

SAINDO DO ARMÁRIO, MAS (AINDA) ATRÁS DA PORTA:
O estatuto jurídico-constitucional dos homossexuais
e a decisão *Lawrence v. Texas*

por António de Araújo
..Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Tribunal Constitucional

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

A precedent rule corresponde a um limite objectivo de jurisdição. Estabelecida em obediência a um princípio de certeza e estabilidade do Direito, a doutrina do stare decisis - «let the decision stand» - vincula o tribunal ao decidido em situações passadas. Contudo, de 1810 até ao presente o Supremo Tribunal tem desrespeitado, em mais de uma centena de ocasiões, a ideia de continuidade histórica que subjaz à precedent rule. No século XX (que registou um extraordinário crescimento da prática do overruling, sobretudo após o New Deal) a regra do precedente tem sido encarada como «um princípio de política (principle of policy) e não como uma fórmula mecânica de adesão à decisão judicial mais recente (...) quando essa adesão colide com uma doutrina antecedente (prior doctrine) mais ampla e profunda» [*Helvering v. Hallock* (1940)]. No que respeita à judicial review, a tendência actual vai no sentido de reduzir a amplitude da doutrina do precedente e, nesses termos, de garantir uma auto-revisibilidade mais pacífica e tranquila. Como explicou o juiz Stanley: «(...) estamos conscientes das vantagens de uma estabilidade de decisão [continuity of decision] nas questões constitucionais. Contudo, quando se apercebeu de que certas decisões anteriores estavam erradas, o Tribunal nunca se sentiu constrangido pela regra do precedente (...) Esta é uma prática aceite desde há muito, que prevalece nos nossos dias» [*Smith v. Allwright* (1944), revendo-se o decidido em *Grove v. Townsend* (1935)]. Por fim, o processo algo traumático do overruling tem sido substituído pelo distinguishing. O distinguishing é um discurso legitimador da possibilidade de uma «decisão-outra», fundado na dissemelhança substancial entre o «caso precedente» e o «caso presente». Através do distinguishing procura-se comprovar que o caso sub judicio não possui com o anteriormente decidido a relação de identidade adequada a sustentar a aplicação da precedent rule. E garante-se, assim, um «desrespeito justificado» pela regra do precedente.

Em ambos os casos – ou seja, quer se opte por uma revogação, quer se trilhem os caminhos do distinguishing –, a nova decisão é sempre construída em diálogo com o precedente. Mesmo na ruptura, há uma continuidade, nem que seja a um nível meramente argumentativo ou dialógico, com a jurisprudência do passado – só num universo como o do common law ganha pleno cabimento a ideia de Dworkin do Direito construído como uma «novela em capítulos» (chain novel) escrita em cadeia pelos juristas ao longo dos tempos (1).

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

O cerne da decisão foi, como se disse, a revogação do precedente Bowers, feita com base na ideia de que aí o Tribunal havia adoptado uma perspectiva enviesada do problema – a Constituição confere aos homossexuais o direito de praticarem a sodomia? – quando a questão deveria ser colocada noutro prisma – ao defender a privacidade a Constituição confere ao Estado o direito de punir actos íntimos e consensuais? Eis um bom exemplo de como, em muitos casos, a resposta já vai no modo como se formula a pergunta.

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

Do mesmo passo, a sentença Lawrence chamou a si o abundante corpus jurisprudencial do Supremo Tribunal sobre a due process clause no âmbito da Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Desse modo, convocam-se decisões marcantes do passado – nos casos Griswold, Eisenstadt, Roe e Carey – para mostrar, designadamente, a existência de uma esfera intocável de privacidade, seja no âmbito das relações conjugais (Griswold), seja no plano extraconjugal (Eisenstadt). O leading case nesta matéria é, naturalmente, a celeberrima decisão Roe v. Wade, sobre o aborto, ainda hoje objecto de controvérsia, como se pode inferir, desde logo, do voto de vencido do juiz Scalia nesta sentença que agora comentamos. Em todos os casos que o Tribunal teve o cuidado de seleccionar, associava-se privacidade e sexualidade à luz da ideia de que a autodeterminação sexual se situa num plano no qual o Estado não deve interferir – ideia que, obviamente, é aqui reiterada para justificar a inconstitucionalidade da criminalização de actos sexuais praticados consensualmente por adultos em privado.

3. Se este é o quadro geral em que se move o Supreme Court na abordagem da precedent rule importa agora dar nota dos contornos particulares da decisão em concreto. Do ponto de vista de um observador europeu, a sentença Lawrence vem ao encontro de uma linha, firmada desde há muito, de não ingerência do Estado – leia-se: da ordem jurídica e, mais concretamente, do direito penal – na conduta privada de cidadãos adultos, conscientes e livres. Não por acaso, o Supreme Court chama em seu apoio a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, as legislações de «outras nações» e, enfim, o célebre Relatório Wolfenden (mais precisamente, o Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, de 1963). Quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, deve destacar-se a decisão – ou, melhor, as várias decisões – suscitadas no caso Dudgeon v. United Kingdom. A mais relevante foi tomada pelo Tribunal de Estrasburgo em 22 de Outubro de 1981, em que se considerou que a existência, na Irlanda do Norte, de normas incriminatórias de certos actos homossexuais praticados em privado – e com mútuo consentimento – por homens adultos violava o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (cf. ainda, por ex., a decisão do Tribunal Europeu no caso Norris v. Ireland, de 1988). Entre o mais, essa decisão levaria o Governo a adoptar o Homosexual Offence (Northern Ireland) Order, de 1982, que despenalizou os actos homossexuais praticados consensualmente em privado por maiores de 21 anos, com algumas excepções relativas a doentes mentais, militares e pessoal da marinha mercante. Dessa forma, foi-se ao encontro da generalidade das legislações penais dos países situados na área geo-cultural dos Estados Unidos da América, que não incriminam actos sexuais entre adultos, na esteira do que foi preconizado no Reino Unido pelo Relatório Wolfenden, em 1963.

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

Por outro lado, mesmo que não haja uma necessária identificação com os valores da tradição ética judaico-cristã – como sustentou o juiz Burger no caso Bowers – é indiscutível que a moral pública das modernas sociedades democráticas está ligada ao património civilizacional do Ocidente e, pelo menos no caso da sexualidade, os seus padrões não são inteiramente partilhados noutras paragens. Basta referir que na Arábia Saudita é moralmente condenável – e objecto de perseguição pela polícia religiosa, a muttawa'a – o simples facto de um homem e de uma mulher não casados estarem sós atrás de uma porta fechada, à luz do dito do Profeta segundo o qual quando duas pessoas de sexos diferentes se encontram nessa situação (em kalwah) Satã juntar-se-lhes-á (2).

Ora, como se verá adiante, este é justamente um dos pontos em que o voto de vencido do juiz Scalia se presta à crítica. No seu conhecido estilo impetuoso e virulento, Antonin Scalia critica o Tribunal por ter subscrito o que apelida de «agenda homossexual» não tendo presente, desde logo, que o caso não tem que ver com a satisfação das reivindicações típicas da comunidade gay, actualmente muito mais centradas em questões como a luta contra a síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA/AIDS), o acesso ao mercado de trabalho, a filiação e a procriação e a possibilidade de casamentos de pessoas do mesmo sexo do que no combate a arcaicas proibições da sodomia que, de resto, raramente são aplicadas na prática (3) (por isso se disse atrás que o valor de Lawrence se situa primordialmente no domínio do simbólico e do emblemático). Se nos basearmos na análise de William Eskridge Jr. sobre os três momentos da afirmação dos direitos dos homossexuais – o primeiro, de protecção de espaços privados homossexuais (private gay spaces) contra a intrusão das autoridades policiais; o segundo, de controlo das instituições da subcultura gay (bares, restaurantes, literatura, imprensa, organizações sociais e educativas); o terceiro, enfim, de luta por uma igualdade de cidadania (equal gay citizenship) – verificamos que a decisão aqui em presença, apesar de entusiasticamente saudada pela comunidade homossexual, pertence ainda à primeira etapa deste longo processo (4). Aliás, é de lembrar que aquilo que o Supreme Court agora disse já antes havia sido afirmado pelo Texas Court of Appeals, numa decisão por unanimidade [State v. Morales (1992)] que conclui ser inconstitucional, por violação da Constituição do Estado do Texas, a lei que criminalizava a sodomia; no entanto, o Supremo Tribunal do Texas, note-se, havia revogado a decisão do Court of Appeals (5).

Por outro lado, a decisão Lawrence não reconhece sequer, pelo menos expressamente, a existência de um direito fundamental à homossexualidade, ainda que não seja descabido sustentar que subjaz à sua argumentação a ideia de que a liberdade de escolha da orientação sexual se inscreve no âmbito da tutela do direito à privacidade. Mas o ponto central de Lawrence, como já se disse várias vezes, consiste em saber se é legítimo ao Estado punir criminalmente condutas do foro íntimo que, em si mesmas, não afectam direitos ou interesses de terceiros. Mais ainda, o Supremo Tribunal teve a cautela de fixar os contornos peculiares do caso, esclarecendo que não estavam em causa menores nem pessoas coagidas ou relações nas quais seja difícil recusar o consentimento (por ex., quando exista um ascendente de qualquer espécie de um parceiro sobre o outro). «O caso implica dois adultos, os quais, com total e mútuo consentimento, estão implicados em práticas sexuais comuns ao estilo de vida homossexual», esclarece o Supreme Court. E, noutra observação fundamental, disse que o caso não envolvia «qualquer situação em que o governo tenha de dar o seu reconhecimento formal a uma relação em que homossexuais pretendem envolver-se». Este trecho é extremamente importante na medida em que não compromete o Supreme Court numa defesa da homossexualidade enquanto tal e, por outro lado, exclui do tratamento do caso uma qualquer atitude activa de reconhecimento público (ou governamental) das relações entre pessoas do mesmo sexo. Do Estado exige-se tão-só uma postura passiva de não intrusão na privacidade dos cidadãos. O que se considerou inconstitucional foi tão-só uma intromissão do poder público, ao nível da intervenção penal, num domínio que se considerou integrar a esfera da intimidade da vida privada. Trata-se, pois, de uma decisão que *prima facie* visa mais a privacidade do que a homossexualidade.

Contudo - e como atrás se disse -, o facto de o Tribunal ter declarado a inconstitucionalidade de uma lei anti-homossexual, revogando uma anterior decisão sua

em que não se havia pronunciado pela inconstitucionalidade de uma lei anti-sodomia (homo ou heterossexual), constitui, sem dúvida, uma vitória para a comunidade gay, que vê ser posta em causa uma lei estigmatizante e cujos membros, pelo menos no Estado do Texas, passam a poder envolver-se nas práticas sexuais da sua preferência sem o receio de perseguição criminal. Para perceber o alcance de Lawrence é preciso dizer-se que a comunidade homossexual considerava que a decisão agora revogada – a sentença Bowers – era o seu «Dred Scott case» (a decisão do século XIX que, para opróbio da comunidade negra, legitimara a escravatura) (6). Um comentário à decisão Bowers qualificou-a como «uma total rejeição do estilo de vida homossexual» e, sintomaticamente, ela foi usada para sustentar a não inconstitucionalidade de uma lei do New Hampshire que vedava aos homossexuais a adopção de crianças (7). E, numa obra célebre, Richard Posner não deixou de considerar as leis anti-sodomia como um dos principais, se não o principal, sinal de discriminação dos homossexuais nos Estados Unidos (8). Por tudo isto, o processo Lawrence constituía uma boa oportunidade para vencer aquilo que, numa imagem particularmente conseguida, já se designou por «apartheid do armário» (9).

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

Para além dessas manifestações da opinião pública, fica a questão de saber, como atrás já se referiu, se o Supremo Tribunal não veio, ao cabo e ao resto, reconhecer, ainda que implicitamente, que os cidadãos possuem um direito – um direito fundamental – a escolherem a sua orientação sexual, incluindo uma orientação homossexual, e a envolverem-se em «práticas sexuais comuns ao estilo de vida homossexual», para usar a expressão da sentença. Por outro lado, ainda que a decisão assuma um valor primordialmente simbólico, é indiscutível que, com a enorme autoridade que o Supremo Tribunal detém na vida pública norte-americana, Lawrence v. Texas abre a porta a profundas transformações na ordem jurídica norte-americana. Desde logo, irá aumentar a pressão para que sejam alteradas as leis estaduais que proíbem comportamentos sexuais: o Texas, o Kansas, o Oklahoma e o Missouri que criminalizam o sexo oral e anal entre pessoas do mesmo sexo, e o Alabama, a Florida, o Idaho, a Louisiana, o

Mississippi, a Carolina do Norte, a Carolina do Sul, o Utah e a Virgínia, que punem a sodomia homo e heterossexual. Como notaram vários comentadores, como Diana Hassel, da Roger Williams University, a decisão Lawrence irá afectar todas as leis que regulam comportamentos sexuais tidos em privado e com mútuo consentimento – mas já não, sublinhe-se as que disciplinam matérias como o casamento ou a filiação, por exemplo. Basta referir que a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Dudgeon teve um «efeito dominó» sobre o ordenamento jurídico da Irlanda, como se viu, mas também nos de Guernsey (em 1983), Jersey (em 1990), Ilha de Man (em 1992), Gibraltar (em 1993) e Bermudas (em 1994), que foram alterados com vista a evitar possíveis futuras condenações em Estrasburgo. Não é descabido supor que o mesmo se poderá passar nos Estados Unidos.

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

Há vários pontos a discutir nesta argumentação: (1) desde logo, não é verdade que o Tribunal tenha citado apenas exemplos estrangeiros – pelo contrário, faz uma longa deambulação pela história do direito norte-americano e mostra, por exemplo, que já em 1955 (antes do Relatório Wolfenden ou do caso Dudgeon) o American Law Institute propusera a não incriminação das relações sexuais tidas em privado; (2) depois, Scalia não cita os «países que mantiveram as proibições penais da sodomia», certamente porque a maioria desses países não se situa na nossa área geo-cultural – e aqui Scalia aproxima-se perigosamente da linha civilizacional que marca o exemplo da Arábia Saudita que atrás se citou; (3) mais grave ainda, cria uma fronteira cultural, repelindo os exemplos vindos da Europa (do Reino Unido e do Tribunal de Estrasburgo, citados na decisão, ou das constituições dos Länder de Brandeburgo e da Turíngia), da África do Sul (o primeiro país cuja Constituição nacional inclui a orientação sexual na sua cláusula de igualdade), do Brasil (onde se destacam as constituições de Sergipe e do Mato Grosso, de 1989: artigos 10º e 3º, respectivamente, ambos com referências à «orientação sexual») ou de instâncias internacionais [como a decisão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas no caso *Toonen v. Australia* (1994)], em nome de uma pretensa idiosincrasia norte-americana que Scalia não demonstra; (4) finalmente, a sua retórica acaba por fazê-lo qualificar, ainda que por via indirecta, a solução deste caso como uma imposição de uma «moda» feita à maioria do povo americano, quando é incontroverso que a homossexualidade e a defesa dos direitos dos homossexuais não são uma «moda» e, por outro lado, que a comunidade gay dos Estados Unidos é uma das mais estruturadas, autoconscientes e militantes do mundo; basta referir que, na sequência do célebre «motim de Stonewall», ocorrido em 1969 em Nova Iorque, em 1973 já existiam cerca de 800 organizações gay nos Estados Unidos ou, apenas para dar outro exemplo, que os primeiros tempos da presidência de Clinton foram dominados, na sequência das expectativas criadas pelas promessas feitas durante a campanha eleitoral, pela questão da presença dos homossexuais nas Forças Armadas (11). É, além disso, uma comunidade altamente plural, onde emergem tensões entre os partidários do

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

4. Para um constitucionalista europeu pode parecer estranho, se não mesmo bizarro, que um tribunal haja dedicado uma parte significativa do seu discurso argumentativo a demonstrar que não era correcta a afirmação feita em *Bowers* que a proibição da sodomia tinha «raízes muito antigas» na história dos Estados Unidos. Na esteira do aprofundado estudo de William Eskridge Jr. (13), a sentença *Lawrence* mergulha na História do país, percorre um longo caminho que vai da época colonial e do *Reformation Parliament* de 1533 aos comentadores do século XIX, recorrendo até a fontes não jurídicas sobre a construção moderna do conceito de homossexualidade, ideia tributária do pensamento de Michel Foucault. Indaga mesmo os registos de condenações pretéritas, neles descobrindo que muitas dessas condenações tiveram por objecto actos não consentidos, mas agressões sexuais sobre menores ou vítimas de violação e estupro. Mais interessante ainda é a conclusão de que a incriminação da homossexualidade só se desenvolveu a partir de 1970 e apenas teve lugar em 9 dos Estados que integram a Federação.

Este registo «historicista» só é compreensível no contexto de um país integrado no universo do *common law* e onde doutrinas como o «originalismo» (a busca da original intent dos «pais fundadores» inscrita no texto da Constituição), sob formas mais moderadas e mais radicais, é acolhida por diversos autores, com destaque para Robert Bork (14) e, até certo ponto, Antonin Scalia (15).

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

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

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

Sociologicamente, poderá questionar-se se a insistência numa «autoafirmação comunitária» não aprofundará, afinal, a segregação dos homossexuais através de um mecanismo que Goffman definiu como «estigma tribal» (não por acaso, Castells assinala as resistências dos «conservadores homofóbicos» sempre que os homossexuais pretendem espalhar-se para além dos limites daquilo que a chamam «áreas libertadas»

mas que, na perspectiva da sociedade convencional, constituem verdadeiros e utilíssimos ghettos(19)). Juridicamente, o problema que se coloca é o de saber se, pelo menos numa fase transitória, o «comunitarismo» dos movimentos homossexuais não legitimará formas de tratamento separate, but equal, que, uma vez instituídas, levarão longos anos a destruir.

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

A diferenciação entre a esfera pública e privada é um pressuposto nuclear da tradição liberal ocidental. Destruir essa diferenciação é o primeiro passo no caminho do totalitarismo, como advertiu Hannah Arendt, afectando, porventura de forma irremediável, aquilo a que Anthony Giddens chamou expressivamente a «intimidade como democracia» (21). Simplesmente, existem situações em que se vem agora propor uma intrusão na esfera privada em nome da defesa da «autonomia dos menos autónomos», para usar uma expressão do constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino. Essa intrusão é inevitável quando se têm de indagar se as condutas praticadas em privado foram objecto de consentimento e as condições em que o mesmo foi prestado. As fronteiras entre coacção sexual e práticas sadomasoquistas, por exemplo, são muitas vezes difíceis de traçar e só é possível fazê-lo invadindo o espaço de intimidade dos cidadãos. Lembre-se, a este propósito, a tomada de posição da Câmara dos Lordes, em 1996, no caso Regina v. Brown (o conhecido «Spanner case»), e a circunstância de muitas correntes feministas serem totalmente contrárias às práticas sadomasoquistas, ainda que consensuais, dado o que elas representam em termos de degradação do outro e de exaltação da violência nas relações interpessoais – cite-se, por exemplo, a posição de certas correntes feministas contra todo e qualquer tipo de pornografia, como sucede com o livro *Only Words* (1993), de Catharine MacKinnon, ou o conjunto de ensaios, igualmente de inspiração feminista, *Against Sadomasochism* (1982). The private is political, dizem. Ou, para citar Catharine MacKinnon, «proteger a pornografia significa proteger o abuso sexual enquanto discurso» (22). Trata-se, no fundo, com a ruptura com uma tradição de pensamento da qual se pode destacar, como exemplo, o texto *Offences Against One's Self*, escrito por Bentham em 1785 e que suscita várias perplexidades. Desde logo, como distinguir, então, a «boa» da «má» censura? No fundo, a «boa» da «má» moral?

Colocam-se, assim, novos desafios à dogmática jurídica e à filosofia política, pois dificilmente a questão do consentimento pode sempre ser resolvida à luz das categorias dos «vícios da vontade» cunhadas pelo direito civil (erro, coacção, etc.) (23). Não por acaso, o problema do consentimento é um tópico clássico da pederastia na Antiguidade: considerava-se que a relação de afecto entre o adulto e o infante não deveria incluir a fruição sexual e que esta, a existir, deveria resultar de «distração» e não de consentimento explícito (situação que, recorde-se, foi objecto de uma famosa cena do *Satyricon*). Por outro lado – e este é um desafio ainda mais problemático –, há propostas no sentido de essa intrusão na esfera da intimidade ser feita independentemente da manifestação de vontade dos envolvidos e até mesmo contra a vontade expressa dos envolvidos. É o que se passa a propósito do assédio sexual e, sobretudo, da violência conjugal, em que muitos consideram que a tutela das vítimas obriga a que o procedimento criminal deixe de depender de queixa do lesado e possa ser investigado oficiosamente pelas autoridades judiciais, designadamente o Ministério Público. Mas pense-se noutras realidades, como um caso aparentemente simples: o de uma mulher adulta que se prostitui de livre vontade. À primeira vista, o Estado não pode intervir. Mas até que ponto o Estado pode indagar sobre as condições em que o consentimento prestado é verdadeiramente «livre» e «informado»? O que dizer se uma investigação mais profunda revelar que a mulher se prostitui, como tantas vezes sucede, devido a uma história de vida atribulada (ex., por ter sido abusada sexualmente quando menor) ou para financiar o consumo de drogas? Uma resposta será dizer que a dependência da droga não coage o sujeito a ponto de lhe retirar a sua capacidade de autodeterminação – mais especificamente, de autodeterminação sexual – e, nessa medida, o que interessa é a existência, ou não, de uma objectiva privação de liberdade. Ir mais além, seria resvalar num paternalismo totalitário que uma sociedade liberal não pode tolerar, até porque, diz-nos Camille Paglia (24), há uma insistência da ordem burguesa convencional numa perspectiva da prostituição apenas sob o prisma da vitimação, que nem sempre ocorre: em certas situações, as prostitutas não são vítimas, mas mulheres que optaram livremente por um *modus vivendi* que, na generalidade dos casos, lhes garante um rendimento que dificilmente obteriam doutra forma. Mas será que as coisas se passam sempre com esta simplicidade? Recorde-se, por exemplo, que muitos tribunais (portugueses e não só) consideram, de um modo geral, que a circunstância de um sujeito praticar um crime de natureza patrimonial (ex. um crime de furto) para financiar o consumo de droga deve ser ponderado favoravelmente na medida da pena. Ora, se se parte aqui da ideia de que a dependência da droga tira ao criminoso uma parcela da sua capacidade de distinguir o bem e o mal, porquê assumir acriticamente que uma mulher viciada em heroína que se prostitui ou participa em filmes pornográficos o faz de livre vontade? A grande dúvida situa-se em saber os limites que devem ser marcados para a intervenção do Estado contra a manifestação expressa de consentimento dos sujeitos. Será legítimo o Estado perseguir criminalmente o marido que agride a mulher se esta decide não apresentar queixa? A resposta afirmativa baseia-se no argumento de que, em certas sociedades, a mulher vítima de agressão está de tal forma coagida por um estado de sujeição e de medo que não tem sequer condições para se dirigir a uma esquadra da polícia, até pelo receio de futuras represálias do marido sobre si ou sobre os filhos. Por isso, o Estado tem legitimidade para actuar em lugar dela. Mas, então, onde está o «consentimento», a pedra angular da demarcação da fronteira de não-intervenção estadual, a pedra angular da decisão deste caso *Lawrence v. Texas*? E aí voltamos a uma pergunta que fizemos a propósito da posição de algumas feministas em face do sadomasoquismo: existe um «bom» ou «mau» consentimento? E quem será o árbitro que determina quais as situações em que se aceita a manifestação de vontade dos

envolvidos (ex. homossexualidade, prostituição, práticas sadomasoquistas) e aquelas em que se pressupõe que vontade da vítima pode encontrar-se viciada (ex. assédio sexual, violência conjugal)? Não se diga que, numa democracia constitucional, a resposta é óbvia – o árbitro é o povo, e as decisões serão tomadas pelo princípio maioritário; não apenas porque muitas vezes estão em causa interesses de minorias, mas também porque se trata de defender a autonomia individual, este é um dos domínios em que a operatividade da decisão segundo o princípio da maioria se afigura mais problemática. Confiar a solução a «juízes hercúleos», para usar a conhecida expressão de Dworkin, é caminho que também pode ser questionado.

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

Curiosamente, estas potenciais ameaças ao liberalismo têm sido propostas, para supremo paradoxo, em nome da defesa da liberdade e dignidade humanas.

NOTAS

1. Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Londres, 1986, pp. 228ss.
2. Cf. Lawrence Wright, «The kingdom of silence», in *New Yorker*, Janeiro de 2004, p. 59.
3. Cf. Richard Posner, *Sex and Reason*, Cambridge, Mass., 1992, p. 292, que diz que as leis anti-sodomia são aplicadas tanto quanto as que punem criminalmente o adultério.
4. Cf. William Eskridge, Jr., *Gaylaw. Challenging the apartheid of the closet*, Cambridge, Mass., 1999, p. 15.
5. Cf. Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights. The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford, 1997, pp. 46-47.
6. Cf. John Anthony Maltese, «Homosexuality», in Kermit L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nova Iorque-Oxford, 1992, p. 411.
7. Cf. Robert Wintemute, ob. cit., p. 46; cf. ainda, sobre os efeitos da sentença Bowers, Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge,

- Mass., 2000, pp. 452ss, em esp. p. 461.
8. Cf. Richard Posner, ob. cit., p. 291.
9. Cf. William Eskridge, Jr., ob. cit., com desenvolvidas referências ao «armário» como metáfora da clandestinidade da experiência homossexual a pp. 5ss; significativamente, um dos mais brilhantes ensaios neste domínio, da autoria de Eve Kosofsky Sedgwick, intitula-se precisamente *Epistemologia do Armário* (trad. portuguesa, Lisboa, 2003).
10. Cf. William Eskridge, Jr., ob. cit., p. 171.
11. Cf. Neil Miller, *Out of the Past. Gay and lesbian history from 1869 to the present*, Nova Iorque, 1995, p. 533; sobre a military exclusion, cf. William Eskridge Jr., ob. cit., pp. 128-129.
12. Cf. Evan Gerstmann, *The Constitutional Underclass. Gays, lesbians, and the failure of class-based equal protection*, Chicago-Londres, 1999, p. 6.
13. Cf. William Eskridge Jr., ob. cit., pp. 149ss.
14. Cf. Miguel Nogueira de Brito, “Originalismo e interpretação constitucional”, in *Sub Judice*, nº 12, Janeiro/Junho de 1998, pp. 33ss.
15. Cf. Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal courts and the law*, Princeton, 1997, em esp. pp. 23ss.
16. Cf. Manuel Castells, *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*, vol. II – *O Poder da Identidade*, trad. portuguesa, Lisboa, 2003, pp. 256-257.
17. Cf. António de Araújo, “Direitos e deveres dos cidadãos perante a Defesa Nacional”, in Jorge Miranda e Carlos Blanco de Moraes (coord.), *O Direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*, Lisboa, 2000, em esp. pp. 315ss.
18. Cf. António de Araújo, *Cidadãos Portadores de Deficiência. O seu lugar na Constituição da República*, Coimbra, 2001, em esp. p. 133.
19. Cf. Manuel Castells, ob. cit., p. 257.
20. In *A Matter of Principle*, Oxford, 1985, pp. 335ss.
21. Cf. Anthony Giddens, *Transformações da Intimidade. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, 2ª ed., trad. portuguesa, Oeiras, 1996, pp. 129ss.
22. Cf. Catharine MacKinnon, *Only Words*, Cambridge, Mass., 1993, p. 9.
23. Para uma abordagem desenvolvida dos problemas específicos do consentimento no domínio das relações homossexuais, cf. William Eskridge, Jr., ob. cit., pp. 243ss.
24. Cf. Camille Paglie, *Vamps & Vadias*, trad. portuguesa, Lisboa, 1997, p. 101.