

DE *BOWERS* A *WINDSOR*: O LONGO TRAJETO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE AO ENCONTRO COM A IGUALDADE E A DIFERENÇA

FROM *BOWERS* TO *WINDSOR*: THE LONG CONSTITUTIONAL PATH OF FREEDOM TO FIND THE EQUALITY AND DIFFERENCE

Maria Fernanda Salcedo Repolês*
Francisco de Castilho Prates**

Resumo: Neste artigo lida-se com uma das mais importantes questões do pensamento constitucional: o relacionamento entre a denominada *regra da maioria* e os direitos das minorias. Nele, procura-se demonstrar a importância da noção de não discriminação para o crescente reconhecimento de direitos à comunidade homossexual pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em que o sentido constitucional de igualdade e liberdade tem, paulatinamente e em meio a muitas disputas, confluído com o “direito à diferença”. Além disso, busca-se mostrar que a maioria da Suprema Corte tem procurado decidir os casos sem recorrer a posturas “moralistas” que partam, explicitamente, “desta ou daquela” visão de mundo, trabalhando as pretensões como temas de direito, não de preferência axiológica ou ética. Finalmente, faz-se necessário dizer que a abordagem empregada neste trabalho parte da perspectiva histórica e comparativa (método diacrônico), pois esta abre a possibilidade de se questionarem decisões passadas da Suprema Corte dos Estados Unidos, realizando uma conversa entre gerações.

Palavras-chave: Discriminação. Liberdade. Igualdade. Diferença.

Abstract: In this article it is dealt with one of the most important issues of constitutional thought: the relationship between *majority rule* and minority rights. In it, it is tried to demonstrate the relevance of the notion of *non-discrimination* for the acknowledgement of rights of the homosexual community by the Supreme Court of United States of America, in which the constitutional meaning of equality and freedom has, gradually and in midst of disputes, converged to the “right to difference”. Beyond that, it is discussed how the majority of the Supreme Court has tried to decide the cases without resorting to “moralistic” positions that arise, explicitly, from “this or that” world vision, working the cases as questions of law, not as an axiological or ethical preference. Lastly, it is necessary to say that the approach, used in this work, is the historical and comparative perspective (diachronic method), because it opens the possibility of questioning past decisions of the United States Supreme Court, as a conversation between the generations.

Keywords: Discrimination. Freedom. Equality. Difference.

* Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro com bolsa CNPq; Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Avenida João Pinheiro, 100, Funcionários, Centro, 30130-180, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil; mariaf.salcedo@gmail.com

** Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Bolsista Capes/Ds); castilho_2011@yahoo.com.br

À guisa de introdução: explicitações conceituais necessárias

É possível averiguar-se a tensa trajetória das disputas pelo sentido de igualdade, no que se refere aos direitos das minorias sexuais nos EUA, a partir de inúmeros pontos de partida e com recortes dos mais diversos, o que impõe que optemos, de saída, pelos casos ou precedentes que nos nortearão, já que estes como que configuram o pano de fundo sobre o qual as nossas posições serão construídas e expostas.

Reconhecemos e assumimos todos os riscos que um recorte implica, pois quando jogamos “luz” sobre certas situações, estamos colocando ou mantendo outras nas sombras. Todavia, em virtude do tempo e espaço que um artigo disponibiliza, não há como nos furtarmos a tal *escolha do caminho*, visto que a nossa começa com o paradigmático caso denominado *Bowers v. Hardwick* (1986), indo, posteriormente e em sequência, ao encontro de *Romer v. Evans* (1996), *Lawrence v. Texas* (2003) e *United States v. Windsor* (2013).

Ora, a escolha desses precedentes deve-se ao fato de entendermos que eles, ainda que refletindo uma tênue tendência, não uma posição consolidada, demonstram que, paulatinamente e em razão das transformações contextuais, tanto o parâmetro “moral” quanto um “originalista”¹ de interpretação constitucional do que seja “direitos iguais aos grupos minoritários”, têm sido problematizados, conduzindo a dimensão da igualdade ao encontro da diferença. Assim, os debates que ocorreram em torno desses casos explicitam o anacronismo de certos sentidos normativos de igualdade, haja vista que, como veremos em *Bowers*, presos a concepções naturalizadas, a-históricas e, principalmente, subordinativas, tais sentidos contradizem o próprio projeto moderno de constitucionalismo, o qual é aqui traduzido a partir da noção de que “[...] constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, coautores das leis que regem o nosso viver em comum.” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 12).

Em síntese, podemos escrever, com Rosenfeld (2003, p. 21), que

[...] o constitucionalismo não faz muito sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo [...] seria supérfluo.

Dáí buscarmos desvelar o potencial emancipador das críticas às *tradições naturalizadas*, em que as pretensões levantadas pelos envolvidos nas situações narradas nos precedentes que aqui serão abordados realçam a circunstância de que constituímos uma comunidade de cidadãos livres e iguais em suas diferenças, o que é central em um Estado que se diz Democrático de Direito, no qual a iden-

¹ “Originalistas” aqui entendidos, *grosso modo*, como os representantes, no cenário constitucional estadunidense, da corrente interpretativa que acaba identificando o sentido de Constituição a partir de uma suposta “intenção original”, ainda que relativizada, dos chamados *pais fundadores*, o que conduz, como veremos, por exemplo, nas posições do *Justice Scalia*, que os seus defensores afirmem que os juízes da Suprema Corte não teriam *autoridade constitucional* para invalidar, nas situações concretas de aplicação, disposições normativas oriundas dos processos legislativos, pois estes refletem a concepção, pensada “originalmente”, de uma democracia representativa da maioria. Ou seja, como anota Robert Bork: “Na medida em que os juízes forem persuadidos da filosofia *não originalista*, estarão usurpando autoridade que pertence, apropriadamente, ao povo e a seus representantes eleitos.” (BORK, 1990, p. 7, grifo nosso). Conferir, entre outros: Repolês Torres (2005, p. 158-162).

tidade constitucional² não é propriedade de um intérprete “melhor” qualificado, seja ele um dado “grupo social” seja a “memória” de *pais fundadores*, pois se, ainda que em potência, “todos” *vivem* a Constituição, “todos” podem questioná-la e (re)escrevê-la.³

Desse modo, explicitamos que o nosso pano de fundo é o Estado Democrático de Direito, entendido como constitutivamente tenso, aberto e plural, ou seja, como reflexo de um interminável e, por isso mesmo, altamente arriscado processo de aprendizagem, o qual não admite a perenização, imutabilidade e inquestionabilidade das narrativas que configuram a sua identidade constitucional.⁴

Assim, a nossa proposta é, partindo dos precedentes escolhidos, visualizar que, em razão da abertura da identidade constitucional em contextos que se afirmam democráticos, as teses vencedoras em dado momento histórico possam ser reconstruídas, potencializando que demandas por direitos, antes descartadas, sejam, quando da ocorrência de “deslocamentos problematizadores” do sentido de Constituição, recuperadas, revistas e reconhecidas, discursivamente, como legítimas. Desse modo, a incompletude e a diversidade, marcas definidoras de uma democracia constitucional, possibilitam o caminhar da dimensão da igualdade ao encontro da dimensão do direito à diferença, não com fundamento em critérios que hierarquizam “visões de mundo”, mas, sim, com base em interpretações que tematizam as discriminações e restrições normativas efetivadas, confrontando-as com os imperativos constitucionais de uma igualdade de tratamento e participação, onde *ser diferente* não é sinônimo de *ser menos cidadão*.

1 Bowers:⁵ quando a diferença iluminada exclui e subordina

Em meados da década de 1980, no Estado da Georgia, no Sudeste dos Estados Unidos, um cidadão, Michel Hardwick, foi preso, acusado e processado por ter infringido uma legislação estadual que considerava crime (*offense of sodomy*), punível com até 20 anos de prisão, a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo, ainda que as estas fossem maiores de idade e o encontro ocorresse de modo consentido e privado, leia-se, dentro de suas residências.

Em razão do ocorrido e de suas consequências, Hardwick decidiu lutar pelos direitos fundamentais que entendia que lhe haviam sido, injustificada e ilegitimamente, denegados, o que o conduziu à tomada de ações judiciais contra o *Attorney General* da Georgia, *M. Bowers*, argumentando que a citada legislação estadual a ele aplicada era incompatível com a Constituição e as *liberdades* por ela garantidas.

Em rápida síntese, podemos anotar que as pretensões levantadas por Hardwick não foram bem-sucedidas na “primeira instância” em razão de questões procedimentais, fazendo com ele recor-

² Conferir Rosenfeld (2003).

³ Conferir Häberle (1997).

⁴ Tal “abertura” é visualizável, por exemplo, nas disposições contidas na IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada em 1791, *in verbis*: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*”

⁵ Todos os casos aqui abordados possuem como base de dados o site do *United States Supreme Court Center* (<<http://supreme.justia.com>>), assim como o site do *The Oyez Project* (<<http://www.oyez.org>>), ambos com acessos realizados até 28 de junho de 2015), a não ser quando trabalhados em textos de pensadores empregados.

resse à *Corte de Apelação*, a qual reconheceu a legitimidade de seu pedido, declarando que a norma estadual era inconstitucional e, por consequência, violava direitos, constitucionalmente assegurados, de Hardwick, decisão esta que fez com que o Estado da Georgia, por intermédio de seu *Procurador Geral, Bowers*, apelasse à Suprema Corte, buscando reverter tal posição.

É esse quadro, ainda que brevemente exposto, que subjaz ao paradigmático caso *Bowers v. Hardwick* (1986), que conduziu a *Supreme Court* a se debruçar sobre o âmbito normativo do direito constitucional à privacidade e à intimidade e, principalmente, a debater a respeito do âmbito da *cláusula geral de igualdade* (*Due Process Clause/Equal Protection Clause*) consubstanciada nas famosas 5ª e 14ª emendas à Constituição, ou seja, a Corte deveria dizer se o direito à privacidade, constitucionalmente previsto, incorporaria a possibilidade de indivíduos, capazes de consentir, relacionarem-se com pessoas do mesmo sexo em ambientes privados.

De saída, já podemos colocar que, por maioria (5 x 4), os juízes da Suprema Corte entenderam, ao contrário do que defendiam os advogados de Hardwick, que não haveria, com base no texto constitucional, qualquer direito a encontros homossexuais, ainda que travados entre adultos, sem qualquer violência e no espaço de suas casas, afirmando, assim, a constitucionalidade da lei do Estado da Georgia, dando provimento ao apelo de *Bowers* e revertendo a decisão da instância federal inferior.

Essa “conclusão” foi precedida por um forte debate sobre o sentido de certos precedentes colacionados por *Hardwick*, os quais versavam sobre o princípio da igualdade e sobre o alcance protetivo da privacidade contra a interferência do aparato estatal, em que a Suprema Corte havia, consistentemente, conferido uma *posição preferencial* à liberdade individual e à esfera privada diante de situações concretas em que a intervenção do Estado fora tida como abusiva, já que contrariava o sistema de direitos estabelecido na Constituição pelos *pais fundadores*. Entendiam esses precedentes que o sistema impunha estritos limites à atuação do Estado nas relações inter-privadas, haja vista a enorme desconfiança, historicamente construída, desse Estado que a tudo e todos pretenderia controlar, aliando-se tal posicionamento à defesa ferrenha das liberdades individuais, já que estas últimas, com raríssimas exceções, sempre foram tidas pela Suprema Corte como essenciais para a garantia e o fomento de uma sociedade livre.

Entretanto, no caso de *Hardwick*, uma Suprema Corte bem dividida, fundamentando-se em tradições morais e raízes históricas do “povo” americano, em uma leitura por demais estática do texto constitucional, decidiu que o sentido de liberdade individual possibilitaria, em virtude deste pano de fundo de concepções assentadas de mundo, o estabelecimento de legislações criminalizadoras de relações do que hoje chamaríamos homoafetivas, revelando que a maior parte da Corte era altamente refratária em resignificar o direito à igualdade de tratamento entre/dos cidadãos, o que foi justificado com argumentos que anotavam que esse referido órgão do judiciário não dispunha de “autoridade” constitucional para atuar contrariamente aos “desejos” da maioria expressos nas ditas legislações restritivas.

Realizando um parêntesis, devemos recuperar alguns dos argumentos de um dos precedentes mais debatidos em *Bowers*, qual seja, o também paradigmático *Stanley v. Georgia* (1969), haja vista que neste último, a Suprema Corte, ao deter-se sobre questionamentos que versavam sobre se a

posse particular de material tido como obsceno configurava ou não um ilícito penal, estabeleceu um claro limite à atuação do Estado ao reverter a condenação imposta à Robert Stanley nas instâncias inferiores, o qual havia sido acusado de violar legislação estadual que vedava possuir produtos taxados de pornográficos, mesmo que em ambientes exclusivamente privados.

Em decisão unânime, a Suprema Corte entendeu que o *free speech*, garantido pela *Primeira Emenda*, concretizado na dimensão estadual por meio da cláusula da igualdade como disposta pela *Fourteenth Amendment*, incluía, dentro de certos parâmetros normativos, como, por exemplo, a proteção absoluta conferida a crianças e adolescentes, os quais, em modo algum, poderiam ser expostos a conteúdos pornográficos, a possibilidade de adultos receberem e possuírem em suas residências material com pornografia, já que a mera posse não poderia ser tida como um sinal prévio e objetivo de que o “proprietário” estaria inclinado a perpetrar, efetivamente, alguma violência ou conduta antissocial (*antisocial conduct*), ou seja, o direito à liberdade de expressão e a cláusula de igualdade foram lidos de modo confluyente, construindo não uma proteção à pornografia, mas operando como uma garantia contra pretensões ilegítimas de atuação governamental.

Em suma, a Suprema Corte, reafirmando várias de suas próprias decisões, não afirmou qualquer direito à pornografia ou à obscenidade, nem a livre e incondicionada circulação de material com esse tipo de conteúdo, porém, assentou que a posse privada não poderia, por si só e com base em algum tipo de “perigo objetivo” para a sociedade, ser criminalizada generalizadamente, ou seja, ainda que reconhecendo que o governo tem um legítimo e válido direito a buscar regular a produção e circulação de materiais obscenos, nem por isso ele possui uma ilimitada faculdade de, em todo e qualquer contexto, desprezar outros direitos também garantidos constitucionalmente.⁶

Com efeito, redigindo a *opinião* da Corte, o *Justice Marshall*, ao refletir sobre os direitos e liberdades que os *pais fundadores* buscaram assegurar, quando da feitura do texto constitucional, lembrou que os mesmos “[...] sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone – the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized man.” (*Stanley v. Georgia*, 1969).

Essa passagem demonstra que o direito à privacidade, quando lido em conjunto, ou a partir da liberdade de expressão como disposta na *Primeira Emenda*, potencializa a possibilidade de divergirmos do estabelecido, de *emitirmos mensagens* que, aos olhos da maioria, não são valoradas socialmente, refletindo uma exigência da própria democracia de base plural e emancipatória, o que, na perspectiva da Suprema Corte em *Stanley*, foi tido como essencial a uma sociedade que se quer livre, pois como advertiu a mesma Corte, a interferência estatal em escolhas privadas, com raras exceções, não deve alcançar o ponto de subjugar ou impedir que os cidadãos exponham ou vivam suas representações de mundo e de vida.⁷

⁶ “[...] the First and Fourteenth Amendments recognize a valid governmental interest in dealing with the problem of obscenity. But the assertion of that interest cannot, in every context, be insulated from all constitutional protections. (*Stanley v. Georgia*, 1969).

⁷ “For also fundamental is the right to be free, except in very limited circumstances, from unwanted governmental intrusions into one’s privacy.” (*Stanley v. Georgia*, 1969).

São argumentos como esses que revelam o porquê de *Stanley* ter sido recuperado em *Bowers*, pois se não há dúvida de que a obscenidade e a pornografia são uma presença, diríamos nós, dispensável em uma sociedade que se pretenda menos violenta, haja vista que elas acabam por se mostrarem como formas simbólicas de opressão, subordinação e humilhação, por exemplo, e principalmente, contra as mulheres;⁸ tal circunstância, com toda a sua complexidade, não pode, ainda mais em um Estado Democrático de Direito, significar a imposição de apenas uma visão de mundo, pois correríamos o enorme risco de confundirmos a dimensão de aplicação do direito com a esfera da moral ou da religião, consubstanciando, em realidade, uma verdadeira *privatização do público* ou, talvez, uma ditadura moral da maioria, fechando o espaço dialógico que uma democracia constitucional implica.

Nessa linha, a Suprema Corte afirmou que as proteções e garantias constitucionais à privacidade e à livre expressão não são “[...] *confined to the expression of ideas that are conventional or shared by a majority* [...] *And, in the realm of ideas, it protects expression which is eloquent no less than that which is unconvincing.*” (*Stanley v. Georgia*, 1969).

Em outros termos, a regulação pública de questões de foro íntimo, não obstante ser requerida em certas situações de risco comprovado, como, por exemplo, casos envolvendo a necessidade da integral proteção das crianças e adolescentes, não alcança, ainda mais quando as justificativas são de base por demais subjetiva e moralista, orientações de vida implementadas por cidadãos adultos e responsáveis por suas ações e omissões, mesmo que tais orientações não se coadunem com as posições dominantes e hegemônicas na sociedade.

Todavia, em *Bowers*, percebemos que muitas dessas assertivas foram “relidas” de modo diverso pela maioria da Suprema Corte, entendendo-se que as afirmativas, contundentemente expostas, sobre o direito à privacidade, que fundamentaram a decisão em *Stanley*, não se aplicavam à situação vivenciada por *Hardwick*, já que a ênfase construída no primeiro caso tinha sido dada ao âmbito protetivo da liberdade de expressão como conformada na Primeira Emenda, não podendo, desse modo, ser este precedente ampliado para abarcar a cláusula da igualdade da Décima Quarta Emenda, ou seja, a igualdade e o direito à privacidade não poderiam ser traduzidos como se fossem uma “fronteira” insuperável à atuação estatal diante de condutas tidas, pela legislação, como ilícitas, o que revelaria que, diante do texto constitucional, não haveria nenhum direito a relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, ainda que maiores de idade e dentro de suas residências.

Em realidade, a Suprema Corte, nesse caso concreto, desconhecendo a dimensão contra-majoritária que uma jurisdição constitucional deve possuir em uma democracia constitucional como a aqui assumida, restringiu-se, haja vista que declarou que leis, como a da Georgia, que criminalizavam encontros privados entre adultos do mesmo sexo, eram como que “legitimadas” pelo tempo e por tradições enraizadas historicamente (*ancient roots*), isto é, a circunstância de o encontro homossexual ter acontecido em uma esfera particular, como na situação de *Hardwick*, em nada invalidava a normativa estadual que vedava tais relacionamentos, pois o direito à privacidade, como concebido em *Stanley*, não seria aplicável, pois seriam distintas as disputas travadas em cada caso concreto,

⁸ Sobre tal tema, ver Mackinnon (1984).

além disso, afirmar que estaria havendo como que uma “imposição moral da maioria” sobre o direito de divergir das minorias não foi suficiente para declarar a inconstitucionalidade da referida legislação estadual, já que, para a maior parte dos *justices*, as leis fundamentam-se em concepções morais compartilhadas majoritariamente na sociedade.

Essa posição é ainda mais clara na dicção do juiz *Burger*, o qual, ao escrever com a maioria, lembrou que

[...] decisions of individuals relating to homosexual conduct have been subject to state intervention throughout the history of Western civilization. Condemnation of those practices is firmly rooted in Judeo-Christian moral and ethical standards. Homosexual sodomy was a capital crime under Roman law. (Bowers v. Hardwick, 1986).

Verifica-se, neste caso, a ocorrência de uma interpretação altamente restritiva, literal e nominal do princípio da igualdade e da própria noção de legitimidade democrática, pois ser portador de igual respeito é traduzido como o direito de ser o “mesmo”, de não ousar divergir da regra da maioria, em que a legitimidade das leis que regulam as interações sociais é reduzida à mera legalidade, e a Constituição é interpretada como um projeto fechado e estático de representação de mundo.

Contudo, esse direito de divergir, central em um Estado Democrático de Direito, foi exercido pelos juízes que construíram a posição “minoritária” e “dissidente”, a qual, na voz do juiz *Blackmun*, destacou que o caso *Bowers* não versava sobre algum direito constitucional de realizar encontros homossexuais, assim como *Stanley*, anteriormente explanado, não dizia respeito a alguma garantia de acesso a material pornográfico, mas, sim, como afirmado anteriormente pelo *justice Brandeis*, em outra divergência, o caso dizia respeito ao “[...] *the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men [...]*”, a saber, “*the right to be let alone.*” (*Olmstead v. United States, 1928*).

O mesmo juiz, *Blackmun*, divergindo, entendeu que o fato de leis como a da Georgia existirem há muito tempo e em muitos dos estados da Federação não seria um indicativo de que elas fossem “válidas constitucionalmente”, como se houvesse uma inquestionável “legitimação temporal e moral” de certas normas, ou seja, “[...] *the fact that the moral judgments expressed by statutes like § 16-6-2^o may be “natural and familiar” [...]* ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States.” (*Bowers v. Hardwick, 1986*).

Com base nessa linha argumentativa, *Blackmun* considerou que a legislação estadual em tela desafiava e denegava o direito, constitucionalmente garantido, de os indivíduos decidirem, por si mesmos, de modo consensual e dentro de sua esfera privada de ação, envolverem-se ou não em encontros com pessoas do mesmo sexo; interpretação essa, ressaltemos, que revela ser mais coerente com, por exemplo, a posição dominante na Suprema Corte quanto ao âmbito protetivo da liberdade de expressão e o papel dos direitos fundamentais dos indivíduos diante do poder de interferência do Estado na vida privada dos cidadãos.

⁹ A norma do Estado da Georgia questionada em *Bowers* dispunha que: “(a) *A person commits the offense of sodomy when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another [...]* (b) *A person convicted of the offense of sodomy shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than 20 years [...]*.” (*Georgia Code Ann. § 16-6-2, 1984*).

Reforçando ainda mais sua *dissidência*, o juiz *Blackmun* valeu-se de algumas ideias desenvolvidas pelo quase lendário jurista norte-americano Oliver Wendell Holmes Jr, ele próprio juiz da Suprema Corte no início do século XX, o qual, em passagem citada por *Blackmun*, escreveu que: “[i]t is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past.” (*Bowers v. Hardwick*, 1986).

Ora, podemos verificar que, ao contrário do ponto de vista majoritário, a minoria, além de enfatizar a dimensão dinâmica do projeto constitucional dos Estados Unidos, entendeu que as pressões normativas levantadas por *Hardwick* deveriam ser trabalhadas a partir de uma interpretação do direito à privacidade que limitasse a atuação do Estado nas escolhas particulares, ainda que essa atuação ocorresse com fundamento no que a maioria da sociedade entendesse como “certo e verdadeiro”, isto é, argumentos morais e/ou religiosos, ainda que estabelecidos há longo tempo, e não obstante sua enorme relevância em qualquer contexto de conformação social, não seriam, dentro de um quadro constitucional democrático, suficientes, por si sós e de modo absoluto, para legitimarem restrições estatais, altamente subjetivas e genéricas, capazes de atingir os indivíduos em suas interações mais íntimas e particulares.

Denota-se, na companhia de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 89), que o juiz “*Blackmun* tinha inteira consciência do papel contramajoritário que o pluralismo contemporâneo exige da jurisdição constitucional ao afirmar que postulados morais judaico-cristãos não poderiam regular a vida e o comportamento da cidadania.”

Também expondo sua divergência, o juiz *Stevens*, ao problematizar, a partir de uma perspectiva que chamaríamos de “igualitária”, argumentos trazidos pela maioria, de que encontros homossexuais sempre foram tidos, histórica e tradicionalmente, como imorais dentro de parâmetros judaico-cristãos (*Judeo-Christian moral and ethical standards*), lembrou que nem o tempo nem as tradições poderiam proteger e salvar, do “ataque constitucional”, legislações que vedassem a miscigenação racial,¹⁰ ou seja, ainda que correndo o risco de adiantarmos nossas conclusões, podemos já anotar que a “antiguidade” de uma posição normativa ou de uma disposição legal não é suficiente para legitimar sua aplicabilidade a contextos dinâmicos e contingenciais.

No referido voto do juiz *Stevens*, verifica-se que o citado *justice* enfatizou que

From the standpoint of the individual, the homosexual and the heterosexual have the same interest in deciding how he will live his own life, and, more narrowly, how he will conduct himself in his personal and voluntary associations with his companions. State intrusion into the private conduct of either is equally burdensome. (Bowers v. Hardwick, 1986).

Nesse diapasão, podemos aferir que o fato de que uma certa maioria moral-religiosa seja contrária a determinadas orientações sexuais não legitima ou concede “carta branca” para que o Estado intervenha, de modo impositivo, em todos os aspectos da vida privada de seus cidadãos, isto é, como lembra a minoria em *Bowers*, a “[...] legitimacy of secular legislation depends [...] on whether the

¹⁰ “[...] neither history nor tradition could save a law prohibiting miscegenation from constitutional attack.” (*Bowers v. Hardwick*, 1986).

State can advance some justification for its law beyond its conformity to religious doctrine.” (Bowers v. Hardwick, 1986).

Como escreve e ressalta Michel Rosenfeld (2003, p. 66-67), ao refletir sobre a posição minoritária presente em *Bowers*, os juízes dissidentes “[...] não voltaram sua atenção para o tratamento homossexual nas diferentes culturas através da história. Ao contrário, eles enfocaram as similaridades entre os heterossexuais e os homossexuais [...]”, isto é, na divergência, em certa medida, o reconhecimento da diferença entre os atores sociais não foi tido como justificativa para “excluir”, sendo o direito à privacidade lido em conjunto com a cláusula da igualdade e a partir de uma visão constitucional não redutível ao princípio majoritário.

Aliada e subjacente a esses argumentos, a minoria trouxe ao debate a por demais lembrada passagem da *Declaração da Independência dos Estados Unidos* (1776), que afirma que “[...] *all men are created equal*”, em que ela “*surely must mean that every free citizen has the same interest in ‘liberty’ that the members of the majority share.*” (*Bowers v. Hardwick*, 1986).

Verifica-se que na “tese” minoritária em *Bowers*, o espaço da privacidade não é protegido em razão de ele possibilitar algum ganho “material” aos cidadãos, mas, sim, porque revela ser um direito fundamental da própria construção da identidade e da autonomia dos indivíduos em sociedade, ou seja, como *Blackmun* recupera de outro precedente, o “[...] *concept of privacy embodies the moral fact that a person belongs to himself, and not others nor to society as a whole.*” (*Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists*, 1977).

De certa maneira, há uma aproximação na postura expressada pela minoria em *Bowers* entre liberdade, igualdade, privacidade e diferença, ainda que, no caso aqui especificamente abordado, seja restrita ao âmbito privado, entendido este, na referida decisão, como antagônico ao público, desvelando uma batalha de sentidos em torno dessas concepções centrais de qualquer Estado Democrático de Direito, haja vista que os votos minoritários reconhecem a existência, já naquele contexto, de uma diversidade social que rompia com uma, até então inquestionável e pressuposta unidade de valores compartilhados, isto é, como podemos ler em inúmeros trechos do voto de *Blackmun*, a própria Suprema Corte, em inúmeros casos, “[...] *we have recognized that a necessary corollary of giving individuals freedom to choose how to conduct their lives is acceptance of the fact that different individuals will make different choices.*” (*Bowers v. Hardwick*, 1986).

A partir de tais posicionamentos, podemos ver que a vertente interpretativa vencedora teria sido, no mínimo, incoerente no que concerne ao sentido dado aos precedentes expostos pela defesa de *Hardwick*, pois as assertivas majoritárias de que um caso – *Stanley* – envolvia a garantia da liberdade de expressão na esfera privada, a qual era erigida como fronteira quase intransponível ao Estado no que se refere ao conteúdo sobre o que os cidadãos viam e liam em suas residências, ainda que fosse material pornográfico, chocam-se com a interpretação, também vencedora, presente em *Bowers*, que afirma que a proteção da privacidade, como construída em *Stanley*, não seria aplicável a situações envolvendo indivíduos maiores e capazes que decidiam se engajar em encontros íntimos com pessoas do mesmo sexo, mesmo que tais relacionamentos ocorressem somente na esfera de suas casas.

Além disso, o mesmo juiz *Blackmun*, ao dialogar com casos e julgados anteriores, faz questão de recuperar a circunstância de que, dentro de um quadro constitucional e democrático, a liberdade não é construída apenas para valer diante de situações e temas de pouco interesse público, mas, ao contrário, o sentido e força normativa de liberdade somente se faz presente quando possibilita divergências públicas de valores e pautas que são centrais para a maioria da sociedade.

Ou, como dito no caso *West Virginia Board of Education v. Barnette* (1943), citado por *Blackmun*, no qual o então juiz *Jackson* escreveu que “[...] *freedom to differ is not limited to things that do not matter much. That would be a mere shadow of freedom. The test of its substance is the right to differ as to things that touch the heart of the existing order.*” (*West Virginia Board of Education v. Barnette*, 1943).

Do exposto, transparece uma Suprema Corte dividida, na qual há um embate, ainda que em muitos momentos nas entrelinhas, entre sentidos diversos de igualdade, prevalecendo, ao final, uma concepção de igualdade em que o “diferente”, aquele que não se encaixa no *standard* moral majoritário, mesmo exercendo tal “diferença” em âmbito exclusivamente privado e entre indivíduos maiores e capazes, deve aceitar a interferência estatal em sua esfera de maior privacidade, desvelando-se uma espécie de “igualdade de ser o mesmo”.

De certa forma, a maioria em *Bowers* como que descontextualiza os questionamentos trazidos por *Hardwick*, já que responde a essas mesmas indagações com base em uma linha argumentativa que se pauta pela lógica do *sempre foi assim*, isto é, a historicidade dos direitos fundamentais e todos os conflitos subjacentes ao trajeto de afirmação destes são interpretados de modo textual/literal, quicá *minimalista* (ROSENFELD, 2003, p. 19), sendo as palavras dos *Pais Fundadores* não apenas um ponto de partida, mas também um ponto final, em que a Suprema Corte, por sua posição majoritária, limita-se a atuar como se fosse uma espécie de porta-voz de tradições históricas constitutivas, conformadoras e enraizadas no âmago dos Estados Unidos e, por isso mesmo, assentadas e legitimadas pelo tempo, como se o passado fosse diretamente visualizado, regendo, inquestionável e indiscutivelmente, as situações de aplicação *presentes-futuras*.

Entretanto, como bem assevera Rosenfeld (2003, p. 17-18),

[...] o problema [...] é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade. Ainda que a real intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, permaneceria em discussão o quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente.

Do até aqui visto, percebe-se que em *Bowers*, a posição vencedora como que endossa uma “específica” visão de mundo, excluindo narrativas identitárias que confrontam o estabelecido, em que o pluralismo, marca central do constitucionalismo moderno, foi “invisibilizado” pela noção de uma unidade substancial, configurando, paradoxalmente, como que um consenso por exclusão, ou seja, a Suprema Corte teria agido muito mais como uma instituição *mantenedora* do que “está posto”, evitando deslocamentos, negando acesso a interpretações tidas como dissonantes do texto constitucional.

Como Michelman (1988, p. 1497) escreve, ao criticar a decisão em *Bowers*, na visão da maioria dos juízes naquele caso, “[...] *the people’s duly registered constitutional and legislative choices to protect certain privacies and not others is their own political matter with which the Supreme Court has nothing to do* [...].”

Assim, denota-se que decisões como a tomada em *Bowers*, aliada a toda disputa argumentativa que gravitou em torno dela, transcendem, em muito, as partes envolvidas diretamente na situação, pois tornam as batalhas travadas por cidadãos pertencentes a parcelas minoritárias ou a grupos historicamente vulneráveis, em torno do âmbito normativo-constitucional do sentido de liberdade e igualdade, pauta pública de debates, problema constitucional, fazendo, por exemplo, com que um pensador do porte de Dworkin (2005, p. 645) indague: “[...] uma ‘maioria moral’ pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?”

2 *Romer, Lawrence e Windsor*: as batalhas pela “igualdade na diferença”

Assertivas como essas, voltaram à superfície 10 anos depois de *Bowers*, em um caso concreto em que se debateu a constitucionalização de uma emenda à Constituição do Estado do Colorado, a qual, em breves palavras, vedava qualquer tipo de ação estatal protetiva ou de combate à discriminação de grupos minoritários ou pessoas atingidas em virtude de sua “[...] *homosexual, lesbian, or bisexual orientation, conduct, practices or relationships*.” (Emenda Constitucional n. 02/1992). Essa disposição normativa acabou por ser questionada judicialmente, alcançando, por fim, a Suprema Corte, recebendo a denominação de *Romer v. Evans* (1996), na qual o debate, novamente, centrou-se no sentido de liberdade, igualdade e diferença, pois os “destinatários” de tal emenda estadual entenderam que a já lembrada cláusula de igual proteção, consubstanciada na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, teria sido violada.

A Suprema Corte, por maioria (6 x 3), decidiu que a *Colorado’s Amendment 2* era inconstitucional, pois desafiava a *Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment*, haja vista que se destinava apenas a setores específicos da sociedade, concretizando um tratamento que os acabava privando da igualdade de direitos e de participação diante dos outros cidadãos, isto é, a emenda do Colorado identificava certos grupos sociais e, como um segundo passo, desqualificava-os perante a generalidade da sociedade.

Como a posição majoritária deixou anotada, “[...] *this disqualification of a class of persons from the right to obtain specific protection from the law is unprecedented and is itself a denial of equal protection in the most literal sense*.” (*Romer v. Evans*, 1996).

Em *Romer* fica clara uma mudança na postura da maior parte dos juízes da mais alta Corte estadunidense, já que, mesmo que não superando explicitamente os argumentos vencedores presentes no caso *Bowers*, a maioria como que admitiu que o reconhecimento de uma diferença identitária pode ser empregado como forma ilegítima de assimétrico tratamento entre iguais. Ou seja, em *Romer*, a Suprema Corte atuou como uma instância contramajoritária, acabando por atribuir um sentido diverso à democracia constitucional do que o visto em *Bowers*.

Escrevendo a *opinion of the Court*, o juiz *Kennedy*, recuperando argumentos de outros precedentes, enfatizou que “*If the constitutional conception of ‘equal protection of the laws’ means anything, it must at the very least mean that a bare [...] desire to harm a politically unpopular group cannot constitute a legitimate governmental interest. (Department of Agriculture v. Moreno, 1973).*”

Nessa linha, a maioria entendeu, portanto, que a citada emenda acabava por restringir e denegar direitos de dados setores da sociedade do Colorado, os quais, em razão de tal abordagem, viam-se como “cidadãos de segunda classe”, fato este que, segundo a tese vencedora na Suprema Corte, atingia de modo desproporcional e injustificado o princípio constitucional da igualdade, tornando a emenda do Colorado inconstitucional, ou seja, o “*State cannot so deem a class of persons a stranger to its laws. Amendment 2 violates the Equal Protection Clause [...]*”. (*Romer v. Evans, 1996*).

Na leitura de Dworkin (2005, p. 661-662), enquanto em *Bowers* houve quase que uma legitimação estatal de exclusões naturalizadas, de estigmas não problematizados, no qual o *desprezo moral da maioria* por certos tipos de visões de vida serviu como parâmetro para se “constitucionalizar” a denegação da igualdade entre os cidadãos, em *Romer v. Evans*, a Suprema Corte percorreu caminho diverso, afirmando que restrições à igualdade como configurada na Constituição, juridicamente injustificadas, contrariavam o próprio projeto que tal texto constitucional visava engendrar. Isto é, em *Evans*, a posição contrária da maioria moral ou o peso vinculante de “determinadas” tradições de mundo, concernentes a determinadas “classes” de pessoas, não foram tidos como justificativas legitimadoras para a imposição de “desvantagens” a esses mesmos grupos sociais.

Pode-se verificar que, enquanto em *Bowers* há uma “descontextualização” dos argumentos trazidos, em que a maioria da Suprema Corte afirma que não possui “autoridade constitucional” para rever uma decisão “legislativa” da maioria, decidindo-se pela tese da “neutralidade”, a qual, diga-se, já é, por si só, uma “escolha não neutra”, em *Evans* existe um deslocamento da disputa semântica para o campo da igualdade e da diversidade social, em que o sentido de liberdade e igualdade passa como que por uma “contextualização”, por um reconhecimento normativo em uma situação de aplicação específica, não aceitando, passivamente, “respostas” supostamente a-temporais e neutras para eventos da vida cotidiana. Ou seja, em *Evans*, os argumentos em conflito são *levados a sério*, para nos utilizarmos da expressão cunhada por Dworkin (2002, p. 283-314), o que conduz a Suprema Corte a assumir posturas menos passivas e “com mais *contexto*” diante das narrativas constitucionais em disputa.

Observe-se, por coerência, que expondo a divergência em *Evans*, o *Justice Scalia* salienta que, em sua interpretação, a referida emenda do Colorado não privaria a comunidade homossexual de qualquer direito, mas tão-somente impediria que ela tivesse algum tipo de tratamento legislativo preferencial por parte dos órgãos e mecanismos estatais. Para ele, quando o texto constitucional se cala sobre um tema ou assunto específico, estes devem ser tratados e decididos por meio dos canais e procedimentos democráticos, os quais se encontram além da esfera de atuação legítima da Corte, o que, em sua perspectiva, fazia com que a decisão em *Evans* não tivesse qualquer amparo ou base no direito constitucional estadunidense.

Para o juiz *Scalia*, a emenda do Colorado não pretendia “denegar direitos”, mas seria, preferencialmente, “[...] *a modest attempt by seemingly tolerant Coloradans to preserve traditional sexual mores*

against the efforts of a politically powerful minority to revise those mores through use of the laws." (*Romer v. Evans*, 1996).

Dworkin (2005, p. 66), por sua vez, ao escrever sobre as justificativas apresentadas para a redação da citada emenda à Constituição do Colorado, realçou que estas seriam insustentáveis, pois, para o referido professor norte-americano, os motivos apresentados eram "inexplicáveis", "[...] a não ser pela animosidade pela classe que afeta."

Verifica-se, assim, que a decisão em *Romer v. Evans* (1996) é de extrema importância na compreensão das lutas travadas em torno do âmbito normativo da liberdade e de uma igualdade que incorpore o direito à divergência, pois, ainda que não tenha superado formalmente o precedente (*overruling precedent*) *Bowers*, a maioria, em *Evans*, realizou uma ruptura com certas leituras morais e religiosas do projeto constitucional. Com isso, essa decisão potencializa, ainda que timidamente, a dimensão do diálogo entre gerações sobre o sentido de Constituição, em que não mais se admitiria, acriticamente, a aplicação do texto constitucional como se ele fosse produto de um "legislador constituinte" intocável e inquestionável, de um "pai fundador" redivivo, deixando de ser uma "herança" que interessa exclusivamente a algum setor, ainda que majoritário, da sociedade dos Estados Unidos.

Em termos outros, como escreve Ackerman, (1993, p. 5) em sua já clássica obra *We The People*, destacando o aspecto geracional de qualquer narrativa ou prática constitucional, "[...] *we cannot remain comfortable with the status quo; the challenge is to build a constitutional order that is more just and free than the one we inherited.*"

Esse "desconforto", essas disputas de sentidos de Constituição tornam-se ainda mais *víveis* em *Lawrence* (2003), caso que envolvia uma situação semelhante à vivenciada em *Bowers v. Hardwick* (1986), no qual, em breves palavras, com base em legislação que vedava encontros íntimos entre pessoas do mesmo sexo no Estado do Texas, dois cidadãos adultos e capazes foram processados e condenados por se relacionarem sexualmente dentro do apartamento de um deles.

Como no caso *Bowers*, também em *Lawrence v. Texas* temos vários questionamentos em torno do alcance normativo do princípio constitucional da igualdade e sua relação com o direito à diferença, o qual, no contexto estadunidense, encontra-se disposto na já vista *Fourteenth Amendment* e em sua denominada *Equal Protection Clause*, ou seja, no fundo, em *Lawrence* podemos verificar a rediscussão da legitimidade ou não da decisão tomada pela Suprema Corte em *Bowers*, precedente este que estará sempre em debate, como um espectro a ser nomeado e superado.

Apelando e conseguindo alcançar a Suprema Corte, já que nas instâncias inferiores a situação havia sido abordada a partir dos argumentos vencedores em *Bowers*, os quais foram tidos como fundamentos das posições favoráveis à constitucionalidade da norma texana que criminalizava encontros homoafetivos, os *petitioners*, *Lawrence* e *Garner*, viram o seu apelo ser bem sucedido na Suprema Corte, a qual não apenas entendeu que a legislação do Texas violava direitos constitucionais dos envolvidos, como superou explicitamente a sua própria decisão em *Bowers*.

Ao assim decidir, a Suprema Corte deslocou o seu entendimento sobre o sentido de igualdade, liberdade e diferença, haja vista que, ao contrário de *Bowers*, trilhou um caminho que reconheceu a autonomia de escolha de indivíduos maiores e plenamente capazes de se responsabilizarem por suas condutas,

ainda mais quando estas se referem à sua esfera de maior privacidade, isto é, a “[...] *liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to choose to enter upon relationships in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons.*” (*Lawrence v. Texas*, 2003).

Em *Lawrence*, ainda que limitando o alcance da igualdade à sua esfera exclusivamente privada, a maioria (6 x 3) fez confluír o sentido de liberdade com uma igualdade que já visualizava a diferença, admitindo que o projeto constitucional não era “propriedade” inquestionável de somente uma visão de mundo ou de alguma maioria moral, mas era constitutivamente plural, sendo o direito à divergência uma garantia limitadora de intervenções governamentais desnecessárias ao próprio funcionamento da democracia constitucional.¹¹

Vale dizer, a Suprema Corte concretiza um rompimento com *antigas raízes* (*ancient roots*), ressignificando o próprio sentido da fundação constitucional em um novo capítulo das disputas historicamente travadas sobre como escrever e narrar as experiências e batalhas constitucionais, ressignificação essa que fez com que argumentos antes vencedores em *Bowers*, como aqueles que se baseavam em “posições morais majoritárias assentadas no tempo”, fossem em *Lawrence* problematizados e descartados, não sendo mais tidos como parâmetro legitimador de legislações criminalizadoras como a do Texas.

Em suma, em *Lawrence*, a maioria dos *justices*, confluindo com a dissidência exposta em *Bowers* pelo juiz *Stevens*, enfatizou e assumiu que:

Bowers was not correct when it was decided, is not correct today, and is hereby overruled. This case does not involve minors, persons who might be injured or coerced, those who might not easily refuse consent, or public conduct or prostitution. It does involve two adults who, with full and mutual consent, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. Petitioners’ right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in private conduct without government intervention. (*Lawrence v. Texas*, 2003).

Esse pequeno trecho revela ser uma enorme passagem de um ponto de vista institucional em que a democracia é reduzida *ao quantitativo, ao maior número*, à “regra da maioria”, na qual predomina um papel autorrestritivo da jurisdição constitucional, em que esta opera como se apenas *chancelasse* as decisões tomadas por procedimentos legislativos majoritários, para uma posição em que os direitos das minorias, dos *outros*, passam a ser tidos como parte integrante do sistema de direitos fundamentais, os quais exigem, em certas situações concretas, que o Poder Judiciário atue construindo fronteiras contramajoritárias, as quais não se mostram somente como restrições aos desejos de maiorias eventuais, mas, sim, como verdadeira condição de possibilidade do próprio Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, em *Lawrence*, um nível maior de contextualização dos debates travados quando comparado com a postura predominante em *Bowers*, o que conduziu a maior parte dos juizes a

¹¹ Escrevendo para a Corte, o juiz *Kennedy* anotou que: “*Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence. Freedom extends beyond spatial bounds. Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and in its more transcendent dimensions.*” (*Lawrence v. Texas*, 2003).

transcender argumentos exclusivamente morais e/ou religiosos, a problematizar pontos de vista majoritários presentes na sociedade, não com o intuito de afirmar que *esta ou aquela* visão de vida e de mundo fosse melhor ou mais adequada que outra, mas para decidir se a legislação texana em análise seria ou não compatível com um projeto constitucional em que liberdade e igualdade precisam ser, continuamente, confrontadas com os desafios oriundos de uma crescente alteridade. Ou seja, como salientou o juiz *Kennedy*, a questão central a ser respondida em *Lawrence* era “[...] *whether the majority may use the power of the State to enforce these views [morais e religiosas] on the whole society through operation of the criminal law*”, concluindo, ao recuperar passagem do precedente *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992), que “[O]ur obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code.” (*Lawrence v. Texas*, 2003).

Em virtude de tais argumentos, ainda que apresentados esquematicamente, *Lawrence* é interpretado como um dos precedentes mais paradigmáticos na luta por ampliação do sentido de liberdade e igualdade, na afirmação de posturas contrárias às discriminações pejorativas, que visam estabelecer ou manter determinados grupos sociais em situação de subordinação e exclusão, tematizando as “fundações” da democracia norte-americana, conduzindo alguns pensadores a comparar a importância da decisão em *Lawrence* com aquela ocorrida em um já clássico precedente a respeito da luta por maior efetividade dos direitos fundamentais, qual seja, *Brown v. Board of Education* (1954), no qual, em poucas palavras, a Suprema Corte considerou, por unanimidade, que a “segregação escolar” entre alunos brancos e negros contrariava o texto constitucional, pois atingia frontalmente o princípio da igualdade esculpido na 14^a Emenda à Constituição.

Um desses estudiosos dos efeitos da decisão da Suprema Corte em *Lawrence*, a professora da New York Law School, *Kris Franklin*, chega a escrever que:

Just as Brown, for the first time in American jurisprudential history, acknowledged the corrosive effect racism and white supremacy have had on Americans of African descent, and the blight that racism has brought to the nation as a whole, Lawrence is the first place in which homophobia is revealed as a destructive social force that dehumanizes not just queer people but the culture that supports it. (FRANKLIN, 2004, p. 688).¹²

Se tal comparação é válida ou não, é um ponto que em muito extrapola o nosso objetivo, mas esta, em um rápido parêntesis, como que ressalta a centralidade desse precedente na compreensão das disputas semânticas, historicamente travadas, em torno do alcance do que seja liberdade e igualdade no contexto estadunidense, ainda mais quando levamos a sério a historicidade subjacente a essas mesmas disputas, desvelando tensões que, em uma democracia constitucional, ao contrário de serem negativamente tomadas, são potencialmente emancipadoras.

Ora, essas tensões, conflitos e posições plurais são visíveis na própria decisão em *Lawrence*, no qual, por exemplo, a juíza *Sandra O'Connor*, ainda que concordando com a maioria, fez questão

¹² “Nessa perspectiva, um dos elementos essenciais da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana é a proposta de resguardar a concepção do direito ao igual tratamento, inspirando novos horizontes jurídicos para o constitucionalismo norte-americano, de forma a atender às demandas de grupos sexuais minoritários.” (BUNCHAFT, 2014, p. 126). Conferir também Eskridge Junior. (2004).

de destacar que não superava *Bowers*,¹³ sedimentando sua posição não em uma abordagem, diríamos, “substancial” da igualdade, mas afirmando que a *Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment* “[...] is essentially a direction that all persons similarly situated should be treated alike”, como exposto no precedente *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.* (1985) (*Lawrence v. Texas*, 2003).

Nessa linha, a mesma juíza entendeu que o dispositivo do Estado do Texas era inconstitucional porque previa que somente pessoas do mesmo sexo que se engajassem em *deviate sexual intercourse* poderiam ser processadas criminalmente, nada dispendo a respeito de condutas similares entre indivíduos de sexos opostos, isto é, para *O’Connor*, o Código Penal do Texas abordava a mesma conduta de modo diverso com fundamento tão-somente na *qualidade ou adjetivação* dos “participantes”, o que afrontaria, pelo tratamento desigual, a necessária “neutralidade” de qualquer intervenção estatal na seara dos assuntos privados, ou seja, as interferências não poderiam ser concretizadas como se o aparato governamental “tomasse partido de algum lado”, pois assim agindo, estaria sendo violada a *cláusula geral da igual proteção*, o que, na posição defendida por *O’Connor*, teria ocorrido tanto na “feitura” quanto na “concretização” da lei texana.¹⁴

Esses choques, essas *concorrências* de interpretações diante de uma situação concreta específica, em que os consensos se constroem discursivamente, em conflito, têm o poder de desvelar o grande potencial crítico que uma democracia constitucional carrega, possibilitando que argumentos e raciocínios, antes dominantes, sejam tematizados e, até mesmo, superados em novos contextos, o que, mais uma vez, apenas salienta a centralidade do direito à divergência, da garantia, constitucionalmente estruturada e garantida, de “ser minoria”, ou seja, “[...] o consenso não se deve ao fato de que todos estejam de acordo a respeito de certos valores, mas sim da possibilidade de que estejam de acordo sobre a maneira de discordar”, haja vista, que “[...] legítimas são aquelas decisões oriundas de situações em que as crises, conflitos e impasses são garantidos constitucionalmente, sem a eliminação das partes descontentes.” (FARIA, 1978, p. 65-66).

Os debates até aqui abordados mostram a correção de tal análise, pois em um Estado Democrático de Direito existe sempre a possibilidade do “olhar” dissonante e do dissenso serem democraticamente expostos, ainda que em muitos momentos essa “abertura constitucional” aparente tenha sido “fechada”, pois o fato de dizermos que nos movemos por contextos que se afirmam constitucionais não deve ser tomado como se fosse sinônimo de alguma espécie de “reino celestial” na terra dos homens, da ausência de riscos e retrocessos, mas tão-somente que reconhecemos que o projeto constitucional, em termos históricos, está sempre em disputa, passível de ser “deslocado”, pois como lembra Rosenfeld (2003, p. 19), “[...] as constituições devem permanecer abertas à

¹³ Para a referida *Justice O’Connor*, o caso *Lawrence* “[...] raises a different issue than *Bowers*: whether, under the *Equal Protection Clause*, moral disapproval is a legitimate state interest to justify by itself a statute that bans homosexual sodomy, but not heterosexual sodomy. It is not. Moral disapproval of this group, like a bare desire to harm the group, is an interest that is insufficient to satisfy rational basis review under the *Equal Protection Clause*.” Concluindo, em seguida, que “[M]oral disapproval of a group cannot be a legitimate governmental interest under the *Equal Protection Clause* because legal classifications must not be “drawn for the purpose of disadvantaging the group burdened by the law.” (*Lawrence v. Texas*, 2003).

¹⁴ Em síntese, para a juíza *O’Connor*, em seu voto concorrente: “A law branding one class of persons as criminal based solely on the State’s moral disapproval of that class and the conduct associated with that class runs contrary to the values of the Constitution and the *Equal Protection Clause*, under any standard of review.” (*Lawrence v. Texas*, 2003).

interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis.”

É essa espécie de compromisso que possibilitou que o juiz *Scalia* assim como tinha feito em *Evans*, expressasse sua divergência diante do quadro majoritário prevalente, discordando da superação de *Bowers*, destacando, mais uma vez, que faltaria “autoridade” constitucional à *Supreme Court* para adotar uma decisão que contrariaria disposições legislativas, concretizadas por aqueles “autorizados” democraticamente para assim atuar,¹⁵ além de ressaltar o fato de que a maioria havia reconsiderado um precedente – *Bowers* – tão-somente passados 17 anos, o que, em sua visão, demonstraria certa inconsistência interpretativa, ainda que entendesse que, em questões constitucionais, a denominada doutrina do *stare decisis*¹⁶ precisava, em certos casos, ser “temperada”.

Na posição adotada pelo juiz *Scalia* haveria um espaço, legitimado democraticamente, que validaria, constitucionalmente, interferências governamentais visando preservar o que ele denominou de “moralidade pública” (*public morality*), já que, para *Scalia*, o direito quase sempre refletiria noções morais presentes na sociedade, fato este que, aliado a sua concepção de democracia, não conferiria ao judiciário legitimação para invalidar a lei texana que vedava encontros íntimos entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, em sua divergência, *Scalia* entendeu que a Suprema Corte teria como que “tomado partido” de um dos lados na contenda, não atuando de modo “neutro” na garantia dos procedimentos democráticos de decisão.¹⁷

Em suma, *Scalia* não se colocava contra qualquer agenda de debates que visasse promover uma dada visão de mundo e de vida, mas compreendia que tal “promoção” deveria seguir os caminhos democráticos normalmente empregados [por exemplo, eleições e procedimentos legislativos], assumido a circunstância de que

Social perceptions of sexual and other morality change over time, and every group has the right to persuade its fellow citizens that its view of such matters is the best. That homosexuals have achieved some success in that enterprise is attested to by the fact that Texas is one of the few remaining States that criminalize private, consensual homosexual acts. But persuading one’s fellow citizens is one thing, and imposing one’s views in absence of democratic majority will is something else. (*Lawrence v. Texas*, 2003).

¹⁵ Nessa linha, *Scalia*, explicitando sua compreensão do processo democrático, escreveu: “*What Texas has chosen to do is well within the range of traditional democratic action, and its hand should not be stayed through the invention of a brand-new ‘constitutional right’ by a Court that is impatient of democratic change. It is indeed true that ‘later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress, [...]’; and when that happens, later generations can repeal those laws. But it is the premise of our system that those judgments are to be made by the people, and not imposed by a governing caste that knows best.*” (*Lawrence v. Texas*, 2003).

¹⁶ Em poucas palavras, dentro do controle de constitucionalidade difuso existente no contexto estadunidense, em que todo e qualquer juiz pode declarar, em um caso concreto, a incompatibilidade de uma norma/lei diante do texto constitucional, o *Stare Decisis* foi construído, pragmaticamente, como uma espécie de precedente de força obrigatória, como se fosse uma resposta à grande crítica feita de que, em virtude de norma já tida como inconstitucional em uma situação específica de aplicação ainda continuar sendo passível de aplicação em outros casos, haveria uma forte possibilidade de decisões conflitantes criando um insustentável ambiente de insegurança jurídica, pois as partes envolvidas em situações semelhantes poderiam receber “decisões” díspares, ou seja, como anotado por Cappelletti (1992, p. 81), “[...] o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba. Indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘*on the books*’, é tornada ‘*a dead law*, uma lei morta [...]”

¹⁷ “*It is clear from this that the Court has taken sides in the culture war, departing from its role of assuring, as neutral observer, that the democratic rules of engagement are observed.*” (*Lawrence v. Texas*, 2003).

Ora, muitas destas questões levantadas em *Lawrence*, tanto da parte da maioria quanto daquelas defendidas, por exemplo, pelo voto minoritário do *justice Scalia*, voltaram à cena 10 anos depois, quando a Suprema Corte enfrentou o caso *United States v. Windsor* (2013), no qual, mais uma vez, o sentido e a concretização da igualdade e da liberdade das minorias sexuais revelou-se um “problema” constitucional. Assim como nos casos antes vistos, *Windsor* destampou outra disputa pelo reconhecimento de iguais direitos, pela redefinição e ressignificação do que seja *equal citizenship*.

Em *Windsor*, a discussão gravitou em torno do denominado *Defense of Marriage Act (DOMA)*, em inglês), o qual, especificamente em sua seção de número três,¹⁸ não admitia, para efeitos da legislação federal, a concessão de benefícios fiscais, sociais e/ou tributários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo tais benefícios válidos e aplicáveis tão-somente às uniões heterossexuais, fato este que, na perspectiva de Edie Windsor, afrontava seu direito fundamental à igualdade de tratamento, constituindo uma discriminação abusiva e ilegítima, ou seja, *uma distinção inconstitucional*, pois iluminava sua “situação de vida”, sua “diferença”, para excluí-la.

Edie Windsor viveu durante 40 anos com a sua companheira Thea Spyer, a qual após uma doença degenerativa morreu, no ano 2009, no Canadá, país no qual haviam formalizado, em 2003, a sua união, sendo esta mesma união, posteriormente, reconhecida no Estado de Nova Iorque, EUA. Como *cônjuge supérstite*, Edie Windsor requereu a isenção tributária, como previsto no *DOMA*, do que lhe havia sido legado por Spyer. Entretanto, tal solicitação lhe foi negada, pois a aplicação da referida norma excluía desse benefício ao cônjuge sobrevivente os casais ou uniões de pessoas do mesmo sexo. Edie Windsor pagou os tributos, mas decidiu buscar uma restituição e desafiar a constitucionalidade da *section three* do *DOMA (United States v. Windsor, 2013)*.

Destaque-se que, durante o processo, o *Attorney General*, já no período do Governo do Presidente Barack Obama,¹⁹ comunicou a Câmara Federal que assumira a posição de não mais defender a citada seção do *DOMA*, por entender que esta contrariava o texto constitucional. Todavia, a *House of Representatives*, por meio de uma espécie de comissão mista de parlamentares, o denominado *Bipartisan Legal Advisory Group (BLAG)*, em inglês), resolveu solicitar a sua intervenção – a qual foi admitida – na batalha judicial no sentido de defender a constitucionalidade do trecho em disputa do *DOMA*, o qual tinha sido questionado por *Windsor*.²⁰

¹⁸ Como se pode ler na decisão em *Windsor*, a seção três do *DOMA* dispunha, *in verbis*: “*In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.*” (*United States v. Windsor, 2013*).

¹⁹ Diga-se, desde já, que o Presidente Obama “aplaudiu” a decisão da Suprema Corte de considerar inconstitucional a seção terceira do *DOMA*. De acordo com as informações disponíveis no portal da *White House*, o mesmo Obama entendia que estava sendo cometida uma discriminação que tornava os casais do mesmo sexo cidadãos de uma classe social de menor valor e dignidade. Nas palavras da Casa Branca, os Estados Unidos “[...] *are a people who declared that we are all created equal – and the love we commit to one another must be equal as well.*” Mais adiante, no mesmo pronunciamento, destacou-se que a decisão, em *Windsor* mostrava-se como “[...] *a victory for couples who have long fought for equal treatment under the law; for children whose parents’ marriages will now be recognized, rightly, as legitimate; for families that, at long last, will get the respect and protection they deserve; and for friends and supporters who have wanted nothing more than to see their loved ones treated fairly and have worked hard to persuade their nation to change for the better.*” (RAGHAVAN, 2013).

²⁰ “While the suit was pending, the Attorney General notified the Speaker of the House of Representatives that the Department of Justice would no longer defend § 3’s constitutionality. In response, the Bipartisan Legal Advisory Group (BLAG) of

Ainda que as instâncias inferiores e de apelação tenham dado razão aos argumentos de *Windsor*, determinando, por entenderem inconstitucional a seção três do *DOMA*, que ela tinha direito à devolução do que havia sido obrigada a pagar, o citado *BLAG* recorreu à *Supreme Court*, afirmando, entre outros pontos, que o

[...] *DOMA* preserved each sovereign's (including the federal government's) ability to define marriage for itself; it ensured national uniformity of benefits; [...] Congress wanted to proceed with caution before recognizing a new marriage form; and the federal government wanted to support traditional families and encourage parents to rear their biological offspring. (YOUNG; BLONDEL, 2013, p. 123).

Como resposta a tal apelo, a maioria (5 x 4) dos juízes da Corte Suprema dos Estados Unidos considerou que a parte questionada do *DOMA* era inconstitucional, por conflitar com a garantia de uma “liberdade igualitária” como disposta na 5ª emenda à Constituição dos Estados Unidos, isto é, ao denegar benefícios legais exclusivamente aos casais do mesmo sexo, o ponto terceiro do *DOMA* implicava um tratamento desigual a cidadãos em situações similares, reforçando a ideia de uma cidadania de segunda classe fundada em certas qualificações ou adjetivações desarrazoadas e, por isso, ilegítimas.

Em breve síntese, em *Windsor* (2013), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a legislação federal denominada *Defense of Marriage Act*, a qual dispunha que o conceito jurídico de “casamento” era restrito a casais heterossexuais, a uniões entre homem e mulher, afrontava disposições normativas abraçadas pela Constituição Norte-Americana.

O *Justice Kennedy*, refletindo a questão federalista presente no caso, lembrou o fato de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo já tinha certa aceitação na legislação de vários estados, destacando, em suas próprias palavras, que:

The federal statute is invalid, for no legitimate purpose overcomes the purpose and effect to disparage and to injure those whom the State, by its marriage laws, sought to protect in personhood and dignity. By seeking to displace this protection and treating those persons as living in marriages less respected than others, the federal statute is in violation of the Fifth Amendment. (United States v. Windsor, 2013).

Ora, como ainda veremos, esta dimensão federalista revelou-se um dos alicerces dos argumentos encampados pela maioria, já que trouxe aos debates um dos pontos mais caros à história constitucional estadunidense, qual seja, a autonomia dos estados perante o poder central da União, a disputa pelo âmbito normativo da noção de auto-legislação democrática, o que, ao final, conduziu a mesma maioria a entender que o “[...] *DOMA* was unconstitutional not simply because it treated gay and straight couples unequally but because it intruded on the states' sovereign authority to define marriage for themselves.” (YOUNG; BLONDEL, 2013, p. 118).

Apoiando-se em toda uma narrativa constitucional que normatiza que a determinação e regulação do sentido de casamento é da “competência primária” dos estados, sendo essencial na estruturação do sistema federalista dos Estados Unidos, a maior parte dos juízes da Suprema Corte

the House of Representatives voted to intervene in the litigation to defend § 3's constitutionality. The District Court permitted the intervention.” (United States v. Windsor, 2013).

considerou que a seção terceira do *DOMA* desconsiderava essa tradição, conformando uma indevida intromissão da legislação federal, isto é, “[...] *by history and tradition the definition and regulation of marriage has been treated as being within the authority and realm of the separate States*” (*United States v. Windsor*, 2013), como escreveu o mesmo *Justice Kennedy*, ao redigir a opinião da Corte.²¹

Assim, a esfera federativa passa a ser aplicada como um dos elementos de um vasto e complexo sistema constitucional de proteção da liberdade e da igualdade dos indivíduos, dentro do qual não há a preponderância legislativa do governo da União no que se refere ao estabelecimento de normas sobre o alcance do sentido de “casamento”, ou seja, a Suprema Corte, por sua maioria, sempre salientando a necessidade de proteção das garantias constitucionais dos cidadãos, entendeu que estas, quando referentes ao casamento, família, filiação e separação, eram como uma “[...] *virtually exclusive province of the States.*” (*United States v. Windsor*, 2013).²²

A relevância de tal posicionamento surge quando recuperamos o fato de que o Estado de Nova Iorque havia reconhecido, por sua própria normatização, a união entre Edie Windsor e Thea Spyer, legislação essa que não fazia distinção quanto à extensão dos benefícios entre tipos de casamento, aplicando uma concepção de igualdade mais próxima das demandas levadas ao judiciário por Edie Windsor, ou seja, as restrições da seção 3ª do *DOMA* denegavam direitos a cidadãos, ao passo que a legislação nova-iorquina procurava conferir o mesmo *status* participativo.

Nas palavras da Corte Suprema dos Estados Unidos, podemos ler que:

DOMA's principal effect is to identify and make unequal a subset of state-sanctioned marriages. It contrives to deprive some couples married under the laws of their State, but not others, of both rights and responsibilities, creating two contradictory marriage regimes within the same State. It also forces same-sex couples to live as married for the purpose of state law but unmarried for the purpose of federal law, thus diminishing the stability and predictability of basic personal relations the State has found it proper to acknowledge and protect. (United States v. Windsor, 2013).

Em síntese, o *DOMA* negava visibilidade àqueles que o Estado de Nova Iorque decidira reconhecer, privando e discriminando negativamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo da igualdade jurídica, colocando-as em um verdadeiro limbo normativo, o qual Nova York havia decidido desconstruir, assumindo o deslocamento semântico, existente em seu contexto social,²³ em direção a uma abertura para demandas identitárias advindas de grupos sociais até então postos à margem.

Interpretando a decisão da Suprema Corte em *Windsor* (2013), ousamos anotar que a questão federalista foi empregada pela maioria como uma espécie de ferramenta que possibilitou talhar um novo sentido de igualdade, o qual se mostra confluyente, ainda que não explicitamente, com a

²¹ Em outro momento, recuperando o precedente *Williams v. North Carolina* (1942), *Kennedy* busca enfatizar sua posição ao citar o seguinte trecho daquele caso, qual seja, *in verbis*: “Each state as a sovereign has a rightful and legitimate concern in the marital status of persons domiciled within its borders.” (*United States v. Windsor*, 2013).

²² Sempre dialogando com outros precedentes, o *Justice Kennedy* também realçou que a “[...] significance of state responsibilities for the definition and regulation of marriage dates to the Nation's beginning; for ‘when the Constitution was adopted the common understanding was that the domestic relations of husband and wife and parent and child were matters reserved to the States.’” (*Ohio ex rel. Popovici v. Agler*, 1930). (*United States v. Windsor*, 2013).

²³ Nos termos da maioria: “By seeking to injure the very class New York seeks to protect, *DOMA* violates basic due process and equal protection principles applicable to the Federal Government.” (*United States v. Windsor*, 2013).

dimensão da alteridade. Porém, somos também forçados a admitir que a mesma *talhadeira* pode ser utilizada com um vetor contrário, pois ao afirmar que cabe, primeiramente, aos estados legislar sobre a definição de casamento e família, a maioria assumiu que os estados, em nome do mesmo federalismo, não estão obrigados a seguir a trajetória normativa de Nova Iorque. Assim, não haveria um imperativo constitucional de reconhecimento, para efeitos legais, das uniões homoafetivas, ainda que ressaltando a força vinculante da cláusula geral da igualdade em relação aos estados membros.

Todavia, esta observação não apaga ou oculta o enorme significado da decisão em *Windsor*, haja vista que ela construiu uma abordagem inovadora, no cenário estadunidense, ao iluminar a circunstância de que

Structural principles like federalism and separation of powers exist to protect individual liberty. We generally think of this protection in a macro sense: federalism, like separation of powers, helps form a system of checks and balances that makes it more difficult for either level of government to act tyrannically and provides institutional outlets for divergent views. But federalism also operates in a micro sense, shaping individual-rights doctrine. Justice Kennedy's Windsor opinion is, in fact, the best illustration we have of how structural analysis can – and should – inform individual rights. (YOUNG; BLONDEL, 2013, p. 133).

Contrapondo-se a essa interpretação constitucional, temos a perspectiva minoritária, representada na figura do *Justice Scalia*, o qual, sendo coerente com sua visão de democracia e do papel da Suprema Corte dentro do quadro constitucional estadunidense, exposta nos precedentes *Romer* e *Lawrence*, divergiu da posição majoritária, sempre dentro de uma linha argumentativa que defende a tese de que falta “legitimidade e autoridade constitucional” para a Suprema Corte derrubar legislações que passaram pelo crivo do processo legislativo democrático, isto é, realizadas pelos representantes eleitos *by The People*.

Nas palavras de *Scalia*, *Windsor* é um caso

[...] about power in several respects. It is about the power of our people to govern themselves, and the power of this Court to pronounce the law. Today's opinion aggrandizes the latter, with the predictable consequence of diminishing the former. We have no power to decide this case. And even if we did, we have no power under the Constitution to invalidate this democratically adopted legislation. (United States v. Windsor, 2013).

Percebe-se que para o referido juiz, a posição majoritária e vencedora em *Windsor* teria distorcido o sistema norte-americano de separação de poderes, indo muito além do poder de decidir reservado ao Judiciário pela Constituição, concretizando uma “intrusão” indevida em assuntos da “alçada” do *People*, isto é, o “[...] ‘judicial Power’ is not, as the majority believes, the power ‘to say what the law is’ [...], giving the Supreme Court the ‘primary role in determining the constitutionality of laws’.” (*United States v. Windsor*, 2013).²⁴

Quanto à questão federalista, pilar da decisão da maioria, *Scalia*, de modo irônico, escreve que esta não passaria de uma fachada retórica visando justificar sua posição contrária à exclusão,

²⁴ Dentro desta linha, *Scalia* destaca que: “Few public controversies will ever demonstrate so vividly the beauty of what our Framers gave us, a gift the Court pawns today to buy its stolen moment in the spotlight: a system of government that permits us to rule ourselves. Since DOMA's passage, citizens on all sides of the question have seen victories and they have seen defeats. There have been plebiscites, legislation, persuasion and loud voices — in other words, democracy.” (*United States v. Windsor*, 2013).

levada a efeito pela legislação federal (*DOMA*), das uniões entre pessoas do mesmo sexo do sentido tradicional de casamento,²⁵ ou seja, a divergência de *Scalia* “[...] *dismissed Justice Kennedy’s invocation of federalism as mere window-dressing, designed to make the majority’s embrace of same-sex marriage more palatable to a skeptical public.*” (YOUNG; BLONDEL, 2013, p. 118).

Entretanto, ao contrário de *Scalia*, a maioria entendeu que a restrição do *DOMA* seria ilegítima constitucionalmente, atingindo, de modo profundo, inúmeros aspectos da vida afetiva de uniões entre cidadãos do mesmo sexo, haja vista que tal dispositivo normativo poderia resultar em uma série de efeitos denegatórios de direitos apenas aos casais homoafetivos, pois, em razão de sua enorme amplitude, o *DOMA*

[...] touches many aspects of married and family life, from the mundane to the profound. It prevents same-sex married couples from obtaining government healthcare benefits they would otherwise receive. [...] It deprives them of the Bankruptcy Code’s special protections for domestic-support obligations. [...] It forces them to follow a complicated procedure to file their state and federal taxes jointly. [...] It prohibits them from being buried together in veterans’ cemeteries. (United States v. Windsor, 2013).

Denota-se que, nessa perspectiva majoritária da Suprema Corte, estaria havendo como que a subordinação de um grupo de cidadãos diante do restante da sociedade, impedindo que casais do mesmo sexo tivessem as mesmas garantias, proteções e liberdades e fruissem dos mesmos benefícios legais que outros setores sociais, ou seja, o *DOMA* concretizaria uma desnecessária e, por isso mesmo, injustificável discriminação governamental em relação a certos grupos sociais, visto que a questão sobre o federalismo corroboraria tal posição, haja vista que não apenas o Estado de Nova Iorque, mas vários outros entes federativos estavam, quando do julgamento, reconhecendo a igualdade de direitos e de participação dos *same-sex couples*.²⁶

Assim como nos precedentes anteriores, podemos visualizar, ainda que rapidamente, a importância, para a construção constitucional dos Estados Unidos, da aplicação dos chamados “testes”²⁷ elaborados pela Suprema Corte no decorrer de sua história – *rational relationship test* (TRIBE, 1990 apud SAMPAIO, 2002, p. 743), os quais são empregados como base de justificação das suas decisões diante de situações que envolvem a restrição de direitos fundamentais.

Com efeito, a Suprema Corte construiu um complexo sistema de “testes” como forma de determinar se dadas legislações que limitam ou distinguem, em razão da “qualificação” dos destinatários, o âmbito normativo das liberdades e igualdades centrais dos cidadãos são realmente necessárias, consubstanciando um impostergável “interesse público” (*compelling state interest test*), sendo, por

²⁵ Nos termos de *Scalia*, o modo como o “federalismo” foi interpretado pela maioria em *Windsor* teria sido apenas “[...] *rhetorical basis to support its pretense that today’s prohibition of laws excluding same-sex marriage is confined to the Federal Government [...]*” (*United States v. Windsor*, 2013).

²⁶ Como pode ser lido na exposição da “opinião” da maioria: “*New York, in common with, as of this writing, 11 other States and the District of Columbia, decided that same-sex couples should have the right to marry and so live with pride in themselves and their union and in a status of equality with all other married persons. After a statewide deliberative process that enabled its citizens to discuss and weigh arguments for and against same-sex marriage, New York acted to enlarge the definition of marriage to correct what its citizens and elected representatives perceived to be an injustice that they had not earlier known or understood.*” (*United States v. Windsor*, 2013).

²⁷ Em relação à evolução e variantes de tais testes e escrutínios estadunidenses, ver, entre outros, Sampaio (2002), Bunchaft, Freitas e Haasis (2011) e Siegel (2006).

isso, *constitucionais*, ou seja, “[...] parte-se da ideia de que o legislador não detém plena disponibilidade do conteúdo dos direitos.” (SAMPAIO, 2002, p. 743).

Daí a relevância da noção de *suspect class*, isto é, aqueles grupos sociais “[...] que não têm o poder político necessário para tornar o processo político justo e democrático para eles” (DWORKIN, 2005, p. 655), exigindo que a dimensão da igualdade seja interpretada de modo mais “estrito”, o que conduz a um nível mais acentuado de proteção – *heightened protection* (SIEGEL, 2006, p. 358), sendo o exemplo maior dessa *suspect class*, a comunidade afro-americana. Assim, *statutes* que possam atingir os membros dessas *classes*²⁸ devem, necessariamente, comprovar que a “discriminação restritiva” que se pretende impor é resultante de um insofismável *public interest*.

A Suprema Corte desenvolveu essa “técnica” de procurar conjugar o *strict scrutiny* e o *compelling state interest test*, para aferir a constitucionalidade de leis “restritivas” que se fundamentam-se em “classificações ou distinções suspeitas” (“[...] *suspect classifications have come to include race, national origin, religion, alienage, and poverty.*”) (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, [19--ζ]). Desse modo, qualquer legislação que vise restringir direitos fundamentais de certos grupos sociais, tidos como hipossuficientes dentro do quadro de disputas democráticas, é vista, a princípio, com profunda desconfiança, exigindo, por parte dos juízes da Suprema Corte, uma análise mais profunda dos impactos nesses mesmos grupos, impactos esses, como já posto, que requerem, para a sua constitucionalidade, a demonstração de que são oriundos imperativos de ordem pública que não podem deixar de ser concretizados.

Como escreve Siegel (2006, p. 390), em seu interessante artigo, ao recuperar um precedente (*Shapiro v. Thompson*, 1969) que envolvia uma restrição temporal, por parte de algumas legislações, para o recebimento de *welfare benefits*: “[...] *any classification which serves to penalize the exercise of that right, unless shown to be necessary to promote compelling governmental interest, is unconstitutional.*”

Por conseguinte,

Diante dessa estrutura conceitual, no critério baseado no *strict scrutiny*, a Suprema Corte não irá ratificar o ato estatal, salvo se necessário para atender um fim estatal legítimo e imprescindível, ou seja, um *compelling interest*. A ideia é desenvolver um controle de constitucionalidade capaz de contemplar valores substantivos. O fim primordial é a proteção de grupos estigmatizados objeto de amplo preconceito e hostilidade social. (BUNCHAFT; FREITAS; HAASIS, 2011, p. 44).

Ora, feita essa digressão, e sob pena de nos alongarmos em demasia, descortinamos, a partir da leitura da decisão em *Windsor*, que, não obstante ser viável se pensar que a maioria dos juízes da Suprema Corte, ao recuperar e enfatizar a relação federalista, tenha optado por evitar, diretamente,

²⁸ É em razão dessa *qualificação* que Dworkin (2005, p. 662), ao analisar a decisão em *Evans*, diz que a Suprema Corte “[...] não pôs os homossexuais em uma posição tão segura quanto a que desfrutariam se lhes fosse designada uma cláusula de classe suspeita ou quase suspeita.” Com Dworkin, descobrimos que essa esfera protetiva, oriunda de um grupo ser tido como *suspect class*, não é aplicável à comunidade homossexual, pois no entendimento dominante na *Supreme Court*, tal comunidade não seria vítima de “exclusões” no mesmo sentido, profundidade e grau que outros grupos minoritários (DWORKIN, 2005, p. 656). Ora, em várias passagens do voto do juiz *Scalia*, em *Evans*, esta posição é visualizada quando ele anota, por exemplo, que a comunidade homossexual é uma “minoría politicamente poderosa” (*politically powerful minority*), constituindo um “[...] *group which enjoys enormous influence in American media and politics*”, sendo, por isso, a concepção de “*suspect or quasi-suspect class*”, inaplicável, já que desnecessária. (*Romer v. Evans*, 1996).

um confronto com posições morais ainda predominantes em parte da sociedade norte-americana a respeito do reconhecimento das interações íntimas entre pessoas do mesmo sexo, não há como negar que a questão da igualdade em contextos constituídos por diversidades esteve sempre presente, ainda que entrelinhas, em todos os debates.

Dessa maneira, legislações como o *DOMA*, que realizam uma distinção para restringir direitos e liberdades, devem ser confrontadas de modo mais detido e cuidadoso, como, por exemplo, as disposições da 5ª e 14ª Emendas, ou seja, com a dimensão da igualdade, demonstrando que “*The principle that some governmental actions are permissible only if they promote a ‘compelling state interest,’ and the doctrine of strict scrutiny of which it is an integral part, are among the most important and distinctive tenets and of modern constitutional law.*” (SIEGEL, 2006, p. 355).

Com base nessas assertivas, podemos verificar que, para a maioria, não havia, em *Windsor*, um *compelling interest* estatal em “concretizar” a exclusão dos benefícios do *DOMA* apenas aos casais do mesmo sexo, não havendo uma necessidade pública que justificasse tal procedimento, ocorrendo, em realidade, uma abusiva distinção, ainda mais quando confrontada com disposições normativas estaduais que desejavam não perpetuar estereótipos, isto é, a seção III do *DOMA* revela ser uma negativa e subordinante discriminação.

Windsor torna-se exemplar na ressignificação constitucional dos *rights of the people*, os quais passam a exigir o direito à diferença, ampliando a própria dimensão do que seja ser cidadão com iguais responsabilidades, mas também com iguais direitos, haja vista que a demanda, concretamente posta por *Edith “Edie” Windsor*, desvelou o fato, contextualmente verificável, que “*The limitation of lawful marriage to heterosexual couples, which for centuries had been deemed both necessary and fundamental, came to be seen in New York and certain other States as an unjust exclusion.*” (*United States v. Windsor*, 2013).

À guisa de conclusão: distinguir para incluir

De início, verifica-se, com enorme clareza, a abertura da identidade constitucional, a qual está sempre sujeita a (re)construções, na qual o passado não é negado, porém, demonstra ser passível de ser (re)escrito pelas gerações presentes, demonstrando a responsabilidade geracional pela manutenção dos compromissos de igualdade e liberdade assumido por um projeto democrático e constitucional de direito, em que os cidadãos não são meros observadores, mas, sim, participantes e construtores das normas que pretendem reger seu mundo em comum. Parafraseando Habermas, resta demonstrado que a marca de um Estado Democrático de Direito é a potencial reversibilidade das decisões e acordos normativamente edificados no decorrer do processo histórico de aprendizagem constitucional, no qual qualquer pretensão de verdade tem de passar pelo crivo do discurso, da problematização (HABERMAS, 2002, 2003, p. 153-173).

Com fundamento na abertura da identidade constitucional, a qual implica que qualquer *exclusão/inclusão* seja problematizada em, cada vez mais, ampliadas arenas públicas de debates, podemos verificar uma crescente explicitação de certas tensões que, por muito tempo, ficaram abafadas por posições morais demasiadamente naturalizadas e normativamente vinculantes das estruturas e

interações sociais, nas quais a chave de leitura do direito à igualdade não confluía com a possibilidade da diferença. Encontramos, ao longo do trabalho, uma tendência de ressignificação dessas tensões e das demandas, subjacentes a elas, que reivindicam que a citada cláusula constitucional da igualdade seja traduzida como direito a não ser abusiva e injustificadamente discriminado, a não ser excluído ou mantido na exclusão, em razão de uma suposta “maioria moral” não concordar com *esta ou aquela* identidade ou orientação de mundo.

Percebe-se, por exemplo, que a situação de vida narrada *em/por Windsor* (2013) exterioriza essa luta por igualdade na diferença, mas não com fundamento em alguma saída exclusivamente valorativa ou moral que empregue a mesma lógica argumentativa daqueles que, historicamente, sempre denegam direitos às minorias, porém, com o vetor contrário. Caso assim fosse, estaríamos diante de um espelho, não havendo uma efetiva ruptura com o pensar dualista e reducionista do “nós/eles”. Em *Windsor*, assim como nos precedentes anteriores trabalhados, os atingidos pelas discriminações procuraram deslegitimar discursivamente as exclusões de que eram vítimas e, para isso, empregaram, entre outros, argumentos que se baseavam na autonomia, na responsabilização e na liberdade de cidadãos maiores e capazes de regerem sua própria vida, exigindo que qualquer distinção contra eles realizada fosse problematizada, como dito, em arenas ampliadas de debates.

Em outras palavras, ainda que nas entrelinhas das discussões travadas nos precedentes aqui vistos, verificamos que a constitucionalidade de certas legislações que restringem direitos e liberdades fundamentais de minorias por orientação sexual tem, em razão da abertura contextual ao direito à divergência, sido posta em xeque diante de uma dimensão normativa que enfatiza a não subordinação de *alguns cidadãos diante de outros*, ou seja, mesmo que se possa dizer que a Suprema Corte evitou, pragmaticamente, não desqualificar posições morais tradicionalistas, ainda predominantes nos Estados Unidos, não se pode negar que suas últimas decisões, referentes ao nosso tema, caminharam no sentido de um reconhecimento constitucional não excludente.

Desvela-se, assim, a força normativa dos contextos, os quais, em sua dinâmica historicidade, não são “locais” de sentidos invariáveis, pois se são limites, são também condição de possibilidade do projeto democrático, em que narrativas e alternativas constitucionais que um dia foram relegadas podem, quando tematizadas, por exemplo, pelos movimentos sociais, tornarem-se, *agora*, pontas de lança de redefinições do alcance da noção de cidadania, de Constituição, potencializando a possibilidade da desconstrução de tradições hermenêuticas tidas, até recentemente, como verdadeiros *atos de fé*.

Assim, a “atualização” dos contextos, com a ampliação do acesso e da participação dos atores sociais envolvidos nas disputas constitucionais, ao inverso de ser um ilegítimo obstáculo aos procedimentos democráticos, como parece fazer crer o juiz *Scalia*, revela-se extremamente “produtiva”, demonstrando que democracia vai além da legalidade, do guiar-se por regras oriundas de um legislativo eleito, no qual o papel contramajoritário do Poder Judiciário passa a ser reflexo de um imperativo constitucional antissubordinativo, que se torna visível, como bem destaca *Charles Lawrence* (1992; 1990, p. 462-464), no já mencionado precedente *Brown v. Board of Education* (1954), o qual é tomado como exemplo de uma decisão que envia uma mensagem não segregacionista à sociedade norte-americana.

Ressalte-se, nesta linha, como o faz *Fiss* (1976) ao refletir sobre a relação entre a dimensão constitucional da igualdade e o princípio da não discriminação (*The Antidiscrimination Principle*), que, por óbvio, o aparato estatal e o ordenamento jurídico realizam distinções, nas quais alguns são tratados de modo diverso, demonstrando que nem todas as discriminações são vedadas, já que o sentido de discriminar, quando despido dos seus elementos passionais, é o ato de distinguir situações (*draw a line*). Todavia, com o mesmo *Fiss* (1976, p. 108-109), vemos que em uma democracia constitucional, esta ação de *traçar uma linha*, quando confrontada com a *cláusula da igual proteção*, não pode ser “desnecessária”, “arbitrária”, o que implica, nas situações concretas, que seja levada a sério toda a historicidade normativa dos atingidos pelos *discrimens*.²⁹

Ora, dos debates citados, podemos perceber que, para aqueles ditos “originalistas”, como o *Justice Scalia*, faltaria autoridade constitucional para a Suprema Corte atuar “ativamente”, *contramajoritariamente*, pois da leitura do texto constitucional não seria possível extrair tal autorização de invalidar, mesmo que reflexamente, a partir de suas decisões em casos concretos, como, por exemplo, *Lawrence* e *Windsor*, legislações oriundas dos procedimentos democráticos e da força das posições morais dominantes na sociedade, já que democracia e soberania popular são tomadas como sinônimo de vontade majoritária, assim, a fala dos *pais fundadores* seria ainda como que vinculante na compreensão do presente.

Todavia, se problematizarmos essa posição interpretativa, verificaremos, por exemplo, que o movimento dos direitos civis, levado a efeito, principalmente, nos anos 1960, visando superar tradições arraigadas de segregacionismo, humilhação e subordinação contra a população afro-americana, não poderia ter sido previsto ou desejado pelos *Founding Fathers of the United States*, muitos dos quais, eles próprios, senhores de escravos. Além disso, inúmeras legislações, advindas da excludente postura *separados mas iguais*, passaram por procedimentos ditos democráticos, sendo editadas pelos representantes eleitos da maioria de então, pois igualdade de participação nas estruturas decisórias era reduzida à “forma”, descontextualizada, fazendo com que todas as experiências, historicamente comprováveis, de sofrimento e denegação de acesso a facilidades públicas da população negra dos Estados Unidos, fossem como que apagadas, o que conduziu o *Civil Rights Movement* a lutar e, vitoriosamente, conquistar o direito de que as leis de segregação, de não cidadania e de violenta intolerância fossem derrubadas e invalidadas.

Alia-se a tais assertivas a célebre advertência de Paine, imortalizada por Arendt (1988, p. 186), de que é uma enorme vaidade “[...] *querer governar o mundo além túmulo*”, o que, por sua vez, nos permite afirmar que a tese originalista, e seu apego acrítico ao “passado”, soa como um desejo de subserviência do *hoje ao ontem*, pois acaba por negar aos “intérpretes do presente” o seu direito de não se curvar aos sentidos de Constituição dos seus antepassados, mesmo que estes sejam os “fundadores constituintes”, ou, como anota Bruce Ackerman (1993, p. 315): “*Only by tearing down the constitutional past can we confront the oppressions of American history – and find the courage to build a better future.*”

Desse modo, não é uma luta para “esquecer/negar” o passado, mas, ao contrário, para aplicar sobre ele uma memória crítica, a qual nos leva a ver, com Tribe (1990, p. 9), que esse passado pode estar sendo “inventado” para se projetar e ditar o sentidos de “futuro” do projeto constitucional, isto

²⁹ Neste ponto, conferir o interessante artigo, anteriormente citado, de Bunchaft, Freitas e Haasis (2011, p. 43-48).

é, os *novos originalistas* estariam como que “[...] reivindicando para a história uma autoridade decisiva que é incompatível com os limites do que podemos saber e falsa em relação à própria natureza da Constituição.” (TRIBE, 1990, p. 9).

Percebe-se, disso, que as disputas ocorridas nos precedentes vistos versam sobre a resistência, levada a efeito de modo crescente por certos setores da sociedade, a força vinculante de narrativas constitucionais que pretendem, a partir da naturalização de assentadas discriminações, “legitimadas” despoticamente por visões de mundo majoritariamente dominantes, em que a dimensão moral busca conformar o sentido de Constituição, reduzindo democracia e constituição à *forma e quantidade*, impor papéis sociais e demarcar territórios da liberdade, isto é, o pano de fundo desses precedentes é a luta por uma igualdade que reconheça a diferença, na qual cidadania não seja sinônimo, não assumido, de servidão ou subordinação.

Com efeito, as escaramuças argumentativas travadas de *Bowers a Windsor* revelam a enorme centralidade, em uma democracia constitucional, do direito fundamental à divergência, o qual implica que qualquer distinção normativa que denegue ou restrinja liberdades deve, necessariamente, operar como condição de possibilidade dessas mesmas liberdades constitucionais, ou seja, no atual contexto que nos movemos, não há como legitimar restrições e discriminações apenas com fundamento no que uma suposta maioria deseja e entende ser o “certo”, haja vista que o Estado Democrático de Direito, constitutivamente plural, exige que se leve a sério os direitos das minorias, pois não há súditos ou cidadãos *superiores ou inferiores*, mas apenas “cidadãos”.

As questões presentes em tais casos não mais admitem, de modo constitucionalmente adequado, serem decididas com a simples referência a posições enraizadas que seriam como que “legitimadas” pelo tempo ou com o apelo a saídas morais, pois, se assim fosse, estaríamos ainda trilhando contextos em que o domínio de *uns – ainda que majoritários – sobre outros* não precisava ser justificado discursivamente, já que “naturalizado”, isto é, se pensamos liberdade, igualdade e diferença em conjunto, em confluência, qualquer “discriminação normativa”, para ser legítima, não pode significar subordinação e denegação de autonomia.

Saliente-se, por oportuno, que não obstante a Suprema Corte dos Estados Unidos não ter reconhecido, expressamente, a existência de um “direito constitucional e fundamental à homossexualidade”, a força do pluralismo para a configuração da democracia norte-americana foi como que trazida à tona, deixando o silêncio das margens e tornando-se “preocupação” constitucional, fato este, que em termos de um Estado Democrático de Direito que se sabe sempre inconcluso, mostra-se por demais “produtivo” no que se refere à construção de novas e mais inclusivas chaves de leitura do texto da Constituição.

Os precedentes aqui tratados, por óbvio, admitem maior problematização, pois não são resultado de um trajeto retilíneo de maior constitucionalização, sendo, em realidade, mais próximos de serem traduzidos como rupturas ou exceções ao “estabelecido”, haja vista que acabam por incorporar *vozes de identidades* que até pouco tempo não eram sequer audíveis, emudecidas por uma concepção de democracia em que a diferença, o *outro*, tinha de se curvar aos projetos de vida da maioria, ainda que estes últimos implicassem injustificáveis discriminações normativas.

O que ressaí, portanto, do caminho percorrido entre a decisão em *Bowers* e aquela em *Windsor*, ainda que deva ser vista como uma tendência³⁰ não pacificada na jurisprudência da Suprema Corte, é a reconstrução do sentido de pertença e de compromisso constitucional, daquilo que Michelman (1988, p. 1524) denomina *dialogic constitutionalism*, em que as diferenças não são analisadas descontextualizadamente, nem destacadas para excluir naturalizadamente, mas, sim, para potencializar inclusões críticas e reflexivamente construídas.

Em suma, como destaca Maria Eugenia Bunchaft (2014), dialogando com o pensamento constitucional estadunidense e também refletindo “[...] sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da suprema corte norte-americana”:

[...] quando concebemos a arena constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, compreendemos que, em situações estratégicas, o judiciário pode ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, ainda que resolvendo questões morais controversas. (BUNCHAFT, 2014, p. 153).

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Foundations. 4. ed. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

AMERICAN CONSTITUTION. *Portal da USConstitution Net*. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Tradução Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1988.

BORK, Robert H. O que pretendiam os fundadores. *Revista de Direito Público*, n. 93, p. 6-9, mar. 1990.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; FREITAS, Beatriz Ferreira de; HAASIS, Christiane de Carvalho. A *Equal Protection* e a discriminação por orientação sexual na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 35, n. 1, p. 41-59, jan./jun. 2011.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Minimalismo judicial, constitucionalismo democrático: uma reflexão sobre os direitos de minorias sexuais na jurisprudência da suprema corte norte-americana. *Revista Novos Estudos Jurídicos (Eletrônica)*, v. 19, n. 1, 122-156, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5545>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

³⁰ Após o artigo já ter sido escrito e proposto, a Suprema Corte, em junho de 2015, confirmando a tendência por nós apontada, julgou e decidiu o caso denominado *Obergefell v. Hodges*, no qual, em breves palavras, foi analisada a questão sobre a relação entre a 14ª Emenda (Cláusula da Igualdade) e a possibilidade do amplo reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em uma decisão histórica, ainda que por mínima maioria (5 X 4), a Suprema Corte afirmou e estendeu a todos os Estados a igualdade quanto ao exercício do direito do casamento. Redigindo para a maioria, o *Justice Kennedy*, anotou que: “No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right.” (*Obergefell v. Hodges*, 2015).

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum Limitada, p. 11-20, mar. 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 141-163, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESKRIDGE JUNIOR., William N. Lawrence's Jurisprudence of Tolerance: Judicial Review to Lower the Stakes of Identity Politics. *Minnesota Law Review*, v. 88, p. 1021-1102, 2004.

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade (uma introdução à política do direito)*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FISS, Owen M. Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, v. 5, n. 2, p. 107-177, 1976. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Fiss_groups.pdf>. Acesso em: 10 set. 2013.

FRANKLIN, Kris. Homophobia and the "Mathew Shepard Effect" in *Lawrence v. Texas*. *New York Law School Law Review*, v. 48, p. 657-695, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Tradução Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Tradução Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LAWRENCE, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on the campus. *Duke Law Journal*, v. 39, i. 3, p. 431-483, jun. 1990.

LAWRENCE, Charles R. Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment. *Villanova Law Review*. v.37, i. 4, p. 784-804, 1992.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Strict scrutiny*. Ithaca: Cornell University Law School, [19--?]. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/strict_scrutiny>. Acesso em: 05 jun. 2014.

MACKINNON, Catharine A. Not a Moral Issue. *Yale Law & Policy Review*, v. 2, i. 2, p. 321-345, 1984.

MICKELMAN, Frank. Law's Republic. *The Yale Law Journal*, v. 97, i. 8, p. 1493-1537, jul. 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOTAS SOBRE WINDSOR. *Portal da American Civil Liberties Union (ACLU)*. Disponível em: <<https://www.aclu.org/lgbt-rights/windsor-v-united-states-thea-edie-doma>>. Acesso em: 31 maio 2014.

OYEZ PROJECT. *Portal do Oyez Project/Chicago-Kent College of Law*. Disponível em: <<http://www.oyez.org>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

RAGHAVAN, Gautam. Obama Administration Statements on the Supreme Court's DOMA Ruling. *The White house*, 27 June 2013. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/blog/2013/06/27/obama-administration-statements-supreme-court-s-doma-ruling>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

REPOLÊS TORRES, Ana Paula. *Reforma e Crise Constitucional: um ensaio de Teoria da Constituição*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional – Faculdade de Direito)–Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SIEGEL, Stephen A. The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny. *The American Journal of Legal History*, v. 48, i. 4, p. 355-407, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=934795>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Georgia Code – Crimes and Offenses*. Title 16, Section 16-6-2. 1984. Disponível em: <<http://law.onecle.com/georgia/16/16-6-2.html>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

TRIBE, Laurence H. Os limites da originalidade. *Revista de Direito Público*, n. 93, p. 9-12, mar. 1990.

UNITED STATES SUPREME COURT CENTER. *Portal Justia.Com*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

YOUNG, Ernest A.; BLONDEL, Eric C. Federalism, Liberty, and Equality in *United States v. Windsor*, 2012-2013. *Cato Supreme Court Review*, p. 117-147, 2013. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3134>. Acesso em: 04 jun. 2014.

Data da Submissão: 30 de agosto de 2014
Avaliado em: 05 de março de 2015 (Avaliador A)
Avaliado em: 01 de outubro de 2015 (Avaliador B)
Aceito em: 16 de novembro de 2015

