

Artigos

Recebido: 10.12.2020

Aprovado: 17.02.2021

Publicado: 05.08.2022

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v10i2.9303>

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo:

Obergefell v. Hodges

Raphael Rego Borges Ribeiro

Universidade Federal do Oeste da Bahia, Barreiras, Bahia, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-1253-3205>

Resumo: Neste artigo, estudou-se o caso *Obergefell v. Hodges*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS) discutiu a proteção constitucional ao casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Usou-se em primeiro lugar o método historiográfico, com consulta a fontes primárias, quais sejam, os repositórios de decisões da SCOTUS; e em segundo lugar a consulta à literatura especializada, em especial artigos científicos em periódicos jurídicos estadunidenses. Observou-se que a SCOTUS, por uma maioria de cinco a quatro, em opinião redigida pelo Justice Anthony M. Kennedy, compreendeu que a Constituição estadunidense obriga que os estados tanto celebrem casamentos entre pessoas do mesmo sexo quanto que reconheçam casamentos homossexuais celebrados em outra jurisdição. Verificou-se que, embora celebrada de modo geral pelo seu resultado, a decisão é bastante criticada até mesmo pela doutrina progressista, em especial por seu foco excessivo no casamento, em prejuízo de outras modalidades de família, e por não construir suficientemente a base para a devida proteção da população LGBT contra discriminação em outras matérias. Observou-se ainda que, após o julgamento de *Obergefell*, tem havido aumento na aprovação popular ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como melhora no bem estar da população LGBT adulta.

Palavras-chave: Casamento entre pessoas do mesmo sexo; Direito de Família; Direito Constitucional; Direito Comparado.

The Supreme Court of the United States decision on same-sex marriage: Obergefell v. Hodges

Abstract: In this paper, I studied *Obergefell v. Hodges*, a case in which the Supreme Court of the United States (SCOTUS) discussed the constitutional protection of same-sex marriage. First, I used a historiographic method, delving into primary sources, specifically, SCOTUS reporter of decisions; secondly, I conducted a literature review, especially peer-reviewed papers published in US legal journals. I saw that SCOTUS, in a five-to-four decision, with the majority's opinion written by Justice Anthony M. Kennedy, understood that the US Constitution requires states both to issue marriage certificates to same-sex couples and to recognize same-sex marriages registered in other jurisdictions. I noticed that, although it was generally celebrated for its result, the

ruling is strongly criticized even by liberal scholars, especially for its excessive focus on marriage, which harms non-marital families; and by its lack of building the case for further protection of LGBT people against discrimination in other matters. I also observed that, after *Obergefell* result was issued, there has been a growth in popular supporting of same-sex marriage, as well as an improvement in the well-being of LGBT adults' well-being.

Keywords: Same-sex marriage; Family Law; Constitutional Law; Comparative Law.

Introdução

Neste artigo, será observado *Obergefell v. Hodges*¹, um caso paradigmático julgado pela *Supreme Court of the United States* (SCOTUS), no qual a Corte debruçou-se sobre o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Muitas vezes, os debates mais profundos acerca da proteção aos direitos fundamentais acabam competindo aos tribunais constitucionais, entre outros motivos em razão da inércia legislativa ou da ação discriminatória das maiorias parlamentares em detrimento dos direitos das minorias. Isso é verdade para o Brasil e também para os Estados Unidos.

A justificativa desta pesquisa é a sua contribuição para a divulgação à comunidade jurídica brasileira da jurisprudência constitucional norte-americana. A doutrina nacional costuma se referir a alguns poucos casos famosos decididos pela SCOTUS, como *Brown v. Board of Education*²(sobre o racismo) e *Roe v. Wade*³(sobre o direito ao aborto, agora revertido por *Dobbs v. Jackson*⁴); todavia, ainda são muito incipientes as buscas por estudar julgados mais recentes, notadamente em outras matérias de direitos fundamentais. Ter contato com casos paradigmáticos de uma das cortes constitucionais mais relevantes do mundo permite, entre outras coisas, buscar inspiração para futuros desenvolvimentos do direito pátrio, bem como analisar comparativamente com a própria história do direito no Brasil. Isso é particularmente verdade sobre a temática ora trabalhada, considerando o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal⁵ e pelo Superior Tribunal de Justiça⁶ em matéria de direitos de casais do mesmo sexo. Este artigo pretende suprir esse *gap*, além de incentivar iniciativas semelhantes em outros temas.

O objetivo geral dessa investigação é descrever como a *Supreme Court* julgou que a Constituição estadunidense impunha a cada uma das jurisdições estaduais o dever de reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tanto no sentido de emissão e registro de licenças matrimoniais, quanto para a atribuição de efeitos (direitos e deveres) a esses casamentos, inclusive aqueles celebrados em outros estados. De forma específica, identificaremos os precedentes da Suprema Corte que pavimentaram o

1 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health*, 576 US 644. 2015.

2 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483. 1954.

3 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. 1973.

4 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. _____. 2022.

5 BRASIL. STF. *ADPF 132/RJ*. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 05/05/2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false>>. Acesso em 08 nov. 2022.

6 BRASIL. STJ. *REsp 1.183.378/RS*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 25/10/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18810976&num_registro=201000366638&data=20120201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 08 nov. 2022.

caminho para a decisão em *Obergefell*; observaremos os fatos e o caminho do referido caso até a SCOTUS; semelhantemente, destacaremos os principais fundamentos da opinião majoritária da Corte, bem como das opiniões divergentes. Ao final, identificaremos na doutrina especializada reflexões e repercussões da mencionada decisão.

Este artigo tem uma natureza predominantemente descritiva, abordagem esta considerada consistente com o objetivo de pesquisa supramencionado. A descrição é apenas um primeiro passo necessário para a construção de outros tipos de contribuições para a dogmática brasileira. As necessárias abordagens crítica e comparativa (com o caso brasileiro) deverão ser feitas em trabalhos futuros, em espaço próprio que permita os devidos aprofundamentos.

Como método, será utilizada principalmente a técnica historiográfica, particularmente baseada na consulta às fontes primárias, quais sejam, os arquivos da SCOTUS, com a subsequente exposição dos argumentos utilizados no voto vencedor e nas divergências. Também se realizará consulta bibliográfica à doutrina especializada – em especial na literatura estadunidense, considerando a escassez de materiais brasileiros focados especificamente em estudar o referido caso, conforme *gap* apontado acima.

Antes de iniciar o desenvolvimento do artigo, faz-se necessária uma nota terminológica. No Brasil, consolidaram-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, as expressões “homoafetividade”, “união homoafetiva” e derivadas, cunhadas por Maria Berenice Dias⁷. As designações terminológicas das relações entre pessoas do mesmo sexo com foco no afeto, bem como a consequente orientação axiológica daí decorrente, são, até o presente, completamente estranhas ao Direito estadunidense – que trata tais relações usando principalmente as qualificadoras *homossexual* ou *same-sex*. São essas últimas as expressões utilizadas nos votos apresentados pelos *Justices* da SCOTUS. Traduzir os argumentos jurídicos apresentados alhures com noções conceituais que lá não existem seria tecnicamente incorreto, razão pela qual o presente trabalho optou por traduções literais.

Os principais precedentes da *Supreme Court of the United States* sobre casamento e sobre relações entre pessoas do mesmo sexo

Há importantes precedentes na jurisprudência da *Supreme Court* compreendendo o direito a se casar como um direito fundamental protegido pela Constituição estadunidense, todos eles mencionados nas opiniões apresentadas em *Obergefell*. Ilustrativamente, ainda no século XIX, a Corte reconheceu em *Maynard v. Hill*⁸ que o casamento era mais do que um simples contrato, consistindo em uma pedra fundamental da ordem social daquele país. Em *Loving v. Virginia*⁹, a Corte invalidou normas que proibiam casamentos inter-raciais. Do mesmo modo, em *Zabockli v. Redhail*¹⁰, a SCOTUS compreendeu que violavam o direito ao casamento as leis que impediam que devedores de pensão alimentícia contraíssem núpcias.

7 DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. Porto Alegre: LAEL, 2005. Tais expressões com conotação emocional e afetiva entre pessoas do mesmo sexo também são recomendadas pelo Manual de Comunicação LGBTI+.

8 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Maynard v. Hill**, 125 U.S. 190. 1888.

9 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Loving v. Virginia**, 388 U.S. 1. 1967.

10 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Zabockli v. Redhail**, 434 U.S. 374. 1978.

Semelhantemente, em *Turner v. Safley*¹¹, a Suprema Corte decidiu que o referido direito era desrespeitado por regras que não permitiam que pessoas encarceradas se casassem.

A respeito da mudança significativa no tratamento jurídico da população homossexual, é imprescindível mencionar os casos *Bowers v. Hardwick*¹² e *Lawrence v. Texas*¹³. Em *Bowers*, julgado em 1986, a Suprema Corte reconheceu como constitucional uma lei do estado da Georgia que criminalizava a sodomia – assim descrita pela norma em questão como qualquer ato envolvendo, de um lado, os órgãos sexuais de uma pessoa e, de outro lado, a boca ou o ânus de outra pessoa –, proibição esta que evidentemente afetava mais diretamente quem se relacionava sexualmente com alguém do mesmo sexo. Ocorre que, menos de 20 anos depois, o precedente estabelecido em *Bowers* foi superado (*overruled*) pelo julgamento de *Lawrence*. Em *Lawrence v. Texas*, em 2003, a SCOTUS considerou incompatível com a Constituição estadunidense a legislação texana que criminalizava as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Também deve ser mencionado o caso *Romer v. Evans*¹⁴, de 1996, que estabeleceu as bases sobre as quais *Lawrence* se firmou. Em *Romer*, a Suprema Corte dos EUA considerou incompatível com a Constituição Federal estadunidense uma emenda à Constituição estadual do Colorado, que proibia que qualquer jurisdição naquele estado reconhecesse homossexuais ou bissexuais como uma minoria protegida contra discriminação.

Especificamente sobre o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, também houve uma mudança significativa na postura da Corte. Em *Baker v. Nelson*¹⁵, da década de 1970, a *Supreme Court* julgou que a exclusão de casais do mesmo sexo do instituto do casamento não era uma questão substancial pertinente ao ordenamento normativo federal. Por outro lado, em 2013 surgiu um precedente fundamental que abriu o caminho para a decisão em *Obergefell: United States v. Windsor*¹⁶. O Congresso estadunidense aprovava em 1996 o *Defense of Marriage Act* (DOMA), que definia o casamento exclusivamente como o vínculo entre um homem e uma mulher. O estado de New York reconheceu como válido o casamento entre Edith Windsor e Thea Spyer, celebrado em 2007 no Canadá. Entretanto, quando Spyer morreu em 2009, Windsor não foi reconhecida como cônjuge à luz do DOMA para fins de isenção conjugal à tributação federal sobre a herança. Em *Windsor*, a SCOTUS entendeu que a definição de casamento no DOMA era inconstitucional, tanto por violar a autoridade dos estados para reconhecer casamentos quanto por conferir, sem propósito legítimo, um tratamento desvantajoso a casais formados por pessoas do mesmo sexo – na medida em que impunha aos casais homossexuais, porém não aos heterossexuais, um tratamento como casados para efeitos de lei estadual, todavia como não casados para efeitos da lei federal.

O caminho até a SCOTUS

James Obergefell e John Arthur, residentes no estado de Ohio, viveram em um relacionamento amoroso que durou por volta de 20 anos. Em 2011, Arthur foi diagnosticado com esclerose lateral

11 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78. 1987.

12 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186. 1986.

13 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558. 2003.

14 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620. 1996.

15 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810. 1972.

16 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744. 2013.

amiotrófica – ELA. Em 2013, os parceiros decidiram se casar antes da morte de Arthur, uma vez que a sua doença não tinha cura conhecida. Ambos viajaram para Maryland, estado no qual já era legalizado o casamento entre dois homens, e a celebração se deu em Baltimore. Três meses depois, Arthur morreu. Entretanto, a legislação de Ohio não permitia que Obergefell fosse incluído na certidão de óbito dele como cônjuge sobrevivente. James Obergefell buscou seus direitos em juízo; Richard Hodges, cujo nome estampa a decisão da *Supreme Court of the United States*, era o diretor do Ohio *Department of Health*, o setor governamental responsável pela emissão das certidões de óbito daquele estado. Também em Ohio, em um outro processo denominado *Henry v. Wymyslo*, Quatro casais formados por pessoas do mesmo sexo desejavam incluir os nomes de ambos os membros de cada casal nas certidões de nascimento dos respectivos filhos.

April DeBoer e Jayne Rowse, duas enfermeiras residentes no Michigan, fizeram em 2007 uma cerimônia para celebrar a união delas. Em 2009, começaram a criar dois meninos; no ano seguinte, começaram a criar uma menina. Contudo, a legislação do Michigan apenas permitia a adoção por casais de sexo oposto ou por pessoas solteiras; desse modo, cada um dos filhos do casal somente poderia ter ou DeBoer ou Rowse listada como mãe. A adoção conjunta não seria possível porque o Michigan apenas admitia como casais aquelas uniões entre um homem e uma mulher. Assim, a outra mulher, aquela que não estivesse incluída como genitora nos documentos da criança, seria excluída de quaisquer direitos ou deveres relacionados, por exemplo, à sua educação ou à sua saúde. Ambas processaram o estado, na medida em que queriam adotar conjuntamente as três crianças.

No Tennessee, quatro casais homossexuais desejavam que seus casamentos, celebrados em outras jurisdições (New York e Califórnia), fossem reconhecidos e tivessem seus efeitos jurídicos concedidos pelo estado em que residiam. Ilustrativamente, Ijpe DeKoe, um militar da reserva, e seu parceiro Thomas Kostura se casaram em New York em 2011, pouco antes de o primeiro ser enviado para a guerra no Afeganistão. Quando DeKoe retornou, os homens estabeleceram residência no Tennessee; ocorre que aquele estado não reconhecia o casamento deles.

Gregory Bourke e Michael DeLeon tinham se casado em Ontario, no Canadá. Juntamente com três outros casais, cujos matrimônios tinham sido formalizados em Iowa, na Califórnia e em Connecticut, eles processaram o Kentucky, para que as suas uniões fossem reconhecidas e tivessem todos os efeitos jurídicos atribuídos pelas autoridades estaduais.

Ao todo, 14 casais formados por pessoas do mesmo sexo, além de dois homens cujos parceiros já tinham morrido, ingressaram com ações contra os estados em que residiam – Ohio, Michigan, Tennessee e Kentucky – alegando terem seus direitos constitucionais violados por não terem a permissão para se casar ou por não terem reconhecidos os efeitos jurídicos dos casamentos que haviam celebrado em outros estados. Todos os *District Courts* acionados originalmente decidiram em favor dos requerentes, o que levou os respectivos estados a recorrer ao *U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit*¹⁷. A *Court of Appeals* consolidou os casos, decidindo em favor dos estados recorrentes e contra os petionantes recorridos,

17 A Corte de Apelação do Sexto Circuito tem jurisdição para julgar recursos provenientes das Cortes Federais localizadas nos seguintes distritos: *Eastern District of Kentucky*, *Western District of Kentucky*, *Eastern District of Michigan*, *Western District of Michigan*, *Northern District of Ohio*, *Southern District of Ohio*, *Eastern District of Tennessee*, *Middle District of Tennessee*, *Western District of Tennessee*.

revertendo então as decisões de piso. O *Sixth Circuit* compreendeu que um estado não tinha qualquer obrigação, à luz da Constituição federal estadunidense, no sentido de celebrar casamentos homossexuais ou reconhecer celebrações realizadas alhures. Houve então recurso, agora à Suprema Corte dos Estados Unidos, que ouviu as alegações das partes em 28 de abril de 2015 e proferiu o julgamento final em 26 de junho de 2015.

Quando a *Supreme Court* julgou *Obergefell*, a sua composição estava equilibrada, porém com uma sólida ala conservadora já se estabelecendo. Como grandes expoentes da ala liberal-progressista, havia a *Justice* Ruth Bader Ginsburg, indicada pelo presidente Bill Clinton; e as *Justices* Sonia Sotomayor e Elena Kagan, indicadas pelo democrata Barack Obama. Como moderados, com históricos de opiniões conservadoras ou progressistas a depender da matéria (*swing votes*), havia o *Justice* Anthony M. Kennedy, indicado pelo republicano Ronald Reagan; e o *Justice* Stephen G. Breyer, indicado por Clinton. Do lado do conservadorismo, havia o ultraconservador *Justice* Antonin Scalia, indicado por Reagan; o *Justice* Clarence Thomas, indicado por George W. H. Bush, o pai; o *Justice* Samuel A. Alito Jr e o *Chief Justice* John G. Roberts, ambos indicados por George W. Bush, o filho.

Em *Obergefell v. Hodges*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por uma maioria de cinco a quatro, que a Constituição estadunidense exigia tanto que os estados reconhecessem como válidos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados em outras jurisdições estaduais, quanto que permitissem a celebração de tais matrimônios em seu próprio território – em ambos os casos, conferindo a esses casamentos todos os benefícios, direitos e deveres decorrentes daqueles contraídos entre pessoas de sexo oposto. A opinião da maioria foi redigida pelo *Justice* Kennedy, a quem se juntaram as *Justices* Ginsburg, Sotomayor e Kagan, bem como o *Justice* Breyer. Por outro lado, foram apresentadas quatro divergências: uma do *Chief Justice* Roberts, a quem se juntaram os *Justices* Scalia e Thomas; uma do *Justice* Scalia, à qual aderiu o *Justice* Thomas; uma do *Justice* Thomas, com a adesão do *Justice* Scalia; e uma do *Justice* Alito, com concordância dos *Justices* Scalia e Thomas.

A opinião majoritária

O *Justice* Anthony M. Kennedy redigiu a opinião da maioria da Corte, tendo sido integralmente acompanhado pelos *Justices* Stephen G. Breyer, Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. Como introdução da sua decisão, ele mencionou que a Constituição prometia a todas as pessoas a liberdade, o que incluía certos direitos que permitiam a todos a expressão da própria identidade; nesse sentido, aduziu que os requerentes estavam procurando a referida liberdade por meio do casamento com outra pessoa do mesmo sexo. Ele dividiu a análise em três blocos. Primeiramente, observou o histórico da matéria, em especial a compreensão jurídica a respeito do casamento e dos direitos da população homossexual. Na sequência, expôs as razões pelas quais se compreendia que a Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense exigia que os estados autorizassem a celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, demonstrou os motivos pelos quais a mesma Emenda determinava o reconhecimento, por cada jurisdição estadual, de casamentos entre pessoas do mesmo sexo que tivessem sido celebrados validamente em outra jurisdição¹⁸.

18 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio*

Na primeira parte da opinião majoritária, o *Justice Kennedy* usou uma abordagem histórica a respeito da matéria sobre a qual a SCOTUS estava se debruçando. Iniciou se referindo à importância transcendental do casamento ao longo dos tempos, sendo central à condição humana, bem como essencial às mais profundas esperanças e aspirações humanas. Afirmou que os estados, então recorridos, alegavam que tal instituto seria diminuído caso o conceito e os efeitos jurídicos do casamento fossem ampliados aos casais do mesmo sexo; contudo, o que os requerentes desejavam não era diminuir o instituto, e sim ser alcançados pela importância a ele historicamente conferida, da qual decorriam privilégios e responsabilidades¹⁹.

Também na primeira parte da opinião majoritária, o *Justice Kennedy* afirmou que as origens antigas do casamento não tornaram o instituto imune a desenvolvimentos jurídicos e sociais; nesse sentido, argumentou que a história do casamento envolve tanto continuidade quanto mudanças. Ele ilustrou a evolução do instituto com o passar do tempo, mencionando a transição da época em que havia mero arranjo entre os pais dos futuros cônjuges para a compreensão do casamento como um contrato voluntário entre os nubentes²⁰. Também se referiu à superação definitiva da doutrina da *coverture*, segundo a qual um casal era tratado pela lei como uma única entidade, chefiada pelo marido, na qual a esposa não tinha direitos políticos nem de propriedade. Com base nesses exemplos, o *Justice Kennedy* depreendeu que tais transformações não foram meramente superficiais, e sim alterações profundas, em especial atingindo aspectos do instituto historicamente entendidos como essenciais; entretanto, para ele, tais alterações não haviam enfraquecido, e sim fortalecido o casamento. Aduziu, ainda, que as novas compreensões sobre o casamento são características de uma nação na qual novas gerações vão descobrindo novas dimensões da ideia de liberdade²¹.

Ainda na primeira parte da opinião vencedora, o *Justice Kennedy* argumentou que a mesma dinâmica de transformações ocorrera em relação à experiência nos Estados Unidos a respeito dos direitos de pessoas homossexuais. Relembrou que, até meados do século XX, relacionamentos entre duas pessoas do mesmo sexo eram considerados imorais na maior parte do mundo ocidental, sendo inclusive matéria criminal em muitas jurisdições. Destacou que, na parte final do século XX, houve substanciais desenvolvimentos culturais e políticos, que permitiram que casais homossexuais pudessem começar a se assumir publicamente e a estabelecer vidas familiares; isso foi seguido por extensas discussões nos setores público e privado, bem como uma virada na opinião pública, no sentido de maior tolerância. Ressaltou que uma consequência dessa transformação foi o fato de questões sobre os direitos dessa população terem chegado ao Judiciário – com precedentes favoráveis da própria *Supreme Court*, com especial destaque para *Lawrence v. Texas* e para *United States v. Windsor*. O *Justice Kennedy* observou que, nos anos recentes, muitos casos sobre o casamento homossexual tinham chegado a diversas *Courts of Appeals* federais, e que com apenas duas exceções, as Cortes de Apelação vinham compreendendo que a proibição do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo violava a Constituição estadunidense. Em complemento, notou que a maioria das *District Courts* vinha entendendo que esses casais deveriam ter autorização para se casar, assim como também

Department of Health, 576 US 644. 2015. p. 644-648.

19 Id. p. 657.

20 Id. p. 659.

21 Id. p. 660.

muitas cortes superiores estaduais vinham decidindo à luz das respectivas constituições estaduais²².

Na segunda parte da opinião da maioria da Suprema Corte, o *Justice Kennedy* defendeu que todos os estados tinham a obrigação, decorrente da *Due Process Clause* da Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense, de conceder autorização para e celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Iniciou transcrevendo o referido dispositivo normativo, segundo o qual nenhum estado poderia privar qualquer pessoa da sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo jurídico²³. O *Justice Kennedy* aduziu que, entre as liberdades ali protegidas, encontram-se determinadas escolhas pessoais centrais à dignidade e à autonomia, inclusive escolhas íntimas que definem a identidade pessoal. Consignou ainda que a identificação e proteção de liberdades fundamentais é uma parte constante do dever jurisdicional de interpretar a Constituição – tarefa esta que, segundo ele, é orientada, porém não limitada, pela história e pela tradição. Isso porque, de acordo com o *Justice Kennedy*, um problema da injustiça é que ela nem sempre é vista como tal; desse modo, novos *insights* revelam a desconformidade entre as proteções constitucionais e determinadas estruturas legais. Afirmou que, usando o referido raciocínio, a SCOTUS vinha há muito tempo, em diferentes contextos, reconhecendo que o direito a se casar é uma liberdade constitucionalmente protegida, em especial pela *Due Process Clause*, sendo inválidas as leis que o violam. Ilustrou sua afirmação com os precedentes estabelecidos em *Loving v. Virginia*, *Zablocki v. Redhail* e *Turner v. Safley*²⁴.

O *Justice Kennedy* continuou a segunda parte da opinião majoritária reconhecendo que os supramencionados precedentes presumiam relações envolvendo pessoas de sexo oposto. Aduziu que, para que a força e a *ratio* dos referidos casos se aplicassem a casais do mesmo sexo, a Corte deveria observar as razões básicas pelas quais o direito a se casar vinha há tanto tempo sendo constitucionalmente protegido. Para ele, havia quatro princípios na jurisprudência da SCOTUS que demonstravam que o direito constitucional ao casamento se aplicava com força igual aos casais homossexuais. Primeiramente, uma premissa adotada nos mencionados precedentes era que o direito às decisões pessoais sobre o casamento era inerente ao conceito de autonomia individual, estando entre as mais íntimas que uma pessoa poderia fazer; nesse sentido, havia dignidade no vínculo entre dois homens ou duas mulheres que desejavam se casar, e eles tinham autonomia para fazer tais escolhas. Em segundo lugar, havia nos casos anteriores da *Supreme Court* a ideia de que o direito ao casamento era fundamental porque o instituto servia de base para a união entre duas pessoas, com importância sem qualquer paralelo em qualquer outro tipo de vínculo; nesse sentido, o precedente em *Lawrence* reconhecera o direito à associação íntima entre indivíduos do mesmo sexo. Em terceiro lugar, a Corte vinha tutelando o casamento enquanto direito fundamental, na medida em que o instituto protegia os filhos do casal, tanto em sentido material quanto existencial; desse modo, proibindo-se casais homossexuais de se casarem, os seus filhos sofreriam, de um lado, com estigma e humilhação e, de outro lado, sem reconhecimento, estabilidade e permanência, em violação aos melhores interesses das crianças. Por fim, em quarto lugar, os casos da *Supreme Court* vinham deixando claro que o casamento é uma pedra fundamental da ordem social estadunidense, a ponto de as leis conferirem benefícios materiais

22 Id. p. 660-663.

23 *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

24 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health**, 576 US 644. 2015. p. 663-664.

para proteger e promover as uniões – ilustrativamente, vantagens tributárias, direitos hereditários, poderes de decisão médica, seguro de saúde etc. Nesse contexto, a exclusão dos casais formados por pessoas do mesmo sexo dos referidos benefícios traz a eles graves desvantagens – que não são apenas materiais, mas também instabilidade, além do estigma de que tais uniões não são iguais e têm menos importância. Por esses quatro motivos, o *Justice Kennedy* depreendeu que seria possível entender que a liberdade fundamental ao casamento, protegida pela *Due Process Clause*, se aplica aos casais homossexuais²⁵.

Ainda na segunda parte da opinião majoritária, o *Justice Kennedy* aduziu que o direito ao casamento entre duas pessoas do mesmo sexo também era tutelado pela *Equal Protection Clause*, igualmente prevista na Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense²⁶. Afirmou que a *Equal Protection Clause* e a *Due Process Clause* estão conectadas de modo profundo, embora estabeleçam princípios distintos. Destacou que a jurisprudência da *Supreme Court* sobre o direito a se casar refletiam a inter-relação entre os mencionados princípios: ilustrativamente, em *Loving*, a proibição do casamento inter-racial foi considerada inconstitucional à luz das duas cláusulas. Desse modo, o *Justice Kennedy* argumentou que a SCOTUS, ao interpretar a *Equal Protection Clause*, vinha reconhecendo que novas compreensões sociais e *insights* poderiam revelar desigualdades injustificadas no âmbito de institutos fundamentais, ainda que tais desigualdades tivessem permanecido por muito tempo sem ser notadas nem questionadas²⁷. Nesse sentido, suscitou diversos precedentes nos quais a Corte invalidara, à luz do princípio da isonomia, leis que impunham desigualdade entre os cônjuges com base no sexo deles. O *Justice Kennedy* induziu que a mesma dinâmica se aplicava ao casamento entre pessoas do mesmo sexo: tornara-se evidente que as leis questionadas limitavam a liberdade (de se casar) dos casais homossexuais, o que violava também importantes preceitos de isonomia. Segundo ele, as normas proibitivas eram essencialmente desiguais: casais homossexuais tinham negados todos os benefícios concedidos aos casais heterossexuais, sendo barrados do exercício de um direito fundamental. Essa desvantagem imposta a gays e lésbicas os desrespeitava e subordinava, em claro contraste com a *Equal Protection Clause*²⁸.

O *Justice Kennedy* encerrou a segunda parte da opinião majoritária afirmando que todas as considerações acima levavam à conclusão de que o direito a se casar é um direito fundamental inerente à liberdade humana; e que, à luz tanto da *Due Process Clause* e da *Equal Protection Clause* da Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense, casais formados por pessoas do mesmo sexo não poderiam ser privados da referida liberdade. Depreendeu, assim, que a maioria da Corte ali estava determinando que casais homossexuais pudessem exercer o direito fundamental ao casamento; que *Baker v. Nelson* estava superado; e que as legislações estaduais ora questionadas pelos recorrentes eram inválidas, na medida em que excluía casais formados por pessoas do mesmo sexo do casamento civil nos mesmos termos e condições aplicáveis aos casais de sexo oposto²⁹.

25 Id. p. 665-671.

26 *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

27 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health**, 576 US 644. 2015. p. 672-673.

28 Id. p. 674-675.

29 Id. p. 675-676.

Antes de iniciar a terceira parte da opinião majoritária, o *Justice Kennedy* enfrenou a alegação, suscitada pelos estados recorridos, no sentido de que a Corte deveria atuar com cautela, aguardando maior debate e ação democrática. Para ele, já havia significativa discussão sobre a matéria, com referendos, debates legislativos, campanhas sociais, estudos, artigos científicos, livros, além de extenso debate nos Judiciários estaduais e federais; tudo isso permitiria uma compreensão mais adequada da questão. Ele reconheceu que a Constituição estadunidense considerava o processo democrático como o mais adequado para mudanças – ressaltou, porém, que isso não poderia significar a violação a direitos fundamentais. Assim, quando direitos individuais são violados, a mesma Constituição exigia que os tribunais tomassem as devidas medidas; por essa razão, no sistema constitucional vigente, as pessoas não precisavam esperar ação legislativa para o exercício de um direito fundamental, na medida em que as cortes podiam tomar as medidas adequadas quando os interesses mais básicos dessas pessoas estivessem em jogo. Citando *West Virginia Board of Education v. Barnette*, aduziu que a Constituição tirava certos assuntos das vicissitudes das controvérsias políticas, pondo-os além do alcance da ação das maiorias parlamentares, estabelecendo-os como princípios jurídicos aplicáveis pelo Judiciário; por isso mesmo, direitos fundamentais não eram sujeitos a voto nem dependiam do resultado de eleições³⁰. Segundo o *Justice Kennedy*, uma decisão da SCOTUS contrária ao casamento entre pessoas do mesmo sexo seria prejudicial aos casais, e esses danos não desapareceriam se, no futuro, houvesse uma eventual alteração legislativa ou mesmo um caso no qual a Corte decidisse diferentemente; ele afirmou que as histórias dos requerentes deixavam clara a urgência da matéria, o que dava à *Supreme Court* o dever de responder adequadamente às demandas ali apresentadas, de forma ampla, não sendo possível deixar para uma análise casuística a definição dos benefícios e responsabilidades desses casais³¹. O *Justice Kennedy* também se manifestou a respeito da alegação de que o instituto casamento seria diminuído, e que a permissão da celebração dele entre casais do mesmo sexo reduziria o número de casamentos heterossexuais. Para ele, essa se tratava de uma afirmação pouco realista e que os estados recorridos não apresentavam qualquer fundamento para essa conclusão. Depreendeu ainda que os casos ali discutidos envolviam apenas os direitos de dois adultos, capazes de consentir, cujos matrimônios não significariam risco para eles nem para terceiros³².

Na parte final da opinião majoritária, o *Justice Kennedy* discutiu se a Constituição exigia que os estados reconhecessem casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados em outras jurisdições. Ele iniciou afirmando que a falta do referido reconhecimento infligia danos substanciais e constantes aos casais homossexuais. Aduziu que ser casado em um estado, mas tendo a validade do seu vínculo negada em outro estado, era uma das situações mais perplexas e estressantes no contexto de relações íntimas; se isso fosse permitido, haveria a manutenção e a promoção da instabilidade e da incerteza. Ilustrou com a situação em que um casal dirigiria para um estado vizinho, para visitar amigos ou familiares, e um deles teria severas dificuldades caso o outro fosse hospitalizado nessa viagem. Concluiu, assim, que, se os estados eram obrigados pela Constituição a celebrar o casamento homossexual, não havia qualquer justificativa para que não reconhecessem casamentos celebrados alhures³³.

30 Id. p. 676-677.

31 Id. p. 678-679.

32 Id. p. 679.

33 Id. p. 680-681.

Com base nos argumentos acima mencionados, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por uma maioria de cinco a quatro, reverteu o julgamento da *Court of Appeals for the Sixth Circuit* e decidiu que a Constituição estadunidense conferia também aos casais formados por pessoas do mesmo sexo um direito fundamental ao casamento.

As opiniões dissidentes

Foram apresentadas quatro divergências à opinião majoritária da Corte. A primeira delas, bastante longa, foi redigida pelo *Chief Justice* John Roberts, a quem se juntaram os *Justices* Scalia e Thomas. Ele afirmou que os recorrentes traziam fortes argumentos, embasados em políticas sociais e considerações de justiça, o que inquestionavelmente tinha apelo; entretanto, aduziu que a Suprema Corte não era o Legislativo, portanto, a decisão sobre o casamento homossexual ser ou não uma boa ideia não dizia respeito a ela. Para ele, a Constituição dava ao Judiciário o poder de dizer o que a lei é, não aquilo que ela deve ser. Sustentou que, embora os argumentos políticos para estender o instituto do casamento aos casais homossexuais pudessem ser convincentes, os argumentos jurídicos para tanto não eram. O *Chief Justice* Roberts considerou que o direito fundamental a se casar não incluía o direito de fazer uma jurisdição estadual alterar a sua definição de casamento; assim, o povo de cada estado era livre para, de um lado, expandir a ideia de casamento ou, de outro lado, restringir-se à definição histórica do instituto³⁴. Ele afirmou que a abordagem adotada pela maioria da *Supreme Court* era desoladora, na medida em que o processo democrático não fora respeitado, e que cinco juristas tinham encerrado o debate sobre a questão e estabelecido a própria visão sobre o matrimônio como uma matéria de Direito Constitucional. Segundo ele, isso se tratava de um ato de vontade, não de um julgamento jurídico; assim, o direito ali enunciado pela maioria não tinha qualquer passe na Constituição estadunidense ou nos precedentes da SCOTUS. Para o *Chief Justice* Roberts, a Constituição era clara no sentido de que a decisão sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo deveria estar com o povo, por meio dos seus representantes eleitos, e não com cinco juristas³⁵.

Na primeira parte da sua dissidência, o *Chief Justice* Roberts argumentou que ali não se discutia que a Constituição estadunidense, de fato, protegia um direito ao casamento; para ele, a questão real ora debatida era o que configurava o casamento e, mais precisamente, quem deveria decidir o que configurava o casamento. Ele afirmou que, por milênios e em toda parte, o instituto se referia a apenas uma relação, qual seja, a união entre um homem e uma mulher; nesse sentido, a definição universal do casamento não era apenas uma coincidência, mas resultaria da natureza das coisas – em especial da garantia de que os filhos fossem criados por genitores unidos em uma relação estável e duradora –, sendo assim tão fundamental que raramente precisaria ser mencionada. Aduziu ainda que essa compreensão do casamento vinha prevalecendo durante toda a história dos Estados Unidos, inclusive sendo, sem dúvidas, a concepção adotada por aquelas pessoas que redigiram a Constituição do país, bem como pelos estados que ratificaram o texto constitucional. O *Chief Justice* Roberts destacou ainda que os precedentes da Suprema Corte repetidamente descreviam o casamento como um instituto consistente com a sua definição tradicional,

34 Id. p. 686.

35 Id. p. 687-688.

sempre implicando – e conectando-o a – um aspecto de procriação. Segundo ele, as transformações pelas quais passaram o instituto não atingiram a sua estrutura central como uma união entre pessoas de sexo oposto. Ele relembrou ainda o precedente *Baker v. Nelson*, no qual a SCOTUS negara na década de 1970 um recurso contra a decisão da *Minnesota Supreme Court*, que por sua vez rejeitara a tentativa de obrigar, com analogia a *Loving v. Virginia*, os estados à celebração do casamento homossexual³⁶.

Na segunda parte da sua opinião divergente da maioria, o *Chief Justice* Roberts rejeitou a alegação de que as leis matrimoniais então questionadas violavam a *Due Process Clause*. Ele aduziu que, como os recorrentes não podiam invocar qualquer direito constitucional explícito, sustentavam seus pedidos em uma liberdade implícita na Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense. Destacou que, conforme os precedentes da SCOTUS, as liberdades protegidas implicitamente pelo texto constitucional seriam aquelas tão enraizadas na tradição e consciência do povo que poderiam assim ser consideradas fundamentais. O *Chief Justice* Roberts ressaltou que o Judiciário deveria atuar com significativa cautela ao reconhecer os referidos direitos fundamentais implícitos, pois se tratava de situação na qual magistrados não eleitos estariam derrubando normas elaboradas por representantes eleitos pelo povo. Nesse sentido, citando *Williamson v. Lee*³⁷, destacou que a *Supreme Court* não poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei simplesmente por considerá-la pouco sábia ou em desconformidade com uma específica escola de pensamento. Pelo contrário, para tanto seria necessário, com base em *Washington v. Glucksberg*³⁸, a fundamentação em um direito fundamental que objetivamente estivesse enraizada na história e na tradição nacionais, de modo que nem a liberdade nem a justiça poderiam existir se tal direito fosse sacrificado. De acordo com o *Chief Justice* Roberts, expandir o direito ao casamento como a maioria da Corte queria fazer significava arrancá-lo das suas raízes tradicionais. Para ele, a opinião majoritária não se embasava em décadas de precedentes da SCOTUS, porém apenas no fato de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo era algo desejável. Argumentou que, não importa a força que tal crença tivesse em matéria de filosofia moral, ela não teria qualquer base no texto constitucional. O *Chief Justice* Roberts ainda questionou se a decisão da maioria da SCOTUS não abriria margem para, no futuro, ser obrigatório o reconhecimento do casamento entre mais de duas pessoas. Para ele, assim como foi alterado o conceito básico do instituto para incluir a união entre duas pessoas do mesmo sexo, nada impediria uma alteração no número de pessoas abrangidas pelo vínculo matrimonial. Ressaltou, inclusive, que esse seria um passo menos drástico do que o que então estava sendo dado, na medida em que a poligamia é tradicionalmente enraizada em muitas culturas pelo mundo, ao contrário do casamento homossexual³⁹.

Na terceira parte da sua opinião divergente da maioria, o *Chief Justice* Roberts questionou a alegação de que as leis estaduais estariam violando a *Equal Protection Clause*. Ele afirmou que a opinião majoritária sequer fez uma análise séria e profunda da questão, não tendo se valido do método tradicionalmente adotado pela Corte nos casos envolvendo o princípio da isonomia – a verificação se o tratamento

36 Id. p. 688-692.

37 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*, 348 U.S. 483. 1955.

38 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702. 1997.

39 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health*, 576 US 644. 2015. p. 693-704.

desigual conferido pela autoridade pública é suficientemente relacionado aos fins que se buscam alcançar. O *Chief Justice* Roberts aduziu que na opinião majoritária da SCOTUS não constou uma única frase que explicasse se nem como esse método tinha sido usado. Ele argumentou ainda que as leis questionadas não violavam a *Equal Protection Clause*, na medida em que a distinção legal entre os casais do mesmo sexo e de sexo oposto estava racionalmente relacionada ao legítimo interesse estatal de preservar o tradicional instituto do casamento⁴⁰.

Na parte final da sua dissidência, o *Chief Justice* Roberts acusou a maioria da Corte de adotar uma postura pouco humilde e de exaltar o papel do Judiciário na construção de mudanças sociais; destacou que os fundadores dos Estados Unidos não adotavam aquela concepção da atuação dos magistrados. Questionou, assim, qual seria o sentido de se permitir que continuasse existindo o processo democrático. Ele sublinhou que, quando decisões são tomadas pelos meios democráticos, algumas pessoas inevitavelmente ficarão desapontadas com os resultados; elas, porém, sabem que perderam ao final de um debate justo e honesto, e ainda podem esperar que o assunto seja rediscutido futuramente, na esperança de reverter o resultado. Para o *Chief Justice* Roberts, a maioria da *Supreme Court* tinha ali posto um fim a isso: decidindo a matéria à luz de um argumento constitucional, eles tinham tirado a questão do debate democrático, perdendo assim a oportunidade de ganhar verdadeira aceitação da maioria do povo. Ele também destacou que a decisão criava sérias questões a respeito do exercício da liberdade religiosa, em especial quando em conflito com o recém-criado direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. O *Chief Justice* concluiu afirmando que as pessoas a favor do casamento homossexual poderiam estar celebrando ali o fato de terem alcançado o resultado esperado, mas que não podiam estar celebrando a Constituição estadunidense, que nada tinha a ver com a decisão em *Obergefell*⁴¹.

O *Justice* Antonin Scalia, além de aderir integralmente à opinião do *Chief Justice* Roberts, apresentou a própria divergência, à qual se juntou o *Justice* Thomas. Ele alegou estar escrevendo separadamente para chamar atenção à ameaça representada pela maioria da Corte à democracia estadunidense. Argumentou que a legislação poderia reconhecer como casamento qualquer vínculo sexual ou de convivência, atribuindo-lhe quaisquer consequências civis; nesse sentido, ele não estava interessado especialmente naquilo que a lei dizia sobre o instituto. O *Justice* Scalia ressaltou, entretanto, que o importante era quem podia regulamentar o casamento. Nesse sentido, ele afirmou que a decisão da Corte era que quem mandava nele e no restante dos 320 milhões de estadunidenses era a maioria dos nove juízes que compunham a *Supreme Court*. Assim, expressou que a prática da revisão constitucional por um comitê não eleito de nove pessoas rouba do povo a mais importante liberdade de todas, que é a de governar a si próprio⁴².

Na primeira parte da sua opinião divergente, o *Justice* Scalia consignou que havia um debate público sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo; debate este que era uma demonstração do que melhor de havia na democracia estadunidense, mas que foi encerrado pela decisão da Corte. Ele aduziu que a Constituição punha alguns limites ao autogoverno do povo, limites adotados pelo próprio povo com a ratificação do texto constitucional e das suas emendas. Destacou que, exceto essas limitações, os poderes de

40 Id. p. 706-707.

41 Id. p. 708-713.

42 Id. p. 713-714.

autodeterminação poderiam ser utilizados do modo como o povo ou os estados desejassem. Nesse sentido, observou que o caso então decidido questionava se a Décima Quarta Emenda continha uma limitação que impunha às jurisdições estaduais a celebração e o reconhecimento dos casamentos homossexuais, ou seja, se o texto constitucional removía essa questão do processo político. Para o *Justice* Scalia, a resposta seria óbvia: claro que não. Ele argumentou que não seria necessário especular, na medida em que, quando a Décima Quarta Emenda foi ratificada em 1868, todos os estados restringiam o casamento a um homem e uma mulher, e não havia qualquer dúvida sobre a constitucionalidade disso. Dessa forma, para ele, como não havia qualquer dúvida de que o povo jamais decidira impor nem proibir que o instituto se limitasse a casais do sexo oposto, o debate público e democrático sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo deveria continuar. Assim, criticou o fato de a maioria da Corte ter focado em suas próprias visões e compreensões, em vez de nos princípios e tradições do povo estadunidense. Para o *Justice* Scalia, a atitude da maioria da SCOTUS seria uma pretensão a um superpoder legislativo, que estaria em contradição com o sistema de governo daquele país. Segundo ele, um sistema que torna o povo subordinado a um comitê de nove juristas não eleitos não merecia ser chamado de democracia. Aduziu ainda que magistrados eram selecionados pelas suas habilidades como juristas, não sendo (ou pelo menos não devendo ser) relevantes as suas perspectivas políticas. Para ele, permitir que a questão política do casamento entre pessoas do mesmo sexo fosse decidida por um painel seletivo e não representativo de nove pessoas violava o princípio básico – mais básico do que *no taxation without representation* – de que não deveria haver transformação social sem representação⁴³.

Na segunda parte da sua opinião dissidente, o *Justice* Scalia chamou a decisão majoritária de um *judicial Putsch*. Afirmou que os cinco juízes que compunham a maioria da Corte se sentiam inteiramente confortáveis em concluir que todas as jurisdições estaduais vinham violando a Constituição durante todos os 135 anos que separavam a ratificação da Décima Quarta Emenda e o primeiro momento em que se permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Estados Unidos, em 2003, por decisão de Massachussets. De forma irônica, o *Justice* Scalia sublinhou o fato de a opinião majoritária ter descoberto um direito fundamental ignorado por todos, inclusive muitos juristas brilhantes, durante todo esse tempo. Ele atacou a opinião majoritária, dizendo ser pretensiosa e egocêntrica, além de ter trechos profundamente incoerentes. Concluiu afirmando que o conteúdo da opinião vencedora diminuiria a reputação da *Supreme Court* em relação ao pensamento claro e análise jurídica sóbria⁴⁴.

O *Justice* Clarence Thomas, além de aderir integralmente à opinião do *Chief Justice* Roberts, apresentou a própria divergência, à qual se juntou o *Justice* Scalia. Ele argumentou que a decisão da maioria da Corte contrariava não apenas a Constituição estadunidense, porém também os princípios sobre os quais aquele país tinha sido construído. Alegou que a liberdade vinha sendo historicamente compreendida como proteção contra a ação governamental, não o direito a benefícios concedidos pelo governo; apesar disso, a maioria da Corte estava invocando o texto constitucional para tutelar uma liberdade que os fundadores da nação não teriam reconhecido, em prejuízo da liberdade que eles buscavam proteger. Para ele, aquela distorção da Constituição não apenas ignorava o texto, mas também invertia a relação entre o indivíduo e o Estado⁴⁵.

43 Id. p. 714-718.

44 Id. p. 718-720.

45 Id. p. 721.

O *Justice* Thomas, na primeira parte da sua opinião divergente, destacou que era contrário a tratar a *Due Process Clause* como fonte de direitos substantivos, na medida em que isso distorcia o texto constitucional. Para ele, a ideia de *substantive due process* exaltava os magistrados às custas do povo do qual eles tiravam a sua autoridade. O *Justice* Thomas aduziu que os recorrentes estavam pedindo aos nove juízes da SCOTUS que consagassem na Constituição Federal a definição deles de casamento, colocando tal definição além do alcance do regular processo democrático para todo o país. Para ele, isso era uma evidência do perigo de se aceitar a ideia de *substantive due process*⁴⁶.

Na segunda parte da sua dissidência, o *Justice* Thomas alegou que, ainda que a doutrina do *substantive due process* fosse aceitável, os recorrentes não poderiam ter sucesso em seu pleito. Aduziu que o conceito de liberdade que eles defendiam não se sustentava em qualquer significado plausível daquele termo. Para o *Justice* Thomas, o termo “liberdade”, como utilizado na *Due Process Clause*, historicamente remetia à restrição física de movimento, que seria privada ilustrativamente com a prisão do indivíduo; justificou sua análise com referência ao significado da palavra na Magna Carta e na doutrina clássica de William Blackstone, inspirações para as pessoas que redigiram o texto constitucional original. Ele argumentou que as decisões judiciais interpretando a ideia de liberdade entre a fundação da nação e a ratificação da Décima Quarta Emenda quase uniformemente se referiam à proteção contra restrições do movimento físico. Para ele, quando a Décima Quarta Emenda é lida à luz dessa história, fica muito difícil ver como a liberdade ali protegida poderia significar qualquer outra coisa, e assim tinha sido o entendimento da *Supreme Court* em seus primeiros julgados sobre a *Due Process Clause*. O *Justice* Thomas sustentou que, ainda que se admitisse que a palavra “liberdade” naquela cláusula constitucional significasse algo a mais, isso não incluiria o tipo de direito invocado pela maioria da Corte. Segundo ele, na tradição jurídica estadunidense, embasada fortemente na doutrina de John Locke, liberdade significava proteção contra a ação do governo, não um direito a um benefício governamental específico. Dessa forma, o *Justice* Thomas depreendeu que os recorrentes não tinham sido privados de qualquer liberdade; eles não podiam alegar ter sido presos ou sofrido qualquer constrangimento físico, nem tinham sido restringidos em sua possibilidade de viver suas rotinas diárias. Observou que o que ocorria *in casu* era apenas a recusa das leis estaduais de conferir aos mencionados casais determinados benefícios governamentais direcionados exclusivamente a pessoas casadas; para ele, isso não se enquadrava em qualquer significado possível da palavra “liberdade”. O *Justice* Thomas suscitou os precedentes da SCOTUS sobre o direito ao casamento – em especial, *Loving*, *Zablocki* e *Turmer* – para esclarecer que em nenhum deles o objeto eram os benefícios governamentais decorrentes do vínculo conjugal, e sim a invalidade de regras que impunham sanções, até mesmo criminais, aos casamentos celebrados naquelas circunstâncias⁴⁷.

Na terceira parte da sua divergência, o *Justice* Thomas sustentou que a inversão do significado original do termo “liberdade”, conforme operado pela maioria da Corte, iria criar danos colaterais para outros aspectos da ordem constitucional estadunidense que verdadeiramente protegiam a liberdade. Em primeiro lugar, mencionou o desrespeito ao processo político enquanto uma proteção da liberdade contra interferência arbitrária. Aduziu que esse processo envolvia primordialmente os representantes eleitos pelo povo ou até mesmo o voto popular direto; quando ele era respeitado, a liberdade do povo estava garantida,

46 Id. p. 721-722.

47 Id. p. 722-731.

ainda que alguns discordassem dos resultados. Nesse sentido, conforme o *Justice Thomas*, a definição do casamento havia sido debatida nas jurisdições estaduais, e o povo de cada uma delas havia tomado a sua decisão; desse modo, o processo democrático não seria menos legítimo simplesmente porque os recorrentes discordavam do resultado que lhes desfavorecia. Para ele, a sua liberdade civil havia sido respeitada com o respeito ao processo político. Em segundo lugar, o *Justice Thomas* também destacou a ameaça que a opinião majoritária representava para a liberdade religiosa⁴⁸.

Na última parte da sua opinião dissidente, o *Justice Thomas* argumentou que, como a maioria da Corte reconhecia que o caso não tratava efetivamente de liberdade, a opinião majoritária tinha focado no aspecto da dignidade dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Ele aduziu que tal fundamentação era falha, na medida em que na Constituição estadunidense não havia qualquer cláusula se referindo a dignidade. Sustentou ainda que, ainda que houvesse uma *Dignity Clause*, o poder público seria incapaz de conferir dignidade às pessoas. Para ele, a dignidade humana vinha historicamente sendo compreendida como inata, o que conseqüentemente significava, em sua opinião, que ela não poderia nem ser retirada nem dada pelo Estado. Desse modo, o *Justice Thomas* aduziu que a invalidação das leis que preservavam a definição tradicional do casamento não tinha qualquer efeito na dignidade das pessoas⁴⁹.

O *Justice Samuel Alito* também apresentou a própria divergência, à qual se juntaram os *Justices Scalia* e *Thomas*. Ele argumentou que, até a intervenção do Judiciário, o povo estadunidense estava engajado em um debate a respeito de suas leis estaduais reconhecerem ou não o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Para ele, a questão não era o que as jurisdições estaduais deveriam fazer sobre o casamento homossexual, e sim se a Constituição federal respondia aquela questão pelos estados. Ele depreendeu que o texto constitucional não trazia essa resposta, deixando a matéria para ser decidida pelo povo de cada estado⁵⁰.

Na primeira parte da sua dissidência, o *Justice Alito* aduziu que a Constituição nada dizia sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ele mencionou que, para evitar que a maioria da Corte impusesse as suas visões pessoais, a “liberdade” protegida pela *Due Process Clause* deveria se limitar aos direitos que estivessem profundamente enraizados na história e na tradição dos Estados Unidos. Para o *Justice Alito*, estava fora de qualquer discussão que o direito ao casamento homossexual não atendia a esse requisito. Desse modo, ele inferiu que a maioria da Corte conferia proteção constitucional a esse direito simplesmente porque os magistrados ali acreditavam nisso⁵¹.

Na segunda parte da sua opinião divergente, o *Justice Alito* afirmou que a maioria da Corte tinha concluído que não havia qualquer razão válida para negar que o direito fundamental ao casamento se aplicasse aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Para ele, a referida conclusão estava equivocada. Ele destacou que, por milênios, o casamento estava intrinsecamente conectado a algo que apenas um casal formado por pessoas de sexo oposto poderia fazer: procriar. Ele alegou que os estados formalizavam e promoviam os casamentos para encorajar que a procriação se desse dentro de uma unidade estável que fosse adequada à criação dos filhos. Desse modo, o *Justice Alito* argumentou que há fundamentos históricos

48 Id. p. 732-734.

49 Id. p. 735-736.

50 Id. p. 736.

51 Id. p. 737-738.

para restringir o casamento a um homem e uma mulher. Sustentou ainda que as jurisdições que escolheram manter a definição tradicional desejavam evitar a decadência do instituto, e que estava fora do alcance da Suprema Corte dizer se os estados devem aderir ou não à compreensão histórica⁵².

Na última parte da sua opinião dissidente, o *Justice* Alito consignou que a decisão da maioria da Corte usurpava o direito constitucional do povo de decidir se mantinha ou alterava a compreensão tradicional do casamento. Destacou que a referida decisão teria importantes consequências, em especial para aqueles estadunidenses que não desejassem assentir com a nova ortodoxia. Para ele, a maioria da SCOTUS, ao impor sua própria visão ao país inteiro, facilitava a marginalização daquelas pessoas com ideias conservadoras. O *Justice* Alito seguiu afirmando que a decisão naquele caso teria um efeito profundo naquela Corte, na medida em que uma simples maioria poderia inventar um novo direito constitucional e impor tal direito inventado a todo o país. Para ele, isso significava que o único limite das futuras majorias da *Supreme Court* seria o entendimento do quanto as pessoas com poder político e influência cultural estariam dispostas a tolerar. Ele concluiu considerando que a decisão em *Obergefell* demonstrava que haviam fracassado as décadas de tentativas de evitar que a Suprema Corte abusasse da sua autoridade⁵³.

Reflexões sobre o caso *Obergefell v. Hodges* e alguns desdobramentos

Inicialmente, é necessário chamar atenção para uma peculiaridade de *Obergefell v. Hodges*. Ao determinar que todas as jurisdições nos Estados Unidos deveriam reconhecer o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, a decisão sem dúvidas se revela como uma das mais progressistas da história constitucional estadunidense. Sendo assim, é possível que se pergunte por que a opinião vencedora foi redigida não por uma das três *Justices* altamente progressistas (as *Justices* Ginsburg, Sotomayor e Kagan) ou pelo *Justice* Breyer, com histórico mais tendente à esquerda. Em vez disso, a opinião da maioria da Corte foi redigida pelo *Justice* Anthony Kennedy, moderado de histórico mais tendente a conservador, indicado pelo ultraconservador presidente republicano Ronald Reagan (e que posteriormente se aposentou voluntariamente, alegadamente para dar ao presidente republicano Donald Trump a possibilidade de indicar o seu substituto). Há duas explicações para essa escolha de relatoria à primeira vista pouco usual. Em primeiro lugar, isso se deu em razão de uma tradição procedimental na Suprema Corte dos EUA: quem redige a opinião majoritária é o *Chief Justice*; se este está entre os dissidentes, o redator é o *Justice* com mais antiguidade entre aqueles da maioria, ou um *Justice* por ele indicado. O *Justice* Kennedy era mais *sênior* do que os demais que se juntaram à maioria, sendo, portanto, o relator natural da decisão. Em segundo lugar, também ele tinha sido o relator das opiniões vencedoras nos supramencionados casos paradigmáticos sobre direitos da população homossexual, quais sejam, *Romer v. Evans*⁵⁴, *Lawrence v. Texas*⁵⁵ e *United States v. Windsor*⁵⁶. Manter a relatoria em *Obergefell* foi consistente com as suas contribuições prévias para a

52 Id. p. 738-741.

53 Id. p. 741-742.

54 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620. 1996.

55 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558. 2003.

56 ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744. 2013.

matéria, consagrando a sua fama como “*a champion of LGBTQ rights*”⁵⁷.

De todo modo, é extremamente simbólico que todos os demais integrantes da maioria tenham aderido integralmente ao seu voto, tanto na decisão em si quanto nos fundamentos ali suscitados; não houve uma ressalva sequer nem a apresentação de opiniões concorrentes com o julgamento com fundamentos distintos, ou com métodos de análise diferentes, como comumente ocorre em diversos casos na *Supreme Court*. Sabe-se, contudo, que a *Justice* Ruth Bader Ginsburg, caso tivesse sido a relatora da opinião majoritária em *Obergefell*, teria fundamentado a sua decisão muito mais na *Equal Protection Clause* do que na *Due Process Clause* – o que teria impactos significativos em relação a outras matérias de interesse da população homossexual, como será visto mais à frente. Ruthann Robson argumenta que se tratou de uma posição estratégica, na medida em que os *Justices* progressistas consideraram que seria mais poderoso haver uma única opinião vencedora⁵⁸.

Nos poucos anos que já se passaram desde a decisão em *Obergefell v. Hodges*, a doutrina jurídica estadunidense – especialmente os constitucionalistas e os familiaristas – vem se debruçando intensamente a analisar o resultado concreto do caso, em especial seus possíveis desdobramentos. A produção acadêmica sobre *Obergefell* é significativamente vasta, havendo centenas de artigos publicados em *Law Reviews* de alto prestígio. Desse modo, dificilmente seria possível trazer no presente trabalho um levantamento altamente detalhado sobre todos os comentários a respeito do mérito da decisão. Apesar disso, é possível traçar um panorama dos posicionamentos doutrinários, que se dividem notadamente em dois campos: (a) aqueles que veem no caso uma possibilidade de expansão dos direitos constitucionais relativos à família e dos direitos LGBTQ de modo geral; e (b) aqueles que se preocupam com a supervalorização do casamento, em detrimento de outras modalidades de constituir família⁵⁹. A seguir, serão observados os principais elementos discutidos por cada uma dessas correntes.

Entre aqueles que compreendem que *Obergefell* abriu as possibilidades para expansão de direitos relativos tanto à família quanto a outras demandas da população LGBT como um todo, pode ser mencionado Douglas NeJaime, que compreende que o precedente levará à expansão dos direitos da população homossexual relacionados à parentalidade⁶⁰. Também deve ser feita referência a Kristiana Boutell, que enxerga na decisão os fundamentos para assegurar aos casais formados por pessoas do mesmo sexo o direito de acesso às técnicas de reprodução assistida, como um mecanismo para obtenção da parentalidade biológica em relação a pelo menos um dos membros do casal⁶¹. Por sua vez, Jeremiah A. Ho identifica que o próximo passo para a militância deve ser a busca por reformas nas leis antidiscriminação⁶².

57 ROBSON, Ruthann. Justice Ginsburg’s *Obergefell v. Hodges*. **UMKC Law Review**, Kansas City, v. 84, p. 837-866, 2016. p. 838.

58 Id. p. 839.

59 ABRAMS, Kerry. The rights of marriage: *Obergefell*, Din, and the future of constitutional family law. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 103, p. 501-564, 2018. p. 503-504.

60 NEJAIME, Douglas. The nature of parenthood. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 126, p. 2260-2381, 2017. p. 2357.

61 BOUTELL, Kristiana. Redefining infertility after *Obergefell v. Hodges*: why the Fourteenth Amendment warrants infertility insurance coverage for same-sex couples to achieve biological parenthood. **Michigan State Law Review**, East Lansing, v. 17, p. 595-657, 2017. p. 595.

62 HO, Jeremiah A. Once we’re done honeymooning: *Obergefell v. Hodges*, incrementalism, and advances for sexual orientation anti-discrimination. **Kentucky Law Journal**, Lexington, v. 104, p. 207-288, 2016.

Melissa Murray⁶³ afirma que, embora haja muito a celebrar sobre o resultado de *Obergefell*, também há razões para sérias preocupações. Ela destaca que a decisão possivelmente trará repercussões negativas para aquelas pessoas – heterossexuais ou homossexuais – que, por escolha ou por circunstância, vivam fora de uma relação matrimonial. Segundo Murray, uma vez que *Obergefell* se embasou na premissa de que o casamento é o instituto mais profundo, digno e fundamental pelo qual dois indivíduos podem se comprometer, conseqüentemente é diminuído o valor conferido a estruturas alternativas ao casamento. Para ela, as razões que justificaram a igualdade para o acesso ao direito a se casar ironicamente se sustentam na desigualdade em relação a outras formas de relacionamento. Melissa Murray⁶⁴ ressalta que a Suprema Corte promoveu o casamento, e apenas ele, como o ideal normativo para a vida íntima, potencialmente fechando a possibilidade tanto de maiores proteções constitucionais para as relações não-matrimoniais quanto até mesmo da manutenção das proteções já anteriormente reconhecidas em favor dessas famílias não-casamentárias. Desse modo, ela conclui que *Obergefell* deixa aquelas pessoas que vivem fora do vínculo matrimonial em uma posição constitucionalmente precária. Em artigo mais recente, Melissa Murray⁶⁵ considera que o aspecto mais problemático da decisão foi a insistência da opinião majoritária no sentido de que o casamento, e apenas o casamento, atende aos melhores interesses dos filhos. Ela destaca ainda que daí decorrem significativas questões problemáticas para pessoas não casadas, tanto solteiras quanto em relações não-matrimoniais, que buscam criar ou adotar filhos. Nesse sentido, ilustra ser plausível que haja políticas públicas restringindo o acesso às tecnologias de reprodução assistida apenas às pessoas casadas, com fundamento na ideia de que elas devem ser reservadas exclusivamente a quem criará essas crianças dentro de um casamento. Ideias semelhantes são tratadas por Neo Khuu, para quem *Obergefell* representa uma afirmação social do casamento como o espaço dominante para a formação familiar, o que conseqüentemente reproduz um sistema de privilégios e normas disciplinares – a ponto de modos alternativos de viver serem considerados ilegítimos, anormais e até mesmo uma doença social que precisa ser remediada⁶⁶. No mesmo sentido se posiciona Yuvraj Joshi⁶⁷.

Em relação à metodologia usada pelo *Justice Kennedy* para fundamentar a opinião vencedora, tanto há elogios quanto críticas significativas que foram levantados pela doutrina. Kenji Yoshino⁶⁸, por exemplo, argumenta que a decisão poderia ter sido mais restrita, invocando a *Due Process Clause* e a *Equal Protection Clause* no sentido de dizer que as justificativas apresentadas pelos Estados para as normas questionadas não satisfaziam ao grau de escrutínio aplicado a elas no processo de revisão pela Corte. Yoshino observa que, em vez disso, em *Obergefell* a SCOTUS explicitamente considerou as análises da liberdade e da igualdade como interconectadas, o que trouxe conseqüências. Ilustrativamente, se a decisão tivesse se embasado apenas

63 MURRAY, Melissa. *Obergefell v. Hodges and nonmarriage inequality*. **California Law Review**, Berkeley, v. 104, p. 1207-1258, 2016. p. 1207.

64 *Id.* p. 1240.

65 MURRAY, Melissa. One is the loneliest number: the complicated legacy of *Obergefell v. Hodges*. **Hastings Law Journal**, Hastings, v. 70, p. 1263-1272, 2019. p. 1265-1270.

66 KHUU, Neo. *Obergefell v. Hodges: kinship formation, interest convergence, and the future of LGBTQ rights*. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v. 64, p. 184-229, 2017. p. 211.

67 JOSHI, Yuvraj. The respectable dignity of *Obergefell v. Hodges*. **California Law Review**, Berkeley, v. 06, p. 117-125, 2015. p. 118.

68 YOSHINO, Kenji. A new birth of freedom? *Obergefell v. Hodges*. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 129, p. 147-179, 2015. p. 173.

na questão da isonomia, os estados poderiam dar tratamento igualitário tanto assegurando o acesso ao casamento a qualquer casal (heterossexual ou homossexual), quanto se recusando a reconhecer qualquer tipo de casamento; entretanto, como *Obergefell* também se fundamenta na proteção à liberdade, exige que as jurisdições estaduais sigam exclusivamente a primeira opção, e não a segunda⁶⁹. Yoshino deduz que emerge da metodologia usada em *Obergefell* uma ideia de “liberdade anti-subordinação”: o método de julgamento das liberdades implícitas no *substantive due process* deve passar por uma análise do impacto do reconhecimento ou da negativa das referidas liberdades para grupos historicamente subordinados. É com base nessa ideia que ele refuta a alegação, suscitada pelo *Chief Justice* Roberts, de que o próximo passo seria a Corte legalizar a poligamia. Yoshino aduz que o princípio anti-subordinação oferece mais apoio à proibição do que à legalização do casamento polígamo (em especial a modalidade mais difundida, a poliginia, em que um homem é casado com mais de uma mulher). Isso ocorreria porque, de um lado, uma liberdade nesse sentido traria mais consequências negativas a grupos historicamente subordinados, como no caso as mulheres; e, de outro lado, a proibição em tese serviria para combater a referida situação de subordinação⁷⁰. Também em comentário à hipótese suscitada pelo *Chief Justice* Roberts, Amberly N. Beye acredita que, mesmo que a SCOTUS futuramente venha a compreender que o direito fundamental a se casar inclui o casamento plural, as leis proibindo a poligamia não necessariamente seriam declaradas inconstitucionais, desde que suficientemente embasadas na prevenção de riscos para o bem estar das mulheres e das crianças inseridas nesses contextos⁷¹.

As críticas mais significativas ao método de análise judicial são no sentido de a maioria da Suprema Corte não ter declarado a orientação sexual como um critério distintivo, enquanto proteção contra discriminação. Nesse sentido, Megan M. Walls⁷² argumenta que a opção por uma fundamentação genérica na *Due Process Clause* significou o fracasso da *Supreme Court* de aproveitar a oportunidade para assegurar proteções futuras à população homossexual em outros contextos, que não apenas o casamento. Walls aduz que, quando a Corte reconhece um critério para proteção de uma classe da população contra discriminação, qualquer ação governamental (pelo Executivo ou pelo Legislativo) que restrinja ou dificulte o exercício de direitos fundamentais dessa classe estará sujeita a uma análise judicial com o critério de escrutínio estrito (*strict scrutiny*). Trata-se do nível mais alto de escrutínio utilizado pelo Judiciário para analisar a constitucionalidade de uma norma: o Estado tem o ônus de demonstrar, em primeiro lugar, que existe um interesse estatal poderoso e convincente que justifica a restrição; e, em segundo lugar, que a norma restritiva foi cuidadosamente e estritamente moldada para atender àquele interesse. Caso o poder público não demonstre satisfatoriamente que ambos os requisitos foram atendidos, a norma será judicialmente invalidada⁷³. Para Megan M. Walls, como *Obergefell* deixou de reconhecer a orientação sexual como critério de proteção contra a discriminação, a SCOTUS deixou abertas muitas outras questões sobre direitos LGBT, perdendo assim a chance de impedir futuras tentativas de privar a mencionada comunidade dos seus

69 Id. p. 147-148.

70 Id. p. 177-178.

71 BEYE, Amberly. The more, the marry-er? The future of polygamous marriage in the wake of *Obergefell v. Hodges*. **Seton Hall Law Review**, Newark, v. 47, p. 197-224, 2016. p. 197-199.

72 WALLS, Megan. *Obergefell v. Hodges*: right idea, wrong analysis. **Gonzaga Law Review**, Spokane, v. 52, p. 133-145, 2016. p. 133-134.

73 Id. p. 137.

direitos fundamentais⁷⁴. No mesmo sentido, Donald H. J. Hermann sustenta que a decisão não estabelece qualquer base concreta para proteção, ilustrativamente, contra discriminação nas relações de trabalho⁷⁵, entendimento também compartilhado por Kristin Haule⁷⁶. Haule também sustenta que a SCOTUS poderia ter invalidado as normas questionadas com base na sua própria jurisprudência, já existente e consolidada, que proíbe o uso do gênero como um critério discriminatório⁷⁷. Ela argumenta que, da mesma forma que uma lei proibindo casamentos inter-raciais é inválida por discriminar com base em raça, uma lei proibindo alguém de determinado gênero de se casar com alguém do mesmo gênero indevidamente utiliza o gênero como critério discriminatório. Por fim, Kristin Haule ainda argumenta que a Corte poderia simplesmente ter considerado que as mencionadas leis eram decorrentes de uma intenção específica de prejudicar a população homossexual, consequentemente sendo inválidas por não terem base racional em um interesse estatal legítimo.

As opiniões dissidentes em *Obergefell* muito ressaltaram os “riscos” que a opinião vencedora estava criando, em especial em relação ao exercício da liberdade religiosa. Também criticaram a retirada do assunto da pauta do debate público, entendendo que tais questões deveriam ser decididas pela maioria dos eleitores de cada jurisdição estadual, dando a devida voz a todos os setores da sociedade, inclusive aqueles de tendência mais conservadora. Na doutrina, houve até quem dissesse se tratar de uma das piores decisões da história da Suprema Corte, na medida em que os magistrados estavam criando, em vez de apenas aplicando, a lei⁷⁸. A este respeito, Stephen M. Feldman⁷⁹ sustenta que a neutralidade judicial é impossível, em especial nos casos sobre o *substantial due process*, nos quais a Corte decide quais vozes devem ser ouvidas ou privilegiadas em uma democracia – a voz da maioria, por meio dos representantes eleitos, ou a voz das minorias, cujos direitos constitucionais são protegidos contra a ação erosiva da maioria. Segundo Feldman, na medida em que o Judiciário não tem como permanecer neutro nesses casos, o fato de a SCOTUS der privilegiado a voz da população homossexual, em detrimento das vozes das maiorias religiosas, não prejudica o processo democrático; pelo contrário, fortalece-o, porque leis que discriminam contra grupos minoritários, tratando-os como cidadãos de segunda categoria, não se encaixam no debate em uma democracia que funciona.

Comparando e contrastando a opinião majoritária em *Obergefell* com as dissidências apresentadas, é possível observar como elas ilustram o embate existente na teoria constitucional estadunidense entre os métodos usados pelo pensamento conservador e pelo pensamento progressista. Os constitucionalistas conservadores são comumente adeptos de uma teoria interpretativa designada originalismo, cujo expoente mais significativo foi o já falecido *Justice* Antonin Scalia – e que atualmente tem como grande representante

74 Id. p. 141.

75 HERMANN, Donald. Extending the fundamental right of marriage to same-sex couples: the United States Supreme Court decision in *Obergefell v. Hodges*. **Indiana Law Review**, Bloomington, v. 49, p. 367-396, 2016. p. 367.

76 HAULE, Kristin. It's complicated: the unusual way *Obergefell v. Hodges* legalized same sex marriage. **Loyola of Los Angeles Law Review**, Los Angeles, v. 49, p. 561-574, 2016. p. 561.

77 Id. p. 571-572.

78 ZIMMERMANN, Augusto. Judicial activism and arbitrary control: a critical analysis of *Obergefell v. Hodges*. **The University of Notre Dame Australia Law Review**, Fremantle, v. 17, p. 77-85, 2015. p. 77.

79 FELDMAN, Stephen Matthew. (Same) Sex, Lies, and Democracy: Tradition, Religion, and Substantive Due Process (with an emphasis on *Obergefell v. Hodges*). **William & Mary Bill of Rights Journal**, Williamsburg, v. 24, p. 341-368, 2015. p. 344.

na *Supreme Court* a recentemente nomeada *Justice* Amy Coney Barrett. Como ensina David Delgado Ramos⁸⁰, para os originalistas, a interpretação da Constituição deve ser pautada pela visão e pelas concepções dos *Founding Fathers* e da sociedade estadunidense à época da sua promulgação. Isso ficou muito evidente em especial nas dissidências apresentadas em *Obergefell* pelos *Justices* Scalia e Thomas. Por outro lado, os constitucionalistas progressistas geralmente adotam a ideia de *living constitution*, no sentido de encontrar no texto constitucional respostas às necessidades do presente, bem como dos valores da sociedade atual. Diversos argumentos da opinião do *Justice* Kennedy trazem essa ideia, com especial destaque para a alegação expressa de que novos *insights* revelam a desconformidade entre as proteções constitucionais e determinadas estruturas legais. O *Justice* aposentado John Paul Stevens entende que a opinião majoritária chegou até mesmo a rejeitar implicitamente a interpretação originalista, considerando que certamente os *Founding Fathers* ou a população estadunidense como um todo à época da fundação do país limitariam o direito ao casamento a casais heterossexuais⁸¹. No mesmo sentido, o *Justice* Stevens acredita que não apenas o originalismo foi rejeitado pela maioria da SCOTUS, mas que também se consagrou a compreensão de que os redatores da Décima Quarta Emenda intencionalmente a elaboraram em termos abertos, de forma a evitar interpretações estáticas.

É importante notar o quanto observado por Marc Spindelman, no sentido de que as mudanças decorrentes da eleição presidencial de 2016, da qual saiu vencedor o republicano Donald Trump, colocam um ponto de interrogação sobre o *status* do precedente estabelecido em *Obergefell*⁸². Isso porque Trump prometera indicar magistrados conservadores para a SCOTUS, o que de fato acabou fazendo. Em nomeações sempre polêmicas (por motivos distintos), com o apoio eticamente discutível da maioria republicana do Senado, Trump indicou os *Justices* Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett – construindo assim uma supermaioria conservadora de seis a três, suficiente para reformar significativamente a jurisprudência progressista historicamente construída. Tal maioria em pouco tempo já proferiu decisões altamente conservadoras, com destaque para o supramencionado caso *Dobbs*, que reverteu o direito constitucional ao aborto, reconhecido pela SCOTUS décadas antes em *Roe*. Em suas razões apresentadas em *Dobbs*, o *Justice* Thomas expressamente incluiu *Obergefell* entre os próximos casos que devem ser revertidos.

Surgiram dúvidas se a decisão da *Supreme Court* em *Obergefell* geraria um *backlash*, em especial em razão de a matéria continuar controversa e de algumas leis homofóbicas terem sido aprovadas a nível estadual desde então. Emily Kazyak e Mathew Strange, investigando a questão, encontraram evidências de que o julgamento do referido caso teve na verdade repercussões populares positivas⁸³. Eles puderam observar um aumento significativo no apoio popular ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que sugere que a decisão da Corte efetivamente influenciou a opinião pública. Kazyak e Strange também notaram que não houve aumento na oposição ao casamento homossexual, nem mesmo naqueles setores

80 RAMOS, David Delgado. *Obergefell* contra *Hodges*: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. **Revista de Derecho Politico**, Madrid, n. 99, p. 325-356, 2017. p. 351.

81 STEVENS, John Paul. Two thoughts about *Obergefell* v. *Hodges*. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 77, p. 913-917, 2016. p. 913.

82 SPINDELMAN, Marc. A reader's guide to the *Obergefell* v. *Hodges* Colloquium. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 77, p. 905-911, 2016. p. 908.

83 KAZYAK, Emily; STANGE, Mathew. Backlash or a positive response? Public opinion on LGB issues after *Obergefell* v. *Hodges*. **Sociology Department, Faculty Publications**. University of Nebraska-Lincoln, 2018. p. 22-24.

da população que historicamente tendem a ser mais conservadores; também não identificaram aumento na oposição popular a outras demandas LGB, como por exemplo proteção contra discriminação no ambiente de trabalho. Por outro lado, eles também não encontraram aumento no apoio popular a tais outras demandas da população LGB de modo geral, o que potencialmente indica que o foco estrito de *Obergefell* no casamento significa que a opinião pública pode não enxergar ainda a importância dessas outras questões. Desse modo, Kazyak e Strange sugerem que os ativistas desse movimento podem usar estratégias semelhantes às aquelas usadas a respeito de *Obergefell* para tornar visíveis os impactos negativos da ausência de outros direitos reconhecidos para a população LGB. No mesmo sentido, Marc Spindelman destaca que, somente no primeiro ano que se passou após a decisão em *Obergefell*, foram registrados aproximadamente 123 mil casamentos entre pessoas do mesmo sexo nos Estados Unidos⁸⁴. Ele ressalta que, em geral, a população estadunidense respondeu ao julgamento com elevados índices de apoio, em todo o território nacional. Já em 2016, a maioria da população já declarava ser a favor do casamento homossexual, com maiorias significativas entre os menores de 50 anos e, em particular, entre os menores de 30 anos. Trata-se de resultados consistentes com a ideia de uma “função expressiva” do direito, teoria segundo a qual as atitudes que as pessoas tomam e as crenças que elas desenvolvem são muitas vezes decorrentes daquilo que a lei diz⁸⁵. Assim, o ordenamento jurídico passa uma mensagem, que pode dar novos direcionamentos às normas sociais. Em decorrência dessa função expressiva do direito, as preferências pessoais são afetadas pelas normas jurídicas existentes⁸⁶. Ilustrativamente, determinada visão social a respeito do aborto ou do consumo de certas drogas certamente é influenciada pelo fato de, naquela jurisdição, tais práticas serem permitidas ou criminalizadas. De todo modo, é esse apoio popular que pode tornar mais difícil a superação do precedente formado em *Obergefell* pela atual supermaioria conservadora da *Supreme Court*.

Por fim, merece destaque a pesquisa feita por Andrew Flores, Christy Mallory e Kerith Conron, que demonstrou que o resultado de *Obergefell* teve um impacto positivo no bem-estar da população LGBT adulta⁸⁷. Eles iniciaram sua investigação com base em indicativos, na literatura especializada, de que o bem-estar de pessoas LGBT seria diretamente afetado pelas proteções jurídicas que lhes são conferidas ou negadas, inclusive aquelas relacionadas ao casamento. Flores, Mallory e Conron observaram que, antes da decisão em *Obergefell v. Hodges*, havia na população adulta LGBT menores índices de felicidade e de satisfação com a própria vida do que aqueles verificados na população não-LGBT; e que essa disparidade entre os índices dos dois segmentos populacionais foi reduzida significativamente após o referido julgamento⁸⁸. Eles ainda identificaram que os mencionados impactos foram maiores nos estados que, antes de *Obergefell*, não autorizavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

84 SPINDELMAN, Marc. A reader's guide to the *Obergefell v. Hodges* Colloquium. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 77, p. 905-911, 2016. p. 907.

85 SUNSTEIN, Cass. On the expressive function of law. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 144, p. 2021-2053, 1996. p. 2024.

86 KREICZER-LEVY, Shelly. Succession Law in Israel: Individualism and the Family. **Israel Studies Review**, Haifa, v. 28, n. 2, p. 300-313, 2013. p. 302.

87 FLORES, Andrew; MALLORY, Christy; CONRON, Kerith. The impact of *Obergefell v. Hodges* on the well-being of LGBT adults. **UCLA School of Law**, Los Angeles, p. 01-1, 2020. p. 01.

88 Id. p. 09.

Conclusão

Neste artigo, observou-se que a *Supreme Court of the United States* vem, há décadas, reconhecendo a existência de um direito fundamental a se casar, com base no qual foram invalidadas leis que, por exemplo, proibiam o casamento inter-racial e o casamento de pessoas devedoras de pensão alimentícia. Também se notou que a SCOTUS, em especial a partir da década de 1990, passou a adotar entendimentos favoráveis à população homossexual, declarando inconstitucionais normas que, ilustrativamente, criminalizavam relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Verificou-se que diversos residentes de quatro estados – Ohio, Michigan, Tennessee e Kentucky – processaram as suas respectivas jurisdições, que não permitiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo nem reconheciam os efeitos legais de casamentos homossexuais celebrados alhures. Viu-se que, em grau de recurso, o *Sixth Circuit* das cortes federais estadunidenses consolidou os casos, para julgá-los conjuntamente, e decidiu em favor dos estados e contra os requerentes. Percebeu-se que, quando o caso consolidado *Obergefell v. Hodges* chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, o tribunal estava com uma composição relativamente equilibrada em relação ao número de juízes progressistas, conservadores e moderados.

Identificou-se que, em *Obergefell*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por uma maioria de cinco a quatro, que pessoas do mesmo sexo têm, à luz da Constituição estadunidense, o mesmo direito fundamental ao casamento que é reconhecido aos casais formados por pessoas de sexo oposto. Notou-se que a SCOTUS determinou que todos os estados dos EUA estavam obrigados tanto a celebrar casamentos homossexuais quanto a reconhecer aqueles celebrados em outras jurisdições. Percebeu-se que a opinião majoritária foi redigida pelo *Justice Kennedy*, com as adesões dos *Justices Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan*. Descreveram-se os principais fundamentos jurídicos suscitados pela maioria da Corte na opinião do *Justice Kennedy*, em especial o recurso à *Due Process Clause* e à *Equal Protection Clause* da Décima Quarta Emenda à Constituição estadunidense. Também se verificou que o *Chief Justice Roberts* e os *Justices Scalia, Thomas e Alito* apresentaram, cada um, suas próprias opiniões divergindo da decisão majoritária. Também se descreveram as principais razões das dissidências, bem como as diversas críticas suscitadas ao resultado, ao fundamento e a possíveis desdobramentos do julgado.

Por fim, suscitaram-se alguns comentários feitos a *Obergefell* pela doutrina jurídica estadunidense. Percebeu-se que parte da literatura antecipa que o precedente abre possibilidades para avanços no direito de família e nos direitos da população LGBT, enquanto outra parte ressalta preocupações com a excessiva valorização da família casamentária em detrimento de outras modalidades familiares. Identificaram-se críticas ao julgamento, mesmo entre aqueles que celebram o seu resultado, em especial por o precedente se focar excessivamente na questão do casamento e não fornecer maiores mecanismos de proteção da população homossexual contra a discriminação. Verificou-se que *Obergefell* foi seguido tanto por um aumento na aprovação popular ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, quanto por um aumento no bem-estar da população adulta LGBT dos Estados Unidos.

Referências

- BRASIL. STF. **ADPF 132/RJ**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 05/05/2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false>>. Acesso em 08 nov. 2022.
- ABRAMS, Kerry. The rights of marriage: *Obergefell*, Din, and the future of constitutional family law. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 103, p. 501-564, 2018.
- BEYE, Amberly. The more, the marry-er? The future of polygamous marriage in the wake of *Obergefell v. Hodges*. **Seton Hall Law Review**, Newark, v. 47, p. 197-224, 2016.
- BOUTELL, Kristiana. Redefining infertility after *Obergefell v. Hodges*: why the Fourteenth Amendment warrants infertility insurance coverage for same-sex couples to achieve biological parenthood. **Michigan State Law Review**, East Lansing, v. 17, p. 595-657, 2017.
- BRASIL. STJ. **REsp 1.183.378/RS**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 25/10/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18810976&num_registro=201000366638&data=20120201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 08 nov. 2022.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. Porto Alegre: LAEL, 2005. Tais expressões com conotação emocional e afetiva entre pessoas do mesmo sexo também são recomendadas pelo Manual de Comunicação LGBTI+.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Baker v. Nelson**, 409 U.S. 810. 1972.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Bowers v. Hardwick**, 478 U.S. 186. 1986.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483. 1954.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization**, 597 U.S. _____. 2022.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Lawrence v. Texas**, 539 U.S. 558. 2003.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Loving v. Virginia**, 388 U.S. 1. 1967.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Maynard v. Hill**, 125 U.S. 190. 1888.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health**, 576 US 644. 2015.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113. 1973.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Romer v. Evans**, 517 U.S. 620. 1996.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Turner v. Safley**, 482 U.S. 78. 1987.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **United States v. Windsor**, 570 U.S. 744. 2013.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Washington v. Glucksberg**, 521 U.S. 702. 1997.
- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.**, 348 U.S. 483. 1955.

- ESTADOS UNIDOS. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Zabockli v. Redhail**, 434 U.S. 374. 1978.
- FELDMAN, Stephen Matthew. (Same) Sex, Lies, and Democracy: Tradition, Religion, and Substantive Due Process (with an emphasis on Obergefell v. Hodges). **William & Mary Bill of Rights Journal**, Williamsburg, v. 24, p. 341-368, 2015.
- FLORES, Andrew; MALLORY, Christy; CONRON, Kerith. The impact of Obergefell v. Hodges on the well-being of LGBT adults. **UCLA School of Law**, Los Angeles, p. 01-1, 2020.
- HAULE, Kristin. It's complicated: the unusual way Obergefell v. Hodges legalized same sex marriage. **Loyola of Los Angeles Law Review**, Los Angeles, v. 49, p. 561-574, 2016.
- HERMANN, Donald. Extending the fundamental right of marriage to same-sex couples: the United States Supreme Court decision in Obergefell v. Hodges. **Indiana Law Review**, Bloomington, v. 49, p. 367-396, 2016.
- HO, Jeremiah A. Once we're done honeymooning: Obergefell v. Hodges, incrementalism, and advances for sexual orientation anti-discrimination. **Kentucky Law Journal**, Lexington, v. 104, p. 207-288, 2016.
- JOSHI, Yuvraj. The respectable dignity of Obergefell v. Hodges. **California Law Review**, Berkeley, v. 06, p. 117-125, 2015.
- KAZYAK, Emily; STANGE, Mathew. Backlash or a positive response? Public opinion on LGB issues after Obergefell v. Hodges. **Sociology Department, Faculty Publications**. University of Nebraska-Lincoln, 2018.
- KHUU, Neo. Obergefell v. Hodges: kinship formation, interest convergence, and the future of LGBTQ rights. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v. 64, p. 184-229, 2017.
- KREICZER-LEVY, Shelly. Succession Law in Israel: Individualism and the Family. **Israel Studies Review**, Haifa, v. 28, n. 2, p. 300-313, 2013.
- MURRAY, Melissa. Obergefell v. Hodges and nonmarriage inequality. **California Law Review**, Berkeley, v. 104, p. 1207-1258, 2016.
- MURRAY, Melissa. One is the loneliest number: the complicated legacy of Obergefell v. Hodges. **Hastings Law Journal**, Hastings, v. 70, p. 1263-1272, 2019.
- NEJAIME, Douglas. The nature of parenthood. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 126, p. 2260-2381, 2017.
- RAMOS, David Delgado. Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. **Revista de Derecho Politico**, Madrid, n. 99, p. 325-356, 2017.
- ROBSON, Ruthann. Justice Ginsburg's Obergefell v. Hodges. **UMKC Law Review**, Kansas City, v. 84, p. 837-866, 2016.
- SPINDELMAN, Marc. A reader's guide to the Obergefell v. Hodges Colloquium. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 77, p. 905-911, 2016.
- STEVENS, John Paul. Two thoughts about Obergefell v. Hodges. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 77, p. 913-917, 2016.
- SUNSTEIN, Cass. On the expressive function of law. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 144, p. 2021-2053, 1996.
- WALLS, Megan. Obergefell v. Hodges: right idea, wrong analysis. **Gonzaga Law Review**, Spokane, v. 52, p. 133-145, 2016.

YOSHINO, Kenji. A new birth of freedom? Obergefell v. Hodges. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 129, p. 147-179, 2015.

ZIMMERMANN, Augusto. Judicial activism and arbitrary control: a critical analysis of Obergefell v. Hodges. **The University of Notre Dame Australia Law Review**, Fremantle, v. 17, p. 77-85, 2015.