



Prisma Jurídico

ISSN: 1677-4760

prismajuridico@uninove.br

Universidade Nove de Julho

Brasil

Fernandes, Pádua

Reseña de "Dishonorable passions: Sodomy Laws in America (1861-2003)" de William N. Eskridge Jr.

Prisma Jurídico, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre, 2009, pp. 549-553

Universidade Nove de Julho

São Paulo, Brasil

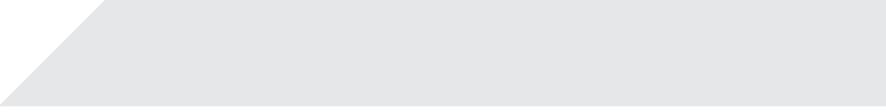
Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93412807014>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal  
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto



## *Dishonorable passions: Sodomy Laws in America (1861-2003), de William N. Eskridge Jr.*

New York: Viking, 2008, 514 p.

Pádua Fernandes

Doutor em Direito – USP;  
Professor da Faculdade de Direito – Uninove.  
São Paulo – SP [Brasil]  
padufernandes@uninove.br

O professor da Faculdade de Direito de Yale William, N. Eskridge Jr. trata, neste livro, do desenvolvimento, do declínio e da extinção do “crime contra a natureza” na história do direito dos Estados Unidos, estranha noção de origem religiosa que permaneceu sem definição precisa por séculos, pois seu caráter de tabu tornava-a não mencionável.

O caráter vago desse crime incluía, originalmente, atividades sexuais não-reprodutivas praticadas entre humanos e entre humanos e animais.<sup>1</sup> Depois da invenção da categoria do homossexual (a palavra só foi criada na língua inglesa em 1892, porém havia outras denominações, como pederasta) na segunda metade do século XIX, é que gradativamente a tipificação penal passou a se referir a certas pessoas, e não a certos atos: os mesmos atos sexuais, se praticados por um casal heterosexual, não constituíram crime:

[...] a crescente predominância das subculturas homossexuais e sua insistência nos direitos civis completaram a transformação, ao longo de um século, da própria ideia de sodomia – de condutas como o rapto praticadas por monstros predadores contra mulheres, homens ou animais, para qualquer tipo de atividade sexual entre duas pessoas do mesmo sexo. (p. 138)<sup>2</sup>

Kansas e Texas, ainda na década de 1960 do século XX, redefiniram o crime de conduta sexual desviante ao incluir apenas atividades homossexuais. Em 1977, Arkansas adotou o mesmo procedimento (p. 202).

Os doze capítulos do livro dialogam fortemente com a história da cultura estadunidense – com figuras como de Walt Whitman, que desejava fundar o país no amor dos camaradas, e de Kinsey, cujas pesquisas na área da sexologia, ao desmistificarem o senso comum e as superstições religiosas sobre a sexualidade humana, tornaram-no alvo do FBI e do Partido Republicano.

Esta obra, portanto, corresponde ao resultado das pesquisas de Eskridge Jr. sobre as lutas de reconhecimento travadas por movimentos sociais no direito estadunidense. As mudanças de baixo para cima é que teriam levado a essas transformações da cidadania:

O que motivou grandes mudanças na doutrina do direito constitucional durante o século XX? Raramente a doutrina e a teoria constitucionais mudaram por causa de mudanças formais no texto da Carta, e mais raramente ainda por causa de “descobertas” de novas informações sobre o sentido original da Constituição por acadêmicos ou juízes [...] Minha tese sustenta que a maior parte das mudanças na proteção constitucional dos direitos individuais foi movida por ou em resposta aos grandes movimentos sociais identitários (“IBSMs”) do século XX.<sup>3</sup>

Este livro confirma a tese e demonstra a importância do ativismo judicial para os movimentos sociais nesse país. O caminho judicial, orientado para a conquista dos direitos civis pelas minorias, prevaleceu sobre as concepções marxistas nos movimentos dos homossexuais (p. 130).

A luta cultural (*Kulturkampf*) e judicial é detalhadamente descrita pelo autor, com ênfase no caso *Lawrence v. Texas* (2003), que é o foco dos três últimos capítulos: *Sodomy Law at the Alamo*, *Lawrence v. Texas*,

2003; *American Public Law After Lawrence, Lawrence and Popular Constitutionalism*.

As iniciativas contra as leis que criminalizavam a homossexualidade somente tiveram sucesso tardivamente (no começo do século XXI), e apenas após o combate contra o discurso fundamentalista cristão de que Deus fez as raças diferentes e desiguais, de que as mulheres são naturalmente inferiores e os homossexuais são criminosos. Esse discurso, com base numa leitura anistórica e altamente seletiva da Bíblia (ignoram-se as prescrições sobre escravidão, apedrejamento e quejandos nesse livro sagrado, mas não passagens que condenariam relações sexuais entre homens; ignoram-se também as passagens positivas para esse tipo de relação), chegou a ser considerado até mesmo científico. Apenas em 1973 a Associação Psiquiátrica Americana deixou de classificar a homossexualidade como doença, depois de campanha intensa de ativistas como Frank Kameney (p. 174).

Como efeito das leis criminalizadoras, os homossexuais poderiam ser, em vários estados dos EUA, destituídos de direitos políticos e de participação em júri; impedidos de ingressar ou excluídos do serviço público, da polícia e dos corpos de bombeiros; impedidos de receber licenças profissionais; excluídos do direito de guarda e de visita aos próprios filhos; expulsos de sua moradia por “conduta imoral”, entre outras restrições. Eram, de fato, párias.

Eskridge Jr. evoca, nessa luta por reconhecimento, a autoridade filosófica de Bentham, que, em um ensaio escrito em 1785 e não publicado em vida, *On Paederasty*, sustentou que havia um grande custo na existência da legislação contra a pederastia, tendo em vista a proibição do prazer, e que não haveria nenhum benefício social com essa proibição. A razão da existência dessas leis seria a simples antipatia, e nisso seriam comparáveis à perseguição aos judeus e aos mouros pela Inquisição espanhola. E, de acordo com o filósofo utilitarista, leis baseadas na antipatia resumiam a tirania, pois o governo deveria deixar as pessoas em paz, se não estivessem a prejudicar outras.

Além disso, tal legislação levaria à corrupção, a falsas denúncias e ao fortalecimento de preconceitos.

Estes argumentos eram notáveis em 1785, quando o crime contra a natureza era ainda oficialmente não mencionável – e uma ofensa capital. Em suas notas, Bentham tristemente concluiu que este tópico não era suscetível de ser apresentado à razão pública. Qualquer um que analisasse não passionalmente o assunto seria acusado: “Depravado! Você é um deles!” Desse modo, ele não publicou *Sobre a pederastia*, que ficou desconhecido por quase duzentos anos, até que Louis Crompton publicou-o em 1978. (p. 112-113)<sup>4</sup>

O fato de o ensaio não ter sido publicado representa um problema para os que desejam fundamentar os direitos humanos na esfera pública e no consenso. Apesar do ineditismo, no entanto, diversos juristas defendem ao longo do século XX posições análogas à de Bentham, como Jerome Michael e Herbert Wechsler (p. 118).

O caso *Lawrence v. Texas*, em que a Suprema Corte considerou inconstitucional a lei texana de criminalização dos homossexuais, finalmente estendeu para essa categoria a proibição da discriminação determinada pela 14<sup>a</sup> Emenda, contrariando o precedente oposto do mesmo tribunal, *Bowers v. Hardwick* (1986), em que a tese de Lawrence Tribe, favorável à extensão de direitos humanos aos homossexuais, foi derrotada pela posição, no direito constitucional, do originalismo, notoriamente defendido, na Suprema Corte, por Scalia.

As consequências de *Lawrence* para o direito americano ainda são debatidas (Jamal Greene, por exemplo, diz que se trata de uma decisão ainda em busca de um princípio<sup>5</sup>). O autor apresenta três teorias sobre mudança constitucional para interpretá-la, partindo deste pressuposto: “Segundo qualquer teoria sensata, a Constituição é um documento em evolução.” (p.

361).<sup>6</sup> Não é necessária a alteração formal do texto constitucional para que o sentido da Constituição mude, pois ele é dado pelos atores sociais.

A leitura desta notável obra não deixa de chamar a atenção do leitor brasileiro de como é diferente o debate nos EUA do existente no Brasil. Neste país, as mudanças constitucionais em geral ocorrem de cima para baixo, e se dão para que nada mude. E a impermeabilidade ainda existente do Judiciário brasileiro em relação aos movimentos sociais, decorrente da falta de transparência, da ineficiência, de uma cultura elitista predominante, contrária aos direitos humanos, limita seriamente as possibilidades de ativismo judicial.

## Notas

- 1 Sexo com passarinhos, no entanto, não estava criminalizado em alguns dos estados dos Estados Unidos (p. 21).
- 2 [...] *the increasing predominance of homosexual subcultures and their insistence on civil rights completed the century-long transformation of the idea of sodomy itself – from rapelike conduct by predatory monsters against women, men, or animals, to any kind of sexual activity between two people of the same sex.*
- 3 *What motivated big changes in constitutional law doctrine during the twentieth century? Rarely did important constitutional doctrine or theory change because of formal amendments to the document's text, and rarer still because scholars or judges "discovered" new information about the Constitution's original meaning. [...] My thesis is that most twentieth century changes in the constitutional protection of individual rights were driven by or in response to the great identity-based social movements ("IBSMs") of the twentieth century.* (ESKRIDGE JR., William N. Some effects of identity-based social movements on Constitutional Law in the twentieth century. *Michigan Law Review*. vol. 100, p. 2062-2407, Aug 2002, p. 2064).
- 4 *These were remarkable arguments in 1785, when the crime against nature was still officially unmentionable – and a capital offense. In his notes Bentham sadly concluded that this was not a topic susceptible to public reason. Anyone who would apply a dispassionate analysis to the subject would stand accused: "Miscreant! You are one of them then!" Accordingly, he did not publish 'On Paederasty' and it was unknown for almost two hundred years, until Louis Crompton published it in 1978.*
- 5 GREENE, J.; LAWRENCE, B: Metaprivacy and punishment. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1862-1928, Jun. 2006.
- 6 *Under any sensible theory, the Constitution is an evolving document.*