

OBERGEFELL VS. HODGES: UMA ANÁLISE COMPARADA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes²

Sumário: 1 – Introdução 2 – Exposição descritiva dos precedentes 2.1 – ADPF n° 132/RJ e ADI n° 4.277/DF 2.2 – Obergefell v. Hodges 3 – Diferenças e semelhanças 4 – Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo se dedica a analisar o precedente formado no caso Obergefell vs. Hodges, da *US Supreme Court*, que assegurou o direito de casamento aos casais do mesmo sexo, em perspectiva comparada com o precedente do Supremo Tribunal Federal, decorrente do julgamento da ADPF n° 132/RJ e da ADI n° 4.277/DF, que reconheceu a união estável homoafetiva. Para tanto, o texto se desdobra em duas partes: na primeira, realiza-se uma exposição descritiva dos referidos precedentes, contextualizando os casos e apresentando os seus principais fundamentos; na segunda, apontam-se as principais diferenças e semelhanças entre ambos.

Palavras-chave: Direito comparado; Direito constitucional; Casamento gay; União estável homoafetiva.

1 O resumo expandido deste artigo foi apresentado no IX Encontro Nacional de Pós-Graduação 2020, ocorrido nos dias 13 e 14 de novembro de 2020, na Universidade Santa Cecília, Santos, SP.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília.

1. INTRODUÇÃO

No curto intervalo de quatro anos, os Poderes Judiciários do Brasil e dos Estados Unidos da América enfrentaram a questão do reconhecimento estatal da união entre pessoas do mesmo sexo. Nesse contexto, pretende-se realizar uma análise comparativa, por contraste, entre os precedentes formados nos dois países acerca da matéria.

Assim, debruça-se, de um lado, sobre o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu a união estável homoafetiva; e, de outro, sobre o caso *Obergefell vs. Hodges*, oportunidade na qual a *US Supreme Court* assegurou o direito de casamento a casais do mesmo sexo.

O trabalho emprega o método da diferenciação para analisar os casos, extraindo as suas conclusões da leitura integral das referidas decisões, acessíveis nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais. Utiliza ainda como subsídio as obras de autores dedicados ao estudo do Direito Comparado.

Nesse passo, o texto se desdobra em duas partes: na primeira, realiza-se uma exposição descritiva dos referidos precedentes, contextualizando os casos e apresentando os seus principais fundamentos; na segunda, apontam-se as principais diferenças e semelhanças entre ambos.

2. EXPOSIÇÃO DESCRITIVA DOS PRECEDENTES

2.1 ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF

No Brasil, a questão do reconhecimento estatal da união entre pessoas do mesmo sexo foi solucionada pela via judicial em 2011, por meio do julgamento em conjunto, no Supremo Tribunal Federal, da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF.

A ADPF foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, requerendo que se aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do CC, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro, para fins estatutários e previdenciários. A ADI, por sua vez, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o

objetivo de que fosse tornado obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar.

Foi reconhecida a conexão entre essas duas ações, e o STF, tendo como relator o Ministro Ayres Brito, julgou procedente, por unanimidade, ambas as ações, para dar “interpretação conforme a Constituição Federal” ao art. 1.723 do Código Civil, excluindo qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo a essa figura os mesmos efeitos da união estável entre pessoas do sexo oposto.

Dos votos dos Ministros, podem-se extrair os principais argumentos que basearam o resultado do julgamento.

Inicialmente, apontaram que, de acordo com o art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal (CF), é vedado o tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos, logo deve ser conferido tratamento igualitário aos casais do mesmo sexo.

Argumentaram ainda que a liberdade de sexualidade integra a autonomia da vontade e decorre da própria dignidade da pessoa humana. Uma vez que a Constituição não proibiu o uso da liberdade de sexualidade, essa liberdade constitui direito subjetivo decorrente do direito à intimidade (art. 5º, inc. X, da CF).

A isonomia e a liberdade conferidas aos casais do mesmo sexo, por sua vez, somente se concretizam se lhes for conferido o direito igualitário à formação de família. Isso porque a possibilidade de formar família integra a própria identidade do indivíduo.

Demonstraram que a Constituição não define, em momento em algum, o conceito de família. Logo seu sentido é aberto, não fazendo distinção entre famílias formadas por casais do mesmo sexo ou de sexo oposto.

Por fim, destacaram que somente o caput do art. 226 da Constituição foi contemplado com a cláusula da especial proteção estatal (“*família como base da sociedade*”). O art. 226, § 3º, da CF (“para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”), por sua feita, deve ser interpretado, não de forma literal, mas de forma sistemática, vale dizer, em conjunção com os

princípios materializados na Constituição, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a liberdade.

Após o encerramento do julgamento, o Conselho Nacional de Justiça, em 2013, publicou a Resolução nº 175, proibindo que as autoridades cartorárias recusassem celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de punição disciplinar. Com isso, estendeu os efeitos do julgamento para além da união estável, resguardando todos os efeitos jurídicos à união homoafetiva.

2.2 Obergefell vs. Hodges

O caso Obergefell vs. Hodges foi julgado em 2015 pela *US Supreme Court*. Ele surge do questionamento sobre a constitucionalidade da vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, existente, à época, em treze estados dos Estados Unidos da América.

No caso, quatorze casais do mesmo sexo alegavam que, ao negarem a eles o direito de se casarem ou terem reconhecido o seu casamento realizado em outro estado, os estados do Michigan, Ohio, Kentucky e Tennessee violavam a cláusula do devido processo legal e a cláusula da proteção igualitária, constantes da 14^a Emenda da Constituição Norte-Americana, na parte que reza: “nenhum Estado pode privar a pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; ou negar à pessoa proteção igualitária da lei”³.

Todas as cortes distritais julgaram a favor dos demandantes. No entanto, em grau de recurso, as demandas foram reunidas, e o *US Court of Appeals for the Sixth Circuit* reverteu o resultado e considerou legítimas as vedações ao casamento do mesmo sexo.

Assim, o caso chegou à *US Supreme Court*, que foi instada a dar resposta a duas perguntas: (i) a 14^a Emenda exige que o Estado autorize o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo? e (ii) a 14^a Emenda exige que o Estado reconheça o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo realizado em

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constitution (1787)]. *Constitution of the United States*. Washington, DC: United States Senate, 1992. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 3 maio 2022. Amendment XIV, section 1, tradução nossa.

outro Estado? A Corte, por maioria de cinco a quatro, respondeu *sim* às duas questões e superou explicitamente o precedente *Baker vs. Nelson*⁴.

O *Justice Kennedy*, que redigiu o voto da maioria, entendeu que, de acordo com a cláusula do devido processo, o direito ao casamento é uma liberdade fundamental, e ela se aplica da mesma forma a casais de sexos opostos e a casais do mesmo sexo.

Baseada nos precedentes *Loving vs. Virginia*⁵, *Turner vs. Safley*⁶, *Lawrence vs. Texas*⁷, entre outros, a maioria entendeu que o direito ao casamento é uma liberdade fundamental por quatro motivos: (i) escolher com se quer viver é inerente ao conceito de autonomia individual e vital na definição e expressão da identidade da pessoa; (ii) o casamento protege a mais íntima relação entre duas pessoas, refletindo o direito à intimidade do indivíduo; (iii) a estabilidade conferida por uma relação matrimonial salvaguarda o direito das crianças e da família; e (iv) o casamento é historicamente reconhecido como um marco central da ordem social e como a base da unidade familiar, gerando vários e importantes efeitos jurídicos.

Como, em relação a esses quatro motivos (que fazem do direito ao casamento uma liberdade fundamental), não existe diferença entre uma união de pessoas de sexos opostos e pessoas do mesmo sexo; a exclusão do direito ao casamento aos casais do mesmo sexo não é razoável e, por isso, representa uma violação à cláusula do devido processo legal, sob a ótica do seu viés substancial. Nas palavras do *Justice Kennedy*:

This analysis compels the conclusion that same-sex couples may exercise the right to marry. The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples.⁸

4 Oportunidade em que a *US Supreme Court* entendeu que a negação do direito ao casamento aos casais do mesmo sexo não representava uma matéria federal substancial (“*substantial federal question*”).

5 Oportunidade em que a *US Supreme Court* invalidou as vedações às uniões inter-raciais.

6 Oportunidade em que a *US Supreme Court* decidiu que não pode ser negado aos presidiários o direito de casamento.

7 Oportunidade em que a *US Supreme Court* considerou inconstitucional a criminalização de atos homossexuais.

8 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Certiorari n. 14-556*. *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* Relator: Justice Kennedy, 26 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>. Acesso em: 3 maio 2022, p. 12.

O precedente fixou ainda que a cláusula da proteção igualitária também garante o direito ao casamento dos casais do mesmo sexo, na medida em que parcela da sociedade não pode ser privada injustificadamente de liberdade fundamental garantida a outra parte da sociedade.

Por fim, a maioria entendeu que, se de um lado, a 1ª Emenda garante às organizações religiosas o direito de ser fiel aos seus princípios⁹ e, em consequência, negar dar a sua chancela a uma união entre pessoas do mesmo sexo, isso não se aplica ao Estado, que é laico e possui o dever de garantir o exercício das liberdades fundamentais dispostas na Constituição.

No outro polo, os votos dissidentes entenderam que o pleito não se sustentava. Argumentaram que, como a Constituição não discorre sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, estaria fora da alçada da Corte se pronunciar sobre a matéria. Caberia apenas aos parlamentos estaduais, legitimados pelo voto popular, decidir sobre o veto ao casamento de casais do mesmo sexo. A Corte estaria, então, extrapolando os seus poderes, exercendo função legislativa reservada aos Estados.

Para eles ainda, a opinião majoritária realizou uma interpretação excessivamente expansiva da 14ª Emenda, ignorando o processo democrático e desprezando a jurisprudência até então formada sobre o assunto. Seria uma decisão excepcional, que, na opinião dos dissidentes, deturpou a doutrina do devido processo legal substancial e acabou distorcendo o processo democrático.

3. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

Descritos os dois casos, percebe-se uma série de diferenças, mormente de cunho argumentativo, entre a decisão do Supremo Tribunal Federal e a decisão da *US Supreme Court*. Citam-se as mais relevantes.

Em primeiro lugar, nota-se que, enquanto o STF enfrentou a matéria em controle concentrado de constitucionalidade, a Corte norte-americana apreciou a questão em controle difuso. Isso decorre do próprio sistema de acesso aos tribunais constitucionais vigente em cada país. Diferentemente do Brasil, em que a Constituição Federal confere ao STF a competência

⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, op. cit., Amendment I.

originária para analisar, de forma abstrata, a constitucionalidade de ato normativo (CF, art. 102, inc. I, *a*), nos EUA, a *US Supreme Court* é um tribunal meramente recursal, competente para afastar uma lei inconstitucional no caso *sub judice*, de forma concreta¹⁰.

Em segundo lugar, é patente que a Corte norte-americana, no voto majoritário e nos votos dissidentes, fez referência sobretudo a precedentes judiciais como fontes do Direito. Por outro lado, o enfoque dos Ministros do STF foi sempre a interpretação do texto constitucional, valendo-se raras vezes dos seus entendimentos anteriores para fundamentar os seus votos. Trata-se de diferença que resulta da própria cultura jurídica predominante em cada país. Inseridos na *common law*, os EUA possuem sua base jurídica em jurisprudências formadas pelos tribunais¹¹. Em contrapartida, a cultura do Brasil é de *civil law*, de maneira que tem como fonte primária a lei escrita aprovada pelo Poder Legislativo.

Em terceiro lugar, observa-se que a existência, na Constituição brasileira, de um dispositivo que expressamente cita a relação entre homem e mulher como representativa da união estável (art. 226, § 3º, da CF) representou enorme ônus argumentativo a ser superado pelo STF, o que não ocorreu no caso dos EUA, cuja Constituição, sendo sintética, não discorreu expressamente sobre casamento ou família.

Nota-se ainda que o precedente da Corte norte-americana foi motivado pela vedação normativa expressa de alguns Estados ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que acabou por influenciar o próprio rumo que tomaria a argumentação da Corte, focado na cláusula do devido processo legal e na cláusula da proteção igualitária. No Brasil, essa vedação legal não existia, e as ações foram motivadas por decisões conflitantes do próprio Judiciário acerca da legitimidade da união homoafetiva, decorrentes de um vazio normativo, razão pela qual o STF não se preocupou em se debruçar sobre a proporcionalidade de um ato proibitório, mas sim sobre a origem do direito à isonomia dos casais do

10 RAMSFIELD, Jill J. *Culture to culture: a guide to U.S. legal writing*. Durham: Carolina Academic Press, 2005, p. 21.

11 GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33.

mesmo sexo e de como compatibilizar esse direito com os demais dispositivos da Constituição, sobretudo do art. 226, § 3º.

A despeito de tais diferenças, foram as semelhanças que mais se destacaram:

Nos dois países, foi necessária a busca da tutela judicial para que fosse garantido o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Legislativo, enquanto vetor do processo democrático, fracassou em garantir os direitos fundamentais da minoria¹², e esses indivíduos se viram obrigados a procurar o Poder Judiciário para que ele exercesse a sua função contramajoritária. Em ambos, o Poder Judiciário foi bem-sucedido nessa missão, tendo sido capaz, cada um a sua maneira, de assegurar, de forma vinculante e *erga omnes*, o reconhecimento de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, a despeito da indiferença e, com frequência, do empenho contrário do Parlamento.

Por fim, percebe-se que, nos dois países, a chancela judicial à união entre pessoas do mesmo sexo aconteceu na mesma época da história, separadas as decisões pelo curto período de quatro anos. Isso se explica pelo fato de que, embora minoritária e incapaz de levar a uma mudança legislativa, foi apenas nessa época que surgiu uma forte opinião pública a favor de novas configurações de família, o que acabou por influenciar os dois tribunais a reconhecer esses pleitos. A influência das novas percepções da sociedade é declarada expressamente no voto majoritário do *Justice Kennedy* e no voto do Ministro Luiz Fux:

These new insights have strengthened, not weakened, the institution of marriage. Indeed, changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations, often through perspectives that begin in pleas or protests and then are considered in the political sphere and the judicial process.¹³

A verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares.

12 No caso dos EUA, o Poder Legislativo dos treze Estados que ainda vedavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

13 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, op. cit., p. 7.

A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma plethora de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros. (...) É o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei n. 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade.¹⁴

Assim, as duas decisões são fruto do seu tempo e das condições sociais e políticas estabelecidas numa determinada época. O resultado alcançado nos dois casos só foi possível graças à longa luta política dessas minorias sexuais pelo reconhecimento de parte da opinião pública, sem a qual os precedentes não teriam se concretizado.¹⁵

4. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, pôde-se observar que, apesar das profundas diferenças existentes entre as decisões proferidas, de um lado, na ADPF n° 132/RJ e na ADI n° 4.277/DF, e de outro, no precedente *Obergefell vs. Hodges*, são as proximidades entre ambas que mais chamam atenção. Embora tenham sido proferidas em países de culturas jurídicas díspares, ambas as decisões são fruto da necessidade de recurso ao Poder Judiciário para tutelar direitos dos homossexuais na mesma época da história.

Como se viu, as semelhanças não se deram ao acaso. Trata-se de decorrência de um processo histórico análogo de formação de uma opinião pública favorável a novas configurações de família. Assim, não se está

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF. Plenário. Relator: Ayres Britto, 5 de maio de 2011. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, n. 198, p. 20-21, p. 71 e 73.

15 Sobre a influência da opinião pública sobre as decisões da *US Supreme Court* e do STF, ver: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 221/232.

sugerindo que o julgamento brasileiro, por ter sido anterior, tenha exercido influência sobre a Corte norte-americana, mas sim que as sociedades dos dois países compartilham de valores e opiniões que motivaram o Poder Judiciário a reconhecer efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, mesmo diante da resistência do Poder Legislativo.

A razão pela qual houve a identidade desses valores no mesmo momento histórico passa por uma análise sociológica, que foge ao escopo deste artigo. Rememora-se apenas que os dois países possuem um longo passado de influência cultural, que desborda para vários campos sociais e, como visto, repercute até mesmo nas orientações adotadas pelos tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF. Plenário. Relator: Ayres Britto, 5 de maio de 2011. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, n. 198, p. 20-21.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constitution (1787)]. **Constitution of the United States**. Washington, DC: United States Senate, 1992. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Certiorari n. 14-556**. Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. Relator: Justice Kennedy, 26 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>. Acesso em: 3 maio 2022.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMSFIELD, Jill J. **Culture to culture: a guide to U.S. legal writing**. Durham: Carolina Academic Press, 2005.