

19. Cf. Manuel Castells, op. cit., p. 257.

20. *A matter of principle*, Oxford, 1985, p. 335 e ss.

21. Cf. Anthony Giddens, *Transformações da intimidade. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, tradução portuguesa, 2. ed., Oeiras, 1996, p. 129 e ss.

22. Cf. Catharine MacKinnon, *Only words*, Cambridge, Mass., 1993, p. 9.

23. Para uma abordagem desenvolvida dos problemas específicos do consentimento no domínio das relações homossexuais, cf. William Eskridge, Jr., op. cit., p. 243 e ss.

24. Cf. Camille Paglie, *Vamps & vadias*, tradução portuguesa, Lisboa, 1997, p. 101.