

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL - MESTRADO

THAIANA CONRADO NOGUEIRA

**O MITO DO CONTRAMAJORITARISMO EM *BROWN V. BOARD OF*
EDUCATION OF TOPEKA E SUA LEITURA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NO JULGAMENTO DAS ADPFS 132 E 54**

Niterói
2020

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL – MESTRADO

THAIANA CONRADO NOGUEIRA

**O MITO DO CONTRAMAJORITARISMO EM *BROWN V. BOARD OF
EDUCATION OF TOPEKA* E SUA LEITURA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NO JULGAMENTO DAS ADPFS 132 E 54**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.
Linha de Pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.
Orientador: Prof. Dr. Cássio Luís Casagrande.

Niterói

2020

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

N778m Nogueira, Thaiana Conrado
O MITO DO CONTRAMAJORITARISMO EM BROWN V. BOARD OF EDUCATION
E SUA LEITURA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DAS
ADPFS 132 E 54
/ Thaiana Conrado Nogueira ; Cássio Luis Casagrande,
orientador. Niterói, 2020.
151 f.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Niterói, 2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2020.m.11445085763>

1. Direito Constitucional. 2. Contramajoritarismo. 3.
Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 4. Brown v.
Board of Education. 5. Produção intelectual. I. Casagrande,
Cássio Luis, orientador. II. Universidade Federal Fluminense.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDD -

THAIANA CONRADO NOGUEIRA

O MITO DO CONTRAMAJORITARISMO EM *BROWN V. BOARD OF EDUCATION* E SUA LEITURA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DAS ADPFS 132 E 54

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Aprovada em: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Cássio Luís Casagrande

Professor Doutor Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Professor Doutor Bruno Stigert Sousa

Conceito: _____

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.

Fernando Pessoa.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por ter me permitido ingressar no PPGDC e concluir o curso de mestrado que tanto agregou à minha vida, não só sob o ponto de vista acadêmico/profissional, mas também sob o ponto de vista pessoal.

Em segundo lugar, agradeço ao meu pai, Sebastião, *in memoriam*, por ter sempre me incentivado a estudar, questionar e refletir. Pai, você não chegou a me ver ingressar no mestrado, mas certamente permaneceu ao meu lado durante todo esse período, me ajudando nos momentos difíceis e compartilhando a alegria das vitórias. Espero que esteja na orgulhoso de mim. Te amarei pra sempre!

Agradeço também à minha mãe, Regina, por todo o amor, apoio e compreensão, bem como por sempre ter me incentivado à estudar e lutar pelos meus sonhos. Da mesma forma, agradeço aos meus irmãos Érica e Diego, que me estiveram comigo durante toda a minha trajetória acadêmica. Amo muito vocês!

Aos meus sobrinhos, Gabriel e Giovanna, agradeço por terem me dado força para seguir nos momentos difíceis. Espero ser um exemplo para que vocês se tornem pessoas comprometidas com os estudos, questionadoras e com vontade de mudar o mundo. Tainá, você acabou de chegar e nem pude te conhecer pessoalmente, mas também dedico essa vitória a você. Vocês são a luz da minha vida!

Ao Guilherme, meu namorado, agradeço por estar sempre ao meu lado e por compreender as minhas ausências nos meses que dediquei à escrita da dissertação.

À minha querida turma do PPGDC, sou grata por todos os momentos compartilhados e pela ajuda que demos uns aos outros durante esses pouco mais de dois anos. Agradeço especialmente à Maria Clara, Rodolfo e Thomaz, amigos que eu pretendo levar para a vida toda.

Aos professores do PPGDC, agradeço pelos ensinamentos que contribuíram para que eu chegasse até aqui e que transformaram a minha visão acerca do Direito e do exercício da profissão.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Cássio Casagrande, por ter me apresentado ao Direito Constitucional, ainda durante a graduação, bem como por ter me auxiliado na escolha do tema e no desenvolvimento da presente pesquisa, sempre com paciência e disponibilidade.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o conceito de contramajoritarismo, com enfoque especial no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, precedente da Corte Warren – período da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que compreende os anos de 1953 a 1969 – considerado o primeiro e principal paradigma de contramajoritarismo judicial, bem como nas ADPFs 132 e 54, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), as quais são trazidas como exemplos de decisões ativistas e contramajoritárias proferidas pelo Poder Judiciário Brasileiro. Pretende-se, assim, verificar se as premissas contramajoritárias efetivamente se verificaram na realidade norte-americana em 1954/1955, bem como se o STF fez uso delas nos referidos julgamentos e, em caso positivo, se elas encontraram correspondência com a realidade-brasileira de 2011/2012.

PALAVRAS-CHAVE

Supremo Tribunal Federal; Suprema Corte dos Estados Unidos da América; Corte Warren; Contramajoritarismo Judicial; ADPF 132; ADPF 54.

ABSTRACT

*The purpose of this paper is to analyze the concept of countermajoritarianism, with a special focus on the case *Brown v. Board of Education of Topeka*, precedent of the Warren Court - period of the Supreme Court of the United States of America that involves the years 1953 to 1969 - considered the first and main paradigm of judicial countermajoritarianism, as well as on the ADPFs 132 and 54, judged by the Supreme Court Federal Court (STF), considered examples of activist and countermajoritarian decisions of the Brazilian Judiciary Branch. Thus, the intention is to verify if the countermajoritarian premises are actually verified in the American reality in 1954/1955, as well as if the STF made use of them in the referred judgments and, in if they did, if the countermajoritarian premises are actually verified in the Brazilian reality in 2011/2012.*

KEY WORDS

Supremo Tribunal Federal; Supreme Court of the United States of America; Warren Court; Judicial Countermajoritarianism; ADPF 132; ADPF 54.

RESUMÉN

Este trabajo tiene como objetivo analizar el concepto de contramayoritarismo, con un enfoque especial en Brown v. Board of Education of Topeka precedente de la Corte Warren, período de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América que comprende los años 1953 a 1969, considerado el primer y principal paradigma del contramayoritarismo judicial, bien como en las ADPFs 132 y 54, juzgadas por el Supremo Tribunal Federal (STF), considerados ejemplos de decisiones activas y contramayoritarias del Poder Judicial Brasileño. Así, la intención es verificar si las premisas contramayoritarias se verifican efectivamente en la realidad estadounidense en 1954/1955, así como si el STF las utilizó en los juzgamentos referidos, y, en casos positivo, se las presmisas contramayoritarias se verifican efectivamente en la realidad brasileña de 2011/2012.

PALABRAS-CLAVE

Supremo Tribunal Federal; Corte Suprema de los Estados Unidos de América; Corte de Warren; Contramayoritatismo judicial; ADPF 132; ADPF 54.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EUA	Estados Unidos da América
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
NAACP	Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor (<i>National Association for the Advancement of Colored People</i>)
SCOTUS	Suprema Corte dos Estados Unidos da América (<i>Supreme Court of the United States of America</i>)
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ/RJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro

LISTA DE TABELAS E GRÁFICOS

1) Tabelas:

Tabela 1 – Composição da Suprema Corte dos EUA no período em que foi presidida por Earl Warren;

Tabela 2 – Votos dos Ministros no julgamento da ADPF 132;

Tabela 3 – Referências às audiências públicas nos votos dos Ministros no julgamento da ADPF 54;

Tabela 4 – Votos dos Ministros no julgamento da ADPF 54.

2) Gráficos:

Gráfico 1 – Porcentagem de aprovação da decisão proferida no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954, por região;

Gráfico 2 – Porcentagem de aprovação da decisão proferida no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954 a 1994;

Gráfico 3 – Porcentagem de aprovação da dessegregação em espaços públicos além das escolas em 1957;

Gráfico 4 – Porcentagem de aprovação da decisão proferida no julgamento do caso *Brown v. Board of Education* em 1957, no sul dos EUA;

Gráfico 5 - Número de processos de controle concentrado de constitucionalidade ajuizados de 1989 à 2020;

Gráfico 6 – Períodos aproximados de maior vinculação do sistema jurídico brasileiro à *Common Law* e à *Civil Law* - ondas de americanização do Direito brasileiro;

Gráfico 7 – Fluxo da ADPF 54;

Gráfico 8 - Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011;

Gráfico 9 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011, por sexo;

Gráfico 10 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011, por idade;

Gráfico 11 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011, por escolaridade;

Gráfico 12 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011, por renda.

Gráfico 13 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas de 2011 a 2019.

Gráfico 14 – Pesquisa Datafolha acerca da possibilidade de ampliação das hipóteses de aborto;

Gráfico 15 – Pesquisa Datafolha acerca da punição para mulheres que pratiquem o aborto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p. 15
1. O CONTRAMAJORITARISMO DA CORTE WARREN	p. 25
1.1. Earl Warren e a importância do período em foi <i>Chief Justice</i> da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1953 – 1969)	p. 25
1.2. O caso <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i>	p. 34
1.2.1. Antecedentes	p. 34
1.2.2. Julgamento: <i>Brown I</i> e <i>Brown II</i>	p. 40
1.2.3. Consequências	p. 49
1.2.3.1. <i>The Little Rock Nine</i>	p. 51
1.3. O contramajoritarismo em <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i>	p. 53
2. O CONTRAMAJORITARISMO SOB A PERSPECTIVA BRASILEIRA	p. 60
2.1. Um olhar sobre o ativismo judicial no Brasil	p. 60
2.2. Prós e contras do ativismo judicial no Brasil. Fundamentos de legitimidade e argumentos contrários à expansão do Poder Judiciário	p. 68
2.3. As três funções do Supremo Tribunal Federal: representativa, de “vanguarda iluminista” e contramajoritária	p. 81
a. O papel representativo do STF	p. 81
b. O papel de “vanguarda iluminista” do STF	p. 83
c. O papel contramajoritário do STF	p. 84
2.4. O fenômeno da americanização do Direito Brasileiro e o papel do Supremo Tribunal Federal como instituição contramajoritária e responsável por “empurrar a história”	p. 85
3. O CONTRAMAJORITARISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	p. 92
3.1. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/2011: possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas	p. 92
3.1.1 Aspectos introdutórios	p. 92

3.1.2	Análise dos votos dos Ministros	p. 96
3.2.	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54: descriminalização do aborto de fetos anencéfalos	p. 106
3.2.1	Aspectos introdutórios	p. 106
3.2.2	Análise dos votos dos Ministros	p. 110
3.3.	O contramajoritarismo nas ADPFs 132 e 54: análise de dados	p. 125
CONCLUSÃO	p. 137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p. 143

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal assumiu novos papéis no contexto jurídico-político nacional e passou a se destacar dentre os atores que determinam os rumos da política brasileira¹. Muitas das decisões proferidas pela Corte na atualidade vão além da letra da lei, ou seja, transcendem o Direito sob o aspecto formalista e perpassam a política de forma evidente. As ditas questões polêmicas, cuja solução não se extrai claramente do texto normativo, são por ela decididas, evidenciando-a como responsável por solucionar esse tipo de controvérsia em última instância.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, referido Tribunal é competente para, dentre outras funções, atuar como instância recursal, por meio de, por exemplo, recursos extraordinários; como instância ordinária, nas hipóteses de foro por prerrogativa de função; e como Tribunal Constitucional², realizando o controle concentrado de constitucionalidade³.

O somatório de todas essas funções, em conjunto com a constitucionalização do direito e com a proliferação de normas constitucionais de conteúdo aberto, como princípios de natureza abstrata, conferiu ao STF maior destaque e relevância. O Tribunal foi progressivamente deixando de ter meramente papel de aplicador da Constituição para ascender ao patamar de intérprete, com margem de discricionariedade acentuada, responsável pela determinação do sentido e alcance de um sem número de normas a partir da sua concepção de Constituição.

A Corte passou, assim, por um processo de fortalecimento e expansão, imiscuindo-se em assuntos que eram predominantemente reservados à esfera de debate político, prelavente nos Poderes Legislativo e Executivo, pelas características que lhes são inerentes. Trata-se do fenômeno da judicialização da política, que pode ser conceituado como a transferência às Cortes de questões de natureza política, que possuem grande relevância social (HIRSCHL, 2009, p. 141).

¹ Segundo Aragão (2013, p. 86), a história do STF pode ser dividida em sete fases distintas. A Constituição de 1988 inaugurou a última delas, restabelecendo o exercício do papel político do Tribunal, com restauração e ampliação de suas competências. Referido autor aponta que a Constituição de 1988 foi um divisor de águas no que diz respeito à Corte, porque a consolidou como arena política, como espaço de debate.

² Ao longo do texto, as expressões “Tribunal Constitucional” e “Corte Constitucional” serão empregadas sem o devido rigor técnico, referindo-se não apenas aos Tribunais que realizam o controle concentrado de constitucionalidade, mas também àqueles que, como o STF, possuem múltiplas funções.

³ Vide artigo 102 da Constituição de 1988.

Um dos catalisadores desse processo foi a mudança na própria cultura jurídica, ou seja, a mudança na concepção de lei, sistema legal e da relação entre direito e política. A representação simbólica dos assuntos legais e dos atores jurídicos se transformou e a concepção que o próprio Poder Judiciário tinha de si mesmo e de sua função na sociedade passou a ser diferente (COUSO, 2011, p. 142). Chrsistin Lynch, criticando esse processo de expansão judicial, cunhou o termo “revolução judiciarista” (2017, p. 160).

Fato é que essa nova forma de decidir adotada pelo STF acarretou debates tanto na comunidade jurídica quanto na sociedade civil acerca da legitimidade da atividade jurisdicional. Não só no Brasil, mas em diversos Países em que esse fenômeno se verifica, em especial nos Estados Unidos, onde a preponderância judicial é acentuada pelo *stare decisis*⁴, a judicialização e o ativismo judicial são questionados, principalmente sob o argumento de que os membros das Cortes Superiores não são democraticamente eleitos. Trata-se do chamado *déficit* de legitimidade democrática, expressão cunhada por Alexander Bickel no livro “*The least dengerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*”⁵, publicado pela primeira vez em 1962.

Nos EUA, vale destacar, alguns Estados estabelecem como regra para o exercício da função de magistrado a eleição⁶. Todavia, para o ingresso na cúpula do

⁴ A doutrina do *stare decisis*, elemento fundante do sistema jurídico norte-americano, impõe ao Poder Judiciário a vinculação aos precedentes, ou seja, a jurisprudência deve necessariamente ser observada em decisões futuras que tenham por objeto casos semelhantes. Eventual posicionamento em sentido diverso deve ser fundamentado, realizando-se o que se denomina *distinguishing*, que nada mais é do que a desmonstração das diferenças fáticas/materiais entre o caso paradigmático e o caso concreto que se apresenta. A diferença deve ser tamanha que torne inviável a aplicação da jurisprudência.

⁵ Na sua visão, o *judicial review* é uma força contramajoritária. Por conseguinte, ele não condiz com a democracia norte-americana, já que confere às minorias o poder de veto sobre a vontade das maiorias (1986, p. 14 e 17). Para ele, o problema, naquele momento, deixou de ser a proteção da maioria contra um governo oligárquico e irresponsável e passou a ser a preteção das minorias contra a maioria, por meio do Poder Judiciário (1986, p. 136). Ele foi o primeiro autor a tratar da chamada “dificuldade contramajoritária”, criticando a possibilidade de juizes não eleitos e não sujeitos ao crivo da *accountability* anularem decisões proferidas por instâncias majoritárias – Poder Legislativo e Poder Executivo. Atualmente muitos conhecem a obra de Alexander Bickel por ser pioneira no assunto do contramajoritarismo, mas desconhecem o fato de que, me verdade, sua obra foi uma crítica a essa postura do Poder Judiciário. Na sua visão, este deveria evitar imiscuir-se em assuntos de natureza política porque isso enfraquece o processo democrático (1986, p. 21). Sua crítica tem como exemplo principal o caso *Brown v. Board of Education*, do qual participou ativamente, como se demonstrará mais a frente.

⁶ Há em verdade, quatro formas de seleção de Juizes Estaduais nos EUA: (i) por nomeação do Chefe do Poder Executivo Estadual, com prévia aprovação do Legislativo; (ii) nomeação pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, entre os nomes constantes de lista tríplice formada por Comissão Independente; (iii) por meio de eleição indireta, na qual apenas os membros do Poder Legislativo Estadual possuem o direito de voto; (iv) por meio de eleição popular, aberta à população em geral (FIUZA, 2001, p. 209).

Judiciário, vale dizer, na Suprema Corte, é necessária apenas indicação presidencial, referendada pelo Senado após sabatina. No caso brasileiro, por outro lado, assim como em inúmeros outros Países inseridos no mesmo contexto, o ingresso na magistratura depende de aprovação em concurso público de provas e títulos. No que diz respeito especificamente ao Supremo Tribunal Federal, os cargos são ocupados da mesma forma que ocorre nos EUA: indicação presidencial a aprovação pelo Senado após sabatina.

Assim, a ideia que permeia as principais críticas à expansão judicial, diante desse cenário, é de que, enquanto a eleição aproxima os representantes do povo, que a eles delega poderes decisórios, os concursos públicos, apesar de serem democráticos e pautados na igualdade/isonomia, não seriam suficientes para tanto.

Justamente com a finalidade de desconstruir essa linha de pensamento é que foi criada/desenvolvida a teoria do contramajoritarismo judicial. Segundo ela, o Poder Judiciário, por não ser composto por representantes eleitos, teria não só a prerrogativa, mas o dever de proteger as minorias. Esse mecanismo restabeleceria o equilíbrio democrático e, portanto, legitimaria decisões judiciais acerca de temas predominantemente políticos, as quais estariam fora de sua alçada das Cortes.

Na leitura realizada por Alexander Bickel, o contramajoritarismo se caracteriza pela assunção, por parte do Poder Judiciário, da função de decidir sobre assuntos que seriam de competência das instâncias democráticas majoritárias. Para ele, quando um Tribunal decide uma questão política, atua de forma contramajoritária por estar contrariando a maioria representada pelos políticos eleitos para compor os Poderes Executivo e Legislativo.

Ressalte-se, no entanto, que existem diferentes formas de se conceber o contramajoritarismo. Ele pode ser definido tanto a partir da ideia de defesa das minorias em face das maiorias, ainda que a opinião pública seja no mesmo sentido da decisão judicial, como parece ser o posicionamento de Alexander Bickel, quanto a partir noção de defesa das minorias contra os abusos das maiorias, sendo considerado o posicionamento que prevalece na sociedade para a caracterização do que seria essa maioria maior.

Esse segundo conceito de contramajoritarismo, que traz para si a noção de opinião pública, releva-se mais complexo de se verificar na prática, na medida em que demanda a análise da realidade social para que seja possível aferir se a atuação judicial foi ou não contramajoritária, sendo insuficiente a mera alegação de

contraposição aos demais poderes. Apesar disso, essa será a concepção adotada no presente trabalho, isto é, será considerada contramajoritária para os fins da presente pesquisa a decisão que não apenas contrarie as maiorias democraticamente eleitas, mas que também gere ruptura social decorrente da contraposição ao pensamento social predominante. É dizer, a decisão, para ser considerada contramajoritária no âmbito da pesquisa ora desenvolvida, deve ir além da contraposição às instâncias representativas majoritária, indo também de encontro à opinião pública. Assim, se o Tribunal decidir no mesmo sentido da opinião pública, não há que se falar em contramajoritarismo, ainda que o caso possua natureza política e deva *a priori* ser discutido no seio dos demais poderes. Isso, porque, nessa hipótese, as próprias forças populares, ou seja, as maiorias, teriam o poder de, gradativamente, levar àquele mesmo desfecho por meio das instâncias representativas, sem que a necessidade da atuação judicial.

É importante, ainda, estabelecer qual é a definição de “opinião pública” adotada no presente trabalho, uma vez que, do mesmo modo que o “contramajoritarismo”, a expressão “opinião pública” comporta diversos sentidos, até mesmo por ser utilizada não só no âmbito do Direito, mas também da ciência política e da comunicação social. Habermas, Baumhauer, Bobbio e Luhmann são exemplos de autores que se debruçaram sobre o assunto e tentaram encontrar definições, sem, todavia, chegar a um consenso (CERVI, 2006, p. 115).

Por se enquadrar melhor na discussão que se pretende realizar, optou-se por utilizar o conceito desenvolvido pelas teorias deliberacionistas da democracia, que se pauta na ideia de opinião pública como resultado da interação social, ou seja, como a condensação de pontos de vistas individuais que, ao serem confrontados no debate público, produziriam uma posição minimamente compartilhada acerca de temas centrais, sem, todavia, pressupor consenso, mas sim um entendimento racionalmente compartilhado pela maioria (JOHAS, 2016, p. 03). Trata-se, assim, do pensamento que predomina na sociedade em um determinado contexto histórico-social.

A caracterização do Poder Judiciário como instância marcadamente contramajoritária, especificamente no Brasil, decorre da postura assumida pelo STF nos anos 2000, período no qual proferiu diversas decisões consideradas paradigmas de ativismo judicial, as quais foram, em grande medida, justificadas a partir do próprio contramajoritarismo e da necessidade de tutela dos direitos fundamentais de

minorias alijadas do processo democrático majoritário. Dentre elas, destacam-se as prolatadas no bojo das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e 54.

A ADPF 132, julgada em maio de 2011, teve por objeto discussão acerca da possibilidade ou não de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. O Acórdão foi no sentido da procedência do pleito autoral, por unanimidade. A partir da utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição e com fulcro em princípios constitucionais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o Tribunal reconheceu que o conceito de família abrange também uniões entre pessoas do mesmo sexo, equiparando as uniões homoafetivas às uniões estáveis entre homem e mulher.

A ADPF 54, por sua vez, tratou da descriminalização do aborto em caso de feto anencéfalo. Em decisão proferida em abril de 2012, por oito votos a dois, o STF entendeu ser inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez, nesse caso específico, é conduta tipificada pelo Código Penal. Assim, em meio a muitas discussões na sociedade e no próprio Tribunal, foi descriminalizado o aborto nos casos em que o feto seja anencéfalo.

Os casos acima referidos foram escolhidos como objeto da presente pesquisa justamente por serem considerados, como dito, paradigmas de ativismo judicial, bem como por terem os Ministros e o então advogado/procurador Luís Roberto Barroso, no julgamento de ambos os casos, utilizado o argumento do contramajoritarismo para legitimar a atuação do Tribunal sobre de temas de cunho eminentemente político.

A ideia de contramajoritarismo que permeia esses julgados é aquela que se pauta, fundamentalmente, em precedentes da Suprema Corte dos EUA, principalmente das décadas de 50 e 60, conforme se demonstrará nos capítulos 2 e 3.

Como se sabe, correntes de pensamento europeias e norte-americanas impactaram significativamente no desenvolvimento da sua cultura política e jurídica brasileira (CARVALHO, 1991, p. 86). Todavia, nos últimos anos, mais especificamente no período pós Segunda Guerra Mundial, a influência dos Estados Unidos da América se intensificou, de modo que teorias e instituições criadas nesse País se difundiram em todo o mundo, inclusive no Brasil, dando origem a um processo chamado de americanização do Direito Constitucional, o qual pode ser definido como a irradiação do modelo constitucional norte-americano, tendo como

principais elementos: (i) supremacia da Constituição; (ii) controle de constitucionalidade; (iii) supremacia judicial; (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais (BARROSO, 2008, p. 258 e 259).

Considerando que o sistema constitucional brasileiro foi e cada vez mais tem sido influenciado pelo modelo norte-americano, o Supremo Tribunal Federal seguiu a mesma tendência. A jurisprudência do STF, como dito, demonstra a tendência latente de se justificar o seu poder decisório e, especialmente, o seu ativismo, por meio do contramajoritarismo calcado nas decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (SCOTUS) nas décadas de 50 e 60 e, principalmente, no caso *Brown*.

A SCOTUS, em especial a chamada “Corte Warren”, impactou significativamente na forma como o STF enxerga o seu papel na sociedade e no sistema político nacional, de tal forma que não é raro, repise-se, encontrar decisões do Tribunal que se baseiam em precedentes, institutos e teorias desenvolvidas pela Suprema Corte norte-americana nesse período para justificar a sua prerrogativa de decidir sobre assuntos predominantemente políticos.

“Corte Warren” é o nome conferido ao período de 1953 a 1969, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos foi presidida pelo *Chief Justice*⁷ Earl Warren. Sob o seu comando, foram proferidas diversas decisões emblemáticas, dentre as quais se destaca a do caso *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954), que será objeto do capítulo 1, e a do caso *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335 (1963)⁸, no qual a Corte discutiu a questão da advocacia gratuita como mecanismo de acesso à justiça. Pelo teor dos julgados prolatados à época, a Corte Warren é concebida como nascedouro das noções de ativismo e contramajoritarismo judiciais e foi justamente

⁷ A expressão “*Chief Justice*” não encontra correspondência exata na língua portuguesa. Dadas as peculiaridades do sistema estadunidense, dar-se-á preferência ao uso do termo em língua inglesa, em detrimento do uso da expressão “Presidente”, utilizada apenas no caso do Tribunal brasileiro.

⁸ Com base no depoimento de apenas uma testemunha, Clarence Earl Gideon foi preso por invasão de propriedade e furto. Gideon compareceu em juízo sem assistência jurídica, por não ter recursos para contratar um advogado. O juiz de primeira instância entendeu que deveria ser designado advogado dativo apenas nos casos em que a pena para o crime fosse de morte. Como não era o caso, Gideon passou a exercer o seu direito de defesa sozinho, ou seja, sem advogado, e foi condenado. Na prisão, Gideon estudou e escreveu sua própria petição à Suprema Corte, sustentando que a negativa em lhe ser designado um advogado importava em violação aos seus direitos assegurados pela Sexta Emenda à Constituição dos EUA. O então advogado Abe Fortas, que viria a ser Ministro da Corte posteriormente, foi designado para accessorar judicialmente Gideon. Em decisão unânime, a Corte estabeleceu a obrigatoriedade de assistência judiciária em processos criminais perante a Justiça dos Estados. O processo de Gideon foi então anulado e, em novo processo, com o devido auxílio de advogado, ele foi absolvido.

nesse período que as discussões acerca do tema se tornaram centrais.

Após o fim de seu período como *Chief Justice*, Warren se aposentou e o Tribunal Constitucional Estadunidense viu emergir o conservadorismo e a contenção judicial. Todavia, por muito tempo foi possível perceber os reflexos dos avanços trazidos por Warren. Como exemplo, temos as decisões proferidas no caso *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973)⁹, relativa à interrupção da gravidez, e no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 US 265 (1978)¹⁰, em que se discutiu a constitucionalidade das ações afirmativas em universidades, já sob o comando do *Justice Burger*, de postura conservadora.

Pode-se dizer que a Corte Warren retirou o enfoque da Suprema Corte do direito à propriedade e transferiu-o para os direitos pessoais. (BARROSO, 2008, p. 280). Ela é representativa de um modelo de Poder Judiciário pautado na imersão em assuntos predominantemente políticos e no reconhecimento de direitos fundamentais de grupos de caráter identitário e, ao menos em tese, minoritários, como mulheres, negros e homossexuais.

As mudanças estabelecidas nesse período até hoje influenciam a forma como o Poder Judiciário atua não só nos EUA, mas em todos os Países que adotaram esse modelo de constitucional a partir do fenômeno da americanização do Direito Constitucional, como o Brasil. Sendo assim, revela-se essencial o estudo mais aprofundado da Corte Warren para que se possa verificar se a utilização dos seus precedentes pelo STF como forma de legitimar as suas decisões é adequada e capaz de superar as diferenças entre ambos os Países e suas respectivas culturas jurídicas e contextos sócio-políticos.

⁹ Norma L. McCorvey, que adotou o pseudônimo Jane Roe, tinha 21 anos e dois filhos quando engravidou mais uma vez e optou por realizar um aborto, o qual era vedado no Texas, Estado em que residia. Diante disso, decidiu alegar ter sido vítima de estupro para que pudesse realizar legalmente o aborto, mas não obteve sucesso. Iniciou, assim, uma longa trajetória pelo direito de abortar. Em primeira instância o pleito foi deferido e a SCOTUS manteve a decisão, com base no direito à privacidade. O argumento do direito a vida foi rejeitado, mas foram estabelecidos alguns parâmetros para a interrupção da gravidez, os quais até hoje têm sido modificados a fim de criar mais empecilhos à interrupção da gestação.

¹⁰ Allan Bakke tentou por duas vezes ingressar no curso de medicina da Universidade da Califórnia, mas não foi aprovado, especialmente em função de sua idade avançada – trinta e cinco anos. Assim, decidiu ingressar com uma ação judicial questionando a constitucionalidade do programa de cotas raciais da Instituição. Para ele, o programa violava o direito à igualdade, sendo, portanto, inconstitucional. Seu argumento era de que sem a cota, ele teria sido aprovado, ou seja, a sua eliminação tinha caráter racial. A SCOTUS decidiu que o critério de raça poderia ser um dos utilizados no processo seletivo, mas não o único, como era na Universidade da Califórnia. Assim, cotas eram vedadas, enquanto ações afirmativas eram permitidas. Consequentemente, Bakke foi admitido na Instituição.

Com essa finalidade, no primeiro capítulo do presente trabalho será analisada a Suprema Corte Estadunidense, com enfoque específico no período de 1953 a 1969, em que o *Justice Earl Warren* a presidiu. O referencial teórico adotado nesse ponto é a jurista e historiadora Lêda Boechat Rodrigues, que dedicou anos de sua pesquisa ao estudo do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos EUA, com enfoque especial nas décadas de 50 e 60.

Nesse capítulo pretende-se, ainda, estudar, ainda que sucintamente, a decisão proferida pela Corte no caso *Brown v. Board of Education*, considerado paradigmata do ativismo e do contramajoritarismo judiciais¹¹, bem como o contexto em que foi proferida, a partir da análise de dados empíricos que demonstram como a opinião pública compreendia o tema da dessegregação racial à época e de que forma a decisão da Corte foi recebida pela sociedade estadunidense.

Após, no segundo capítulo, o objeto de análise passa a ser especificamente o contexto brasileiro, a fim de se compreender de que forma a doutrina nacional concebe o ativismo e o justifica a partir do contramajoritarismo norte-americano. Objetiva-se, assim, verificar em que medida as premissas estabelecidas no contexto da Corte Warren são reproduzidas no contexto brasileiro como forma de conferir legitimidade à atuação ativista do Poder Judiciário nacional, em especial do STF.

É importante salientar que nesse capítulo adotar-se-á referencial teórico formado predominantemente por doutrinadores brasileiros, em especial Conrado Hubner Mendes e Luís Roberto Barroso, expoentes no assunto, com a finalidade de demonstrar de que forma esses conceitos são trabalhados no País e como são compreendidos a partir da realidade nacional, o que não seria possível a partir do estudo de autores internacionais. A doutrina estrangeira, no capítulo 2, será utilizada apenas a título complementar/elucidativo, uma vez que muitas vezes os temas trabalhados no Brasil também são objeto de estudo em outros Países, como os EUA, sendo válida a menção e comparação¹².

¹¹ A escolha desse precedente como elemento central da pesquisa se justifica pelo fato de ser considerado o berço do contramajoritarismo. O próprio termo “contramajoritarismo”, como será demonstrado mais a frente, foi cunhado por Alexander Bickel com base no caso *Brown*. Além disso, esse precedente é sempre trazido como principal exemplo de ativismo e contramajoritarismo judiciais. Apenas a título exemplificativo, um dos livros que se pauta nas ideias de que o caso *Brown* é o principal julgado cuja finalidade foi a proteção de uma minoria aliada do processo democrático e de que sem a decisão da Corte a dessegregação demoraria muitos anos para ocorrer é o “*Democracy and Equality: The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*” de David Strauss e Geoffrey Stone.

¹² Conrado Hubner Mendes (2008, p. 21) esclarece que há predominância de doutrinadores norte-americanos sobre o tema, sendo necessária a adoção de cautelas para o seu uso no contexto brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo se destinará ao estudo das decisões proferidas pelo STF nas ADPFs 132 e 54. O escopo do capítulo, ressalte-se, não é o exame do mérito de cada um dos casos, ou seja, não se pretende nele discutir a constitucionalidade ou não da interrupção da gravidez nos casos em que o feto seja anencéfalo, por exemplo, mas sim verificar quais foram os fundamentos empregados pelos Ministros para justificar a atuação do STF *in casu*. Por esse motivo, em que pese a exposição dos principais argumentos discutidos quando do julgamento dos casos, a qual mostra-se essencial para fins de contextualização, essa análise será breve e pontual, por não constituir o objeto do trabalho.

Ademais, nesse capítulo serão examinados dados empíricos obtidos por meio de fontes como o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), com o objetivo de se verificar em que medida as decisões do Tribunal refletiram a opinião popular à época em que foram proferidas, ou seja, na parte final do capítulo 3 pretende-se verificar se o STF foi efetivamente contramajoritário no julgamento das ADPFs 132 e 54, ou se ele apenas seguiu a opinião pública consolidada ou em vias de consolidar-se.

Acerca desse ponto, vale destacar a grande dificuldade encontrada na obtenção dos dados estatísticos necessários à análise, motivo pelo qual serão utilizadas algumas fontes secundárias, em especial no que diz respeito à ADPF 54, sobre a qual há muito menos informação disponível ao público em geral, apesar de ter sido julgada em momento posterior à ADPF 132.

A partir do desenvolvimento dos três capítulos, pretende-se falsear a hipótese central da presente pesquisa, ou seja, objetiva-se verificar se ela se confirma ou não com base nos elementos colhidos e condensados no presente trabalho.

A hipótese central a que se refere o parágrafo anterior pode ser sucintamente expressa da seguinte forma: o STF, no julgamento das ADPFs 132 e 54, utilizou-se erroneamente do argumento do contramajoritarismo, pautado nos precedentes da Corte Warren. Essas decisões não foram efetivamente contramajoritárias, assim como também não o foi a decisão proferida pela SCOTUS no julgamento do *Brown v. Board of Education of Topeka*, considerado o julgado mais emblemático da história do constitucionalismo quando se trata de contramajoritarismo judicial. Isso, porque à

Assim, a fim de evitar o uso equivocado de teorias criadas com base na realidade socio-política dos EUA, a opção por priorizar doutrinadores brasileiros, ao menos no segundo capítulo, se justifica.

época em que os casos foram decididos pelos respectivos Tribunais a opinião pública lhes era favorável. Assim, as Cortes não desempenharam papel de “vanguarda iluminista” e de agente transformador da realidade social, porque esse já era o entendimento predominante na sociedade no momento dos julgamentos, daí porque se falar em mito/mitificação.

Por fim, antes de se iniciar o desenvolvimento do capítulo 1, é importante esclarecer que, sob ponto de vista metodológico, trata-se de pesquisa indutiva, de vertente técnico-normativa, combinada com abordagem prática, que inclui, como dito, análise de decisões judiciais e dados da realidade concreta, como estatísticas produzidas por órgãos oficiais, por exemplo. As fontes utilizadas serão tanto documentais, como escritos primários, quanto bibliográficas e jurisprudenciais.

1. O CONTRAMAJORITARISMO DA CORTE WARREN

1.1. Earl Warren e a importância do período em que foi *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1953 – 1969)

Earl Warren nasceu em 1891, na Califórnia. Seu pai era norueguês e sua mãe era sueca. Ambos imigraram para os EUA quando ainda eram crianças e passaram por grandes dificuldades financeiras ao longo da vida. Seu pai, por exemplo, trabalhou em colheitas e oficinas para propiciar à Warren condições de estudo¹³. Com o incentivo familiar, ele conseguiu ingressar na Universidade da Califórnia, onde se formou em Direito (RODRIGUES, 1991, p. 35). No entanto, não se tornou um típico estudioso da matéria. Sua preferência inicial foi pela vida política, motivo pelo qual se candidatou e foi eleito Promotor Público, Procurador Geral e Governador do Estado da Califórnia. Anos antes de assumir o posto de *Chief Justice*, ainda foi candidato à presidência do País, mas desistiu previamente ao pleito eleitoral.

O Presidente Eisenhower, em 1953, sondou Warren acerca do seu interesse em ocupar o lugar na Suprema Corte que pertencia ao *Justice* Fred Vinson, que havia falecido. No entanto, Warren deixou claro que apenas aceitaria compor o Tribunal se fosse para ocupar o posto de *Chief Justice*, ou seja, ele recusaria o convite se fosse para ser apenas um dos seus membros (RODRIGUES, 1991, p. 33)¹⁴. Assim, esperando um comportamento moderado de Warren, o Presidente o indicou para o posto¹⁵. Tendo em vista que *a priori* Warren não se alinharia nem aos interesses liberais e nem aos conservadores, a sua indicação foi objeto de críticas de ambos os lados (RODRIGUES, 1991, p. 34).

Sua carreira política, conjugada com a sua origem humilde, no entanto, evidenciava a sua maneira de pensar, que afloraria ainda mais no âmbito judicial, uma vez que o Poder Judiciário em muito se difere do Poder Executivo, especialmente por

¹³ Sua origem humilde, bem como a dos demais membros que gradativamente foram compondo a Corte nas décadas de 50 e 60, contribuiu significativamente para a mudança no perfil do Tribunal que ocorreu nesse período.

¹⁴ Inicialmente, a ideia de Eisenhower era nomear um dos integrantes da Corte para o posto de *Chief Justice* e indicar Warren para ingressar como um dos seus membros.

¹⁵ À época não se dava a devida importância ao cargo de *Chief Justice*, que era cobiçado apenas pelo *status* que conferia ao seu ocupante. Ademais, após tantos anos de autocontenção judicial, não se tinha ideia da proporção das transformações que o *Chief Justice* pudesse operar e tampouco se esperava que a Corte fosse proferir decisões como as que vieram a ser proferidas naquele período.

conferir maior liberdade àqueles que possuem a intenção de realizar transformações na sociedade.

Warren, enquanto Promotor, Procurador e Governador destinou esforços a assegurar o respeito à igualdade, bem como à proteção dos mais pobres e à criação de melhores condições de vida aos trabalhadores. Inclusive, que foi ele o responsável por nomear o primeiro juiz negro para um Tribunal Estadual Superior (RODRIGUES, 1991, p. 37). Em suas memórias, asseverou que em sua carreira havia muitas vezes se posicionado no sentido da igualdade racial, de modo que a sua decisão em *Brown* foi reflexo de seus valores internos e se coadunou com a sua trajetória (HOCKETT, 2017, p. 103).

Diante disso, não demorou, como era de se esperar, para que os partidos conservadores iniciassem um movimento de resistência à sua nomeação, motivo pelo qual foram necessários seis meses até a sua aprovação pelo Senado Federal, período em que viu-se obrigado a agir com parcimônia, a fim de evitar a rejeição de sua nomeação (RODRIGUES, 1991, p. 39).

Após a chancela senatorial, Warren modificou a sua forma de decidir e foi progressivamente abandonando a passividade que marcou os primeiros meses de sua presidência. Foi nesse momento em que o próprio Presidente Eisenhower se arrependeu de tê-lo nomeado para o cargo, uma vez que a moderação que era por ele esperada se transformou na busca desenfreada pela quebra de paradigmas da Corte (RODRIGUES, 1991, p. 39).

Para Warren, a SCOTUS deveria ser um Tribunal de Justiça e não de Direito. Isso, porque há valores que ultrapassam o formalismo tradicional que permeia a cultura jurídica, os quais justificam decisões mais progressistas e a superação do ideal de autocontenção judicial. A Suprema Corte, a seu ver, não só poderia como deveria mudar o rumo da história dos EUA por meio de suas decisões. Em havendo algo errado na sociedade, como, por exemplo, a discriminação racial, a Corte teria a obrigação de agir ativamente para derrubar os impedimentos inconstitucionais à superação desse problema, ainda que isso pudesse gerar consequências práticas negativas, como manifestações e pressões políticas em sentido contrário (RODRIGUES, 1991, p. 40):

O princípio fundamental norteador da interpretação constitucional de Warren, acusada por seus opositores de ser mais sociológica que legal, é a proteção dos direitos e liberdades democráticos por um Judiciário ativo e construtivo.

“Nossos juizes”, disse ele em 1955, “não são monges nem cientistas, mas participantes da corrente viva da nossa vida constitucional, guiando o direito entre os perigos da rigidez de um lado, e da ausência de formalismo do outro. Nosso sistema não enfrenta dilema teórico, mas um único problema continuado: como aplicar às condições sempre variantes aos princípios invariáveis da liberdade (RODRIGUES, 1992, p. 175).¹⁶

Com esse pensamento, o *Chief Justice Warren* iniciou o que muitos consideram uma revolução constitucional ao atribuir a Corte o poder de, nas palavras de Lêda Boechat Rodrigues (1991, p. 90):

Dizer não somente o que não podia ser feito em relação ao caso concreto em julgamento – de acordo com o caráter até então negativo do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos executivos -, mas o de declarar, afirmativamente, o que deveria ser feito; e, ainda mais, dando solução não somente ao caso concreto e para as partes litigantes, mas determinando uma nova norma aplicada a todos, indistintamente, nos Estados Unidos.

Quando de sua nomeação, a Corte era composta por: Hugo Black; Stanley Reed; Felix Frankfurter; William O. Douglas; Robert H. Jackson; Harold Burton; Tom C. Clark e Sherman Minton. Durante os anos em que esteve no cargo, todavia, essa composição se alterou significativamente, como se verifica da tabela a seguir¹⁷:

Tabela 1 – Composição da Suprema Corte dos EUA no período em que foi presidida por Earl Warren.

	Substituição 1	Substituição 2	Substituição 3
Earl Warren (1953 – 1969)	Abe Fortas (não se concretizou)	Warren Burger (1969 – 1986)	-
Hugo Black (1937 – 1971)	-	-	-
Stanley Reed (1938 – 1957)	Charles Whittaker (1957 – 1962)	Byron White (1962 – 1993)	-
Felix Frankfurter (1939 – 1962)	Arthur Goldberg (1962 – 1965)	Abe Fortas (1965 – 1969)	Harry Blackmun (1970 – 1994)
William Douglas (1939 – 1975)	-	-	-

¹⁶ O texto completo escrito por Warren para a revista *Time* em 1955 encontra-se disponível em: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,824246,00.html>.

¹⁷ Na tabela consta a composição da Corte no período que compreende os anos de 1953, quando Warren assumiu o posto de *Chief Justice*, até 1970, um ano após sua saída. Optou-se por estender um pouco mais o período para fins de melhor compreensão das alterações na Corte.

Robert Jackson (1941 – 1954)	John Marshall Harlan (1955 – 1971)	-	-
Harold Burton (1945 – 1958)	Potter Stewart (1958 – 1981)	-	-
Tom Clark (1949 – 1967)	Thurgood Marshall (1967 – 1991) ¹⁸	-	-
Sherman Minton (1949 – 1956)	William Brennan Jr. (1956 – 1990)	-	-

Fonte: elaboração própria.

Em 1953, ano em que foi investido no cargo, havia duas correntes no Tribunal: de um lado estava Hugo Black, líder do grupo liberal e de outro estava Felix Frankfurter, líder do grupo conservador. Ambos disputaram a atenção de Warren desde o primeiro momento, a fim de que o *Chief Justice* da Corte se aproximasse mais de seus interesses. Nessa disputa, quem saiu vencedor foi Hugo Black, cujo ativismo judicial deu forma à maneira de Warren decidir (LERNER, 2017, p. 220).

A nomeação de Hugo Black para compor da Corte, em 1937, gerou muitos conflitos, uma vez que ele foi acusado de ter pertencido à Ku-klux-klan, grupo extremista e supremacista branco. À época, o Ministro se viu, inclusive, obrigado a fazer um pronunciamento em rádio nacional, esclarecendo que efetivamente tinha feito parte do grupo, mas já havia se desvinculado dele há anos, não compactuando com suas premissas.

Muito em função de seu histórico, Hugo Black surpreendeu a todos no exercício de suas atividades jurisdicionais na Corte, revelando-se um defensor da aplicabilidade do *Bill of Rights*, como instrumento de limitação do âmbito de atuação governamental, bem como dos direitos civis, inclusive dos negros¹⁹. Ao final de sua carreira, todavia, passou a adotar, em alguns casos, posicionamento mais conservador (RODRIGUES,

¹⁸ Thurgood Marshall foi um advogado que atuou ativamente na defesa da dessegregação racial, inclusive no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Foi o primeiro *Justice* negro da história da SCOTUS.

¹⁹ Jeffrey Hockett (2017, p. 46), aponta que diversos posicionamentos adotados por Hugo Black no exercício de suas funções na Corte tiveram por fim desconstruir a imagem de ex-membro da Ku-klux-klan, de maneira que, ainda que seu posicionamento pessoal fosse diferente, ele buscava construir um raciocínio que demonstrasse não compactuar com ideais conservadores. Segundo ele, teria sido esse o motivo pelo qual votou pela dessegregação racial no caso *Brown v. Board of Education*.

1991, p. 45), principalmente por entender que a interpretação que estava sendo conferida à Constituição conferia muitos poderes aos juízes, que poderiam declarar inconstitucionais as leis de que simplesmente não gostassem, sem qualquer critério propriamente jurídico. Em 1968, inclusive, criticou muitos posicionamentos de Warren, em especial algumas medidas determinadas no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Felix Frankfurter, por outro lado, ao ser nomeado para a Corte, foi considerado um radical de esquerda, tendo em vista a sua carreira jurídica, na qual se destaca a sua atuação no célebre caso Sacco e Vanzetti²⁰, de 1921. Diante das críticas, ele, assim como Hugo Black, viu-se obrigado a se posicionar publicamente, asseverando que não era comunista (RODRIGUES, 1992, p. 163).

Inicialmente, o Ministro adotou posicionamento mais liberal, entretanto, com o passar dos anos, sua postura se aproximou mais da autocontenção e da deferência em relação aos demais poderes. Em verdade, segundo Lêda Boechat Rodrigues (1992, p. 165), Felix Frankfurter tinha posicionamentos pessoais de cunho liberal e protetivo, ao menos em relação às liberdades mais básicas, mas a sua compreensão acerca do papel do Poder Judiciário, que deveria ser autocontido, não ultrapassando os limites legais e se abstendo de criar normas, o levou a se aproximar do conservadorismo.

Nesse ponto, vale destacar que Felix Frankfurter era um defensor da dessegregação racial. Segundo ele, a discriminação era uma violação à ideia de democracia estadunidense. Entretanto, quando do julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, seu voto favorável à dessegregação era uma dúvida, já que ele entendia que a Corte não deveria decidir esse tipo de questão, dada a sua natureza política. Ao final, ele não só votou pela dessegregação, como atuou de forma decisiva para que o julgamento fosse unânime (COTTROL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 158, 162 e 169).

Diante da divisão do Tribunal entre liberais e conservadores, Warren foi

²⁰ O caso Sacco e Vanzetti é considerado um dos principais exemplos de erro judicial da história dos EUA. Os dois réus eram imigrantes italianos anarquistas que foram acusados de roubo e homicídio. O julgamento foi conturbado e marcado por contradições entre as testemunhas e provas inconclusivas. Em que pese as dúvidas acerca da autoria dos crimes, ambos foram condenados à pena de morte, em 1921. Em 1927 foram mortos na cadeira elétrica, mesmo com um terceiro tendo assumido a autoria dos crimes em 1925. Anos depois, foi confirmado o erro judicial. Cinquenta anos depois, em 1977, o então Governador de Massachusetts, Michael Dukakis, declarou injusta a sentença de morte proferida, reconhecendo as falhas na investigação e no julgamento. Felix Frankfurter foi um dos defensores da inocência dos réus, publicando um artigo nesse sentido, o qual foi transformado em livro em 1927.

incumbido da função de mediar/conciliar os interesses conflitantes. De fato, a tarefa do *Chief Justice* é primordialmente saber gerar certo grau de alinhamento/concordância entre membros da Corte com pensamentos diferentes, mas Warren desempenhou com especial destreza esse papel, principalmente em função das habilidades adquiridas em sua carreira política (LERNER, 2017, p. 206).

Quando sua nomeação foi noticiada, um dos principais argumentos contrários era justamente o de que ele havia passado muitos anos longe da advocacia, o que seria prejudicial ao desempenho da função de *Chief Justice*. No entanto, sua experiência política pretérita acabou sendo o seu grande diferencial. Nesse sentido, vale registrar que dois dos principais *Chief Justices* que haviam passado pela Corte antes Warren, quais sejam, John Marshall e Roger Taney, atuaram na política antes de assumir o cargo na Suprema Corte (LERNER, 2017, p. 207).

Warren sabia como lidar com os membros da Corte, como apaziguar as disputas e como amenizar o clima na Corte, que muitas vezes era pesado. No curso do processo *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962)²¹, por exemplo, a pressão foi tamanha que tanto Charles Whittaker quanto Felix Frankfurter apresentaram problemas de saúde, mas, ainda assim, Warren soube controlar a situação até o julgamento final (REHNQUIST, 2002, p. 202). Da mesma maneira, durante o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, Warren soube esperar o momento certo para que fosse obtida a unanimidade dos votos que era necessária para lhe conferir maior grau legitimidade, como será demonstrado a seguir. Ele tinha consciência de que cada voto era importante, em especial nos casos que geravam maior debate social, e de que, por esse motivo, deveria buscá-los com afincos.

Para Max Lerner (2017, p. 219), Warren não era um homem complexo, mas também não era um homem tímido, e quando se convencia da justiça de um caso,

²¹ Nas décadas de 50 e 60, havia grande controvérsia jurídica nos EUA acerca do desequilíbrio provocado pela manutenção de distritos eleitorais concebidos na época em que a população rural era mais numerosa. Assim, Charles Baker, um político do Partido Republicano, domiciliado em *Shelby County*, ajuizou uma ação judicial, alegando que os distritos legislativos deveriam ser revistos a cada dez anos, de acordo com os dados do censo federal, de modo a manter quantidades equivalentes de eleitores em cada um deles, o que, todavia, não estava ocorrendo. Ele argumentou que a desproporcionalidade entre os moradores dos distritos violava o princípio de igual proteção perante a lei, assegurada pela Décima Quinta Emenda. Joe Carr, secretário de Estado, era a autoridade executiva responsável por organizar as eleições, motivo pelo qual figurou nos autos como réu. A Corte, em 1962, decidiu no sentido de que a conduta omissiva da legislatura do Tennessee violava o princípio de igual proteção perante a lei, sendo plenamente cabível o ajuizamento da ação a fim de lhe impor judicialmente uma determinada conduta. Warren considerou essa a decisão mais importante tomada durante a sua presidência, porque nela o Poder Judiciário reconheceu que poderia decidir acerca de temas políticos como a reorganização dos distritos eleitorais.

lutava por isso com todas as suas forças, até alcançar o seu resultado. Já para Lêda Boechat Rodrigues (1991, p. 41), a sua cordialidade perante os demais *Justices* foi o elemento que viabilizou a tomada de decisões tão importantes pela Corte, em um ambiente em que nem sempre as opiniões eram convergentes. Já sob a perspectiva externa, a personalidade de Warren e a sua forma de lidar com as pessoas conferiram maior aceitabilidade social às decisões do Tribunal. Não é por menos que Warren é considerado um líder político notável, inclusive pelos *Chief Justices* que o sucederam (REHNQUIST, 2002, p. 196).

Por óbvio, nem o fato de Warren ter assumido o posto de *Chief Justice* em 1953, nem as mudanças que ocorreram em sua composição nos anos que se seguiram teriam sido suficientes para que decisões como a do caso *Brown v. Board of Education* fossem proferidas. O contexto social foi elemento determinante para que isso acontecesse, sobretudo considerando-se que as décadas de 50 e 60 foram marcadas pela efervescência social nos EUA. É razoável afirmar, inclusive, que em outro momento histórico a Corte, ainda composta exatamente pelos mesmos *Justices*, possivelmente teria adotado posicionamentos distintos.

Tanto durante, quanto no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial o clima era de medo/pavor entre os norte-americanos que, mesmo com o alto índice de concentração de renda²², tinham receio de que o “inimigo” destruísse a sua suposta prosperidade econômica, decorrente do aumento do poder de compra do cidadão comum. Esse inimigo variava, para eles, entre o negro, o estrangeiro, o comunista, dentre outros. O clima de tensão que permeava a sociedade foi agravado a partir do surgimento da doutrina do Macartismo, no contexto da segunda onda do *red scare*²³.

Na realidade, predominava a intolerância e o radicalismo, que legitimaram ações truculentas e o desrespeito aos direitos humanos. São exemplos desse tipo de atitude a edição das Leis de Controle de Atividades Subversivas (1950) e de Imigração (1952), bem como o julgamento, pela SCOTUS, do caso *Korematsu v. USA*²⁴, 323 US

²² Em 1958, “135 empresas possuíam 45% das ações industriais dos Estados Unidos, ou cerca de um quarto do volume das manufaturas do mundo inteiro.” (BOECHAT, 1992, p. 176).

²³ O Macartismo foi um movimento iniciado pelo Senador Joseph McCarthy, cujo objetivo primordial era perseguir supostos comunistas, ainda que isso significasse, por exemplo, violar o direito à privacidade. Seu fundamento foi a segunda onda do *red scare*, após a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria, caracterizado pelo medo de que os comunistas estivessem infiltrados na sociedade norte-americana, buscando tomar o poder e estabelecer um regime comunista nos EUA.

²⁴ Em 1942, após o atentado à Pearl Harbour, os japoneses americanos que viviam na Costa Oeste do País foram obrigados a ir para campos de internação, permanecendo isolados do restante da população. Fred Korematsu, japonês que vivia na região, se negou a ir para um desses campos, sendo,

214 (1944). Constata-se, assim, que todos os poderes, inclusive o Judiciário, em atendimento ao clamor da população por medidas drásticas em nome da proteção do “cidadão de bem”, supostamente no interesse da segurança nacional, chancelavam esse tipo de postura.

Como consequência das diversas violações aos direitos fundamentais perpetradas nesse período, diversos movimentos sociais foram surgindo e os já existentes foram fortalecendo, como o movimento feminista, o movimento contra a Guerra do Vietnã, o movimento homossexual e, especialmente, o movimento negro, sob a liderança de Martin Luther King.

Nesse contexto de transformação, não havia outra opção à SCOTUS que não dar uma resposta à sociedade. Julgados como *Korematsu v. USA* precisavam ser superados, em resposta aos grupos sociais que lutavam pela proteção de seus direitos fundamentais com cada vez mais força. E foi exatamente isso que aconteceu.

No período em que Warren atuou como *Chief Justice*, foram prolatadas

assim, preso e condenado. A decisão pela sua condenação foi mantida em segunda instância e o caso chegou à Suprema Corte. Fred Korematsu alegou que a Ordem Executiva n.º 9066, que estabeleceu a obrigatoriedade de ida aos referidos campos, era inconstitucional. A decisão da Corte, de cunho formalista e de deferência em relação ao legislativo, foi no sentido da constitucionalidade da Ordem. Seu relator foi o *Justice Black*, o que demonstra que nem sempre seu posicionamento foi efetivamente liberal. O principal fundamento da Corte foi de que a restrição à liberdade, nesse caso, não possuía cunho racial, mas apenas visava a garantir a segurança nacional. Essa é considerada uma das piores decisões da história do Tribunal, motivo pelo qual os Poderes Legislativo e Executivo, anos depois, formalizaram pedido de desculpas à comunidade afetada, pagando, inclusive, indenizações (SOUTO, 2019, p. 274). Um fato relevante sobre esse caso é que Warren, à época Governador da Califórnia, atuou ativamente como defensor dessa medida. Para ele, a restrição à liberdade era justificada nesse caso. No que tange ao preconceito em relação aos asiáticos, cumpre informar que Warren, quando jovem, havia feito parte de um grupo denominado *‘Native Sons of the Golden West’*, que propagava o ódio aos orientais (COTTRILL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 160). Ainda após o julgamento do caso *Brown*, Warren continuou sustentando que a decisão no caso *Korematsu* tinha sido acertada, considerando a magnitude da necessidade militar (HOCKETT, 2017, p. 109). No entanto, anos depois, quando já havia se afastado da Corte, Warren assumiu que se arrependia de ter adotado esse posicionamento, como se verifica do trecho a seguir: “Um episódio da carreira de Warren, contudo, recebeu significativa, embora esparsa, atenção nas suas memórias – a decisão de realocação dos japoneses. Warren disse que teve ‘profundo arrependimento da ordem de remoção e de ter advogado por isso, porque isso não se coaduna com o conceito americano de liberdade e direitos dos cidadãos’. Ele articulou seu sentimento de culpa em termos de que, para um pai de seis e homem de família, era vividamente pessoal: ‘Sempre que eu penso em uma criança inocente tirada de casa, dos amigos da escola, do seu ambiente agradável, fico com peso na consciência’. Em reflexão, Warren acreditava que ‘foi errado reagir tão impulsivamente, sem evidências positivas de deslealdade’.” (Tradução nossa). Texto original em inglês: “*One episode of Warren’s career, however, received significant, although sparse, attention in his memoirs — the Japanese relocation decision. Warren said that he had “since deeply regretted the removal order and my own testimony advocating it, because it was not in keeping with our American concept of freedom and the rights of citizens.” He then articulated his guilt feelings in terms that, for a father of six and a devoted family man, were vividly personal: “Whenever I thought of the innocent little children who were torn from home, school friends, and congenial surroundings, I was consciencestricken.” On reflection, Warren believed that “[i]t was wrong to react so impulsively, without positive evidence of disloyalty”.* Para mais informações, vide: WHITE, 1979.

decisões paradigmáticas, as quais foram objeto de inúmeras críticas, principalmente por contrariarem interesses predominantes, dentre as quais se destacam as seguintes: *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1971)²⁵; *Baker v. Carr* (1962)²⁶; e *Gideon v. Wainwright* (1963)²⁷. Ressalte-se que todos esses casos superaram precedentes da Corte.

Passados quinze anos após a sua posse, ou seja, em 1968, Warren apresentou o seu pedido de aposentadoria. Segundo Lêda Boechat Rodrigues (1991, p. 66), esse pedido foi incentivado pelo então Presidente dos EUA, Lindon Johnson, que, prevendo a vitória de Richard Nixon nas eleições próximas, queria garantir a indicação do sucessor de Warren.

Assim que seu pedido foi formalizado, o então Chefe do Poder Executivo Federal anunciou a nomeação de Abe Fortas para a vaga de *Chief Justice*, o qual já era *Associate Justice* da Corte e seguia a mesma linha de pensamento de Warren. Ato contínuo, ele nomeou Homer Thornberry para ocupar o lugar de Abe Fortas.

Richard Nixon prontamente dirigiu duras críticas à nomeação do novo *Chief Justice* e buscou obstruí-la, contando com o apoio do Senado. Com a pressão, Abe Fortas não teve alternativa e se viu obrigado a desistir do cargo. Pouco tempo depois, com a divulgação do seu envolvimento em um escândalo político, sua parcialidade foi posta em xeque e ele abandonou o posto de *Associate Justice* da SCOTUS²⁸.

Com a vacância da chefia da Corte, ante a impossibilidade de nomeação de Abe Fortas, Warren permaneceu no seu posto, a pedido de Richard Nixon, já eleito. Nesse primeiro momento, logo após assumir a presidência dos EUA, Nixon optou pela permanência de Warren até que fosse escolhido, nomeado e empossado um novo *Chief Justice*, de sua escolha. Sua postura foi de parcimônia, isto é, ele preferiu manter

²⁵ Após o recebimento de uma denúncia, a polícia se dirigiu a casa de Don King. Chegando lá, encontraram apenas a sua mulher, Dolreese Mapp, que se recusou a abrir a porta. Os policiais, então, a arrombaram e entraram a força, sem mandado judicial para tanto. Ao revistar a casa, encontraram apenas material pornográfico, cujo porte constituía crime, à época. Mapp foi, então, presa e condenada pela posse do material, ainda que os policiais houvessem obtido as provas por meios ilegais. A Suprema Corte, ao analisar o caso, concluiu que o direito de privacidade assegurado pela Quarta Emenda à Constituição dos EUA era extensível aos Estados pela cláusula do devido processo legal prevista na Décima Quarta Emenda. Assim, todas as provas obtidas sem mandado de busca e apreensão deixaram de ser consideradas válidas em processos de natureza penal que tramitassem perante as cortes estaduais.

²⁶ Vide nota de rodapé n.º 20.

²⁷ Vide nota de rodapé n.º 8.

²⁸ Fortas foi, inicialmente, acusado de receber valores muito acima da média para participar de seminários na American University of Washington. Depois foi acusado de receber quantia considerável de Fundação envolvida em escândalo de corrupção, com a qual mantia, inclusive, contrato para a prestação de serviço de “pesquisa legal”.

o *status quo ante* por alguns meses para que pudesse escolher com mais tranquilidade o próximo *Chief Justice*. Assim, Warren permaneceu no cargo até meados de 1969, quando Warren Burger foi indicado. Nesse momento, foi iniciado o processo de renovação da composição da Corte a fim de implementar uma nova abordagem, marcadamente mais conservadora.

Ainda que o espírito da Corte Warren tenha permanecido por alguns anos no Tribunal, por meio de alguns membros remanescentes, como se percebe de decisões como a proferida em *Roe v. Wade* (1973), a mudança dos rumos da SCOTUS foi inevitável e o conservadorismo foi se afluando mais e mais até os dias de hoje, em que a SCOTUS ainda é composta majoritariamente por republicanos.

1.2. O caso *Brown v. Board of Education of Topeka*

1.2.1. Antecedentes

Alexander Bickel, quando cunhou a expressão “contramajoritarismo” se referia especificamente ao caso *Brown v. Board of Education of Topeka*²⁹, no qual ele atuou como *clerk*³⁰ do *Justice* Felix Frankfurter e que é até hoje considerado o paradigma da postura contramajoritária assumida pelo Poder Judiciário (LAIN, 2012, p. 120).

Antes de se adentrar especificamente no estudo do caso *Brown*, é essencial que seja analisado o contexto em que foi proferida, a partir da análise do caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 US 393 (1857), tida como uma das piores decisões da história dos EUA. Alexander Bickel (1986, p. 14), ao tratar da desse julgado, chegou a dizer

²⁹ O autor dedicou um capítulo inteiro de sua principal obra (*The least dangerous branch*) à análise da decisão proferida em *Brown*, dirigindo-na inúmeras críticas por entender que a Corte havia ultrapassado os limites legais impostos pela Constituição à sua atuação. Considerando tratar-se de tema político, a decisão, a seu ver, caberia às instâncias representativas e não ao Poder Judiciário. O autor criticou também a forma de execução escolhida pela Corte para o referido caso, a qual será analisada mais a frente (1986, p. 244 e seguintes).

³⁰ *Clerks* são assessores jurídicos, geralmente recém-formados, que passam a assistir aos *Justices*, realizando pesquisas, por exemplo. No caso da Suprema Corte, somente os melhores alunos das melhores Universidades dos EUA são selecionados para serem *clerks*, o que lhes assegura uma carreira promissora. As funções do *clerk* variam muito de acordo com o Ministro. Em alguns casos, suas funções são pontuais, em outros ele desempenha papel determinante no julgamento do caso. Bickel foi contratado em 1952 para atuar como *clerk* do Ministro Frankfurter. Suas atividades iam além da mera pesquisa, ou seja, ele trabalhava diretamente com o *Justice*, ajudando na elaboração da suas *opinions*. Especificamente no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, Bickel teve um papel essencial. Frankfurter delegou a ele a função de pesquisar acerca da intenção dos legisladores ao elaborarem a Décima Quarta Emenda à Constituição Estadunidense. Alguns pontos da sua pesquisa foram, inclusive, utilizados no acórdão redigido por Warren (COTTROL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 161 e 168). Além disso, a pesquisa deu origem ao artigo intitulado “*The original understanding and the segregation decision*”, publicado em 1955 e disponível para leitura na íntegra em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4958&context=fss_papers.

que possuía “odor extremamente ruim”, em alusão ao caráter negativo e às possíveis consequências que poderiam dele advir.

A escravidão de negros advindos do continente africano era prática difundida e considerada legal e moralmente legítima nos EUA, sobretudo na região sul do País. Os escravos eram tratados como objetos, sem direitos, sendo constantemente sujeitos a maus-tratos. Entretanto, em meados do século XIX, isso começou progressivamente a mudar, em especial com a edição do *Missouri Compromise Act*, destinado a proibir a escravidão em novos territórios. A partir desse momento, passaram a coexistir nos Países alguns Estados em que a escravidão era permitida e outros em que era vedada.

Dred Scott era um escravo negro nascido na Virginia e residente no Missouri, Estado escravocrata. Seu senhor, John Emerson, era um cirurgião que foi transferido para Illinois e, posteriormente, para Wisconsin, ambos Estados livres. Nesse período em que John Emerson esteve em outros Estados, Dred Scott foi um homem livre, formou sua família com outra escrava – Harriet – e teve dois filhos livres. No entanto, em um dado momento toda a sua família acompanhou John Emerson, agora casado com Eliza Sandford, para Estados do sul, que eram escravocratas, mas ainda na condição de empregado, não de escravo.

Após a morte de John Emerson, em 1843, quando viviam em Iowa, Dred Scott e sua esposa passaram a ser propriedade de Eliza Sandford, que não lhes concedeu a liberdade pleiteada, mesmo considerando todo o tempo em que haviam vivido em Estados livres e a forma como foram tratados por todos esses anos.

Diante da resistência da viúva, Dred Scott optou por ingressar com uma ação judicial contra ela, em 1846, baseando-se na doutrina, aceita pelo Judiciário do Missouri, do “*once free, always free*”. Logo após, no entanto, a propriedade dos escravos foi reclamada pelo irmão de Eliza, John Sandford, e o processo continuou tendo ele como réu (SOUTO, 2019, p. 143).

Onze anos depois do ajuizamento da demanda, o caso chegou a Suprema Corte, que entendeu que: (i) os negros não eram cidadãos norte-americanos, motivo pelo qual não estariam protegidos pela Constituição e, conseqüentemente, não teriam sequer legitimidade ativa para demandar judicialmente a sua liberdade; (ii) o *Missouri Compromise Act* era inconstitucional, uma vez que não cabia ao Congresso abolir a escravidão, ainda que em novos territórios, que eram considerados territórios federais até a formação de um novo Estado.

Essa decisão foi objeto de inúmeras críticas e foi recebida pelos Estados do norte como uma grande derrota, gerando enorme desprestígio para a Corte, que demorou anos para recuperar a sua imagem (RODRIGUES, 1992, p. 66). Além disso, ela contribuiu significativamente para a explosão da Guerra de Secessão, também chamada de Guerra Civil Norte-americana, travada entre os Estados do norte e do sul do País, nos anos de 1861 a 1865, cuja principal controvérsia girava em torno da questão da escravidão.

Com o fim da referida Guerra, os Estados do norte saíram vencedores e levaram à edição da Décima Terceira (1865) e da Décima Quarta (1868) Emendas à Constituição Estadunidense, com a conseqüente abolição da escravatura em todo o território nacional³¹. Referidas Emendas foram extremamente importantes e fundamentaram inúmeras decisões paradigmáticas proferidas pela Corte Warre, como visto.

Para regular a Décima Quarta Emenda, foi elaborado o *Civil Rights Act*, em 1875, a qual foi objeto de diversas ações judiciais. Em 1883, a Suprema Corte reuniu cinco delas, que tinham sido ajuizadas por negros contra teatros, hotéis, dentre outros estabelecimentos privados que se recusavam a admiti-los por se caracterizarem como “*whites only*”, ou seja, por aceitarem apenas a presença de pessoas brancas, o que era muito comum à época. Esses casos ficaram conhecidos como *Civil Rights Cases* 109 US 3 (1883). A decisão da SCOTUS foi, por oito votos a um, no sentido de que não cabia ao Congresso Nacional a regulação da vida privada, é dizer, os estabelecimentos poderiam criar restrições desse gênero, sem que o Governo pudesse intervir, uma vez que são privados e possuem autonomia/autogestão. Essa foi considerada uma derrota para o movimento negro, mas não impediu que a sua luta continuasse.

Como se sabe, a simples edição de novas normas, ainda que de *status* constitucional, como foi o caso, nem sempre é suficiente para transformar a realidade social. Como a escravidão era uma prática arraigada na vida dos norte-americanos,

³¹ Emenda XIII - Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.

Emenda XIV - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

não se revelava viável a sua súbita superação a partir de uma mera modificação normativa, ainda que precedida de uma Guerra de grandes proporções internas. Para tanto, seria necessária uma mudança na cultura e na forma de pensar da sociedade estadunidense, o que certamente levaria tempo³².

Com o fim da escravidão em todo o território nacional, foram criados mecanismos de manutenção do *status quo*, especialmente nos Estados do sul, nos quais havia grande dificuldade de aceitação da emancipação dos negros. Dentre esses mecanismos, destaca-se a separação por raças em ambientes não só privados, como foi legitimado pela SCOTUS em 1883, mas também em ambientes públicos, como meios de transporte e escolas, com base na doutrina do *equal but separated*. Os norte-americanos em geral entendiam que essa separação fazia parte da história deles desde a escravidão e que não havia motivos que justificassem o seu fim³³. Na prática, foi editada uma série de leis estaduais que:

Determinava como deveria se dar a convivência entre brancos, negros, pardos e mulatos, estabelecendo regras rígidas que alcançavam desde o acesso a restaurantes, vagões de trens, assentos em ônibus, escolas, teatros, relações inter-raciais, etc. Em tese, o princípio era de igualdade de tratamento, de modo que as acomodações, as escolas, os banheiros deveriam ter idêntica estrutura para brancos e negros, contudo, separados. A igualdade, porém, era somente formal, pois escolas destinadas a negros comumente recebiam menos investimentos dos governos, assim como os serviços sociais a eles prestados eram de qualidade inferior (SOUTO, 2019, p. 153).

Essas leis, que ficaram conhecidas como *Jim Crow Laws*³⁴, tinham por fim, em

³² Alexis de Tocqueville, analisando a situação dos Estados norte-americanos em que a escravidão já havia sido abolida, constatou que: “se considero os Estados Unidos de nossos dias, vejo que, em certa parte do País, a barreira legal que separa as duas raças tende a cair, mas não a dos costumes: percebo a escravidão que recua; o preconceito que a fez nascer é imóvel. Na porção da União em que os negros não são mais escravos, acaso de aproximam dos brancos? Todo homem que viveu nos Estados Unidos terá notado que um efeito contrário se produziu. O preconceito racial parece-me mais forte nos Estados que aboliram a escravidão do que nos Estados em que ela ainda existe, e em nenhum outro lugar ela se mostra tão intolerante quando naqueles em que a servidão sempre foi desconhecida (TOCQUEVILLE, 2014, p. 397).

³³ No julgamento do caso *Roberts v. City of Boston*, em 1850, cujo objeto consistia na segregação em escolas, o *Chief Justice* da Suprema Corte de Massachusetts, Lamuel Shaw, alegou que o preconceito estava enraizado na cultura dos norte-americanos, não podendo, portanto, ser erradicado por meio de transformações legais (COTTRILL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 17).

³⁴ Jim Crow foi um personagem de programa televisivo norte-americano da época, interpretado por um ator branco, Thomas Rice, que se pintava de tinta preta e agia de forma a degradar a imagem dos negros, como se fossem burros e não gostassem de trabalhar, por exemplo. Não apenas esse, mas diversos outros personagens desse tipo foram criados nesse período, fazendo muito sucesso não só nos EUA, mas também em outros Países. A título ilustrativo, vide: https://www.youtube.com/watch?v=-_swtbli2F0; <https://www.youtube.com/watch?v=A6dXrm1YjBE> e

verdade, amenizar a derrota dos Estados do sul, cuja população, apesar de não estar mais autorizada a ter escravos, não se via obrigada a conviver diretamente com a população negra, compartilhando espaços públicos e privados.

Em 1896 a Corte foi instada a se manifestar sobre a doutrina do *equal but separated* no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* 163 US 537 (1896). Como referida doutrina nunca foi um princípio constitucional, mas apenas um artifício utilizado naquele contexto histórico para justificar a adoção de um posicionamento político excludente e segregacionista, bastava uma mudança substancial na forma de pensar o tema por parte sociedade estadunidense para que ela fosse abandonada (2017, p. 209). Isso significa que em *Plessy v. Ferguson* a SCOTUS teve a oportunidade de pôr fim a aplicação da referida teoria, mas, apesar disso, não o fez, como se verá a seguir.

Em 1892, Homer Plessy comprou um *ticket* e embarcou em um vagão de trem *whites only*. Logo após, foi convidado pelo guarda a se dirigir ao vagão de negros porque sua pele não era propriamente branca, apesar de clara. Ele se recusou a sair e foi retirado a força pela polícia, vindo, posteriormente, a ser condenado por ter violado uma *Jim Crow Law* estadual que impedia que negros compartilhassem o trem com brancos. O interessante é que Homer Plessy não tinha nenhum compromisso que o obrigasse a pegar o trem naquele dia, o que leva a crer que a sua intenção era justamente criar a situação ideal para questionar a legitimidade da segregação racial vigente nos EUA naquele período (SOUTO, 2019, p. 162).

A decisão da Corte diante do caso foi, uma vez mais, no sentido da constitucionalidade da Lei e da manutenção da condenção de Homer Plessy, sob o fundamento de que a separação entre negros e brancos não violava a Constituição, desde que assegurada a igualdade de tratamento entre ambos, ou seja, o que era oferecido aos brancos deveria ser oferecido aos negros na mesma qualidade. O Relator³⁵ do caso, *Justice Henry Billings Brown*, sustentou que:

<https://www.youtube.com/watch?v=VYOjWnS4cMY> (vídeo crítico em que há referência à personagens como Jim Crow).

³⁵ O termo “relator” é aqui empregado porque não há no sistema norte-americano denominação específica destinada àquele que redige o voto representativo da opinião majoritária. De fato, o relator no Supremo Tribunal Federal difere tanto em sua função quanto na forma de sua escolha em comparação com o modelo norte-americano (SOUTO, 2019, p. 85). No entanto, em que pese as diferenças formais, no presente trabalho será adotada essa terminologia ao se tratar não apenas do STF, mas também da SCOTUS.

A legislação não tem poder para erradicar instintos raciais ou abolir distinções baseadas em diferenças físicas, e a tentativa de fazer isso somente resulta em acentuar as dificuldades como a presente situação. Se uma raça é socialmente inferior a outra, a Constituição dos Estados Unidos não pode colocá-las no mesmo plano. (SOUTO, 2019, p. 156.)³⁶.

Em sentido contrário se posicionou o *Justice* John Marshall Harlan que, em seu voto, asseverou que:

Na visão da Constituição, na visão da Lei, não há no País classe superior, dominante, de cidadãos. Não há casta nos EUA. A nossa Constituição é cega quanto a cor e não tolera classes entre os cidadãos (...) A Lei trata o homem como homem e não leva em conta seu entorno ou sua cor quando se trata de direitos civis garantidos pela Lei Suprema. (SOUTO, 2019, p. 157)³⁷.

Passadas décadas do julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, após uma série de transformações sociais nos EUA e a modificação substancial da composição da SCOTUS, em especial com a nomeação de Warren para ocupar o posto de *Chief Justice*, em 1953, a Corte entendeu ser o momento de modificar o seu entendimento acerca da segregação racial, a partir do julgamento do caso *Brown v. Board of Education*³⁸.

Merece destaque o fato de que a discussão acerca da superação ou não do precedente consolidado no caso *Plessy v. Ferguson* já havia chegado na Corte antes do caso *Brown*. Em verdade vários casos sobre a questão racial foram levados ao Tribunal no começo da década de 50³⁹. Entretanto, o momento ainda não se mostrava

³⁶ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*Legislation is powerless to eradicate racial instincts, or to abolish distinctions based upon physical differences, and the attempt to do so can only result in accentuating the difficulties of the present situation*”.

³⁷ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*In view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no cast here (...) Our Constitution is color-blind and neither knows nor tolerates classes among citizens (...) The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or of his color when civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved*”.

³⁸ Em que pese a relevância das alterações na composição no começo do século XX, analisando-se a tabela elaborada por Jeffrey Hockett, com base nos dados obtidos por Neal Tate, constata-se que os elementos mais relevantes da história de cada um dos Ministros não foram capazes de demonstrar de antemão que os eles votariam pela inconstitucionalidade da segregação racial. Isso, porque é possível e bastante comum que haja variações de entendimento no curso de suas carreiras, ou seja, um *Justice* pode ter um posicionamento quando ingressa no Tribunal e, com o passar dos anos, pode modificá-lo, motivo pelo qual não há como regra fatores determinantes que permitam prever decisões (HOCKETT, 2017, p. 28). Isso ocorreu, como visto, com os *Justices* Hugo Black e Felix Frankfurter, por exemplo. Constatar a ocorrência desse tipo de mudança é relevante também quando se analisa o contexto brasileiro (objeto dos capítulos 2 e 3).

³⁹ São exemplos: *Sweatt v. Painter*, 339 US 629 (1950), e *Laurin v. Oklahoma State Board of Regents*, 339 US 637 (1950).

ideal para a guinada jurisprudencial, que só ocorreu efetivamente em 1954.

1.2.2. Julgamento: *Brown I e Brown II*

Michael Klarman (1994, p. 13) elucida que a decisão proferida em *Brown* só foi possível porque a questão racial vinha passando por transformações consideráveis nos Estados Unidos na primeira metade do século XX, algumas delas acima apontadas. Esse percurso histórico-social é por ele denominado “*the long term inevitability of racial change*”⁴⁰, cujos principais elementos podem ser agrupados em seis tópicos, da seguinte forma:

- (i) os negros eram organizados em unidades exclusivas nas forças armadas. Essas unidades obtiveram grande sucesso durante a Segunda Guerra Mundial e muitos de seus integrantes retornaram aos EUA com medalhas e condecorações pelos serviços prestados ao País. Os que retornavam aos estados do sul foram novamente sujeitos à segregação e ao tratamento desigual, mas começaram a questionar o sistema e a pleitar mudanças. A diferença em relação ao anos anteriores é que, em função da sua atuação fundamental durante a Guerra, eles passaram a ser ouvidos;
- (ii) a comunidade negra no norte do País se empoderou e começou a lutar por espaço na política nacional, por meio do NAACP (Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor), por exemplo. O NAACP foi criado em 1909, em Maryland, e patrocinou diversas causas envolvendo direito dos negros norte-americanos;
- (iii) o fim da Segunda Guerra mundial trouxe consigo o repúdio o nazi-fascismo e à ideia de supremacia racial branca, tornando inconcebível a segregação em função da diferença racial⁴¹;

⁴⁰ Michael Klarman possui uma obra completa sobre o contexto histórico-social que antecedeu *Brown*, a qual se recomenda a leitura: KLARMAN, Michael. **Brown, racial change, and the civil rights movement**. Virginia Law Review, v. 80, n° 1, 1994, p. 7 - 155.

⁴¹ “A ideia da cruzada americana contra o totalitarismo e a relação entre a ditadura nazista e o racismo contribuíram para a visão de que o preconceito racial deveria ser considerado um problema psicológico ou pelo menos como uma anormalidade psicológica” (COTTROL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 96). Tradução nossa. Texto original em inglês: “*The idea of an American crusade against totalitarianism and the linkage of the Nazi dictatorship with racism helped contribute to the view tha racism and racial prejudice should be viewed as psychological problems, perhaps even psychological abnormalities*”.

- (iv) os EUA eram considerados o País da liberdade, sobretudo no contexto da Guerra Fria, e a manutenção da segregação racial cada vez mais prejudicava a sua imagem no exterior⁴²;
- (v) diante de todos esses fatores, a Nação estava mais integrada tanto sob o aspecto econômico quanto sob o aspecto social, o que facilitaria a aceitação da dessegregação;
- (vi) todo o acima exposto contribuiu para a mudança da compreensão do tema por parte de grande parcela dos norte-americanos.

Para além desses elementos, Jeffrey Hockett (2017, p. 41) traz ainda a questão da migração de negros de estados do sul para estados do norte, no contexto do declínio da indústria de algodão. Ele entende que, com a chegada nos grandes centros, os descendentes de escravos começaram a se organizar melhor politicamente, além de terem melhorado a sua situação econômica, formando uma classe média negra considerável, o contribuiu para o fortalecimento do movimento negro como um todo. Nas palavras de Max Lerner (2017, p. 209):

Em um mundo de energia de hidrogênio, em um sistema militar em que negros e brancos dividem a democracia da morte, numa cultura em que o acesso à educação se tornou o portal para uma vida completa, a doutrina *Plessy* se tornou uma hipocrisia⁴³.

Fato é que a decisão proferida no caso *Brown* deve ser compreendida como resultado do movimento por direitos civis que se consolidou ao longo de anos, e não como causa dele, como é por muitos concebida (1996, p. 07). Em verdade, sequer

⁴² “(...) a dessegregação era um imperativo da Guerra Fria, ou seja, a decisão serviria como um importante símbolo no momento em que a União Soviética evidenciou a existência de segregação nos Estados Unidos em sua propaganda contra o seu rival (...) Os Ministros que se mostraram mais receptivos às implicações internacionais da segregação foram os indicados pela Administração que trouxe esse tema à atenção da Corte – Harold Burton, Sherman Minton e, especialmente, o Procurador Geral de Harry Truman, Tom Clark.” (HOCKETT, 2013, p. 11). Tradução nossa. Texto original em inglês: “*The desegregation was a “Cold War imperative”, that is, a decision that was intended to serve as an important symbol at a time when the Soviet Union effectively exploited the existence of segregation in the United States in its propaganda campaign against its chief international rival (...). The Justices who proved most receptive to the international implications of segregation were those who had been appointed by the administration that brought these matters to the Court’s attention – Harold Burton, Sherman Minton, and, especially, Harry Truman’s former attorney general, Tom Clark.*”

⁴³ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*In a word of hydrogen energy, in a military system setup where black and white alike share in a democracy of death, in a culture where access to schooling has become the portal to a full life, the Plessy doctrine had become a shabby hypocrisy.* Impende esclarecer que a expressão “doutrina Plessy” aqui utilizada faz referência, por óbvio, ao caso *Plessy v. Ferguson*, possuindo o mesmo significado adoutrina do *equal but separated*”.

pode-se dizer que a decisão foi um resultado, porque isso dá a ideia de fim. Ela representa uma fase do movimento negro, uma etapa de extrema importância, fruto da realidade social que foi sendo construída ao longo de anos e que, ainda após a prolação da decisão, o continuou sendo⁴⁴. *Brown*, repise-se, não deve ser considerada como começo e nem como o fim da luta por direitos civis, mas sim como apenas mais uma etapa.

Foi diante desse cenário complexo e em constante e progressiva transformação que o pai de Linda Brown decidiu ajuizar a ação contra o *Board of Education of Topeka*⁴⁵ para assegurar que sua filha de apenas nove anos pudesse frequentar uma escola exclusiva para brancos. Assim como Homer Plessy, Linda Brown desafiou o sistema das *Jim Crow Laws*, obtendo, todavia, sucesso em sua empreitada, muito em função do momento histórico em que o seu pleito foi formulado.

Nas escolas públicas, a questão da separação entre brancos e negros era particularmente controversa e sensível, uma vez que afetava diretamente as crianças, que eram desde pequenas ensinadas de que havia diferenças insuperáveis que impunham a segregação racial, gerando, como foi argumentado durante o julgamento do caso *Brown*, uma sensação de inferioridade dos negros em relação aos brancos. Além disso, como eram destinadas mais verbas públicas às escolas *whites only*, havia uma diferença abismal na qualidade do ensino entre elas e as escolas para negros. Por fim, a necessidade de deslocamento de estudantes nos casos em que não houvesse, na sua localidade, escola na qual se enquadrasse em função da cor da pele tornava a situação ainda mais delicada. A dessegregação nas escolas públicas, ressalte-se, foi a batalha mais difícil para o movimento negro naquele período, mas se revelou também a mais importante delas (LERNER, 2017, p. 207).

No caso específico de Linda Brown, o elemento fundante da sua demanda era que, para conseguir ir ao colégio, ela precisava atravessar a cidade de Topeka, onde residia, ainda que houvesse diversas instituições de ensino perto da sua casa. Isso, porque essas escolas aceitavam apenas alunos brancos, motivo pelo qual não foi

⁴⁴ Sobre esse ponto, vale trazer à baila a onda de protestos que tomou conta dos EUA em maio/junho de 2020 e que se irradiou por diversos Países ao redor do mundo, inclusive o Brasil. A morte de George Floyd por policiais norte-americanos evidenciou uma vez mais a cultura do rascimo que permeia a sociedade estadunidense desde de a época das Treze Colônias e que não se extinguiu com as transformações sociais das décadas de 50 e 60.

⁴⁵ *Boards of Education* são como conselhos municipais de educação, responsáveis pela organização das escolas públicas, gestão dos alunos, etc. Equivalem às secretarias municipais de educação, no Brasil.

aceita em nenhuma delas. A negativa de matrícula das escolas encontrava respaldo nos precedentes da Suprema Corte que confirmavam a constitucionalidade das *Jim Crow Laws*, calcados na doutrina do *equal but separated*.

Nesse ponto, deve-se esclarecer que o caso de Linda Brown não era o único a ser julgado pela Corte naquele ano. Havia seis processos judiciais na SCOTUS pendentes de apreciação, os quais versavam sobre o mesmo tema – segregação racial nas escolas de diferentes estados dos EUA, motivo pelo qual todos foram reunidos em um só, intitulado “*Brown v. Board of Education of Topeka*”⁴⁶. Assim, quando se refere ao caso *Brown*, trata-se não apenas de um, mas de seis casos, que foram reunidos para apreciação conjunta e tomada de uma única decisão, a qual teria aplicabilidade em todo o território nacional. Warren, em sua *opinion*, esclareceu:

Os casos vieram até nós nos estados do Kansas, Carolina do Sul, Virgínia e Delaware. Eles são baseados em diferentes fatos e diferentes condições locais, mas uma questão legal comum justifica a sua consideração conjunta nesse voto consolidado. Em cada um desses casos, menores de idade de raça negra, por meio de seus representantes legais, buscam o aval da Corte para obter sua admissão em escolas públicas de sua comunidade em bases não segregacionistas. Eles tiveram a sua admissão negada em escolas destinadas a crianças brancas com base em lei impondo ou permitindo a segregação racial. Eles alegam que essa segregação priva os demandantes da igual proteção prevista na 14^o Emenda.⁴⁷

Quando o *Brown* chegou à SCOTUS, havia um receio muito grande em relação à efetividade prática de uma possível decisão favorável à dessegregação racial. Os *Justices* temiam que após ser considerada inconstitucional a doutrina do *equal but separated*, a decisão não fosse cumprida pelos Estados, em especial no sul dos EUA, o que certamente abalaria a imagem da Corte perante a sociedade⁴⁸. Como o sistema

⁴⁶ Além de *Brown v. Board of Education of Topeka*, foram levados à Corte os seguintes casos: (i) *Briggs v. Elliot* (chegou à SCOTUS em maio de 1952); (ii) *Davis v. Board of Education of Prince Edward County* (chegou à SCOTUS em junho de 1952) (iii) *Gebhart v. Belton* e *Gebhart v. Bulah* (chegaram à SCOTUS em agosto de 1952 e foram unificados no que ficou conhecido como *Delaware Cases*); e (iv) *Boling v. Sharpe* (chegou à SCOTUS em novembro de 1952 e, dadas as peculiaridades que o distinguia dos demais, acabou sendo objeto de decisão distinta) .

⁴⁷ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*These cases come to us from the States of Kansas, South Carolina, Virginia, and Delaware. They are premised on different facts and different local conditions, but a common legal question justifies their consideration together in this consolidated opinion. 1 [347 U.S. 483, 487] In each of the cases, minors of the Negro race, through their legal representatives, seek the aid of the courts in obtaining admission to the public schools of their community on a nonsegregated basis. In each instance, [347 U.S. 483, 488] they had been denied admission to schools attended by white children under laws requiring or permitting segregation according to race. This segregation was alleged to deprive the plaintiffs of the equal protection of the laws under the Fourteenth Amendment*”. Íntegra da decisão disponível em: http://landmarkcases.c-span.org/pdf/Brown_Warren_Opinion.pdf.

⁴⁸ Eles não queriam repetir o resultado de *Dred Scott v. Sandford*. Após o julgamento desse caso, como

de segregação já estava enraizado e operava há muitos anos no País, a reversão do quadro mostrava-se um processo altamente complexo.

A solução sugerida pelo *amicus curiae* Philip Elman⁴⁹ foi a de dividir o julgamento em duas partes, *right* e *remedy* (COTTROL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 169). A primeira, *Brown I*, seria destinada à análise da constitucionalidade da doutrina da segregação racial, e a segunda, *Brown II*, teria por fim estabelecer as formas de integração, ou seja, nela seriam criados os *standards* para a aplicação prática do primeiro julgado (REHNQUIST, 2001, p. 197).

O *Justice* Hugo Black, analisando a situação, asseverou que a execução precipitada da decisão proferida em *Brown I* geraria uma tempestade sobre a Suprema Corte, sendo prudente que os debates acerca das medidas a serem adotadas fossem aprofundados pelo Tribunal, que, *a posteriori*, estabeleceria os procedimentos necessários para conferir concretude ao julgado (HOCKETT, 2013, p. 01). Diante disso, foi acolhida a sugestão apresentada por Philip Elman, ou seja, o julgamento foi dividido em duas partes, uma para a discussão do direito e outra para a definição do rémédio correspondente, como se verifica do trecho a seguir:

Por se tratarem de ações coletivas, pela ampla aplicabilidade dessa decisão e pela grande variedade de condições locais, a formulação de *decrees*⁵⁰ nesses casos apresenta problemas de considerável complexidade (...) Para dar assistência completa aos interessados na formulação dos *decrees*, os casos serão restaurados e os interessados deverão apresentar mais argumentos (...).⁵¹

As oitivas iniciais de *Brown I* foram realizadas em dezembro de 1952. Nesse momento a discussão teve por objeto principais os seguintes tópicos: (i) possibilidade

visto, a imagem da Corte ficou prejudicada diante dos Estados do norte. Agora, o receio era de que os Estados do sul se indignassem com eventual decisão e buscassem retirar a credibilidade da Corte.

⁴⁹ Anos depois, Philip Elman, que manteve relações estreitas com Felix Frankfurter durante o julgamento, fato que gerou questionamentos acerca da parcialidade do *Justice*, disse que sua sugestão foi inexperiente, por não ser certo fazer esperar quem tem um direito constitucional violado. No entanto, ele reconheceu que a diferenciação entre *right* e *remedy* foi o que propocionou a unianimidade da decisão (COTTROL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 171).

⁵⁰ Os *decrees*, nesse contexto, devem ser entendidos como os mecanismos práticos para assegurar o cumprimento da decisão, ou seja, as medidas que devem ser adotadas para lhe conferir concretude. Não há tradução exata para o português, motivo pelo qual foi mantida a redação em inglês.

⁵¹ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity (...) In order that we may have the full assistance of the parties in formulating decrees, the cases will be restored to the docket, and the parties are requested to present further argument (...)*”. Íntegra da decisão disponível em: http://landmarkcases.c-span.org/pdf/Brown_Warren_Opinion.pdf.

ou não de superação do precedente *Plessy v. Ferguson*, considerando a doutrina do *stare decisis*; (ii) os possíveis conflitos e tensões raciais que poderiam ser causados pela dessegregação; (iii) qual era a intenção do legislador ao editar a Décima Quarta Emenda à Constituição (HOCKETT, 2013, p. 17 a 21).

Na segunda oitava, em junho de 1953, os referidos temas foram novamente objeto de debates. Nesse momento, ademais, discutiu-se a existência de uma barreira extra-legal para a dessegregação, qual seja, a dificuldade de lhe conferir concretude.

Em dezembro de 1953, já com Warren como *Chief Justice* da Corte, todos os pontos supracitados continuaram sendo discutidos até que o Warren entendesse ser o momento ideal para que fossem proferidos os votos e redigida a *opinion*, o que ocorreu em maio de 1954.

Como dito, Warren soube esperar até que a decisão unânime fosse certa. Nesse caso, obter todos os votos era essencial para que fosse conferida maior legitimidade à decisão e, conseqüentemente, maior aceitabilidade na sociedade, haja vista a controvérsia sobre o tema e as já esperadas reações adversas. Nas palavras de Jeffrey Hockett (2013, p. 10), “como Warren entendeu, qualquer coisa que não a unanimidade nesse caso poderia causar um enorme problema”. Julgar esse assunto quando do primeiro debate teria sido catastrófico, já que havia grandes chances de ter sido mantido o precedente criado em *Plessy v. Ferguson*, sendo inviável a sua superação por ao menos alguns anos após um posicionamento contrário nesse momento (REHNQUIST, 2001, p. 195).

Ressalte-se, no entanto, que não apenas Warren, mas também Felix Frankfurter, teve um papel determinante na obtenção da totalidade dos votos favoráveis. Para ele, uma decisão não unânime seria fraca, sem a autoridade política e moral necessárias para encarar a tempestade que se iniciaria após a sua prolatação (COTTROL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 163 e 165).

A princípio, ainda em 1952, havia quatro votos discordantes – o de Fred Vinson, que logo veio a falecer, o de Stanley Reed, o de Robert Jackson e o de Tom Clark. Ao final, todavia, Stanley Reed ficou sendo a única resistência na Corte, mas Warren, utilizando-se da barganha que é praxe nos julgamentos da Suprema Corte, bem como apelando para o argumento da lealdade institucional, conseguiu convencê-lo a votar contrariamente à sua preferência política⁵². Hockett, sobre o tema, elucida que “a

⁵² É hábito comum na Corte a circulação, antes de serem proferidos os votos, de esboços dos *Justices*,

vontade de Warren de barganhar com os seus colegas e os seus esforços para criar uma atmosfera colegial, ainda que muito importantes, foram necessários mas não suficientes assegurar uma Corte unânime no casos de dessegregação” (HOCKETT, 2013, p. 89)⁵³. Isso, porque no caso específico do *Justice Stanley Reed* foi necessário que Warren demonstrasse o seu isolamento e a necessidade que a Corte decidisse sem opiniões contrárias para obter o resultado pretendido.

O argumento principal da SCOTUS na decisão foi de que a doutrina do *equal but separated* violava a Décima Quarta Emenda à Constituição porque a segregação nas escolas públicas não proporcionava às crianças negras as mesmas condições de estudo das demais, brancas, além de gerar nelas uma sensação de inferioridade, privando-as de benefícios aos quais teriam acesso em outras escolas (SOUTO, 2019, p. 163).

É importante chamar atenção para o fato de que no julgamento desse caso o *Justices* fizeram uso de estudos, pesquisas e dados da psicologia e da psiquiatria, por exemplo, que foram trazidos aos autos pelo NAACP (LERNER, 2017, p. 210). Esses estudos demonstravam, segundo os integrantes da Corte, que: (i) a segregação causava danos psicológicos aos negros; (ii) a ideia da segregação era gerar o sentimento de subordinação; (iii) os afro-americanos não eram biologicamente inferiores aos brancos (COTTROL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 123).

Como elucidam Robert Cottrol, Raymond Diamond e Leland Ware (2003, p. 149), “a decisão em *Brown* foi marcada por sua brevidade e simplicidade. Ela foi escrita em um estilo direto, que poderia ser compreendido pelo leitor menos sofisticado”⁵⁴.

A decisão se iniciou com o histórico do julgamento e dos argumentos utilizados pelas partes. Posteriormente, a Corte concluiu que não ficou clara a intenção dos legisladores ao editarem a Décima Quarta Emenda à Constituição, um dos temas mais

que demonstrem como eles vão se posicionar acerca de um determinado assunto ou que contenham argumentos destinados a modificar o pensamento dos demais integrantes da Corte. Foi por meio desses esboços que Warren conseguiu modificar o posicionamento de Stanley Reed (HOCKETT, 2017, p. 86).

⁵³ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*Warren’s willingness to bargain with his brethren and his efforts to creat a collegial atmosphere, although very important, were necessary rather than sufficient conditions for securing a unanimous Court in the desegregation cases*”.

⁵⁴ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*The opinion in Brown is remarkable in its brevity and simplicity. It was written in a straightforward style that could be understood by the most unsophisticated reader*”.

debatidos durante o julgamento⁵⁵, como se verifica do trecho a seguir:

Os novos debates foram amplamente direcionados às circunstâncias da adoção da Décima Quarta Emenda em 1868. Isso demandou exaustiva consideração da Emenda no Congresso, da ratificação pelos Estados, das práticas então existentes na segregação racial, e da visão dos propositores e oponentes da Emenda. Essa discussão e a nossa investigação nos convence de que, apesar de todos esses elementos fornecerem luz, não são o suficiente para resolver o problema que enfrentamos. No melhor, são inconclusivos⁵⁶.

Após, a *opinion* tratou da evolução da doutrina do *equal but separated*, analisando-a à luz da realidade da época. Pouco mais a frente, teve por objeto a questão da educação propriamente dita, esclarecendo Warren que “hoje, talvez a educação seja a função mais importante do Estado e dos Governos locais” e que “é duvidoso se é possível esperar razoavelmente que uma criança tenha sucesso na vida se lhe é negado o direito à educação”⁵⁷.

A decisão seguiu com o seguinte questionamento: “a segregação das crianças em escolas públicas com base na raça, ainda que as instalações físicas e outros fatores tangíveis sejam iguais, priva as crianças do grupo minoritária de igual oportunidade educacional?”⁵⁸.

A conclusão foi de que a separação gerava um sentimento de inferioridade nas crianças negras, sendo, portanto, instrumento de desigualdade, o que foi possível demonstrar a partir de estudos da psicologia e psiquiatria, por exemplo. Seguindo esse raciocínio, a Décima Quarta Emenda estava sendo violada, uma vez que a aplicação da doutrina do *equal but separated* na educação pública gerava desigualdade. Concluindo, Warren categoricamente estabeleceu, em nome da Corte, que: “nós

⁵⁵ Foi nesse ponto que Warren fez uso dos estudos realizados por Alexander Bickel (COTTRIL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 177).

⁵⁶ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*Reargument was largely devoted to the circumstances surrounding the adoption of the Fourteenth Amendment in 1868. It covered exhaustively consideration of the Amendment in Congress, ratification by the states, then existing practices in racial segregation, and the views of proponents and opponents of the Amendment. This discussion and our own investigation convince us that, although these sources cast some light, it is not enough to resolve the problem with which we are faced. At best, they are inconclusive.*” Íntegra da decisão disponível em: http://landmarkcases.c-span.org/pdf/Brown_Warren_Opinion.pdf”.

⁵⁷ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. (...) In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education.*” Íntegra da decisão disponível em: http://landmarkcases.c-span.org/pdf/Brown_Warren_Opinion.pdf.

⁵⁸ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities?*” Íntegra da decisão disponível em: http://landmarkcases.c-span.org/pdf/Brown_Warren_Opinion.pdf.

concluimos que no campo da educação pública a doutrina do 'iguais, mas separados' não tem lugar. Instalações educacionais separadas são inerentemente desiguais"⁵⁹.

Como o Tribunal havia decidido por dividir o caso em duas partes, uma para o *right* e outra para o *remedy*, a serem julgadas em momentos distintos, nessa primeira decisão nada foi dito acerca da forma de execução prática da dessegregação, tema que seria objeto de discussão posterior.

Em abril de 1955 o julgamento foi retomado, agora sob a denominação de *Brown II*, 349 US 294 (1955). Nesse momento, houve novas oitavas para definição da abordagem a ser adotada na concretização da decisão proferida em *Brown I*. Mas, diferentemente do que ocorreu na primeira fase, foi necessário apenas um mês para que os *Justices* chegassem a um consenso, muito em função da pressão político-social que repousava sobre a Corte e dos conflitos que se ocorriam no País por consequência da decisão proferida em *Brown I*. O clima nos EUA era, vale destacar, de tensão, especialmente nos Estados do sul. Dessa maneira, ainda em maio de 1955 foi proclamada a decisão de *Brown II* (COTTROL; DIAMOND; WARE, 2017, p. 248).

O ponto principal de discussão realizada nesse momento fo: a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públlicas deve ser logo cumprida ou se faz necessário um processo gradual de adaptação, a fim de evitar possíveis intercorrência?

Ao final, a Corte se posicionou no sentido de que a dessegregação deveria ser implementada nas escolas públicas "*with all deliberate speed*", ficando a cargo dos Juízes Federais das localidades, por estarem mais próximos, verificar o efetivo cumprimento do comando emanado pela Suprema Corte, como se verifica do trecho abaixo colacionado:

A total implementação desses princípios constitucionais requer a solução de vários problemas das escolas. As autoridades escolares tem a responsabilidade primária por elucidar, avaliar e responder esses problemas; as Corter terão que considerar se a ação das autoridades escolares constitui uma implementação de boa-fé dos princípios constitucionais vigentes. Devido a sua proximidade das condições locais e à possível necessidade de novas audiências, os Tribunais que originalmente ouviram os casos podem avaliar melhor. Assim, nós acreditamos que esse seja apropriado destinar os casos à essas Cortes (...) Para esse fim, as Cortes devem considerar problemas administrativos, decorrentes da condição física da planta da escola, do sistema de transporte escolar, do pessoal, da revisão dos distritos escolares

⁵⁹ Tradução nossa. Texto original em inglês: "*We conclude that in the field of public education the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal*". Íntegra da decisão disponível em: http://landmarkcases.c-span.org/pdf/Brown_Warren_Opinion.pdf.

e das áreas de atendimento em unidades compactas para alcançar um sistema de admissão nas escolas públicas de maneira não racial e revisão das leis e regulamentos locais que pode ser necessário para resolver os problemas anteriores. Eles também considerarão a adequação de quaisquer planos que os réus possam propor para solucionar esses problemas e efetuar uma transição para um sistema escolar racialmente não discriminatório. Durante esse período de transição, os tribunais manterão a jurisdição desses casos⁶⁰.

Tratou-se de decisão ambígua, que não estabeleceu claramente o *standards* para o cumprimento da decisão que determinou a dessegregação, dando espaço para a criação de obstáculos por parte dos *Board of Educations* e dos Governos locais, além de legitimar ações truculentar por parte da sociedade, dado o estado de anomia. Segundo Robert Cottrol, Raymond Diamond e Leland Ware (2003, p. 185), “os *Justices* esperavam que o cronograma ambíguo fosse dar aos brancos do sul uma oportunidade de se ajustar ao que seria uma drástica mudança nos seus costumes, sob a orientação dos juizes federais de suas comunidades”⁶¹.

1.2.3. Consequências

A fraqueza da decisão, agravada pela declaração do então Presidente Eisenhower, que negou apoio à SCOTUS sob o fundamento de que “por meio da lei e da força não seria possível mudar o coração do homem” (SOUTO, 2019, p. 165), fez que com que, em 1964, dez anos após a Suprema Corte reconhecer a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, (i) apenas 1,2% dos estudantes negros do sul estivesse matriculada em escolas antes destinadas

⁶⁰ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*Full implementation of these constitutional principles may require solution of varied local school problems. School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles. Because of their proximity to local conditions and the possible need for further hearings, the courts which originally heard these cases can best perform this judicial appraisal. Accordingly, we believe it appropriate to remand the cases to those courts (...) To that end, the courts may consider problems related to administration, arising from the physical condition of the school plant, the school transportation system, personnel, revision of school districts and attendance areas into compact units to achieve a system of determining admission to the public schools on a nonracial basis, and revision of local laws and regulations which may be necessary in solving the foregoing problems. They will also consider the adequacy of any plans the defendants may propose to meet these problems and to effectuate a transition to a racially nondiscriminatory school system. During this period of transition, the courts will retain jurisdiction of these cases*”. Íntegra da decisão disponível em: http://web.utk.edu/~mfitzge1/docs/374/Bvboard_1955.pdf.

⁶¹ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*The Justices hoped that the ambiguous timetable would give white southerners an opportunity to adjust to what would be a drastic change in their customs, under the guidance of federal judges in local communities*”.

exclusivamente à brancos⁶²; (ii) em quatro Estados – Alabama; Mississipi; South Carolina; Florida e Georgia – não houvesse sequer um negro matriculado em escolas exclusivamente para brancos; (iii) quarenta e seis casos versando sobre segregação em escolas do sul ainda estivessem tramitando perante o Poder Judiciário Estadual (KLARMAN, 1996, p. 10).

Como era de se esperar, a Suprema Corte foi instada a decidir novamente casos versando sobre a questão racial. No entanto, diante do cenário de descumprimento generalizado do comando anteriormente proferido, ela se viu obrigada a alterar drasticamente a sua postura, antes cautelosa. No caso *Griffin v. County School Board of Prince Edward County*, 378 US 130 (1964)⁶³, por exemplo, que teve como réu um dos Distritos envolvidos no caso *Brown*, o Justice Hugo Black asseverou que já não era mais possível esperar pela atuação voluntária dos governantes locais. (COTTROL; DIAMOND; WARE, 2003, p. 204).

O contexto do final da década de 50 e da década de 60 foi muito conturbado. Alguns movimentos político-sociais de matriz conservadora nasceram nesse momento e outros, pré-existentes, se fortaleceram, com o objetivo não só de impedir o processo de dessegregação, mas também de retirar os poderes da SCOTUS. Em 1956, por exemplo, democratas do sul apresentaram oficialmente a chamada Declaração de Princípios Constitucionais, cujo objetivo era derrubar a decisão da Suprema Corte. Além disso, no mesmo ano foram apresentados mais de setenta projetos de lei com a intenção de limitar o âmbito de atuação do Tribunal (RODRIGUES, 1991, p. 93). Lêda Boechat Rodrigues (1991, p. 91), ao tratar do assunto, elucidou que:

Foi intensa a repercussão política e popular da decisão que declarou a inconstitucionalidade da segregação nas escolas públicas. No sul, a partir do mês de outubro de 1954, começaram a surgir Conselhos de Cidadãos Brancos que rapidamente atingiram mais de 80.000 membros. Mas foi depois da decisão de 31 de maio de 1955, onde estebeleceu as diretrizes para a execução do acórdão do ano anterior, atribuindo aos juizes federais de distrito determinar se as autoridades estavam agindo de boa-fé no sentido de dar 'um deliberado e rápido início' à dessegregação, que a reação nos Estados Unidos atingiu o seu auge, com a reativação, inclusive, do Ku-klux-klan, no sul.

⁶² Em 1960, apenas 0,026% dos estudantes negros estudavam escolas antes exclusivas para brancos, na Carolina do Norte. No mesmo ano, apenas 0,09% dos negros estudavam nessas escolas, na Virgínia. Ao todo, naquele ano, apenas 0,15% dos negros do sul estudavam em escolas desse tipo (KLARMAN, 1996, p. 09).

⁶³ Vide nota de rodapé n.º 67.

No entanto, em que pese toda a resistência que lhe foi imposta, a decisão do caso *Brown* também conferiu incentivo e fundamento de legitimidade aos movimentos negros de luta pelos direitos civis. Um exemplo a ser apontado é o de Rosa Parks que, em 1955, no Alabama, se recusou a ceder seu assento a um homem branco em um ônibus, levando ao movimento de boicote a esse meio de transporte⁶⁴.

Assim, nesse cenário conflituoso e polarizado, alguns Estados, a fim de dificultar a implementação de *Brown I*, criaram um plano de integração paulatina, denominado “*phased integration*”. A intenção da integração gradual era, na verdade, não integrar ou, ao menos, dificultar ao máximo esse processo.

1.2.3.1. *The Little Rock Nine*

Na cidade de *Little Rock*, no Arkansas, o plano previa a integração imediata de nove alunos negros em certa escola de Segundo Grau, os quais viriam a ser conhecidos como “*the Little Rock nine*”⁶⁵. Insatisfeitos com a integração imediata, os movimentos radicais brancos iniciaram seus protestos, com o apoio não só da comunidade branca, mas também do Governo local (SOUTO, 2019, p. 165).

Na véspera do primeiro dia de aula dos novos alunos, o Governador do Arkansas alertou para a possibilidade de “banho de sangue” e informou que iria encaminhar a Guarda Nacional à escola, a fim de evitar a entrada dos estudantes negros na insituição de ensino. Na manhã seguinte, oito dos nove alunos se reuniram para irem juntos à aula, mas uma deles, Elizabeth Eckford, decidiu se dirigir à escola sozinha. A sua chegada desacompanhada causou grande tumulto e comoção, episódio que ficou marcado na história dos EUA. A repercussão das imagens que mostravam a aluna sendo humilhada pelos demais estudantes repercutiu em todo o País e até mesmo fora dele.

Apenas dezoito dias após o ocorrido é que os estudantes tentaram novamente ingressar no colégio, dessa vez com auxílio policial, mas novamente sem êxito. A resistência era tamanha que a polícia local não era capaz de conter os ânimos

⁶⁴ Em 1956, o caso *Brownder v. Gaile*, 352 US 903, chegou à SCOTUS, que proferiu decisão contrária a segregação racial nos transportes públicos.

⁶⁵ Compunham esse grupo: Thelma Mothershed Wair; Minnijean Brown Trickey; Jefferson Thomas; Terrence Roberts; Carlotta Walls LaNier; Gloria Ray Karlmark; Ernest Green; Elizabeth Eckford; e Melba Pattillo Beals.

aflorados dos manifestantes contrários ao ingresso dos estudantes negros. Apenas quando a Guarda Nacional foi acionada é que eles conseguiram assistir às aulas, ainda sob forte ameaça e rejeição (SOUTO, 2019, p. 166).

No mesmo período, ademais, o Poder Legislativo Estadual aprovou emenda à Constituição do Estado do Arkansas, dificultando o processo de dessegregação, bem como editou uma lei tornando facultativa a frequência em escolas “mistas”⁶⁶. Isso demonstra que os Poderes Legislativo e Executivo do Estado não mediriam esforços para impedir que brancos e negros frequentassem as mesmas escolas.

Toda essa problemática acabou levando a questão mais uma vez à Corte Suprema, por meio do caso *Cooper v. Aaron*, 358 US 1 (1958). A urgência no julgamento era tamanha que ele teve que ocorrer mesmo durante o recesso judicial.

O presidente do *Board of Education of Little Rock*, com apoio do Poder Legislativo Estadual e da população em geral, pleiteou em juízo que a integração dos nove alunos negros fosse adiada em dois anos e meio, tendo em vista os conflitos que estavam sendo causados e o risco de consequências danosas. Ele alegou que a autonomia federativa permitia que os Estados criassem suas próprias regras para admissão em escolas.

Em primeira instância, o juiz competente decidiu favoravelmente ao distrito escolar de *Little Rock*, representado por seu presidente, William Cooper, estabelecendo o prazo de trinta meses para o ingresso de alunos negros nas escolas *whites only*. Essa decisão contou com a aprovação de 47% dos norte-americanos, em contraposição aos 44% que se posicionaram contrariamente a ela (RAY, 2003). No entanto, em segunda instância ela foi revertida, levando o processo à apreciação da SCOTUS. Diante do caso concreto, a Corte tinha duas questões principais a serem analisadas: (i) a possibilidade de adiamento do ingresso dos novos alunos, cujo direito já tinha sido reconhecido pelo Tribunal; (ii) a vinculação dos Estados às decisões da SCOTUS.

Em tempo recorde e por unanimidade a Corte decidiu, em acórdão que levou a assinatura de todos os membros e não apenas do Relator, como de praxe, que o adiamento não era viável, bem como que a decisão prolatada em *Brown v. Board of Education* era de observância obrigatória por parte de todos os Estados, os quais não

⁶⁶ Outros Estados também adotaram essa prática de emendas às respectivas Constituições Estaduais e de edição de leis que buscassem retirar a eficácia da decisão da SCOTUS, como Mississippi, Alabama, Geórgia, Carolina do Sul e Virgínia (RODRIGUES, 1991, p. 91).

poderiam criar regras que desrespeitassem o comando proferido pela SCOTUS. A supremacia da Constituição e da própria Corte deveria prevalecer em detrimento da autonomia estadual, sob pena de tornar letra morta as normas constitucionais ao se permitir que os estados optassem por seguir ou não as decisões do Tribunal Constitucional (SOUTO, 2019, p. 168), dotadas de observância obrigatória, conforme assentado pela Suprema Corte no julgamento do caso *Marbury v. Madison*⁶⁷, 5 US 137 (1803).

Inconformado com o indeferimento do seu pleito, o Governador do Arkansas elaborou um plano para fechar e/ou privatizar as escolas públicas⁶⁸. Para tanto, foi realizado referendo, no qual restou aprovado apenas o fechamento das instituições de ensino, mas não a sua privatização. Assim, todas as escolas públicas de segundo grau da cidade foram fechadas durante o ano de 1958, que ficou conhecido como “*the lost year*”. Apenas em agosto de 1959 as aulas foram retomadas, com a permanência dos “*Little Rock Nine*” na instituição de ensino, ainda que sob ameaças e manifestações de ódio.

Fato é que, apesar de todas as implicações histórico-sociais e os conflitos por ela gerados, e ainda que à ela tenham sido e ainda sejam dirigidas inúmeras críticas, a decisão da Corte no caso *Brown* é considerada paradigma quando se trata de ativismo e, especialmente, de contramajoritarismo judicial (KLARMAN, 1996, p. 07). Sendo assim, no próximo subtópico serão realizadas algumas observações acerca desse suposto papel contramajoritário desempenhado pela SCOTUS quando do reconhecimento da inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas.

1.3. O contramajoritarismo em *Brown v. Board of Education of Topeka*

O conceito de contramajoritarismo adotado no presente trabalho pressupõe que os Poderes Legislativo e Executivo representem as maiorias, enquanto o Poder

⁶⁷ *Marbury v. Madison* foi o primeiro caso em que o controle de constitucionalidade foi efetivamente posto em prática na história mundial. Em verdade, ele foi exercido como subterfúgio ao julgamento do mérito pela Suprema Corte dos EUA, diante de um caso que envolvia o então Presidente Thomas Jefferson. A SCOTUS decidiu pela inconstitucionalidade da norma que lhe atribuía competência para julgar a demanda. Apesar disso, o julgamento marcou a história por seu pioneirismo no reconhecimento da supremacia da Constituição. É importante destacar que foram necessários mais de cinquenta anos para que a Suprema Corte decidisse novamente pela inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional.

⁶⁸ A privatização das escolas foi mais um mecanismo que também foi utilizado por outros Estados. Em 1964, a Suprema Corte, no julgamento do caso *Griffin v. School Board of Prince Edward County*, já citado, decidiu pela sua inconstitucionalidade quando tiver por fim impedir a dessegregação.

Judiciário, em especial a Suprema Corte, represente as minorias. Entretanto, nem sempre isso corresponde à realidade. Há casos em que se configura o chamado *upside-down judicial review*, em que as instâncias democraticamente eleitas se sincronizam não com as majorias, mas sim com as minorias, ficando a cargo das Cortes a função de atender aos interesses majoritários. Assim, pode ser que decisões aparentemente contramajoritárias, por não terem sido proferidas pelas instâncias genuinamente representativas, cujos membros são democraticamente eleitos, sejam, em verdade, majoritárias, por estarem alinhadas ao pensamento predominante na sociedade (LAIN, 2012, p. 168). Isso, porque

Quando atitudes difusas de modificam, mas a Lei não, surgem pressões para implementar essa mudança – para dar força de Lei à transformação de atitudes, valores e preferências políticas que está acontecendo na sociedade. As vezes a Suprema Corte é o canal mais propício pelo qual essa mudança pode ocorrer (LAIN, 2012, p. 117)⁶⁹.

Foi justamente isso que aconteceu no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, como será demonstrado a seguir.

A decisão da Corte no referido caso é considerada o principal precedente quando se trata de contramajoritarismo. Segundo Michael Klarman (1996, p. 07 e 20), *Brown* representa o exemplo paradigmático de intervenção da Corte para proteção das minorias⁷⁰, além de ser considerado, erroneamente, o marco inicial do movimento pelos direitos civis nos EUA. Entretanto, como se verá mais a frente, o Tribunal, com essa decisão, apenas institucionalizou o – quase - consenso nacional em sentido contrário à segregação racial, que se consolidou na década de 50.

No sul, em verdade, a resistência à dessegregação ainda era muito grande. Exemplo disso é que, em 1954, todos os dezessete Estados que possuíam leis segregacionistas direcionadas à escolas públicas eram sulistas (Texas, Oklahoma, Louisiana, Arkansas, Missouri, Mississippi, Alabama, Tennessee, Flórida, Georgia, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Virginia, Virginia Ocidental, Kentucky, Maryland e

⁶⁹ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*When widespread attitudes change but the law does not, pressure builds to implement that change-to give force of law to the transformation of attitudes, values, and policy preferences occurring in larger society. Sometimes the Supreme Court is the most conducive outlet through which this change can occur*”.

⁷⁰ Vale ressaltar, todavia, que em momento algum os *Justices* utilizam o argumento da defesa das minorias nos debates ou na decisão, ou seja, a classificação da decisão como contramajoritária se deu *a posteriori*, pela doutrina, até mesmo porque em 1954 esse termo sequer era utilizado, uma vez que o primeiro ao tratar do tema foi Alexander Bickel, anos depois, como já ressaltado (KLARMAN, 1996, p. 10).

Delaware). Casos de violência, ademais, não eram raros, podendo-se citar a título exemplificativo o homicídio do jovem Emmet Till⁷¹ e o caos instaurado na Universidade de Mississippi a partir da admissão de James Meredith⁷².

Todavia, ao se considerar o quadro mais amplo, levando em conta todo o território nacional e não apenas uma região específica, o cenário se modifica. Isso, porque o restante do País se posicionava majoritariamente em sentido favorável ao fim da segregação (LAIN, 2012, p. 122), sendo esse, inclusive, um dos fundamentos apontados por *justices* como Stanley Reed, Robert Jackson e Sherman Minton para justificar os seus respectivos posicionamentos no caso *Brown*.

Para eles, a sociedade estava mudando e o contexto histórico-social já não permitia a subsistência da doutrina do *equal but separated*. O *Justice* Felix Frankfurter, no mesmo sentido, asseverou que, se o caso tivesse chegado à Corte em 1940, seu voto teria sido diferente, uma vez que a opinião pública à época não era predominantemente favorável à dessegregação, como o era em 1954 (LAIN, 2012, p. 122 a 124).

Isso significa que, em que pese ser considerada a principal decisão da SCOTUS quando se fala em contramajoritarismo, a própria Corte entendeu que só foi possível chegar à ela porque a população majoritária seguia esse entedimento. Sobre o assunto, Michael Klarman (1997, p. 196) preleciona que:

A imagem da Corte como salvadora contramajoritária é destruída pela realidade histórica. A Suprema Corte sancionou mais do que atacou a escravidão, legitimou a segregação na era Jim Crow, validou a internação de japoneses durante da Segunda Guerra Mundial, sancionou o macartismo e aprovou a discriminação sexual até após a emergência do movimento feminista moderno. Os exemplos mais celebrados do suposto heroísmo contramajoritário da Corte não são convincentes. A decisão de *Brown* foi produto de um arranjo de forças políticas, sociais, econômicas e ideológicas inauguradas ou aceleradas pela Segunda Guerra Mundial; naquele período,

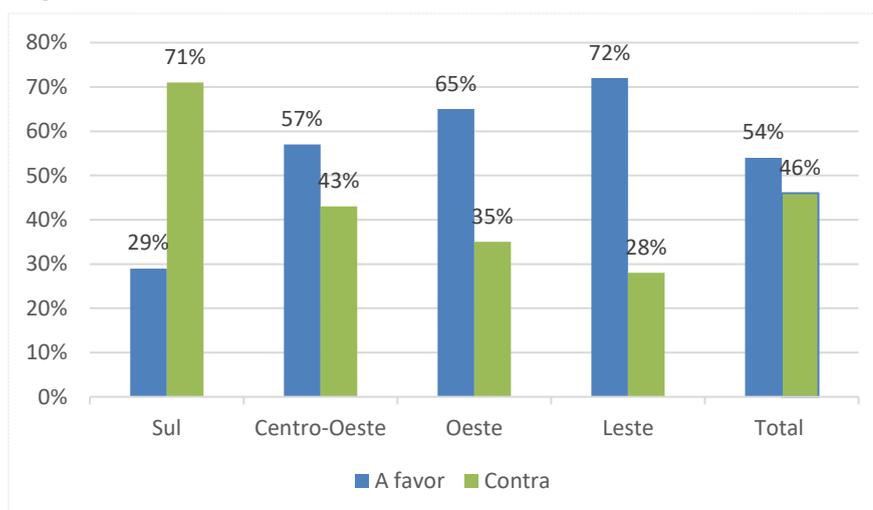
⁷¹ Em 1955, Emmett Till, de apenas quatorze anos, saiu de Chicago para visitar parte de sua família na cidade de Tallahatchie, Mississippi. Ao visitar uma loja na cidade, ouviu grosserias da sua atendente, pelo fato de ser negro. No mesmo dia, quando estava dormindo em casa, dois homens o retiraram a força e ele foi encontrado morto alguns dias depois. Sua mãe, no funeral, optou por deixar o caixão aberto para que todos pudessem ver o que haviam feito com seu filho. O episódio ficou marcado pela crueldade dos criminosos, que foram absolvidos por um júri integralmente branco (COTTRON; DIAMOND; WARE, 2003, p. 189).

⁷² Em 1961, James Meredith teve sua inscrição recusada na Universidade do Mississippi. Segundo a Instituição, ele não havia apresentado os "*alumni certificates*". Após acionar o NAACP, James Meredith ajuizou uma ação, a fim de obrigar a Universidade a permitir a sua inscrição. No entanto, ainda com a determinação judicial, ele só conseguiu se inscrever com o auxílio do Exército, uma vez que o caos se instaurou no campus da Universidade, levando até mesmo à morte de um repórter. As tropas permaneceram na Instituição até 1963, quando James Meredith se formou (COTTRON; DIAMOND; WARE, 2003, p. 196).

metade da nação já não apoiava a segregação racial⁷³.

Os dados da realidade social da época corroboram o acima exposto. Apenas uma semana após a decisão ser proferida, 54% da população aprovava o que fora estabelecido pela Corte. Enquanto 71% da população do sul não concordava com a dessegregação, 57% do centro-oeste, 65% do oeste e 72% leste tinham posicionamento favorável.

Gráfico 1 – Porcentagem de aprovação da decisão proferida no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* em 1954, por região.

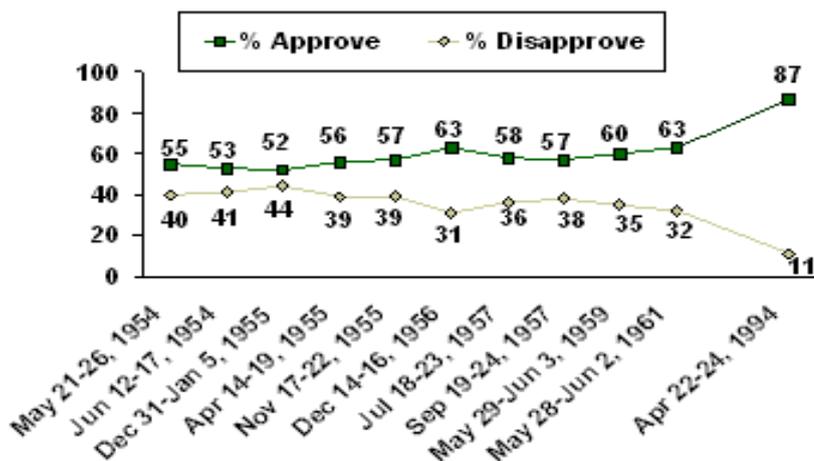


Fonte: LAIN, 2012, p. 122.

Pesquisas realizadas em 1954 demonstram que 55% da população era favorável à procedência do pedido autoral no caso sob análise, ou seja, mais da metade da população estava de acordo com o fim das políticas segregacionistas em vigência naquele período, porcentagem essa que foi crescendo ao longo dos anos, chegando à 87% de aprovação em 1994, como se nota do gráfico a seguir:

⁷³ Tradução nossa. Texto original em inglês: “The romantic image of the Court as countermajoritarian savior is shattered by historical reality. The Supreme Court sanctioned rather than attacked slavery, legitimized segregation for much of the Jim Crow era, validated the Japanese-American internment during World War II, sanctioned McCarthyism, and approved sex discrimination until after the emergence of the modern. The romantic image of the Court as countermajoritarian savior is shattered by historical reality. The Supreme Court sanctioned rather than attacked slavery, legitimized segregation for much of the Jim Crow era, validated the Japanese-American internment during World War II, sanctioned McCarthyism, and approved sex discrimination until after the emergence of the modern”.

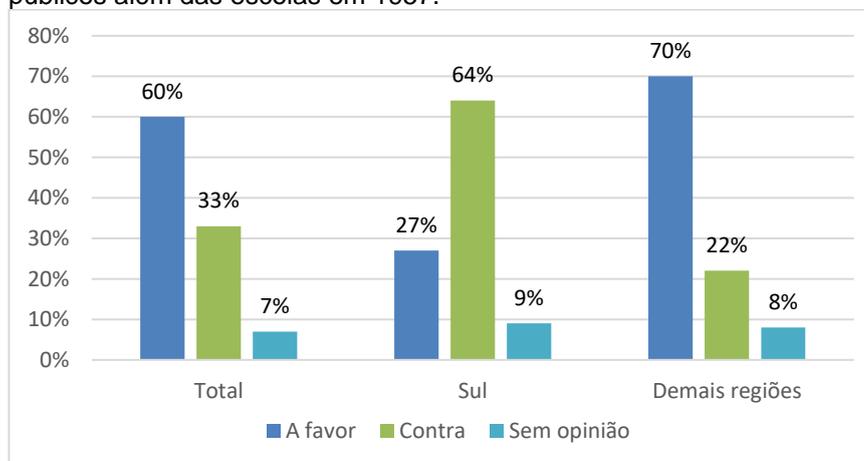
Gráfico 2 – Porcentagem de aprovação da decisão proferida no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954 a 1994.



Fonte: CARROL, 2004⁷⁴.

Em 1957, quando a dessegregação foi além das escolas públicas e atingiu outros espaços da sociedade, como meios de transporte coletivos, as pesquisas demonstraram, da mesma maneira, que a população em geral concordava com essas medidas. Confira-se:

Gráfico 3 - Porcentagem de aprovação da dessegregação em espaços públicos além das escolas em 1957.



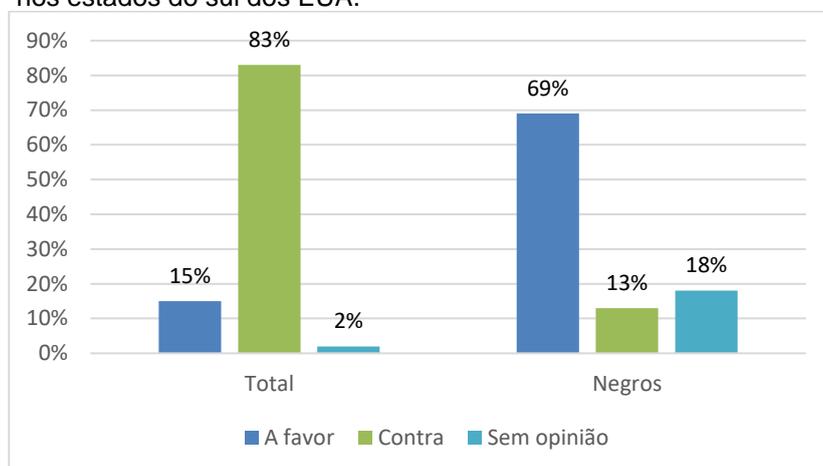
Fonte: SAAD, 2016.

No mesmo ano, isto é, ainda em 1957, em que pese o apontado no gráfico anterior, a rejeição à decisão da SCOTUS no caso *Brown* havia aumentado de 71% para 83% nos Estados do sul, provavelmente em função dos conflitos causados

⁷⁴ Os dados foram obtidos no site do GALLUP, empresa de pesquisas de opinião dos Estados Unidos, fundada em 1930, responsável por realizar inúmeras pesquisas relacionadas ao caso *Brown v. Board of Education*. Em função da distância temporal, não foi possível ter acesso aos documentos originais por meio digital, motivo pelo qual foram utilizados os dados fornecidos no site. Para mais informações, vide: www.gallup.com.

pelas tentativas de implementação da dessegregação na região, especialmente na cidade de *Little Rock*. Conforme se verifica o gráfico abaixo, a reprovação entre os negros existia, mas era significativamente inferior a total.

Gráfico 4 - Porcentagem de aprovação da decisão proferida no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* em 1957, nos estados do sul dos EUA.



Fonte: RAY, 2003.

A partir dos dados acima expostos, conclui-se que, ainda que houvesse resistência considerável nos Estados do sul, essa não era a regra nem em 1954 e nem em 1957, em âmbito nacional. Assim, a Suprema Corte não foi contramajoritária quando decidiu o caso *Brown*, mas sim “federalista”, por ter considerado o País como um todo e não apenas uma região individualmente. Ela não remou contra a maré, não empurrou a história, não atacou sozinha um problema de tamanha magnitude. Ela apenas consolidou o pensamento que já era predominante na sociedade norte-americana à época.

A decisão da Suprema Corte não pode ser compreendida como inaugural, mas sim como parte de um movimento de transformação que se iniciou muitos anos antes e que contou com a participação de movimentos sociais pelos direitos civis que há muito já existiam. A sociedade, ressaltou-se, havia se modificado substancialmente e o Tribunal não tinha alternativa que não acompanhar essas modificações, sob pena de perda da sua própria legitimidade.

Mais do que qualquer elemento interno ou externo, como as alterações na sua composição, o que foi mais determinante para assunção desse posicionamento pela SCOTUS foi a própria sociedade. *Brown* é, repete-se, consequência da conjugação de forças políticas, sociais e econômicas, que fizeram com que aquele fosse o

momento propício para a tomada de decisão, e não da bondade de nove homens brancos que decidiriam ir contra a vontade da maioria e determinar a o fim da segregação nas escolas públicas dos EUA, dando início a uma verdadeira revolução social e fazendo nascer o movimento pelos direitos civis.

Apesar disso, em muitos Países o caso *Brown* é utilizado como fundamento em decisões ativistas por ter sido supostamente uma decisão contramajoritária. Isto é, o Poder Judiciário desses Estados utiliza o argumento do contramajoritarismo, calcado nesse específico precedente da Suprema Corte Estadunidense, para justificar seu ativismo quando prolata decisões que adentram o campo da política. Trata-se da mitificação da decisão proferida pela SCOTUS, em que os aspectos socio-políticos são desconsiderados a fim de que o referido precedente possa ser indiscriminadamente utilizado como fundamento de legitimidade da atuação judicial (BOLONHA; LAZARI; RANGEL, 2017, p. 41).

No Brasil isso não é diferente. O STF, com frequência, faz uso do contramajoritarismo do caso *Brown* como fundamento para a sua atuação em casos em que nem sempre são efetivamente contramajoritários. Por esse motivo, o próximo capítulo se destina à análise do ativismo e do contramajoritarismo judiciais na realidade brasileira, a fim de se verificar em que medida eles se assemelham e se diferenciam do ideal de contramajoritarismo desenvolvido nos EUA a partir da decisão proferida no caso *Brown*.

2. O CONTRAMAJORITARISMO SOB A PERSPECTIVA BRASILEIRA

2.1. Um olhar sobre o ativismo judicial no Brasil

Neoconstitucionalismo é o termo por meio do qual muitos doutrinadores têm designado o novo modelo constitucional que surgiu após o fim da Segunda Guerra Mundial na Europa e nos Estados Unidos. Ele pode ser definido como a superação tanto do modelo jusnaturalista quanto do modelo positivista, na busca por uma nova configuração capaz de satisfazer as necessidades da sociedade que se formou a partir da experiência da guerra.

No presente trabalho, esse conceito será utilizado a fim de viabilizar a compreensão do ativismo e do contramajoritarismo sob a perspectiva brasileira, tendo como ponto de partida a doutrina de Luís Roberto Barroso, que é um dos constitucionalistas brasileiros mais citados e reproduzidos da atualidade⁷⁵.

De forma sistemática, pode-se dizer que são três os marcos que justificam o surgimento do neoconstitucionalismo: (i) histórico; (ii) filosófico; (iii) teórico (BARROSO, 2011, p. 267).

Como marco histórico, tem-se, como já mencionado, o fim da Segunda Guerra Mundial, na Europa. Após anos sob a égide de regimes autoritários, como o nazismo, a Europa se reconstruiu e se reconstitucionalizou, passando a Constituição a ter um papel central no ordenamento jurídico.

No que diz respeito ao Brasil, especificamente, a queda do Regime Militar, no fim dos anos 80, trouxe consigo a necessidade de elaboração de uma nova Constituição, calcada nas ideais de supremacia constitucional, constitucionalização do Direito e, conseqüentemente, de preponderância judicial. O mesmo ocorreu nos demais Países da América Latina⁷⁶, em que a redemocratização foi tardia, e nos Países do leste-europeu, que precisaram ser reconstruídos após o fim da Guerra Fria e da extinção União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS)⁷⁷.

O surgimento do pós-positivismo, por sua vez, foi o marco filosófico que

⁷⁵ Christian Lynch e José Vicente (2017, p. 982 e 983) observam que Barroso é hoje “o constitucionalista brasileiro, desde Rui Barbosa, que mais importância teve e tem para o direito constitucional” e que “pode ser enquadrado com o principal representante do “neoconstitucionalismo brasileiro”.

⁷⁶ Constituição da Colômbia (1991); Constituição do Peru (1993); Constituição da Argentina (1994); dentre outras.

⁷⁷ Constituição da Croácia (1990); Constituição da Lituânia (1992); Constituição da Ucrânia (1996).

antecedeu ao neoconstitucionalismo. Após a ascensão e queda das doutrinas jusnaturalista e positivista, estas, outrora contrapostas, mas também complementares, fundiram-se no que se denomina pós-positivismo, caracterizado pela reaproximação entre direito positivo, moral, ética e filosofia. A fusão de formas distintas de pensar acabou por transformar conceitos já consolidados no âmbito do direito constitucional e por trazer novas noções, como, por exemplo, a da dignidade da pessoa humana.

De acordo com a doutrina positivista, valores e ideias de justiça não possuem relação com o Direito. Assim, a função jurisdicional seria meramente mecânica e reproduziria a vontade do legislador ao elaborar a lei. No entanto, com o rompimento dessa visão, passou-se a compreender que a norma posta é apenas um dos elementos a serem levados em consideração pelo julgador, ou seja, houve o reconhecimento de certo grau de discricionariedade judicial, o que impôs, ao menos *a priori*, maior ônus argumentativo aos magistrados.

No que diz respeito ao marco teórico, há três mudanças de paradigma a serem consideradas: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; (iii) e o surgimento de uma nova maneira de interpretar a Carta Magna, pautada nos princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos; da interpretação conforme a Constituição; e da unidade da Constituição.

Segundo Ana Paula de Barcellos (2007, p. 02), que foi orientada por Luís Roberto Barroso, as mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo podem ser divididas em dois grupos: (i) do ponto de vista metodológico-formal, a Constituição passa a ter caráter normativo, além de adquirir centralidade e superioridade no ordenamento jurídico; (ii) do ponto de vista material, valores e opções políticas são incorporados ao texto constitucional e conflitos gerais e específicos passam a surgir dentro do corpo da própria Carta Magna.

Fato é que a ascensão do neoconstitucionalismo impôs a releitura do princípio da separação de poderes. A tendência de limitação e autocontenção judiciais deu lugar à ampliação do espaço de atuação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, à restrição/perda de poderes por parte dos demais poderes, sobretudo em nome da proteção de direitos fundamentais e de minorias (SARMENTO, 2011, p. 76).

No contexto brasileiro, uma das principais conseqüências da difusão do neoconstitucionalismo foi a constitucionalização do Direito. Essa expressão comporta vários sentidos, como: (i) supremacia da Constituição no ordenamento jurídico; (ii)

incorporação de normas materialmente infraconstitucionais ao texto constitucional; e (iii) efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, sobre todo o sistema jurídico. A partir dessa terceira concepção, que será adotada no presente trabalho, os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados pela Constituição passam condicionar a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais, repercutindo na relação entre Estado e sociedade – eficácia vertical, mas também entre os indivíduos – eficácia horizontal. Além disso, ela permite a aplicação direta das normas constitucionais, sem necessidade de intermédio de lei (BARROSO, 2011, p. 375).

Apesar de não se tratar de rol taxativo, são elementos indispensáveis à constitucionalização: (i) Constituição rígida; (ii) garantia jurisdicional da Constituição; (iii) força normativa vinculante da Constituição; (iv) aplicação direta das normas constitucionais; e (v) influência da Constituição sobre as relações políticas (GUASTINI, 2003, p. 50). Todos esses elementos, ressalte-se, são verificados no neoconstitucionalismo.

Em relação à origem da constitucionalização, há controvérsia doutrinária. De um lado, há quem entenda tratar-se de fenômeno que se iniciou com a Constituição Estadunidense de 1787, uma vez que, a partir dos Artigos Federalistas⁷⁸ e do caso *Marbury v. Madison*⁷⁹, passou-se a conceber a Carta Magna como suprema e dotada de eficácia vinculante. De outro lado, no entanto, há doutrinadores, como Luís Roberto Barroso (2011, p. 377), que entendem que o referido País não pode ser considerado o “berço” desse fenômeno, já que desde a sua formação apresentava as suas características primordiais⁸⁰. Para o referido autor, a constitucionalização deve ser compreendida como um processo por meio do qual sistemas jurídicos se transformam e passam a adotar um modelo diferente do anterior. Assim, como “a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência

⁷⁸ Após a Convenção da Filadélfia (1787), foi elaborada a Constituição dos EUA, até então Treze Colônias, que pôs fim à Confederação e criou uma Federação entre os Estados. Esse novo texto constitucional, para entrar em vigor, precisava ser ratificado por ao menos nove dos treze Estados-membros. Nesse contexto, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay decidiram escrever uma série de textos em sentido favorável, que foram publicados anonimamente em jornais de grande circulação, dando origem ao que hoje se denomina “Artigos Federalistas”. De outro lado, em sentido contrário à ratificação, estavam os anti-federalistas, cujos textos também foram publicados, dando origem à “Letters of Brutus”.

⁷⁹ Vide nota de rodapé n.º 66.

⁸⁰ Alexis de Tocqueville, inclusive, já tratava do tema em 1835. Segundo ele, rara era a matéria política que, naquele País, não acabasse chegando em algum momento à apreciação pelo Poder Judiciário (2014, p. 280).

americana” (BARROSO, 2011, p. 378), não há que se falar em constitucionalização no contexto histórico de nascimento dos EUA.

De fato, se adotado esse conceito de constitucionalização, em que se pressupõe um processo gradual de transformação, é impossível conceber os EUA como seu nascedouro. Seguindo essa orientação, a origem da constitucionalização seria a Alemanha, com a Lei Fundamental de *Bonn* de 1949. No entanto, se a constitucionalização for entendida a partir de uma visão mais substancial, decorrente da conjugação dos elementos considerados indispensáveis à sua caracterização, na forma do acima exposto, a sua origem pode ser considerada os EUA, já que esse País foi o pioneiro no reconhecimento da força vinculante da Carta Constitucional. Diante disso, apenas para os fins da presente dissertação, a constitucionalização será concebida a partir da conjugação de elementos que conferem à Constituição um *status* superior em relação às demais normas jurídicas, de modo que a origem não pode ser outra que não os EUA de 1787.

No contexto latino-americano, a constitucionalização foi consequência da série de transformações que ocorreram nos Países da região nas décadas de 1980 e 1990, as quais levaram ao fim de ditaduras que perduraram por anos e, conseqüentemente, à redemocratização, com a promulgação de novas Constituições. Dentre elas, destacam-se as da Colômbia (1991), do Paraguai (1992), do Peru (1993) e da Venezuela (1999).

Avritzer (2011, p. 80) aponta que as principais mudanças que essas novas Constituições implementaram foram: (i) ampliação das formas de participação; (ii) atribuição de um novo papel ao Poder Judiciário, como mecanismo e efetivação de direitos; (iii) criação de um rol de direitos fundamentais extenso.

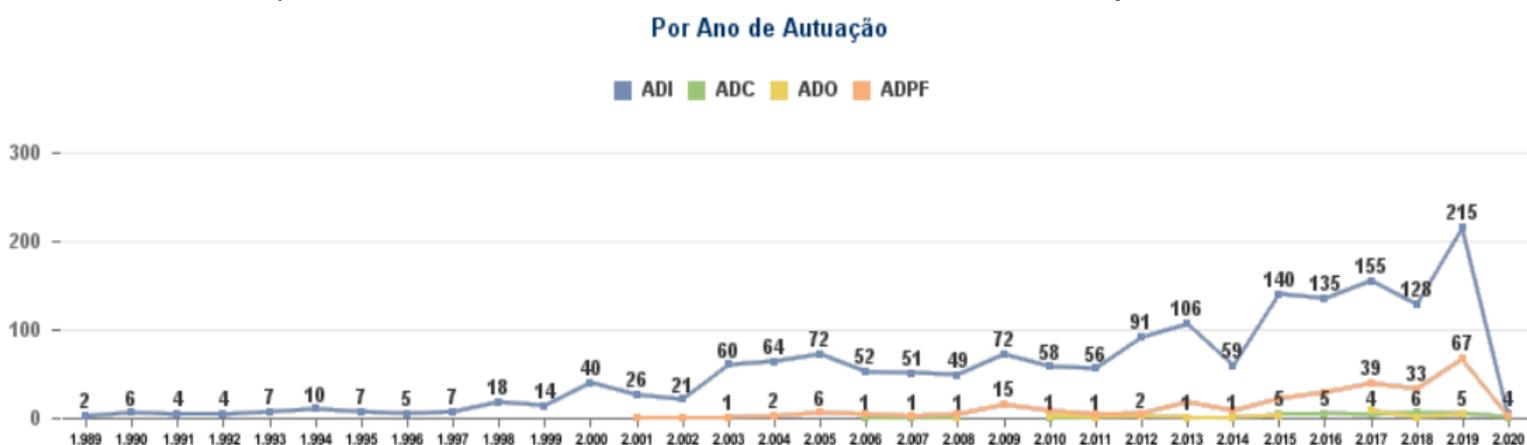
Especificamente no que tange ao Brasil, a Constituição de 1988 foi a responsável por transformar a realidade nacional. Tanto sob o aspecto da constitucionalização como processo de modificação do sistema jurídico-constitucional, quanto da constitucionalização sob o viés substancial, de supremacia e eficácia vinculante da Constituição, foi a Constituição de 1988 que a consolidou no Brasil, a partir do reconhecimento da sua eficácia sobre todas as demais normas.

No Brasil, a constitucionalização repercutiu de forma muito significativa na atuação do Poder Judiciário nacional, uma vez que, dentre os seus elementos primordiais estão a existência de uma Constituição com força normativa vinculante e a sua garantia jurisdicional. Assim, um dos seus pressupostos é a existência de um

Poder Judiciário forte o suficiente para ser responsável por assegurar, na prática, a observância da supremacia constitucional.

De fato, já havia controle de constitucionalidade, em suas duas modalidades – difusa e concentrada - desde muito antes da da promulgação da Constituição ora vigente⁸¹. Entretanto, foi apenas em 1988 que o controle se expandiu e o Poder Judiciário iniciou sua ascensão, vindo a assumir papel protagônico no que diz respeito à interpretação constitucional e à efetivação de direitos constitucionalmente previstos. Isso se deu, em boa parte, pela criação de novas ações de controle de concentrado e abstrato de constitucionalidade e pela ampliação do rol dos legitimados para sua propositura, o que implicou no aumento do ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade e, conseqüentemente, do poder conferido ao STF, como se verifica do gráfico a seguir:

Gráfico 5 - Número de processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade ajuizados de 1989 à 2020.



Fonte: STF.

Ademais, como a Constituição trouxe consigo novos direitos, fez surgir um anseio pelo seu cumprimento por parte dos cidadãos. A expectativa de concretização das disposições constitucionais, conjugada com a inércia dos demais poderes, teve por consequência prática a judicialização. Como assevera Luís Roberto Barroso (2009, p. 20), constitucionalizar é judicializar em potencial, é retirar a matéria da esfera política e reservá-la ao judiciário, que vai, progressivamente, assumindo mais funções

⁸¹ O controle difuso de constitucionalidade foi criado, no Brasil, pela Constituição de 1891 (artigo 59, III, §1º). Já em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, há divergências. Há autores que entender ter sido criado na Constituição de 1934 (MENDES; BRANCO, 2008, p. 1037), enquanto outros entendem que sua origem é a Emenda Constitucional n.º 16/1965, que alterou a Constituição de 1946 (MOARES, 2005, p. 654).

e, conseqüentemente, mais poderes.

Esse novo cenário proporcionou ao Poder Judiciário, em especial ao STF, o ambiente ideal para que passasse a, progressivamente, adentrar em assuntos predominantemente políticos, que seriam *a priori* deixados a cargo do Poder Executivo e do Poder Legislativo, democraticamente eleitos, decidirem. Sua atuação, para além de jurídica, tornou-se paulatinamente uma atuação também política.

Enquanto constitucionalizar significa expandir os efeitos da Constituição para todas as demais normas, colocando-a no centro do ordenamento jurídico, judicializar é conferir ao Poder Judiciário a prerrogativa, notadamente em decorrência da constitucionalização, de resolver questões que antes eram tratadas no campo da democracia representativa, mormente questões políticas e morais que gerem controvérsias significantes na sociedade. Com a judicialização:

O Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, de acordo com cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana (BURGOS; CARVALHO; MELO; VIANNA, 1999, 53).

Sobre o tema, é importante salientar que, assim como ocorre com a constitucionalização, existem divergências acerca da definição de judicialização. Sob o viés normativo, judicializar se relaciona com o dever legal de o magistrado decidir sobre as questões que lhes são apresentadas por meio de processos judiciais. Por outro lado, sob o aspecto político-social, a judicialização pode dizer respeito à expansão do âmbito de atuação do Poder Judiciário ou ao aumento do número de processos judiciais – ex: judicialização da saúde. Para além dessas definições, existem diversas outras, como aponta Alexandra Aragão (2013, p. 66), as quais, todavia, não serão objeto de maiores digressões. Para os fins do presente estudo, adotar-se-á a definição de judicialização como a análise e decisão, pelo Judiciário, de temas políticos originalmente afetos a outros poderes.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 03), esclarece que a “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais”. Segundo referido autor, são três as principais causas desse fenômeno no Brasil, quais sejam: (i) redemocratização, que culminou na promulgação da Constituição de 1988; (ii) constitucionalização abrangente, que trouxe para o texto constitucional temas antes

tratados por normas infraconstitucionais; e (iii) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, inaugurado pela nova Carta Constitucional. O contexto do pós 1988 foi o ideal para que a judicialização começasse a fazer parte do cotidiano brasileiro.

A judicialização não pode ser confundida, no entanto, com o ativismo judicial, expressão que, segundo o supracitado autor (2018, p. 2182), em clara demonstração da influência estadunidense sobre a sua teoria constitucional, se consolidou a partir da Corte Warren, por ele conceituada como:

Período em que ocorreu uma revolução profunda e silenciosa, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial.

Na sua visão, decisões como a proferida pela SCOTUS no julgamento do caso *Brown* são paradigmas do ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais e de proteção das minorias, ativismo este calcado na ideia de contramajoritarismo judicial.

Diferentemente da judicialização, o ativismo corresponde à postura assumida pelo juízes e Ministros no sentido de não se autoconter, de expandir seu âmbito de atuação. Isto é, ele se relaciona com a conduta que os membros do Poder Judiciário assumem diante de determinados casos concretos. O ativismo não decorre do sistema constitucional, como a constitucionalização, mas sim da própria mentalidade do Poder Judiciário, da forma como seus membros enxergam a sua função na sociedade, podendo se manifestar, por exemplo, por meio da aplicação da Constituição em situações não expressamente previstas⁸².

Há, assim, casos de judicialização sem ativismo, ou seja, hipóteses em que o Poder Judiciário decide questões que não seriam propriamente de sua competência resolver, mas mantém postura de autocontenção. Sobre o assunto, vale destacar o quanto segue:

Em um primeiro olhar, pode-se pensar que o ativismo judicial e a judicialização são expressões sinônimas, uma vez que ambas versam sobre o poder de atuação do Poder Judiciário que extrapola, de algum modo, sua competência. Há, porém, diferenças as quais definem o que realmente significam essas expressões na prática: o ativismo implica opções, escolhas por parte dos juízes quando da interpretação das regras constitucionais, ao passo que a judicialização decorre da adoção de determinado paradigma constitucional. Na judicialização, os Poderes Executivo e Judiciário transferem algumas de suas decisões, de cunho

⁸² Exemplos de julgamentos em que o STF adotou esse tipo de postura são as APFs 132 e 54, que serão objeto de estudo no capítulo 2.

político, para o Judiciário, o qual atua no sentido de definir normas de comportamento a serem adotadas pelos outros poderes e deslindar conflitos (...) O ativismo judicial significa que houve tomada de decisão política, a escolha por determinada linha de atuação política – com o juiz como protagonista político (ARAGÃO, 2013, p. 68).

Vale ressaltar que, embora possa parecer, o ativismo não implica necessariamente na politização, consequência sim da judicialização, uma vez que, como dito, ele não pressupõe a apreciação de temas que seriam, ao menos em regra, objeto de decisão pelos demais poderes. Não é porque o Judiciário adota uma postura proativa e sem autocontenção que suas decisões possuem caráter político.

Nesse sentido, esclarece Luís Roberto Barroso (2018, p. 2182) que o Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, é mais ativista do que a Suprema Corte Estadunidense, ou seja, sua conduta é ainda mais expansiva, indo além da norma escrita, do direito posto. Entretanto, o Tribunal Alemão é menos político que o norte-americano, uma vez que evita decidir sobre questões de cunho eminentemente político, como eleições⁸³.

A consequência prática da constitucionalização, da judicialização e do ativismo, sejam eles considerados individualmente ou em conjunto, é o protagonismo judicial, ou seja, todos eles levam à posição de preponderância do Poder Judiciário, que no caso brasileiro vem ganhando destaque desde 1988⁸⁴.

⁸³ São exemplos de decisões judiciais acerca de temas políticos os seguintes casos julgados pela SCOTUS: *Bush v. Gore*, 513 US 598 (2000), que teve por objeto o resultado das eleições presidenciais, e *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), no qual se decidiu pela constitucionalidade do *Affordable Care Act (Obama Care)*, por cinco votos a quatro. Sobre temas como esses o Tribunal Alemão, considerado ativista, costuma se recusar a decidir.

⁸⁴ Christian Lynch, ao analisar o papel do Poder Judiciário na realidade brasileira, denomina esse cenário de protagonismo judicial “judiciarismo” e esclarece que “ao contrário do que se pode imaginar, o judiciarismo é fenômeno antigo no Brasil. Tem inspiração no papel de guardião da constituição exercido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, descrito e divulgado por clássicos como Tocqueville e James Bryce. Ele aflorou entre nós com a República e a criação do Supremo Tribunal Federal, encarregado de arbitrar as contendas entre os poderes políticos e garantir os direitos fundamentais. Liderado por Rui Barbosa desde o começo do regime, contra a ditadura do marechal Floriano Peixoto, e encampado por ministros do Supremo Tribunal, como Pedro Lessa, o judiciarismo tornou-se a partir da presidência Hermes da Fonseca (1910-1914) um discurso de combate ao *establishment* da República Velha, cujo modelo político oligárquico baseado na Política dos Governadores era diuturnamente denunciado pelos bacharéis. O judiciarismo se caracterizava pela defesa do Poder Judiciário como um sucedâneo do poder moderador monárquico, capaz de garantir, por intermédio da jurisdição constitucional, o primado do Estado de direito democrático contra as veleidades oligárquicas ou autoritárias do regime. Foi nessa condição que o judiciarismo legitimou o movimento tenentista e a Revolução de 1930 na década de 1920. Como seu discurso de acentuados contornos éticos, em torno da ideia de uma república liberal e civicamente mobilizada, o judiciarismo tornou-se uma vertente poderosa dentro do liberalismo brasileiro, reverberando nas décadas posteriores na luta dos bacharéis liberais contra o autoritarismo do Estado Novo e do regime militar. Basta lembrar aqui os bacharéis da antiga União Democrática Nacional (como Afonso Arinos, Bilac Pinto e Aliomar Baleeiro) e do velho Partido Socialista Brasileiro (como Evandro Lins e Silva, Hermes Lima, João Mangabeira). Mas o

Esse cenário é objeto de tanto de críticas quanto de elogios, ou seja, existem inúmeros argumentos favoráveis à ascensão do Poder Judiciário brasileiro no atual contexto político-jurídico, pautadas especialmente da ideia de contramajoritarismo, mas também existem muitas críticas, com fundamento, em especial, no *déficit* de legitimidade democrática das Cortes. No próximo tópico, esses argumentos serão abordados com maior profundidade.

2.2 Prós e contras do ativismo judicial no Brasil. Fundamentos de legitimidade e argumentos contrários à expansão do Poder Judiciário

Inicialmente, é importante elucidar que, apesar de o presente estudo ter como objeto não só o Supremo Tribunal Federal, mas também a Suprema Corte Estadunidense, optou-se pela discussão do tema, nesse subcapítulo, a partir do uso quase exclusivo de doutrinadores brasileiros. Isso, porque os doutrinadores nacionais costumam escrever a partir da realidade na qual se inserem e geralmente

judicialismo não prosperou porque sofreu a concorrência desleal, no papel de herdeiro do Poder Moderador, das Forças Armadas. **O ambiente favorável à afirmação do discurso judicialista só se delineou na década de 1990, devido à desmoralização do conservadorismo; o generoso desenho institucional da Constituição de 1988; a massificação do ensino jurídico e a valorização das corporações judiciárias, no que tange às suas carreiras e salários, atribuições e competências. A ascensão dos novos atores judiciários foi, por fim, coroada pelo advento do neoconstitucionalismo como filosofia e hermenêutica jurídicas e abençoada por parte da sociologia do direito. O papel desempenhado pelos juízes e promotores, na qualidade de portadores da Revolução Judicialista, só pode ser adequadamente compreendido na medida em que se entenda o espaço significativo que as “vanguardas modernizadoras” possuem na cultura política brasileira.** Em todas as épocas de crise do sistema político-constitucional, sempre que se acreditou difusamente que a classe política se tornou obstáculo ao progresso do país, houve espaço para a emergência de novos personagens, investidos do papel de vanguarda regeneradora da república. Há o tecnocrata apartidário e patriota, engenheiro ou médico; há o bacharel ou o jurista liberal ou libertário, geralmente constitucionalista ou penalista; há o militar positivista, etc. **Nos últimos 15 anos surgiu uma categoria nova, a do juiz e a do promotor de justiça que, encrustados no Estado, entendem dever agir no sentido de combater a impunidade política, respondendo apenas à própria consciência iluminada pela Constituição.** Por seu perfil ideológico e motivações, os “novos tenentes” são bacharéis ilustrados que, no passado, teriam sido atraídos pela carreira política propriamente dita. Diante das dificuldades opostas pela atual massificação da política, com seu “baixo nível”, porém, esses bacharéis julgaram mais cômodo e eficaz operarem de dentro do próprio Estado, **através das instituições e instrumentos judiciários criados pela Constituição de 1988 e fortalecidos no curso das décadas seguintes.** Oriunda geralmente da classe média, legitimados intelectualmente pela aprovação em concurso público, e legalmente pelo papel de representantes funcionais da sociedade civil, esses promotores e juízes têm verdadeira ojeriza à política profissional, especialmente os ocupantes de cargos legislativos. Vistos como pragmáticos, incultos e mal-intencionados, os políticos profissionais viveriam exclusivamente da exploração de um eleitorado pobre e ignorante, desprezando as aspirações cívicas da sociedade civil, entendida como “classe universal”. Imbuídos de um idealismo constitucional, os novos tenentes desejam regenerar a “pureza” das instituições constitucionais de 1988, corrompidas pelos políticos “carcomidos” (2017, p. 161-162, grifo nosso).

compreendem melhor as especificidades nacionais.

Como é óbvio, não se mostra razoável deixar de fora da pesquisa obras de relevância internacional que se apliquem perfeitamente ao debate. No entanto, o uso de doutrina estrangeira nesse tópico terá por finalidade apenas demonstrar de que forma o tema é compreendido alhures, sendo conferida maior relevância à autores brasileiros, como dito.

Tendo isso posto, passar-se-á à análise dos principais argumentos trazidos pela doutrina nacional a respeito da atuação ativista e contramajoritária do Poder Judiciário Brasileiro, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal.

Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2013, p. 130 a 132), ao tratarem do tema, apontam que são três os principais argumentos apresentados por aqueles que se posicionam em sentido favorável a esse modelo mais expansivo de atuação judicial no Brasil.

O primeiro deles se baseia na ideia de que o Poder Judiciário julga em harmonia com a opinião pública, refletindo de forma mais satisfatória os anseios populares do que as instâncias genuinamente democráticas. Esse argumento põe em xeque toda a teoria do contramajoritarismo judicial e se aproxima do *up-side down judicial review*, tratado no primeiro capítulo, uma vez que justifica a atuação das Cortes não pela necessidade de proteção das minorias, mas sim pela necessidade de expressão da vontade das maiorias que não são representadas de forma adequada pelos demais poderes, aos quais pertence essa atribuição.

Mais a frente, quando da análise de decisões proferidas pelo STF, esse tema será abordado com maior profundidade, mas vale destacar, desde já, que não há muitos apoiadores dessa visão, tanto na doutrina nacional quanto na internacional. Tanto é assim que no capítulo um, quando foram estudados os dados realtivos à aceitabilidade da decisão proferida em *Brown*, foi possível notar que o que prevalece dentre os constitucionalistas da atualidade é o entendimento de que as Cortes Constitucionais atuam na defesa de minorias e não na representação de maiorias.

Christopher Eisgruber é um dos raros autores que defendem a ideia de que ao Poder Judiciário compete proteger maiorias. Segundo a sua perspectiva, a Constituição possui uma série de cláusulas abertas justamente para viabilizar a sua adaptabilidade diante das transformações na sociedade, o que confere ao povo o poder de autogoverno constitucional. Esse autogoverno, no entanto, é exercido por meio do Poder Judiciário, que, pelas prerrogativas conferidas aos seus membros, como

inamovibilidade, irredutibilidade salarial e vitaliciedade, não possui interesses políticos que possam interferir nas decisões, estando, portanto, apto para expressar de forma mais fidedigna a vontade do povo. Ele considera a Suprema Corte uma instituição representativa, destinada a falar em nome da população, diferenciando-se das demais instâncias representativas por seu desinteresse. Ainda segundo ele, a Suprema Corte é dotada do “*democratic pedigree*” pela forma pela qual os seus membros são nomeados – indicação por Presidente eleito e sabatina por senadores também eleitos (2001, p. 03 e 50).

Em sentido diametralmente oposto, Jeremy Waldron entende que as Cortes Constitucionais estão sujeitas à pressões políticas e à opinião pública, bem como a *lobbies* e influências de setores sociais poderosos (2006, p. 1369), ou seja, ele considera que não há, no âmbito do Poder Judiciário, o insulamento apontado por Christopher Eisgruber. Muito pelo contrário. Pare ele, as Cortes estão tão sujeitas à influências externas quanto o Parlamento.

O segundo argumento favorável trazido por Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento se relaciona com a abertura dos processos judiciais à participação popular, o que conferiria legitimidade democrática aos julgamentos⁸⁵. São exemplos desses mecanismos que têm por objeto a ampliação da participação da sociedade: (i) a ampliação do rol de legitimados à propositura de ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade⁸⁶; e (ii) a previsão da possibilidade de participação de *amici curiae* em ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade⁸⁷. Assim, com a participação social potencializada, a tese do *déficit* de legitimidade democrática cairia por terra, tornando plenamente justificável que o Poder Judiciário assumisse o protagonismo na tomada de decisões, ainda que de cunho predominantemente político.

O terceiro argumento em prol do protagonismo judicial aventado pelos referidos autores é o da democracia. Segundo eles, há quem entenda que o conceito de democracia deve necessariamente abranger o respeito aos direitos fundamentais e aos valores democráticos e, diante disso, o Supremo Tribunal Federal deveria atuar

⁸⁵ Esse argumento foi utilizado por diversas vezes no julgamento da ADPF 54, a fim de legitimar a atuação judicial *in casu*, uma vez que, como será demonstrado na parte final do capítulo 3, nesse julgamento houve ampla participação da sociedade por meio de quatro audiências públicas, cujos argumentos foram citados por alguns Ministros em seus votos.

⁸⁶ O artigo 103 da Constituição Federal estabelece os legitimados à propositura de ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

⁸⁷ O art. 7º, §2º da Lei n.º 6.385/76 trata da atuação do *amicus curiae* em sede de ADI e ADC.

como protetor deles, a fim de assegurar a própria democracia. Sem Cortes Constitucionais, não seria possível a subsistência de um Estado democrático.

Esse argumento despreza a ideia de majoritarismo como elemento da democracia ao defini-la a partir de direitos e valores, o que o aproxima da leitura moral defendida por Ronald Dworkin. Conforme a teoria desenvolvida pelo referido autor, a premissa majoritária, calcada na ideia de que deve prevalecer o que maioria deseja, deve ser descartada. Isso, porque a democracia, a seu ver, deve ter como pressuposto a tomada de decisões por instituições políticas cuja estrutura, composição e prática permitam que todos os indivíduos sejam tratados como tal, com igual atenção e respeito, qual seja, Poder Judiciário, ainda que venham a ser contrárias às maiorias (1996, p. 33).

Em que pese a relevância do esforço teórico realizado por Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, assim como por diversos outros autores que se debruçam sobre o tema na doutrina brasileira, é Luís Roberto Barroso que se destaca na defesa da atuação expansiva do Poder Judiciário em cenário nacional, tendo dedicado, inclusive, uma boa parte de suas obras ao tema.

Christian Lynch (2017, p. 163) aponta que a teoria constitucional de Barroso exemplifica claramente o que ele denomina de “revolução judicialista”, denominação por ele atribuída ao processo de expansão judicial no Brasil. Ao seu ver, o professor de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro e atual Ministro do STF é

um kantiano assumido, que acredita em um processo histórico de avanço civilizacional e aposta no judicialismo, exercido por meio da hermenêutica neoconstitucional, como instrumento de superação do atraso nacional. Como uma espécie de Rui Barbosa redivivo, Barroso cedo apostou na revitalização do direito constitucional como disciplina, convertendo-o em instrumento prático voltado para promover a concretização de valores constitucionais como os direitos humanos e a democracia liberal. Essa revitalização passava pela nova hermenêutica jurídica chamada doutrina da efetividade da Constituição, depois superada ou alargada pela recepção do chamado neoconstitucionalismo. Essa nova hermenêutica passou a tratar princípios constitucionais como regras cuja aplicação, devido aos seus enunciados relativamente vagos, facultariam ao juiz decidir em certos e determinados casos valendo-se de uma discricionariedade ampla, orientada por valores políticos éticos e comunitários. O direito constitucional, manejado pelas lentes do neoconstitucionalismo, teria por fim reconstruir a República brasileira contra seus males seculares. Investido da condição de juiz constitucional, ele guarda a esperança de que o Supremo Tribunal, sob o seu comando ou inspiração doutrinária, se transforme em agente privilegiado da revolução regeneradora, funcionando, em suas próprias palavras, como uma “vanguarda iluminista” encarregada de “empurrar a história”. Do ponto de vista político, Barroso é um “neoliberal progressista”: revela-se tão simpático

às reformas de Estado promovidas por Fernando Henrique Cardoso quanto aos programas sociais e às políticas de defesa das minorias adotadas pelo Partido dos Trabalhadores. Em seu diagnóstico das causas do retardo brasileiro, ele parte das interpretações anti-iberistas elaboradas por liberais como Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Roberto da Matta. Contra os efeitos nefastos da colonização, patrimonialismo, estatismo, falta de ética e desigualdade perante a lei -, Barroso defende emancipar o mercado e a sociedade civil do estatismo, renovar as universidades públicas pelo financiamento privado, acabar com a impunidade dos ricos pela restrição à liberdade depois do segundo grau de jurisdição, e a dos políticos, pela restrição do foro privilegiado; reduzir as desigualdades raciais, sociais e de gênero; reformar o sistema político pela introdução do semipresidencialismo, do voto distrital misto e do fim das coligações nas eleições proporcionais.

O pensamento de Luís Roberto Barroso certamente é reflexo de seu histórico pessoal e profissional. Nascido em 11 de novembro de 1958, em Vassouras, no Rio de Janeiro, o atual Ministro do STF mudou-se para o Rio de Janeiro com sua família em 1963, após seu pai, bacharel em Direito, ser aprovado em concurso para o Ministério Público Estadual, e formou-se em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), faculdade com a qual mantém vínculo não só profissional/institucional, mas também afetivo, em 1980. Nos anos de graduação, participou do Centro Acadêmico, atuando ativamente no contexto de ditadura militar (BARROSO, 2013).

Posteriormente, optou por estudar nos EUA, onde cursou pós-graduação na Yale Law School (1989). Cumpre salientar que essa foi a segunda vez que se mudou com a finalidade de estudar, vez que aos 15 anos realizou intercâmbio no referido País. Profissionalmente, Barroso atuou não só como professor de Direito Constitucional na UERJ, onde foi um dos fundadores do Programa de Pós-Graduação, mas também como advogado e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, exercendo papel determinante em diversos julgamentos, dentre os quais se destacam as ADPFs 132 e 54, objeto do capítulo 3 (Hippolito, 2017).

Em 2013 foi indicado para compor o STF pela então presidente Dilma Rousseff e participou do julgamento de diversos casos de grande relevância e repercussão social, nos quais deixou transparecer sua concepção acerca das funções a serem desempenhadas pelo Poder Judiciário. Nos últimos anos tem sido convidado a palestrar em Universidades norte-americanas, como Harvard, New York University e Yale.

Tendo em vista o exposto, abaixo serão analisados alguns dos escritos de Luís Roberto Barroso, a fim de sistematizar os argumentos que ele tem apresentado

recentemente na defesa da expansão judicial.

Para o referido autor, nos últimos 200 anos surgiram duas linhas principais de justificação da atuação do Poder Judiciário no sentido de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes eleitos. A primeira se pauta na concepção da Constituição como carta normativa posicionada acima das leis, sobre as quais deve prevalecer, sendo competência do Poder Judiciário afirmar a sua supremacia e negar validade às normas infraconstitucionais que a contrariem. A segunda legitima o controle de constitucionalidade por meio da preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado Democrático, ou seja, segundo essa visão, à Corte Constitucional compete assegurar a observância de determinados valores substantivos e dos procedimentos adequados de participação e deliberação (BARROSO, 2011, p. 410).

Na perspectiva do autor, a democracia não se resume ao princípio majoritário, uma vez que governo do povo não significa exclusivamente governo do eleitorado e nem governo da maioria, mas sim governo de todos. Há, assim, princípios e direitos de minorias que devem ser respeitados independentemente da vontade das instituições representativas da vontade da majoritária, sendo responsabilidade do Poder Judiciário assegurar a seu respeito.

A seu ver, enquanto o processo político se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, os quais dependem do Poder Judiciário para serem preservados. Assim, a legitimidade da jurisdição constitucional advém da sua prerrogativa de assegurar a harmonia entre constitucionalismo (poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular) e de estancar a vontade da maioria quando esta violar o procedimento democrático ou os direitos fundamentais de minorias (BARROSO, 2011, p. 413 e 414).

Diante disso, constata-se, que a partir do seu entender, seria papel das Supremas Cortes manter o equilíbrio entre os três elementos que compõem o Estado Democrático de Direito: (i) governo da maioria; (ii) limitação ao poder, evitando o abuso dos governantes e das majorias políticas e protegendo as regras do jogo democrático; e (iii) respeito aos direitos fundamentais.

O autor aponta, por fim, que o *déficit* democrático do Poder Judiciário não é maior do que o do Legislativo, uma vez que a sua composição pode estar afetada pelo uso da máquina administrativa em campanhas eleitorais, pelo abuso do poder

econômico, e pela manipulação dos meios de comunicação (2011, p. 414)⁸⁸. Assim, da mesma forma que é possível que o Poder Judiciário, em alguns casos, se posicione de forma contrária à opinião pública, é possível que os governantes eleitos não correspondam à vontade da população majoritariamente considerada.

Conrado Hubner Mendes, em que pese ser um dos principais autores quando se trata de crítica ao ativismo judicial do STF, realizou um esforço, em sua tese de doutorado, no sentido de sintetizar os argumentos favoráveis à esse modelo de atuação judicial que são comumente trazidos pela doutrina, quais sejam (2008, p. 55 a 70): (i) a Corte protege as pré-condições da democracia; (ii) a Corte assegura o processo de formação da vontade democrática; (iii) a Corte protege os direitos fundamentais; (iv) a Corte protege os direitos das minorias; (v) a Corte é emissária do povo e este, em caso de insatisfação, pode invalidar a decisão judicial por Emenda Constitucional ou por nova Constituição; (vi) a supremacia judicial é exigência do Estado de Direito; (vii) a Corte é um agente externo, que julga com imparcialidade; (viii) a Corte é um veto inerente à dinâmica da separação de poderes; (ix) a Corte analisa um caso concreto com racionalidade; (x) a Corte é menos falível dentre os demais poderes constituídos; (xi) a Corte promove representação deliberativa e argumentativa; (xii) a Corte é instituição educativa e promove o debate público; (xiii) a Corte integra o sistema democrático; (xiv) a Corte é composta por membros indicados por autoridades eleitas. Segundo ele, no entanto, ainda que algumas dessas teses façam sentido, todas são questionáveis e não conseguem justificar/legitimar a preponderância judicial.

Na sua visão, o Tribunal não possui a finalidade de proteger as pré-condições da democracia, pois não está fora da política (2008, p. 86). Em verdade, ele se insere na política e suas decisões são, muitas vezes, claramente dotadas de viés político, especialmente quando se trata de interpretação constitucional. As decisões judiciais, para ele, são revestidas de linguagem técnica e mascaram as manifestações de vontade e agendas ideológicas. Em suas palavras (2008, p. 183):

A Corte Constitucional, nesse sentido, não está numa Torre de Marfim, mas no calor da política. Mesmo que métodos de interpretação não constriam juízes tanto quanto esperávamos, a política (formal e informal) o faz. Juízes farejam o grau de aceitabilidade de suas decisões e estão sujeitos a

⁸⁸ Um grande exemplo da manipulação de campanhas eleitorais é o uso das *fake news*, propagadas em rede sociais, tema que tem gerado inúmeros debates acerca do controle de informações em períodos de eleições, considerando a difusão em massa e a possibilidade de alteração significativa do resultado do pleito eleitoral.

pressões difusas e específicas.

Ademais, ele entende que a Corte não pode ser compreendida como emissária de um poder constituinte e nem como um mecanismo de pré-comprometimento, sendo esse apenas um disfarce destinado à encobrir a atuação de um agente político. Nenhuma das instituições aptas a decidir por último, ou seja, a dar a última palavra sobre questões que gerem grande controvérsia, é neutra. Sua palavra final sempre terá, ainda que de implicitamente, um fundamento de natureza política. Sendo assim, ele defende que a melhor instituição para tomar esse tipo de decisão é o Parlamento, representante do povo, seja pelo valor moral que o alimenta, seja pela sua capacidade de alcançar soluções mais balanceadas (MENDES, 2008, p. 90).

O Poder Judiciário, diante de um caso de controle de constitucionalidade, está, a seu ver, mais distante da realidade do que o Parlamento ao elaborar uma lei. O Poder legislativo dispõe de inúmeros recursos para obter informações da sociedade, além de possuir capacidade institucional para prever com muito mais eficiência os impactos das normas por ele criadas. Por outro lado, o Poder Judiciário pode enfrentar dificuldades para verificar os impactos que uma lei pode ter sobre direitos fundamentais. Assim, a adoção de um modelo de revisão judicial fraco seria suficiente (MENDES, 2008, p. 91)⁸⁹.

Para ele, a Corte não promove uma representação deliberativa ou argumentativa, como o faz, ao menos em teoria, o Poder Legislativo, uma vez que seus membros não são eleitos como representantes do povo. Eles são, em verdade, uma elite profissional e intelectual e o afastamento de que tanto se orgulham agrava a sua situação de distanciamento em relação à sociedade (MENDES, 2008, p. 93). O fato de ser composta por autoridades indicadas por governantes eleitos não é, dessa forma, suficiente para torná-la efetivamente democrática.

Enquanto o Parlamento, de acordo com o seu ponto de vista, atribui a cada cidadão igual importância e confere a todos a possibilidade de participar do processo de resolução, o Poder Judiciário fica adstrito a uma elite. A linguagem menos técnica e hermética dos legisladores amplia a participação e enriquece, conseqüentemente,

⁸⁹ O modelo de controle de constitucionalidade fraco admite que a decisão judicial pela inconstitucionalidade seja superada pelo Poder Legislativo com mais facilidade, uma vez que demanda a compreensão deste poder como instância responsável por dar a última palavra diante de questões controversas. É o caso, por exemplo, do Canadá. Essa perspectiva em muito se diferencia do que é ocorre tanto nos EUA quanto no Brasil, por sua influência direta.

o debate, enquanto os magistrados permanecem presos em uma linguagem jurídica que alija a população do debate, que impede que o cidadão comum compreenda as deliberações e as decisões por ela tomadas. A argumentação judicial é, como se sabe, legalista e pautada em jargões não raro sem conteúdo concreto ou sem conexão alguma com a realidade subjacente. Dessa maneira, dentre as instituições que poderiam dar a última palavra, esta competência deveria ser atribuída àquela que possua o maior caráter democrático, ou seja, ao Parlamento (MENDES, 2008, p. 94).

Conrado Hubner Mendes aponta, ainda, que o Poder Judiciário, em especial Cortes Constitucionais, não protege direitos das minorias contra a tirania das majorias (MENDES, 2008, p. 87). Em verdade, não há nada de tirânico no fato de que as minorias percam para as majorias no Parlamento. A maioria pode estar certa e a minoria não ser titular dos direitos que questiona. A tirania vai existir, a seu ver, no caso em que decisões erradas sobre direitos fundamentais forem tomadas, o que pode ocorrer tanto do âmbito do Poder Legislativo quando no âmbito do Poder Executivo.

Referido autor tem dedicado especial atenção à análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal, em específico. Em artigo publicado em janeiro de 2018, por exemplo, ele teceu uma série de observações de conotação negativa acerca do STF, que estava decidindo, naquele período, questões controversas e de caráter eminentemente político.

Nesse artigo, contrapondo-se à Luís Roberto Barroso, que atribui ao STF o papel de “vanguarda iluminista”, o autor cunha a expressão “vanguarda ilusionista”. Para ele, o ilusionismo da atuação do Tribunal reside não no resultado da sua decisão, mas sim no procedimento que leva a ela, principalmente no argumento que a justifica. Em suas palavras (2018):

A síntese do desgoverno procedimental do STF está em duas regras não escritas: quando um não quer, 11 não decidem; quando um quer, decide sozinho por liminar e sujeita o tribunal ao seu juízo de oportunidade. Praticam obstrução passiva no primeiro caso, e obstrução ativa no segundo (...) O argumento constitucional do Supremo já não vale o quanto pesa e tornou-se embrulho opaco para escolhas de ocasião. Basta olhar com lupa as incoerências na fundamentação de casos juridicamente semelhantes que recebem decisão diversa. A expressão "jurisprudência do STF" sobrevive como licença poética, pois perdeu capacidade de descrever ou nortear a prática decisória do tribunal. Perdeu dignidade conceitual e até mesmo retórica.

Do seu ponto de vista, o ilusionismo retira das decisões do Tribunal a sua

integridade institucional. Passa ser mais importante para o advogado conhecer a biografia do Ministro que julgará o caso e saber se ele atende às regras de imparcialidade, responsabilidade e colegialidade, do que analisar a sua interpretação da Constituição. Não se espera mais que os Ministros tenham compromisso ético para decidir com maior isenção e ponderação analítica, sem ceder às pressões políticas externas. Na sua visão (2018), o STF tornou-se:

Um Tribunal de 11 bocas e 11 canetas dotadas de poder para, sozinhas, tomar decisões (ou não decisões) que geram efeitos irreversíveis (...) Decidem (ou deixam de decidir) o que querem, quando querem, sozinhos ou em plenário; falam o que querem e quando querem, não só nos autos e nas sessões públicas de julgamento mas também nos microfones de jornalistas.

Isso significa que, para ele, a Corte Brasileira tem sido governada pelo voluntarismo de seus membros. Por vezes eles decidem um caso rapidamente e por vezes demoram anos para julgá-lo, independentemente do grau de complexidade da demanda ou da quantidade de processos que chegam para apreciação do Tribunal. A observação dos ritos, procedimentos e prazos seria, nesse contexto, um gesto quase revolucionário.

Ademais, para Conrado Hubner Mendes, os Ministros tomam determinadas decisões e pouco tempo depois a revisam e alteram drasticamente o posicionamento anterior, o que tem gerado insegurança jurídica. Além disso, o Tribunal possui o hábito de julgar casos semelhantes de forma distinta, sem que haja motivação clara para tanto, ou seja, a noção de jurisprudência, elemento basilar do sistema jurídico estadunidense, que demanda ao menos um mínimo de vinculação e respeito aos precedentes, é constantemente deturpada pelo Tribunal. Em síntese, o autor esclarece que (2018):

Às vésperas dos 30 anos da Constituição de 1988, temos um tribunal constitucional desencontrado. O STF promete mais do que deve, entrega menos do que pode, disfarça o tanto quanto consegue. Habitou-se à prática do ilusionismo e dela faz pouco caso. Criou uma espécie de zona franca da Constituição, onde reina a discricionariedade de conjuntura e aonde o Estado de Direito não chega. E não chega por obra dos próprios ministros e ministras, que não promoveram um único aperfeiçoamento digno de nota na última década: nem na forma, nem no conteúdo; nem nos ritos, nem na ética institucional. Não sabem conjugar a primeira pessoa do plural. Mediocrizaram a tarefa de interpretação constitucional e a própria instituição, cujo status se evapora. Com ele vai a esperança de efetividade da Constituição, a mais avançada que já tivemos.

De todo o exposto, fica claro seu posicionamento crítico e a forma como ele

enxerga a atuação do Poder Judiciário brasileiro e, em especial do STF. Na sua perspectiva, o papel dos juizes no atual momento da realidade brasileira deve ser de autocontenção e, principalmente, de autocrítica, a fim de que, em conjugação com os esforços dos demais poderes, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados tenham aplicabilidade prática/concretude.

Luís Roberto Barroso (2018, p. 2185) também dedicou parte de suas obras à análise das críticas dirigidas à atuação do Poder Judiciário nacional e separou as principais em três grupos distintos: (i) crítica ideológica; (ii) crítica institucional; (iii) crítica democrática. Como se sabe, seu posicionamento, diferentemente de Conrado Hubner Mendes, é no sentido da defesa da atuação jurisdicional, sendo certo que a sua análise acerca das críticas a esse entendimento possui por finalidade precípua desconstruí-las.

A crítica ideológica, a seu ver, tem como pilar a concepção do Poder Judiciário como instância historicamente conservadora da estrutura de poder e da distribuição de riquezas na sociedade, sendo um antídoto à participação popular⁹⁰.

O principal autor dessa vertente é Ran Hirschl, segundo o qual empoderamento judicial é consequência de um pacto tripartite entre elites políticas hegemônicas, elites econômicas e as próprias Cortes Supremas. As primeiras se veem ameaçadas e buscam proteger seus interesses face às viscitudes da política democrática por meio da última, que tem por fim fortalecer a sua posição institucional e o seu poder decisório (2004, p. 214).

Com o mesmo fundamento, Larry Kramer buscou construir uma teoria denominada “contitucionalismo popular”, que refuta o papel que tem sido conferido ao Poder Judiciário e busca reaproximar a Constituição do povo. O protagonismo, segundo ele, deveria deixar de ser das Cortes e passar a ser das ruas, que deveriam

⁹⁰ A Suprema Corte dos EUA, inclusive, surgiu com esse fundamento. Da leitura dos textos federalistas é possível perceber que havia uma preocupação latente com a força que as maiorias – mais especificamente os cidadãos comuns, de baixa renda – estavam adquirindo no contexto da Confederação. Assim, a criação da Federação e o fortalecimento do Poder Judiciário, especialmente a partir da instituição da uma Corte Constitucional, foi o mecanismo adotado como forma de frear esse processo. Conclui-se disso que o modelo constitucional que nasceu nos EUA e hoje se dissemina pelo mundo tem sua origem na preocupação das elites com a ascensão das maiorias populares. Sobre o tema, Hannah Arendt (2011, p. 2018) elucida que a Constituição Americana foi fruto de uma revolução conservadora e não transformadora, como a francesa. No mesmo sentido, Gordon Wood (2011, p. 131) chama atenção para a preocupação constante que existia à época em relação aos excessos da democracia, ou seja, à política popular. A seu ver, a Constituição Estadunidense foi escrita pela elite e para a elite (2011, p. 161). Roberto Gargarella (1991, p. 181), no mesmo sentido, ao analisar a realidade norte-americana, constatou também que o Poder Judiciário idealizado pelos federalistas era marcadamente elitista, sendo essa uma de suas características primordiais até hoje.

expressar sua vontade por meio de representantes eleitos (2001, p. 158).

Ainda nesse mesmo sentido, Mark Tushnet, que compreende a Suprema Corte como parte da superestrutura, como uma elite na busca da manutenção do seu poder, sugere a retirada de prerrogativas do Poder Judiciário, com a atribuição ao povo da função de decidir acerca do conteúdo dos direitos constitucionalmente previstos. Para ele, as decisões devem ser tomadas a partir do diálogo entre as pessoas, nas ruas, nos locais de votação ou no próprio Parlamento (1999, p. 177).

A crítica institucional, por sua vez, se baseia, conforme Luís Roberto Barroso, na incapacidade do Poder Judiciário para a tomada de decisões que demandem conhecimentos técnicos e discricionariedades políticas, sobretudo em função da inaptidão judicial para a observação dos efeitos sistêmicos dos julgamentos, como bem assevera Conrado Hubner Mendes. Como os seus membros possuem, em regra, conhecimento exclusivamente jurídico, não teriam condições de analisar elementos de outras áreas de estudo e tampouco seriam capazes de prever todos os desdobramentos que poderiam advir de suas decisões. No julgamento, por exemplo, de um caso versando sobre direitos fundamentais, o seu reconhecimento pode ter implicações sociais, econômicas, psicológicas, dentre outras, as quais o magistrado não possui, por uma limitação técnica, condições de conhecer de antemão, o que, por conseguinte, pode levar à consequências práticas negativas, ainda que o conteúdo jurídico da decisão esteja correto.

Por fim, a crítica democrática, de acordo com as lições de Luís Roberto Barroso, trata da limitação da participação no processo decisório apenas àqueles que tem acesso ao ambiente jurídico, afastando a população e gerando o risco de politização indevida da justiça. O próprio insulamento da Corte, considerado por muitos uma virtude, seria, a partir dessa perspectiva, um elemento negativo por impedir que terceiros participassem da construção do seu entendimento. Apenas uma elite poderia influenciar na decisão, ou seja, o povo estaria alijado desse processo.

Ao refutar essas críticas, referido autor aponta que, apesar de a judicialização não ser pressuposto do constitucionalismo democrático, ela tem sido utilizada de forma positiva, especialmente no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais e das regras do processo democrático (2018, p. 2186).

Em relação especificamente às críticas ideológica e democrática, o autor aponta que há dois fundamentos básicos para a delegação ao STF da prerrogativa de rever as decisões tomadas pelas instâncias genuinamente democráticas. O primeiro

deles, de cunho normativo, decorre do fato de ter a Constituição atribuído expressamente essa competência ao Tribunal. Já o segundo, filosófico, se relaciona com a ideia de que o Poder Judiciário tem o dever de zelar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios e de razão pública – não de política. Assim, a jurisdição constitucional seria uma garantia e não uma ameaça (2012, p. 28), um vez que não oprime a voz das ruas, mas sim “funciona como uma etapa de interlocução mais ampla com o legislador e com a esfera pública”, além de tutelar especialmente os grupos minoritários e menos favorecidos no jogo democrático, como mulheres, negros e pobres (2018, p. 2187).

Para ele, há uma linha tênue que separa direito e política, mas o dever de justificação diferencia de forma significativa a atuação puramente política da atuação jurisdicional⁹¹. Ademais, há determinados limites que devem ser respeitados pelo Poder Judiciário a fim de evitar o risco da politização da justiça, quais sejam, (i) o juiz deve agir em nome da Constituição e das leis, não por motivos políticos; (ii) o juiz deve ser deferente em relação às decisões tomadas pelos demais poderes; (iii) o juiz deve atuar em sintonia com o sentimento social; (iv) o juiz deve defender os direitos fundamentais das minorias, sem deixar-se levar pelo populismo (2012, p. 30).

O autor busca rebater a crítica institucional asseverando que a capacidade institucional é a habilitação de um determinado poder para produzir a melhor decisão em determinada matéria. Dessa forma, existem matérias, especialmente as que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica, sobre as quais a manifestação judicial não é a via mais adequada. Entretanto, a palavra final continua sendo do Poder Judiciário que, caso seja provocado, deverá decidir atentando-se ao posicionamento adotado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo em seu juízo discricionário.

No que tange aos efeitos sistêmicos da decisão, ele atenta para o fato de que efetivamente há casos em que o Poder Judiciário não consegue (ou não quer) apreciá-los, sendo essencial que haja cautela quando da tomada de decisões, a fim de se aferir não só os efeitos sobre as partes processuais, inseridas no micro sistema de justiça, mas também sobre o sistema como um todo.

⁹¹ Jeremy Waldron (2006, p. 1382) aponta que o dever de justificação tem sido executado de forma insuficiente pelo Poder Judiciário. A seu ver, as decisões judiciais tem se baseado superficialmente em precedentes, doutrina, etc., mas não propriamente na discussão mais importante do caso. Assim, os julgados ficam muito grandes, com várias páginas sem conteúdo relevante, praticamente sem abordar a questão moral subjacente.

Diante disso, ele concebe que ao Poder Judiciário e, mais especificamente, ao STF, devem ser atribuídas três funções, quais sejam, (i) representativa; e ii) de “vanguarda iluminista”; e (iii) contramajoritária. É o desempenho conjunto desses três papéis que, de acordo com a sua visão, confere ao Tribunal os elementos necessários à superação do *déficit* de legitimidade democrática que muitos lhe atribuem (2015, p. 36). No próximo tópico o tema será abordado de forma mais profunda.

2.3. AS TRÊS FUNÇÕES DO STF: REPRESENTATIVA, DE VANGARDA ILUMINISTA E CONTRAMAJORITÁRIA

Nesse subcapítulo serão analisadas as três funções criadas por Luís Roberto Barroso com a finalidade de conferir legitimidade democrática às decisões judiciais acerca de temas políticos, a fim de que seja possível compreender de que maneira ele entende que o Poder Judiciário deve atuar no contexto brasileiro.

a. O papel representativo do STF

Em relação ao papel representativo, Luís Roberto Barroso (2015, p. 38) questiona até que ponto os atos legislativos correspondem à vontade da maioria, ou seja, em que medida as instâncias genuinamente democráticas – Poder Legislativo e Poder Executivo, cujos representantes são eleitos por voto popular, têm sido capazes de, no exercício de suas atividades ordinárias, fazer prevalecer a vontade da maioria.

Segundo ele, a realidade demonstra que a atuação do Poder Legislativo nem sempre corresponde aos anseios populares, ou seja, nem sempre ele exerce suas atividades como representante do povo. Sendo assim, em diversas situações o Poder Judiciário faz as vezes do Legislativo, representando a população, hipótese em que a sua atuação é contra-legislativa, contra-congressual, contra-parlamentar, mas não contramajoritária (2018, 2203).

Isso se deve, a seu ver, à crise de representatividade que assola os Poderes Legislativo e o Executivo. Em função de escândalos de corrupção, eles perderam a confiança da sociedade e, ainda que seus membros tenham sido democraticamente eleitos, os eleitores tendem a não acreditar que referidos poderes tenham por objetivo representá-los, mas sim buscar a satisfação de interesses particulares.

Segundo o autor, ademais, o próprio sistema eleitoral/partidário é falho, na

medida em que não permite que todos os cidadãos usufruam das mesmas condições de candidatura e eleição⁹². Além disso, existem mecanismos institucionais que dificultam a concretização da vontade da maioria, como, por exemplo, a atuação das minorias como *veto players* ou o *lobby* de empresas/pessoas influentes em sentido contrário à vontade majoritária (BARROSO, 2015, p. 39).

Assim, diante desse cenário, a busca pelo Poder Judiciário se apresenta como solução, uma vez que, por estar, a seu ver, alheio aos fatores da disputa democrática por votos, poderia representar melhor os seus anseios. Prerrogativas judiciais, como o acesso por meio de concurso público⁹³ e a vitaliciedade, seriam capazes de afastar os magistrados de pressões externas que poderiam levar à decisões pautadas em interesses particulares.

É interessante perceber que justamente as características que conferem ao Poder Judiciário caráter alegadamente antidemocrático, como o seu insulamento e o fato de não ser formado por agentes democraticamente eleitos, são, na visão do autor, os elementos que lhe conferem maior aptidão para representar a população do que os demais poderes.

Dessa forma, os posicionamentos assumidos pelo STF, por exemplo, podem efetivamente representar melhor o entendimento da sociedade do que os posicionamentos do Poder Legislativo, sujeito à influência de fatores externos, como a vinculação partidária, o financiamento de campanha, a expectativa da reeleição, dentre outros.

O dever de fundamentar as decisões funcionaria, para o autor, como elemento de legitimação da atuação judicial. Assim, ainda que o tema deva ser decidido pelos

⁹² Esse tema é objeto de muitos debates atualmente, sobretudo quando se trata da possibilidade de candidatura avulsa, que é objeto do ARE 1054490, a ser decidido pelo STF. Ao menos em tese, essa possibilidade ampliaria a participação popular na política. Outra questão eleitoral polêmica que chegou ao STF (ADI 4650) foi a do financiamento privado de campanhas eleitorais. Há posicionamento no sentido de que a sua vedação, em que pese ter por fim evitar influências de grandes empresas nas eleições, privilegiou os candidatos com mais recursos financeiros.

⁹³ No que tange a relação entre provimento de cargos para juizes por meio de concurso público e legitimidade democrática, é importante salientar que, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir de informações colhidas entre abril e maio de 2018, o Poder Judiciário Brasileiro é composto majoritariamente por homens brancos, da região sudeste, casados e católicos, ou seja, apesar da forma de acesso ao cargo ser por concurso público que, ao menos em teoria, propicia a todos igualdade de participação, conferindo à carreira caráter democrático e plural, sua composição real vai em sentido contrário, demonstrado que, na prática, são poucos os que possuem o grau de instrução necessário para aprovação no concurso, o que conseqüentemente alija uma boa parte da população brasileira do processo decisório de temas de grande relevância para a sociedade. Para mais informações, *vide*: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf.

demais poderes, o Poder Judiciário pode intervir, exercendo sua função representativa, desde que fundamente a sua decisão, demonstrando, especialmente, a falha por parte das demais instâncias em atender aos anseios populares. A legitimidade da atuação representativa, dessa forma, não advém exclusivamente do voto, mas também da fundamentação das razões apresentadas pelo Poder Judiciário, ou seja, a legitimação não é exclusivamente eleitoral, mas também discursiva (2018, p. 2202 e 2203).

b. O papel de “vanguarda iluminista” do STF

O segundo e certamente mais polêmico papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, segundo Luís Roberto Barroso, é o de “vanguarda iluminista”, ou seja, o papel de “empurrar a história quando ela emperra”.

Referido autor conceitua iluminismo como:

Uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens (...) a razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos (2018, p. 2208).

Para ele, o papel iluminista do Poder Judiciário consiste em decidir para além do senso comum, enxergando além do que pensa a maioria, ou seja, os magistrados tem a função de perceber aquilo que precisa ser transformado na sociedade, mas que não ocorre em função de forças político-sociais, trazendo para si a responsabilidade de iniciar o processo de modificação. Pode-se dizer que ele concebe o Poder Judiciário como o agente transformador da realidade nacional, como o agente incumbido da missão de identificar os problemas sociais que não são superados pelas instâncias democráticas e, a partir disso, iniciar um processo de ruptura. Assim, ele confere ao neoconstitucionalismo brasileiro caráter anti-histórico, calcado na teoria da efetividade (LYNCH; MENDONÇA, 2017, p. 1001).

O principal exemplo de decisão iluminista trazido pelo autor é justamente o caso *Brown*. Segundo ele, esse julgado demonstra claramente que a Corte Constitucional detém a prerrogativa de superar o senso comum majoritário na proteção de minorias, entabulando uma revolução e alterando o *staus quo*. A Corte Warren foi, assim, pioneira no sentido de considerar que o seu papel deve ir além de decidir os casos

comuns. Ela foi responsável por entender pela primeira vez que à Corte compete exercer uma atividade tipicamente iluminista.

O autor, nesse ponto, faz uso de diversos outros julgados da Suprema Corte Estadunidense, como *Loving v. Virginia*⁹⁴, 517 US 748 (1967), *Roe v. Wade*⁹⁵ e *Obergefell v. Hodges*⁹⁶, 576 US ___ (2015), o que demonstra como é forte a influência das decisões proferidas pela Suprema Corte sobre a sua teoria e, sobretudo, sobre sua forma de decidir (2018, p. 2210).

Na experiência brasileira, ele aponta como exemplos mais elucidativos do papel iluminista do STF os casos das uniões homoafetivas (ADPF 132) e do aborto de feto anencéfalo (ADPF 54), ambos nos quais o Tribunal decidiu, conforme o seu entendimento, em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador (2018, p. 2215). Referidas decisões serão objeto do capítulo 3.

c. O papel contramajoritário do STF

A terceira função do STF, que se relaciona diretamente com a segunda, é a contramajoritária. Sobre o tema do contramajoritarismo, Luís Roberto Barroso assevera que:

A despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção de direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos Países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das majorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias (BARROSO, 2015, p. 36).

A Corte Constitucional, na sua perspectiva, deve atuar como sentinela contra a

⁹⁴ Nesse caso, um casal formado por uma mulher negra e um homem branco, se casou no Distrito de Columbia, mas, ao retornar à Virginia, foi condenado à pena de prisão porque havia, no Estado, vedação ao casamento interracial. A Suprema Corte, em 1967, decidiu pela inconstitucionalidade das leis que proibiam casamentos interraciais, com base na igualdade entre as raças.

⁹⁵ Vide nota de rodapé n.º 9.

⁹⁶ Nesse julgamento apertado, a Suprema Corte estabeleceu que são inconstitucionais leis que proibam casamentos entre pessoas do mesmo sexo, considerando o direito à liberdade e à igualdade, tutelados pela Constituição. A partir de então todos os Estados dos EUA passaram a ser obrigados a celebrar casamentos homoafetivos.

tiranias das maiorias, porque a democracia, para além de sua dimensão procedimental, relacionada ao exercício do poder popular, possui dimensão substantiva, de igualdade, liberdade e justiça, ou seja, ela não se limita ao direito de participação política igualitária (2018, p. 2198). Os vencidos no processo político – minorias – não podem ser alijados e ficar desamparados, sob pena de, considerando a sua subrepresentação, nunca terem os seus direitos fundamentais resguardados.

Conjugando o papel de proteção de minorias com o papel de “vanguarda iluminista”, as Cortes, segundo o autor, possuem a obrigação de atuar de forma proativa, proferindo decisões em temas predominantemente políticos, com a finalidade primordial de proteger as minorias. A seu ver, se assim não for, a sociedade estará condenada a permanecer sempre igual, sem que sejam operadas transformações substanciais, haja vista a inércia dos demais poderes em adotar posicionamentos sobre questões que gerem grandes controvérsias sociais. Além disso, a omissão judicial implicaria no desamparo aos grupos minoritários, que não teriam seus direitos resguardados por nenhum outro poder.

Por todo o exposto, Luís Roberto Barroso atribui ao STF a função de atuar na proteção das minorias contra a tirania das maiorias, “empurrando a história” no sentido de transformações que não seriam realizadas senão pelo Poder Judiciário. Como exemplos de decisões que tiveram por fundamento o desempenho desse papel judicial, o autor aponta as ADPFs 132 e 54, que, como dito, serão objeto de análise do capítulo 3.

2.4. O fenômeno da americanização do direito brasileiro e o papel do Supremo Tribunal Federal como instituição contramajoritária e responsável por “empurrar a história”

No presente subcapítulo, pretende-se analisar, sob a perspectiva da americanização do Direito, a origem dos argumentos apresentados por Luís Roberto Barroso, expostos no tópico anterior.

O Brasil, como se sabe, foi historicamente influenciado por correntes de pensamento europeias (*Civil Law*) e norte-americanas (*Common Law*) (CARVALHO, 1991, p. 86)⁹⁷. A coexistência da influência de ambas as vertentes caracteriza o

⁹⁷ Cumpre esclarecer que a *Civil Law*, calcada na teoria kelseniana de Constituição, tem como

embate entre americanismo e iberismo, que perpassou toda a trajetória constitucional brasileira e até hoje reverbera nos debates político-jurídicos nacionais (VIANNA, 2004, p. 145).

Em um primeiro momento, o influxo europeu foi marcadamente mais forte, uma vez que o Brasil foi colônia portuguesa e sempre se inseriu na tradição da *Civil Law*. Todavia, nos últimos anos, mais especificamente no período pós Segunda Guerra Mundial, a influência estadunidense se intensificou por meio do que se chamada “americanização do Direito”.

Referido processo pode ser definido como a irradiação do modelo constitucional norte-americano para Países alinhados à *Civil Law*. Trata-se, em verdade, da difusão do neoconstitucionalismo de base estadunidense, pautado no Estado Democrático de Direito, na legalidade, na existência de Constituições dotadas de rigidez e na prevalência do Poder Judiciário (BARROSO, 2009, p. 258).

Especificamente no que tange ao Brasil, a Constituição de 1988 foi um dos principais instrumentos de americanização do Direito em âmbito nacional, uma vez que foi responsável pela incorporação de diversos institutos do sistema jurídico norte-americano. No entanto, muito embora a CRFB tenha sido um elemento catalisador desse processo, como se verá a seguir, ele se iniciou no Brasil há mais de duzentos anos. Compulsando-se a história constitucional brasileira, pode-se perceber que ela é marcada por ondas ou momentos de americanização, combinadas com fases de maior retração.

Antes mesmo da independência, as bases do constitucionalismo norte-americano já haviam começado a se propagar na região. Durante a Inconfidência Mineira, ocorrida em 1789, por exemplo, os líderes rebeldes estudavam a teoria constitucional estadunidense e utilizavam-na na busca pela transformação da sua realidade. Da mesma forma, diversos outros movimentos nativistas se inspiraram nos ideais estadunidenses difundidos à época (CASAGRANDE, 2016, p. 02).

No período pós-independência essas teorias se arrefeceram um pouco e o Brasil se aproximou mais da tradição europeia. Apenas após as revoltas do período regencial é que a doutrina norte-americana voltou a ganhar força, muito em função da

pressuposto fundamental a positivação de direitos e deveres, cabendo ao juiz a mera aplicação da lei ao caso concreto. Isto é, ela se baseia na noção de que não há, por parte do magistrado, atividade criativa a ser desenvolvida, mas apenas subsunção lógico-formal do fato à norma. Ao revés, a *Common Law* é marcada pela lógica dos precedentes, que confere aos juízes muito mais autonomia no julgamento dos casos concretos, sem que haja vinculação estrita à previsão normativa.

chegada no País da obra de Alexis de Tocqueville⁹⁸ (CASAGRANDE, 2016, p. 05).

Em que pese esse momento de aproximação em meados do século XIX, foi apenas a partir da proclamação da República que a influência norte-americana no Direito brasileiro se intensificou de forma mais evidente. Isso se deu, em especial, por meio de Rui Barbosa, que utilizou a Constituição dos EUA como modelo para a elaboração da Constituição Brasileira de 1891, a qual incorporou diversos institutos estadunidenses.

O grande problema dessa incorporação foi que o modelo trazido por Rui Barbosa não se enquadrava à realidade sócio-política brasileira. Os problemas que ele buscou resolver, além de não terem sido solucionados por meio dos institutos de *Common Law* trazidos na Constituição de 1891, se agravaram e se somaram a outros, como o hiperpresidencialismo, o federalismo concentrado na União e o sistema de freios e contrapesos desequilibrado em favor da concentração de poderes no Executivo. Em 1787, ressalte-se, a realidade dos EUA era completamente distinta da realidade do Brasil de 1891, sendo evidente que apenas transportar uma teoria de um País para outro geraria, no mínimo, incongruências e contradições internas.

Diante disso, muitas críticas lhe foram atribuídas e, como consequência, a Constituição de 1891 acabou dando lugar à de 1934, que representou o retorno à tradição europeia. Essa tendência se manteve com a Constituição de 1937, outorgada pelo então Presidente Getúlio Vargas, que se inspirou nas teorias autoritárias então em voga na Itália.

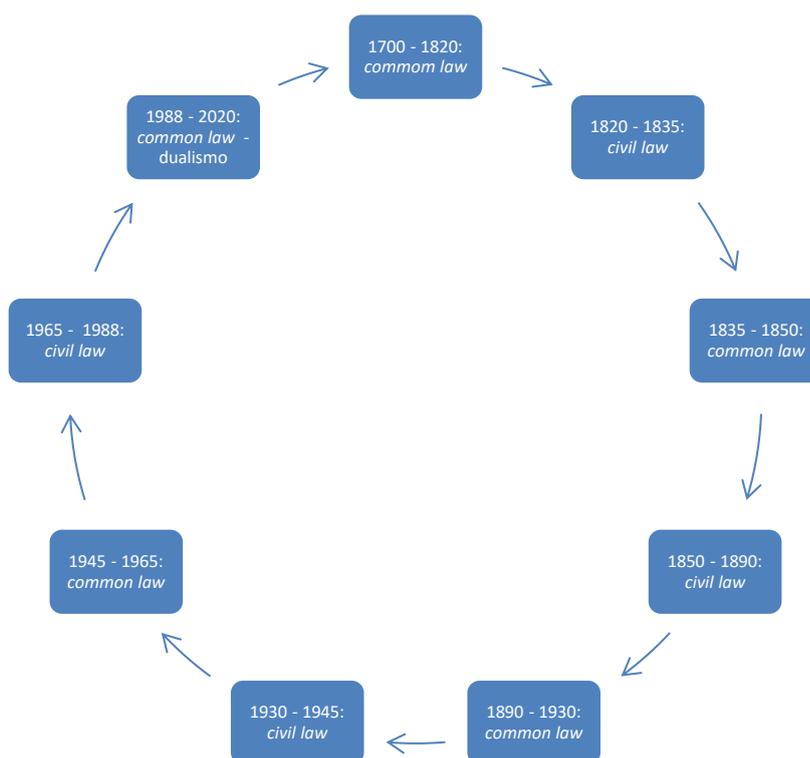
Em 1946, quando chegou ao fim o seu governo ditatorial e uma nova Constituição foi promulgada, ocorreu uma reaproximação entre Brasil e Estados Unidos no que diz respeito à teoria constitucional. A matriz, ressalte-se, não deixou de ser europeia, mas influxos foram realizados, sobretudo quando a Suprema Corte Estadunidense passou em estar em evidência por suas decisões ativistas, sob a presidência de Warren (CASAGRANDE, 2016, p. 12). Como visto, no capítulo 1, as decisões proferidas na SCOTUS nesse período repercutiram no mundo todo e, especialmente, no Brasil, fazendo com que surgisse um anseio muito grande pela adoção desse modelo jurisdicional no País.

⁹⁸ Trata-se da obra "A Democracia na América", publicada pela primeira vez em 1835, cujo objeto é os Estados Unidos dos começos do século XIX. Tocqueville era francês, mas foi ao EUA analisar diretamente de que maneira aquele Estado estava sendo construído e como a democracia era compreendida no novo País, em formação. Sua obra é de grande relevância e já foi citada anteriormente no presente trabalho.

Em 1967, foi outorgada uma nova Constituição no Brasil, marcadamente conservadora, que buscou institucionalizar o regime da ditadura militar. Nesse momento, houve novo afastamento da *Common Law*, tendo em vista que havia sido instaurado Brasil um governo sem qualquer compromisso com a democracia e com os ideais de liberdade, pilares do constitucionalismo norte-americano.

Apenas com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, é que essa reaproximação entre Brasil e EUA se consolidou e se aprofundou, dando origem ao que se denomina de modelo misto/híbrido/dual de controle de constitucionalidade, que combina elementos de *Civil Law* e de *Common Law* em um único sistema jurídico. Ocorreram, assim, várias ondas de americanização, até que se chegasse ao atual modelo jurídico brasileiro, as quais restam demonstradas no gráfico abaixo:

Gráfico 6: Períodos aproximados de maior vinculação do sistema jurídico brasileiro à *Common Law* e à *Civil Law* - ondas de americanização do Direito brasileiro⁹⁹.



Fonte: elaboração própria.

No presente trabalho, optou-se pela utilização da nomenclatura “sistema

⁹⁹ Trata-se de mera aproximação de datas/momentos históricos, é dizer, os períodos constantes no gráfico não são exatos. A intenção não é reproduzir com as datas com rigor, mas sim demonstrar como houve momentos de aproximação e de afastamento em relação à *Common Law*.

/modelo dual”, adotada pelo constitucionalista peruano Domingo García Belaunde (2001, p. 132), tendo em vista que um sistema “híbrido” ou “misto” pressupõe a fusão de dois modelos em um novo, o que não é se verifica na realidade brasileira, uma vez que não se trata de um terceiro sistema, mas sim da adaptação do modelo de *Civil Law* pré-existente, a partir da incorporação de elementos de *Common Law*.

O grande problema desse sistema dual é ele pode ocasionar confusão e, ainda, tensão entre dois modelos, que possuem peculiaridades que lhes são intrínsecas. Quando um sistema jurídico traz para si elementos de outro, com um histórico de idas e vindas constantes e sem a observância das particularidades subjacentes à realidade social, como ocorre no caso brasileiro, é inevitável que surjam incongruências teórico-normativas.

Essa tensão, ressalte-se, é provocada não apenas pela dificuldade prática da adaptação de institutos de um modelo à um sistema de outro, mas também pela resistência de alguns juristas em aceitar essa possibilidade, como afirma Lúcio Pegoraro (2005, p. 68):

Parece que o dogma da dificuldade de exportação do modelo americano para os sistemas da *Civil Law* opera, prevalentemente, como legado cultural de juristas resistentes a considerar a progressiva aproximação das famílias do *Common Law* e da *Civil Law* e o reconhecimento da extraordinária flexibilidade e capacidade de adaptação da justiça constitucional: capacidade comprovada, por um lado, pela atenuação da eficácia vinculante do precedente nos Estados Unidos; por outro, pela aquisição de eficácia *erga omnes* dos precedentes elaborados por alguns Tribunais Supremos nos ordenamentos da *Civil Law*.

No entanto, a aproximação entre *Civil Law* e *Common Law* revela-se necessária, sobretudo no contexto de globalização, em que há uma grande intercâmbio de pessoas e informações. Revela-se altamente vantajoso analisar e considerar o que deu certo e o que deu errado em outro País, a fim de melhorar o seu próprio sistema, isto é, adaptar para a sua realidade um instituto/teoria que funcionou em outro País é algo que pode e deve ser realizado, na mesma medida em que é cabível optar por não incorporar algo que não tenha obtido sucesso em outro sistema normativo. Assim, não há motivo para tamanha resistência. Todavia, é essencial que haja o mínimo de preocupação com a congruência interna do sistema jurídico-constitucional.

Com a aproximação dos dois modelos em um País da tradição da *Common Law*, o sistema de vinculação tende a ser mitigado. Já no caso de Países de tradição

da *Civil Law*, o Poder Judiciário tende a assumir papel de maior destaque, em especial pela atribuição aos magistrados da prerrogativa de realizar o controle de constitucionalidade e pela adoção, em alguma medida, do sistema de precedentes vinculantes.

Na prática, a imbricação entre *Civil Law* e *Common Law*, com a formação de sistemas duais, tem levado à propagação do *judicial review* pelo mundo. Segundo Ginsburg e Versteeg (2014, p. 588), em 1951 apenas 38% dos sistemas constitucionais adotavam esse modelo. Entretanto, em 2011 esse número já havia aumentado para 83%. Se antes a jurisdição constitucional era uma peculiaridade dos EUA, hoje é o que predomina ao redor do mundo. As novas Constituições latino-americanas, ressalte-se, seguiram essa tendência e trouxeram para a sua matriz (*Civil Law*) alguns institutos norte-americanos, como o próprio *judicial review*.

No Brasil, especificamente, o controle de contitucionalidade tem progressivamente se aproximado do modelo norte-americano, o que se verifica a partir da expansão do ativismo e do aumento do protagonismo judicial, justificado por teses como a da “vanguarda iluminista”, responsável por “empurrar a história”, e no contramajoritarismo judicial, defendidos especialmente por Luís Roberto Barroso, como visto. Referido aoutor estudou nos EUA e baseia sua sua teoria, em grande parte, no constitucionalismo norte-americano, com atenção especial aos precedentes da Corte Warren.

A questão problemática é que esses argumentos nem sempre encontram correspondência com a realidade brasileira. Em verdade, nem sempre esse argumentos encontram correspondência com a própria realidade norte-americana, berço de seu nascimento. Como visto no capítulo 1, a decisão proferida no caso *Brown*, considerada quase unanimemente como o paradigma do contramajoritarismo judicial, no qual supostamente o Poder Judiciário “empurrou a história”, exercendo o seu “papel iluminista”, foi, em verdade, um reflexo de modificações que já aconteciam há anos na sociedade estadunidense. Sendo assim, para que seja possível justificar o ativismo judicial no Brasil com base nesses fundamentos de legitimidade, faz-se necessária a verificação da sua existência efetiva na realidade nacional.

É justamente isso que se pretende verificar a partir da análise de casos concretos e de dados da realidade social brasileira. O estudo das ADPFs 32 e 54, a ser realizado no próximo capítulo, tem por objetivo justamente identificar se os argumentos trazidos pelo supracitado autor foram utilizados nos votos dos Ministros a

fim de justificar a atuação da Corte e, ainda, em caso positivo, se eles encontram correspondência com a realidade brasileira ou se foram utilizados de forma incorreta/errônea, a partir de uma compreensão equivocada do que a própria Corte Warren significou. Cumpre salientar, por fim, que Luís Roberto Barroso atuou como advogado/procurador, exercendo papel determinante na condução dos processos, como será demonstrado.

3. O CONTRAMAJORITARISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O ativismo judicial pode ser verificado em inúmeras decisões proferidas pelo STF, mas duas, em especial, se destacam e são sempre citadas quando se trata do tema. São elas: (i) ADPF 132, que trata das uniões homoafetivas; e (ii) ADPF 54, cujo objeto consiste no aborto de feto anencéfalo. Referidas decisões são consideradas paradigmas no que diz respeito ao tema, por terem por objeto assuntos claramente políticos e se fundarem especialmente na ideia de contramajoritarismo judicial.

Nesse capítulo esse dois casos serão analisados, a fim de que sejam conhecidos os principais argumentos trazidos pela Corte na legitimação da atuação do Tribunal quando do julgamento das ações. O objetivo do presente estudo não é, repise-se, pormenorizar os votos de cada um dos Ministros e tampouco analisar o mérito do caso que se apresentou à Corte, mas apenas verificar quais foram os fundamentos apresentados pelos magistrados com a finalidade de justificar a sua atuação *in casu*.

3.1. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/2011: possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas

3.1.1. Aspectos introdutórios

Nesse tópico será analisada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132.

Em 2008, a referida ação de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade foi ajuizada pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, tendo por objeto a interpretação que estava sendo conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ) aos artigos 19, incisos II e V, e 31, inciso I ao X e parágrafo único do Decreto-Lei Estadual n.º 220/1975, recepcionado como Lei Complementar (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro)¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Art. 19 - Conceder-se-á licença:

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual

Segundo ele, o TJ/RJ estava conferindo tratamento diferenciado à homossexuais quando da aplicação dos referidos dispositivos¹⁰¹. A seu ver, o art. 1.723 do Código Civil¹⁰² deveria ser aplicado analogicamente às relações entre pessoas do mesmo sexo, inviabilizando diferenciações quando da interpretação de outras normas. Dessa forma, com a equiparação das uniões homoafetivas às uniões heterossexuais, não seriam possíveis discriminações na aplicação da legislação estadual¹⁰³.

Quando do seu julgamento, a ADPF foi convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade e foi decidida em conjunto com a ADI n.º 4.277, proposta pela Procuradoria Geral da República em 2009 e distribuída por dependência à ADPF 132. O objeto da referida ADI consistia na interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, a fim de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os mesmos requisitos impostos ao

ou particular.

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

¹⁰¹ CIVIL. RITO ORDINÁRIO. RELACIONAMENTO ENTRE HOMENS HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. PLEITO OBJETIVANDO A HABILITAÇÃO COMO PENSIONISTA. REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DA DEVIDA INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO. Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, à ela não se aplica as disposições da Lei nº 8.971/94, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo porque, a Carta Magna, em seu artigo 226, estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, consignando no parágrafo 3º que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Por outro lado, ausente comprovação da inscrição do autor como dependente do associado junto à ré para fins de recebimento do benefício ora pretendido (pensionamento post mortem), sendo certo, ademais, que não se confunde com aquele contratado às fls. 29 (proposta de pecúlio), mostra-se de rigor a improcedência do pedido. (TJRJ – Apl 2006.001.59677/2006).

¹⁰² Art. 1.723 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹⁰³ Para ter acesso à íntegra do autos do processo judicial referido (ADPF n.º 132/2011), *vide*: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>.

reconhecimento da união entre homem e mulher, quais sejam, natureza pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família.

Ambas as demandas judiciais traziam como argumento fundamentado para a procedência do pedido os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos, respectivamente, no art. 1º, inciso III, e 5º, *caput*, da Constituição Federal¹⁰⁴.

Baseadas na interpretação *ipsis literis* dos arts. 1.723 do Digesto Civil e 226, §3º da Constituição Federal¹⁰⁵, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendiam que a união estável somente poderia ser concebida entre um homem e uma mulher. O posicionamento majoritário¹⁰⁶ era no sentido de que o relacionamento homossexual constituía, em verdade, sociedade de fato, sendo-lhe atribuída esta condição não somente pela mera convivência dos indivíduos, mas sim pela comunhão de esforços de ambos. Nesse sentido, o STF editou em 1964, a Súmula n.º 380, com a seguinte redação:

Comprovação - Existência de Sociedade de Fato - Cabimento - Dissolução Judicial - Partilha do Patrimônio Adquirido pelo Esforço Comum. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Independentemente do tempo de coabitação, a união entre duas pessoas do mesmo sexo não gerava direitos no campo do Direito de Família, mas apenas no

¹⁰⁴ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹⁰⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁰⁶ A título exemplificativo: CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOFETIVA. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA. PATRIMÔNIO AMEALHADO POR ESFORÇO COMUM. PROVA. 1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.36 do C/196) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula n.º 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp n.º 148.97/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, par tano, a demonstração do esforço comum par aquisição do patrimônio a ser partilhado.2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta efetiva de cada um dos integrantes da dita sociedade. 3. "A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresse de li, máxime quando os pedidos formulados limitarem-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato" (REsp n.º 73.16/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigh, DJU de13/1206).4. Recurso especial provido". (REsp n.º 704.803 –RS. Relator: Min. Vasco Della Giustina. 2010).

direito obrigacional, uma vez que, para que fosse caracterizada a união estável, era essencial que houvesse diversidade de gênero.

Com o tempo, todavia, esse entendimento foi se modificando. Aponta-se a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul como precursora no reconhecimento de direitos à casais homossexuais. O primeiro grande marco nesse sentido ocorreu em 1999, quando, o Tribunal de Justiça Gaúcho atribuiu competência às varas especializadas em direito de família para julgar ações envolvendo uniões homoafetivas¹⁰⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, algum anos depois, também começou a se posicionar de forma mais “progressista”, reconhecendo, por exemplo, o direito de pensão quando do falecimento do parceiro¹⁰⁸, bem como viabilizando a adoção por casais do mesmo sexo¹⁰⁹. Diante disso, foi necessário que o STF se pronunciasse acerca do assunto, o que ocorreu a partir da ADPF 132, convertida em ADI e julgada em conjunto com a ADI 4277, como dito.

Em 2011, quando o Acórdão foi publicado, houve unanimidade entre os Ministros, em que pese a existência de algumas discordâncias em relação aos limites do texto normativo e aos fundamentos da decisão favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Na tabela a seguir serão condensados os votos, os principais argumentos apresentados pelos Ministros e os pontos de desacordo em relação ao voto do Relator.

¹⁰⁷ RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (TJRS – AI 599.075.496/1999).

¹⁰⁸ RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. (STJ – Resp 395904/2001).

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. (STJ - REsp 1026981/2010-RJ)

¹⁰⁹ DIREITO CIVL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILDAE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS FETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.01/09 E43 DO ESTAUTO DA CRIANÇA EDO ADOLESCENTE. DEFRIMENTO DA MEDIDA. (STJ - REsp 889852/2010-RS)

3.1.2. Análise dos votos dos Ministros

Na tabela a seguir serão condensados os votos, os argumentos principais apresentados pelos Ministros e os pontos de desacordo em relação ao voto do Relator.

Tabela 2 – Votos dos Ministros no julgamento da ADPF 132

Ministro	A favor	Contra	Argumento Principal	Divergência em relação ao voto do Relator
Carlos Ayres Brito (Relator)	X	-	<p>Votou no sentido da interpretação conforme a Constituição para reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, aptas a configurar união estável. Seus principais argumentos foram:</p> <p>(i) interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil;</p> <p>(ii) art. 3º, inciso IV da Constituição Federal – vedação à discriminação;</p> <p>(iii) art. 1º, inciso V da Constituição Federal – pluralismo e respeito às diferenças;</p> <p>(iv) art. 5º, inciso II da Constituição Federal – liberdade de sexualidade;</p> <p>(v) art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal – preferência sexual como direito fundamental e cláusula pétrea;</p> <p>(vi) art. 1º, inciso III da Constituição Federal – dignidade da pessoa humana e busca pela felicidade;</p> <p>(vii) O Art. 226 da Constituição não distingue entre família formada por indivíduos heterossexuais</p>	-

			<p>ou homossexuais;</p> <p>(viii) A previsão do §3º do art. 226 da Constituição Federal – homem e mulher – teve por finalidade superar a ideia de sujeição que havia entre os sexos há anos e não impedir as uniões homossexuais;</p> <p>(ix) União homoafetiva constitui entidade familiar e gera união estável, se preenchidos os requisitos.</p>	
Luiz Fux	X	-	<p>Seguiu na integralidade o voto do Relator. Ademais,</p> <p>(i) incluiu o argumento da necessidade de proteção, pela Corte, das minorias e do papel contramajoritário;</p> <p>(ii) trouxe dados da realidade acerca de casais homossexuais;</p> <p>(iii) asseverou tratar-se de orientação e não de opção sexual – a homossexualidade deve ser considerada um fato da vida.</p>	-
Carmen Lúcia	X	-	<p>Seguiu parcialmente o voto do Relator. Ademais,</p> <p>(i) trouxe o argumento do Estado Democrático de Direito para fundamentar o respeito às diferenças;</p> <p>(ii) tratou da ideia de interpretação sistemática da Constituição, com enfoque nos princípios.</p>	Discordou do Relator no que tange ao argumento de que a previsão a união entre “homem e mulher” tenha tido por fim superar a inferiorização da mulher e garantir igualdade entre os sexos.
Ricardo Lewandowisk	X	-	<p>Seguiu parcialmente o voto do Relator, sem trazer novos argumentos relevantes em sentido favorável.</p>	Discordou do Relator por entender que a união homossexual não pode ser entendida como união estável, tendo em vista a expressa

				manifestação do legislador em sentido contrário, mas sim como uma nova modalidade de entidade familiar. Reconheceu, assim, a existência de uma lacuna legislativa sobre o tema, de modo a ser utilizado analogicamente o instituto da união estável.
Joaquim Barbosa	X	-	Seguiu parcialmente o voto do Relator. Ademais, fez uso de doutrina e casos europeus para ilustrar melhor seus argumentos e ressaltou que o julgado protegeria as minorias aliadas do processo político representativo.	Discordou do relator por entender que a proteção constitucional das uniões homoafetivas não decorre do art. 226 da Constituição Federal, cuja redação é clara, mas sim dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, em especial da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, seguiu o entendimento de Luís Roberto Barroso, que atuou como advogado/procurador na defesa do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar.
Gilmar Mendes	X	-	Seguiu parcialmente o voto do Relator. Ademais, (i) trouxe à baila a questão da legitimidade da atuação judicial, cada vez mais positiva e criativa, alegando que ao STF compete decidir para não deixar que a discriminação dessa minoria se perpetue, haja vista a omissão	Da mesma maneira que Ricardo Lewandowski, entendeu haver uma lacuna legal, sendo a união homoafetiva um novo instituto que não a união estável. Para ele, o fundamento da decisão não deveria ser o art. 1.713 do Código Civil e,

			<p>legislativa decorrente da discordância sobre o tema na sociedade; (ii) elucidou que não se tratava de hipótese de ativismo, mas sim de proteção de minorias, que é a essência da atividade jurisdicional do STF; (iii) demonstrou a dificuldade de deliberação sobre o tema no Congresso Nacional; (iv) fez uso de jurisprudência europeia para fundamentar sua decisão.</p>	tampouco, o art. 226 da Constituição Federal, mas sim os princípios constitucionais, assim como entendeu o Ministro Joaquim Barbosa.
Ellen Gracie	X	-	Seguiu na integralidade o voto do Relator, destacando casos da jurisprudência internacional em que o tema já foi debatido, levando ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, como Canadá e África do Sul.	-
Marco Aurélio Mello	X	-	Seguiu na integralidade o voto do Relator. Ademais, (i) trouxe elementos de direito comparado, como a discussão sobre o tema travada na Inglaterra; (ii) alegou que o direito não atrelado à moral pode gerar atrocidades e, por outro lado, o direito submetido à moral pode levar à injustiças e perseguição – sustentou a necessidade de estabelecimento de uma relação equilibrada e, nesse caso, a necessidade de superação de dogmas morais e religiosos que subjacem o tema;	-

			<p>(iii) destacou o papel da Corte de decidir sobre o tema, considerando o conservadorismo que emperra a discussão dessas questões no Congresso Nacional;</p> <p>(iv) tratou da constitucionalização do Direito para demonstrar que o Código Civil deve ser lido à luz da Constituição;</p> <p>(v) ressaltou o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, que não devem ser interpretados de acordo com a opinião pública, cabendo ao STF protegê-los, por ser o guardião da Constituição.</p>	
Celso de Mello	X	-	<p>Seguiu na integralidade o voto do Relator. Ademais,</p> <p>(i) ressaltou o papel contramajoritário da Corte ante a inércia legislativa;</p> <p>(ii) asseverou que o rol previsto no art. 226 da Constituição Federal não é taxativo, sendo cabível a sua ampliação para inclusão de casais homossexuais;</p> <p>(iii) ressaltou o direito à felicidade e tratou do afeto como valor jurídico;</p> <p>(iv) negou tratar-se de ativismo judicial, por ser do Tribunal a responsabilidade de zelar pela Constituição, o que, conjugada com a inércia legislativa, legitima a sua atuação.</p>	-

César Peluso (Presidente da Corte)	X	-	Seguiu parcialmente o voto do Relator. Ademais, (i) chamou o Poder Legislativo à decidir sobre a questão, o que foi corroborado pelos demais Ministros; (ii) entendeu que o art. 226 da Constituição Federal não é <i>numerus clausus</i> , sendo possível a sua aplicação analógicas às uniões homoeafetivas.	Discordou do Relator porque, para ele, assim como para Ricardo Lewandowisk e Gilmar Mendes, trata-se de uma nova entidade familiar.
Dias Toffoli (Impedido)	-	-	-	-

Fonte: elaboração própria.

O Acórdão foi no sentido de: (i) reconhecer a perda parcial do objeto da ADPF 132; (ii) receber a parte remanescente como ADI; (iii) decidir conjuntamente o remanescente da ADPF 132 e a ADI 4277; (iv) conferir ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição¹¹⁰ para reconhecer as uniões homoafetivas como uniões estáveis, por tratar-se de entidade familiar, desde que preenchidos os requisitos legais, excluindo-se qualquer interpretação em sentido contrário, por vício de inconstitucionalidade¹¹¹.

¹¹⁰ A interpretação conforme a constituição tem origem no direito alemão e, como preleciona Luís Roberto Barroso (2012, p. 325) “destina-se à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, de forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais”. Busca-se, por meio dela, a melhor adequação entre a norma infraconstitucional e a Constituição. Dentre as interpretações que possam ser dadas a um dispositivo normativo, opta-se por aquela que mais se adequa à Constituição. Esse método de interpretação viabiliza o aproveitamento de uma norma que, *a priori*, seria inconstitucional, por meio da afirmação de uma das interpretações possíveis, em detrimento das demais, que passam a ser consideradas inconstitucionais.

¹¹¹ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA

Uma das consequências mais relevantes da referida decisão foi a edição pelo Conselho Nacional de Justiça da Resolução n.º 175 de 14 de maio de 2013, que vedou a recusa, por parte dos cartórios, à celebração de casamentos homossexuais, bem como à conversão de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo em casamento. Sendo assim, além de ter conferido às uniões homoafetivas *status* de entidade familiar, dando ensejo à sua caracterização como união estável, se atendidos os requisitos legais, o julgado abriu caminho para a realização de casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo.

Como acima demonstrado, um dos principais argumentos trazidos pelos Ministros para justificar a atuação da Corte no caso, considerando tratar-se de tema evidentemente político, foi o do contramajoritarismo.

O primeiro a tratar do tema foi o Ministro Luiz Fux, segundo o qual, ao STF incumbe atuar na guarda dos direitos fundamentais das minorias em face das

FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTÓDOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. (...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

maiorias, operando como instância verdadeiramente contramajoritária (ADPF 132, p. 61). A seu ver, ao tomar essa decisão, a Corte firmou posição histórica, sendo a primeira e maior opositora ao preconceito homossexual (ADPF 132, p. 62). Disso se extrai que ele concebia que o STF deveria ser contramajoritário e, ainda, transformador da realidade social.

O Ministro Joaquim Barbosa, no mesmo sentido, asseverou em seu voto que com essa decisão a Corte estava desempenhando uma de suas missões mais nobres, qual seja, a de impedir a discriminação de uma minoria pela maioria representada no sistema político majoritário (ADPF 132, p. 117).

Posteriormente, foi a vez do Ministro Gilmar Mendes discorrer sobre o assunto. A seu ver, como o tema das uniões homoafetivas envolve o reconhecimento de direitos fundamentais básicos de uma minoria, a atuação da Corte não poderia ser considerada ativista, uma vez que essa é a essência da jurisdição constitucional. A proteção dos direitos fundamentais de grupos minoritários, em caso de omissão do órgão competente, passa a ser dever do STF (ADPF 132, p. 197).

O Ministro Marco Aurélio Mello, por sua vez, ressaltou o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, aos quais a Corte deve garantir aplicabilidade, ainda que contra o posicionamento da opinião pública, tendo em vista o seu papel de guardião da Carta da República. Veja-se:

No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da “Lei da Ficha Limpa” às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso “Cláusula de Barreira” (ADPF 132, p. 213).

Todavia, quem tratou do assunto com maior profundidade foi o Ministro Celso de Mello. Na sua visão, ao STF incumbe desempenhar o papel de protetor das minorias contra eventuais excessos da maioria, bem como contra omissões dos grupos majoritários que sejam lesivas aos direitos de grupos minoritários, levando ao preconceito, à discriminação e à exclusão jurídica.

Ele chamou atenção para o memorial levado à Corte pelo Grupo Arco-Íris de

Conscientização Homossexual, que demonstrou, na sua concepção, a relevância da função contramajoritária do Tribunal, que deve atuar ativamente nos casos em que a resistência de correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional, inviabilizem a garantia de direitos fundamentais.

Referido Ministro não negou a importância do princípio majoritário, mas reesaltou que ele não pode legitimar a supressão de direitos fundamentais, sob pena de descaracterização do próprio Estado Democrático de Direito (ADPF 132, p. 238). Nesse sentido, apontou que:

O Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão (ADPF 132, p. 242).

A atuação contramajoritária da Corte, a seu ver, estava se tornando recorrente e isso deveria ser motivo de celebração, considerando que esses julgados estavam assegurando a proteção de direitos fundamentais de minorias. A preservação e o reconhecimento dos direitos das minorias deveriam compor a agenda do STF, haja vista o relevo da questão. Essa forma de atuação, inclusive, lhe conferia legitimidade e efetivava os ideais do Estado Democrático de Direito, uma vez que ninguém, nem mesmo as majorias, pode se sobrepor aos princípios constitucionais.

O Ministro asseverou, ainda, que a Corte deve desempenhar um papel de transformação da realidade social, superando paradigmas e inaugurando uma nova visão de mundo, como de verifica do trecho abaixo colacionado:

Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva (ADPF 132, p. 229).

Para fundamentar esses argumentos, ele fez uso por diversas vezes tanto de doutrina quanto de jurisprudência norte-americanas, em especial quando tratou do direito à busca pela felicidade (ADPF 132, p. 250 e 253, por exemplo).

Para além dos votos proferidos pelos Ministros da Corte, é imperioso trazer à baila, ademais, alguns pontos da sustentação oral do então Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso, que atuou na defesa do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, já que era à época, Procurador do Estado do Rio de Janeiro (1985 – 2013), desempenhando papel determinante no julgamento do caso.

Em sua sustentação oral, ele ressaltou que aquela era a oportunidade de a Corte realizar uma virada histórica na superação do preconceito, ou seja, a seu ver, o STF estaria ali “empurrando a história” e conformando o futuro a partir de sua decisão. Em relação à legitimidade do Tribunal para decidir o caso, ele apontou que havia argumentos no sentido de que a questão deveria ser solucionada pelo Congresso Nacional, no entanto, esse posicionamento não deveria prevalecer, na medida em que

Em nenhuma democracia do mundo o direito fundamental de negros, de mulheres e de homossexuais pode depender do processo político majoritário. As minorias são protegidas é por Tribunais Constitucionais, pela jurisdição constitucional, por juízes corajosos que dizem ao processo político majoritário “mesmo que vocês não estejam respeitando essa minoria, nós, em nome da Constituição, impomos o respeito a elas” e o respeito a essas minorias significa trata-las da mesma forma que se trata a união estável¹¹².

Assim, a seu ver, considerando a omissão do Poder Legislativo em decidir do tema, ao Tribunal incumbia essa missão, sobretudo por ser dele a competência de guarda da Carta Magna. Os direitos fundamentais das minorias não poderiam, a seu ver, ficar à margem da vontade majoritária até que os respectivos poderes optassem por tratar da questão. Na sua perspectiva, deve haver uma instituição que desempenhe a função de assegurar as transformações sociais e o resguardo aos direitos de grupos minoritários, sem que seja necessário aguardar o processo majoritário para tanto, qual seja, o STF.

Em que pese não constar nos votos e tampouco no acórdão citação direta à Corte Warren ou ao caso *Brown*, a fundamentação apresentada pelos Ministros no que tange ao papel contramajoritário da Corte e os argumentos trazidos pelo então Procurador Luís Roberto Barroso, conjugados com todo o exposto nos capítulos anteriores, demonstram claramente a influência do pensamento norte-americano

¹¹² Transcrição própria. Para assistir à sustentação oral completa de Luís Roberto Barroso no julgamento da ADPF 132, vide: <https://www.youtube.com/watch?v=IDRWPMXO6rE&t=2401s>. Referido trecho encontra-se a partir do minuto 39:26.

sobre a sua forma de conceber o papel do Tribunal Constitucional¹¹³.

Ainda que não haja expressa remissão, não há dúvidas de que os argumentos apresentados, calcados no contramajoritarismo e na responsabilidade da Corte pela transformação social, repousam na teoria constitucional estadunidense que, por sua vez, tem como paradigma o caso *Brown*, como já elucidado.

Passar-se-á, agora, a análise de outra decisão também considerada paradigmática quando se trata de ativismo e contramajoritarismo judicial na realidade brasileira, a fim de se verificar se os argumentos trazidos pela Corte se assemelham aos acima expostos ou se o Tribunal optou por legitimar sua atuação com base em outros fundamentos.

3.2. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54/2012: aborto de feto anencéfalo

3.2.1. Aspectos introdutórios

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde - CNTS, representada por seu advogado, Luís Roberto Barroso, ajuizou, em 17 de junho de 2004, a ADPF n.º 54.

A CNTS alegava, em apertada síntese, que a aplicação que estava sendo conferida aos artigos 124, 126, *caput* e 128, incisos I e II do Código Penal¹¹⁴, consistente na vedação à antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, violava os artigos 1º, inciso III, 5º, inciso II, 6º, *caput* e 196 da Constituição Federal¹¹⁵.

¹¹³ No entanto, vale destacar que o Ministro Celso de Mello, por exemplo, citou inúmeras decisões da SCOTUS, inclusive algumas proferidas pela Corte Warren, quando tratou do direito à busca pela felicidade (ADPF 132, p. 253). O Ministro Luiz Fux, por sua vez, citou diretamente a Suprema Corte dos EUA para dizer que ela entende que as uniões homoafetivas conspiram em favor dos valores constitucionais (ADPF 132, p. 84).

¹¹⁴ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹¹⁵ Para leitura dos artigos 1º, inciso III e 5º, inciso II da Constituição Federal, vide nota de rodapé n.º 98.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Pleiteava, assim: (i) liminarmente, a suspensão do andamento de processos e dos efeitos das decisões judiciais que aplicassem os referidos dispositivos à essa hipótese, bem como o reconhecimento da possibilidade de antecipação terapêutica nesse caso, viabilizado a escolha, desde já, por parte da gestante; (ii) a interpretação conforme à Constituição dos referidos dispositivos do Código Penal, para que fosse declarada a inconstitucionalidade da sua aplicação à hipótese de interrupção da gravidez de fetos anencefalos, passando esta a ser legalmente viável, sem necessidade de autorização judicial ou de qualquer órgão estatal; (iii) subsidiariamente, a conversão da ADPF em ADI¹¹⁶.

Inicialmente, a CNTS buscou demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não se confunde com o aborto. Já nesse primeiro momento, foi feito uso de jurisprudência norte-americana, em especial do caso *Roe v. Wade*. O seu argumento primordial era de que a anencefalia é fatal em 100% dos casos, resistindo o feto algumas poucas horas após o parto. Dessa forma, não haveria vida a ser protegida e, conseqüentemente, não haveria aborto, já que pressupõe a possibilidade real de vida extra-uterina.

Posteriormente, argumentou que, caso não se entendesse pela atipicidade, a hipótese deveria ser compreendida como excludente de ilicitude, a qual não foi prevista em 1940 por limitações da medicina, isto é, em 1940 não havia exames capazes de detectar a anencefalia com precisão e, por conseguinte, não poderia o legislador ter vislumbrado essa possibilidade.

Na seqüência, a parte autora buscou demonstrar, ainda, que entendimento diverso levaria à violação artigos 1º, inciso III, 5º, inciso II, 6º, *caput* e 196 da Constituição Federal, por impor à mulher a obrigação de continuar com a gravidez, mesmo sabendo das condições do feto, gerando-lhe, por conseguinte, tortura psicológica, violando a sua dignidade e subtraindo-lhe a liberdade de escolha.

Em 1º de julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio Mello, relator do caso, deferiu a medida liminar pleiteada pela CNTS, determinando o sobrestamento dos processos e decisões judiciais não transitadas em julgado que versassem sobre o assunto, bem

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹¹⁶ Para ter acesso à íntegra do autos do processo judicial referido (ADPF n.º 54/2012), *vide*: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091#0%20-%20Peticao%20inicial>.

como reconhecendo o direito constitucional da gestante de se submeter à operação para antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, desde que houvesse laudo médico atestando a anomalia do feto (ADPF 54, julgada em 01/07/2004, publicada em 02/08/2004).

No entanto, em 27 de abril de 2005, a liminar foi parcialmente revogada, ficando mantido apenas o sobrestamento dos processos e decisões judiciais. Veja-se:

Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Em seguida, o Tribunal, acolhendo proposta do Senhor Ministro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da argüente nova oportunidade de sustentação oral. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso. E o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence (ADPF 54 julgado em 27/04/2005, publicada em DJ em 31/08/2007)

Com o passar dos anos, o tema foi adquirindo cada vez mais relevância, sobretudo em função da tramitação do processo no STF. A mídia incitou debates que foram ficando mais acalorados, gerando embates entre grupos progressivas e conservadores, dentre os quais se destacam os grupos religiosos, que desempenharam papel de suma importância nesse julgamento.

Diante disso, em 20 de agosto de 2008, mais de quatro anos após o ajuizamento da demanda, o Relator do processo, Ministro Marco Aurélio Mello, determinou a realização de audiências públicas, as quais seriam realizadas da seguinte forma:

Visando à racionalização dos trabalhos, delimito o tempo de quinze minutos para cada exposição - viabilizada a juntada de memoriais - e designo as seguintes datas das audiências públicas, que serão realizadas no horário matutino, a partir das 9h:

a) 26 de agosto de 2008: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Igreja Universal; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Católicas pelo Direito de Decidir.

b) 27 de agosto de 2008: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Associação de Desenvolvimento da Família - ADEF; Escola de Gente e Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos.

c) 28 de agosto de 2008: Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira para o

Progresso da Ciência e, por último, o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti.
(ADPF 54, julgado em 20/08/2008, publicado em DJ em 28/08/2008).

Na realidade, ao invés de três, foram realizadas quatro audiências públicas, nos dias 26 e 28 de agosto e 04 e 19 de setembro de 2008, nas quais o tema foi debatido por defensores e opositores da possibilidade de interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia, com transmissão ao vivo pela TV Justiça, o que ampliou significativamente a sua publicidade¹¹⁷.

A finalidade das referidas audiências era fornecer aos Ministros informações que não seriam obtidas por meio da mera análise dos autos, como dados técnicos acerca desse tipo de má formação fetal. Alguns dos dados obtidos por meio da sua realização foram efetivamente utilizados por alguns Ministros na fundamentação de seus votos, como se percebe da tabela abaixo:

Tabela 3 – Referências às audiências públicas nos votos dos Ministros no julgamento da ADPF 54.

MINISTRO	REFERÊNCIA		
	EXPLÍCITA	MARGINAL	INEXISTENTE
Marco Aurélio			
Rosa Weber			
Joaquim Barbosa			
Luiz Fux			
Cármem Lúcia			
Ricardo Lewandowski			
Ayres Britto			
Gilmar Mendes			
Celso de Mello			
Cezar Peluso			

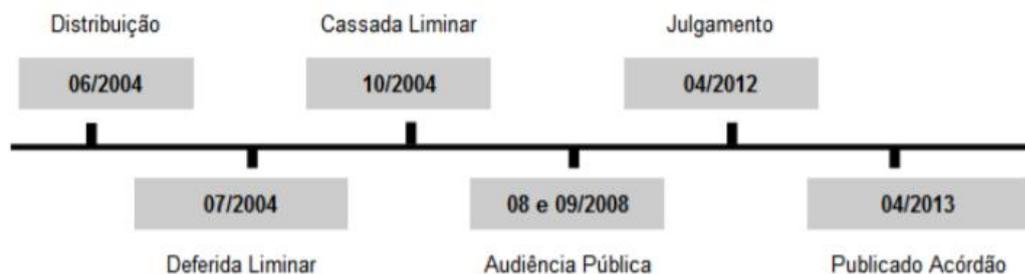
Fonte: FILHO, 2015, p. 526.

Após o fim das discussões, ainda, em 2008, criou-se grande expectativa acerca da tomada de decisão por parte do Tribunal. Entretanto, muito em função da grande

¹¹⁷ A íntegra das audiências públicas encontra-se disponível no canal do STF no *youtube*, e pode ser acessado por meio do seguinte endereço eletrônico: <https://www.youtube.com/watch?v=C8aZ7JXdgj8&list=PLtUQomzoAc7-8HlzGSIKL9nNx8T9aJPaH>.

repercussão do caso, bem como da sua relevância e das consequências práticas do julgamento, o processo permaneceu sem decisão final até o ano de 2012, como se afere do gráfico 7:

Gráfico 7 – Fluxo da ADPF 54.



Fonte: FILHO, 2015, p. 511.

Foram necessários oito anos desde o ajuizamento da ação para que a Corte se pronunciasse em definitivo sobre a questão. Em verdade,

Entre a decisão sugerindo o exame de sua pertinência e a realização da audiência pública, o tempo judicial consumiu 1.216 dias, ou seja, cerca de três anos e quatro meses. Outros 1.303 dias seriam necessários para que o processo fosse finalmente julgado em 11 de abril de 2012 (...) Outros 383 dias seriam ainda necessários para que o acórdão fosse publicado. Com o trânsito em julgado em 08 de maio de 2013, dois dias mais tarde e 3.249 dias após sua distribuição, o processo seria finalmente encaminhado com baixa para o arquivo. Enfim, quase nove anos depois de seu início, o processo chegava ao fim (FILHO, 2015, p. 511).

O impasse era tamanho que nem mesmo os Ministros da Corte chegavam a um consenso, o que levou à uma decisão não unânime, bem diferente daquela proferida na ADPF 132/2011. Em 2012, quando o Acórdão foi redigido, oito Ministros entenderam que o pedido autoral deveria ser julgado procedente, enquanto dois deles foram sem sentido contrário. O Ministro Dias Toffoli, ressaltou-se, se declarou impedido, assim como na ADPF 132.

3.2.2. Análise dos votos dos Ministros

Na tabela a seguir serão condensados os votos, os argumentos principais apresentados pelos Ministros e os pontos de desacordo em relação ao voto do Relator.

Tabela 4 – Votos dos Ministros no julgamento da ADPF 54.

Ministro	À favor	Contra	Argumentos Principais	Divergência em relação ao voto do Relator
Ministro Marco Aurélio Mello (Relator)	X	-	Votou pela inconstitucionalidade da interpretação dos artigos do Código Penal no sentido de tipificar a conduta da mulher na hipótese de antecipação do fim da gravidez de feto anencéfalo. Seus principais argumentos foram: (i) as audiências públicas foram muito importantes nos debates; (ii) colocou o processo “na prateleira” por todos esses anos em função do acórdão proferido em 2004, revogando parcialmente a liminar por ele proferida. Apenas após a decisão envolvendo células-tronco é que notou sensibilidade suficiente na Corte para julgar esse caso, retomando o andamento do processo com a marcação das audiências públicas; (iii) o feto anencéfalo não possui vida em potencial a ser tutelada pelo Estado, uma vez que, quando do nascimento, não há expectativa de que se torne uma criança, conseqüentemente o fato é atípico; (iv) o direito à vida não é absoluto, devendo ser ponderado com os direitos da mulher grávida; (v) risco de vida e trauma para a mulher; (vi) é possível identificar a	-

			<p>anencefalia com certeza ainda na gravidez;</p> <p>(vii) não há possibilidade de doação dos órgãos devido à má formação e ao tamanho do feto;</p> <p>(viii) a vedação não era suficiente para impedir a prática de abortos no Brasil, que muitas vezes levam à morte das parturientes, em especial das mais pobres, por não possuírem condições de arcar com os custos do aborto ilegal em clínicas com melhor equipe/estrutura;</p> <p>(ix) o Estado é laico (artigos 5º, inciso IV e 19, inciso I da /Constituição Federal), o que impede que promova uma religião ou endosse seus posicionamentos morais em detrimentos de direitos fundamentais, como a liberdade e a dignidade humana;</p> <p>(x) o STF tem o dever de ser o guardião da Constituição.</p>	
Rosa Weber	X	-	<p>Seguiu integralmente o voto do Relator. Ademais,</p> <p>(i) discorreu sobre epistemologia e concluiu pela independência do conhecimento jurídico, motivo pelo qual o conceito de vida no Direito deve ser compreendido a partir do Direito e não de outras ciências como a medicina, por exemplo. O Direito pode se valer de outras áreas, mas elas não determinam o seu conteúdo;</p> <p>(ii) analisou o direito à vida sob a perspectiva do direito</p>	-

			<p>penal, do direito civil e do biodireito, concluindo que o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem o convívio social, o que não se verifica nos casos de anencefalia;</p> <p>(iii) discutiu a questão da vontade do legislador, diferenciando o sistema clássico europeu e o sistema norte-americano de <i>checks and balances</i>, concluindo que a falta de previsão da anencefalia como excludente de ilicitude decorreu da impossibilidade de, à época, identificá-la ainda na gravidez;</p> <p>(iv) tratou do tema da ponderação entre os direitos da mulher e os do feto, identificando que não há direito do feto a ser protegido, devendo-se, assim, privilegiar a liberdade e integridade (física e psicológica) da mulher;</p> <p>(v) entendeu a mulher deve ter a possibilidade de escolha.</p>	
--	--	--	---	--

Joaquim Barbosa	X	-	Seguiu integralmente o voto do Relator. Ademais, (i) chamou atenção para a necessidade de tutela da liberdade da mulher para dispor do seu próprio corpo no caso de anencefalia do feto; (ii) alegou que há diferentes graus de proteção do direito à vida; (iii) entendeu que o feto anencéfalo não possui proteção jurídica, o que exclui a tipicidade da interrupção da gravidez; (iv) reiterou que em 1940 não havia como dignosticar a anencefalia na gravidez.	-
Luiz Fux	X	-	Seguiu integralmente o voto do Relator. Ademais, (i) trouxe casos reais para ilustrar seu voto; (ii) chamou atenção para o fato de que obrigar a continuidade da gravidez nesses casos significa submeter a mulher à tortura psicológica; (iii) entendeu não tratar-se de decisão contramajoritária, uma vez que a opinião pública ia nesse mesmo sentido; (iv) considerou que a Corte possuía o dever de decidir porque havia muitas decisões sobre o tema em instâncias inferiores, sendo necessária uniformização; (v) no entanto, destacou que a atuação judicial deveria ser minimalista, sem ter por objetivo solucionar a questão do aborto em geral, que gera tanta controvérsia na sociedade; (vi) tratou a	-

			consitucionalização do direito para mostrar ser viável a interpretação conforme a Constituição.	
Carmen Lúcia	X	-	Seguiu integralmente o voto do Relator. Ademais, (i) destacou o sofrimento da mãe, com a citação de autoras feministas, inclusive; (ii) chamou atenção para o sofrimento do pai, que também deve participar do processo de decisão acerca da continuidade da gravidez; (iii) alegou tratar-se de escolha trágica, sendo necessário decidir com base na dignidade da vida, princípio fundamental do constitucionalismo moderno e do Estado Democrático de Direito. (iv) trouxe à baila o Código de Ética Médica, que prevê a obrigatoriedade de respeito à vontade do paciente e a liberdade de prescrição por parte do médico.	-
Ricardo Lewandowisk	-	X	Rejeitou integralmente o voto do Relator.	Entendeu que a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia constitui aborto, incidindo os dispositivos do Código Penal, com os seguintes fundamentos: (i) não caberia ao Poder Judiciário decidir sobre a questão, mas sim ao Poder Legislativo; (ii) em 1940 já havia meios de diagnosticar

				<p>patologias fetais, o que significa que o legislador deliberadamente optou por não incluir essa hipótese como excludente de ilicitude e a sua posterior inclusão só poderia ser feita pelo próprio Poder Legislativo;</p> <p>(iii) a interpretação conforme a constituição não permite que intérprete contrarie o texto normativo e a vontade do legislador, além de não autorizar que o Poder Judiciário usurpe a sua função;</p> <p>(iv) o STF só deve exercer a função de legislador negativo;</p> <p>(v) o tema é muito controvertido na sociedade e no Parlamento, que ainda não havia se posicionado sobre, ainda que houvesse dois projetos de lei sobre o tema tramitando no Congresso Nacional.</p> <p>(vi) a decisão do STF permitindo a interrupção da gravidez nesse caso abriria margem para interrupção da gravidez no caso de fetos portadores de outras anomalias;</p> <p>(vii) há leis infraconstitucionais que resguardam a vida intra-uterina, como o próprio Código Civil, as quais teriam</p>
--	--	--	--	--

				que ser declarados inconstitucionais em caso de decisão favorável ao pleito autoral.
Ayres Britto	X	-	Seguiu integralmente o voto do Relator, asseverando que, se o homem engravidasse, o aborto já teria sido permitido há muito tempo.	-
Gilmar Mendes	X	-	Seguiu integralmente o voto do Relator. Ademais, (i) alegou tratar-se sim de aborto, mas inserido dentre as excludentes de ilicitude já previstas no Código Penal; (ii) citou <i>Roe v. Wade</i> inúmeras vezes, bem como fez referências à precedentes dos EUA e de Países europeus, em especial da Alemanha, dedicando uma boa parte de seu voto ao direito comparado; (iii) chamou bastante atenção para as audiências públicas realizadas, relacionando-as com a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, desenvolvida por Peter Haberle. (iv) asseverou que a participação da sociedade no julgamento por meio das audiências públicas é mais um argumento de legitimidade para a sua atuação;	Adicionou condições de diagnóstico, as quais não constaram no Acórdão por decisão da maioria.

			<p>(v) entendeu tratar-se de desacordo moral razoável, que merece um esforço maior na fundamentação;</p> <p>(vi) asseverou que a decisão pelo deferimento iria caracterizar-se como uma decisão manipulativa com eficácia aditiva, em que a Corte atuaria como legislador positivo, criando uma nova excludente de ilicitude, o que não impediria a atuação legislativa posterior em sentido contrário.</p>	
Celso de Mello	X	-	<p>Seguiu integralmente o voto do Relator. Ademais,</p> <p>(i) destacou o papel do movimento feminista na proteção dos direitos das mulheres;</p> <p>(ii) se atentou para o aspecto histórico, que demonstra como a mulher sempre foi subjugada, dando ensejo à elaboração de normas protetivas, especialmente em âmbito internacional;</p> <p>(iii) chamou atenção para a obrigação de guarda da Constituição e de fazer cumprir as normas, inclusive internacionais, que incumbe ao Poder Judiciário;</p> <p>(iv) asseverou que o Direito não se submete à religião;</p> <p>(v) considerou tratar-se de hipótese atípica ou, subsidiariamente, de excludente de ilicitude supralegal;</p> <p>(vi) trouxe à baila o argumento do contramajoritarismo como forma de justificar a atuação do STF. Foi o</p>	Adicionou condições de diagnóstico, as quais não constaram no Acórdão, por decisão da maioria.

			único Ministro a fazer esse esforço retórico, utilizando os mesmos fundamentos da ADPF 132, à qual fez referência.	
César Peluso	-	X	Rejeitou integralmente o voto do Relator.	Entendeu que a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia constitui aborto, com os seguintes fundamentos: (i) o caso da ADPF 54 é diferente da ADI n.º 3.510 (células-tronco) porque nesse caso o embrião é excedente e não será implantado na mulher; (ii) deve ser considerada a dignidade do feto, que é sujeito de direitos e não pode ser considerado lixo; (iii) trata-se de forma de discriminação (eugenia) que impõe a morte à um ser indefeso; (iv) classifica a interrupção da gravidez, nesse caso, como homicídio; (v) o feto é um ser vivo a ser protegido pelo Estado e, assim, a interrupção da gravidez seria aborto; (vi) não há que se falar em liberdade e autonomia em hipótese de crime; (vii) a vida deve ser protegida independentemente da sua durabilidade; (viii) decisão favorável ao pleito autoral abriria

				<p>margem para o aborto em outros casos;</p> <p>(viii) crimes praticados contra o bebê anencéfalo são punidos (ex: homicídio, lesão corporal, etc.). O aborto é a prática desses crimes em momento diverso;</p> <p>(ix) o diagnóstico intra-uterino da anencefalia é difícil e pode não ser certo;</p> <p>(x) ao magistrado compete estimar as consequências da decisão às pessoas e à sociedade;</p> <p>(xi) não há que se falar em tortura pois não há como a situação ser legalmente evitada, além de não haver sofrimento proposital e, tampouco, injustiça;</p> <p>(xii) o risco à saúde física e psíquica da mãe não se equipara ao risco de vida para fins de exclusão da ilicitude;</p> <p>(xiii) a questão não diz respeito à liberdade sexual e reprodutiva da mulher;</p> <p>(xiv) o STF não possui competência para atuar como legislador positivo, cabendo ao Poder Legislativo decidir sobre a questão, descaracterizando a tipicidade ou criando hipótese excludente de ilicitude, ou seja, o STF não pode inovar no</p>
--	--	--	--	--

				ordenamento jurídico posto.
Dias Toffoli (Impedido)	-	-	-	-

Fonte: elaboração própria.

A partir dos argumentos acima expostos, o STF julgou procedente a ação, ainda que com dois votos contrários, declarando inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II do Código Penal¹¹⁸.

Diferentemente do que ocorreu na ADPF 132, os Ministros, apesar de terem apresentados votos mais extensos, não se dedicaram muito à justificar a atuação da Corte. Seus esforços foram mais no sentido do mérito propriamente dito, se atendo aos argumentos apresentados pelos envolvidos no processo. Alguns deles, ressalte-se, sequer trataram da questão da legitimidade da Corte para julgar o caso ou limitaram-se a utilizar o argumento das audiências públicas e da presença de *amici curiae* como forma de legitimação, do ponto de vista democrático, da atuação judicial.

O Ministro Luiz Fux, ao tratar dos limites da atuação judicial, chamou atenção para o dissenso moral razoável gerado pelo caso, motivo pelo qual havia, à época, tamanha controvérsia não só entre a população, mas também na mídia e no próprio Tribunal. A seu ver, a decisão no sentido da impossibilidade de criminalização da interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia não seria propriamente contramajoritária porque, em que pese a existência de conflitos, a maior parte da sociedade se posicionava contrariamente à penalização da mulher vitimada por uma gravidez de risco (ADPF 54, p. 170). Ademais, ele entendeu que o STF, ao julgar o caso, deveria se ater especificamente à questão da anencefalia, sem atuar como se legislador fosse, uma vez que os *hard cases* impõem à Corte uma postura minimalista¹¹⁹ (ADPF 54, p. 158).

A Ministra Carmen Lúcia, por sua vez, elucidou em seu voto que o Poder

¹¹⁸ FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (ADPF 54).

¹¹⁹ O minimalismo judicial é expressão cunhada por Cass Sustein (2001, p. 09). Segundo ele, o Poder Judiciário deve ser mais cauteloso quando decide questões morais controversas, limitando-se à solução do caso concreto, com fundamentação objetiva e restrita ao tema, a fim de não ultrapassar os limites do objeto de discussão.

Judiciário não havia sido acionado para criar norma jurídica, mas sim para declarar se o ato da gestante ou da equipe médica no sentido da interrupção da gravidez de feto anencéfalo afrontaria preceitos constitucionais fundamentais ou se tal prática estaria enquadrada nas normas proibitivas consubstanciadas nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal. Ela teve a preocupação de repisar inúmeras vezes que não se tratava de atuação positiva no sentido de criar uma norma, competência exclusiva do Poder Legislativo (ADPF 54, p. 180), mas sim de atuação negativa.

Ricardo Lewandowisk, no mesmo sentido, asseverou que não havia lacuna a ser preenchida por uma interpretação analógica, como na ADPF 132. Para ele, a lei era taxativa e não havia margem para o STF decidir de forma diversa, uma vez que não possuía competência para legislar, alterando uma norma posta ou criando novas possibilidades não previstas pelo legislador ordinário. Ao Tribunal competiria apenas atuar como legislador negativo, retirando normas do ordenamento jurídico (ADPF 54, p. 245).

O Ministro Gilmar Mendes, ao tratar dos limites da atuação judicial, asseverou que a participação de *amici curiae* no processo contribuiu para a qualidade da prestação jurisdicional e assegurou novas possibilidades de legitimação dos julgamentos. Em suas palavras:

Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito. (ADPF 54, p. 275).

Cabe destacar, ainda, que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, reconheceu que a decisão do STF sobre a matéria configura o Tribunal como legislador positivo, por criar uma nova hipótese de excludente de ilicitude, a qual o legislador não elaborou. A seu ver:

Não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. (ADPF 54, p. 302).

Quem mais se aprofundou sobre a questão da atuação judicial e da possibilidade de o STF decidir a questão foi o Ministro Celso de Mello, que adotou a mesma linha de julgamento da ADPF 132, ao qual fez, inclusive, referência. Segundo ele, as correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional, impedem que a questão seja debatida no Parlamento, cabendo ao Poder Judiciário trazer para si essa função, na defesa de minorias subrepresentadas. Veja-se:

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere ao tema ora em exame, à desempenhar no plano da jurisdição das liberdades, o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger grupos vulneráveis contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica (...) Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos vulneráveis à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão, por grupos majoritários, da minoria, definida tal expressão à luz do critério da vulnerabilidade das mulheres, que pode ser social, econômica e jurídica. (...) É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade e dos direitos sexuais e reprodutivos, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. (ADPF 54, p. 359).

Ele destacou, ademais, que o STF proferiu uma série de decisões contramajoritárias, na busca pela preservação de direitos, interesses e valores que identificam os grupos expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política. Essa questão, a seu ver, deve compor a agenda do Tribunal, uma vez que a ele compete zelar pela supremacia da Constituição (ADPF 54, p. 362).

Em sentido contrário, o Ministro César Peluso, entendeu que o STF não possui legitimidade para criar uma excludente de ilicitude, mesmo que com fundamento na proteção de direitos fundamentais de minoria, como se verifica do trecho abaixo colacionado:

A ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional, responsabilizando-se por inovação normativa que a arguente e os adeptos de sua tese sabem muito bem que, na via própria da produção de lei, talvez não fosse adotada pelo Congresso Nacional, como intérprete autorizado dos

interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo, que representa! (ADPF 54, p. 413).

Ainda sobre o tema, é importante salientar que Luís Roberto Barroso, advogado da parte autora, em sua sustentação oral, além de apresentar os seus argumentos principais pela procedência do pedido, afirmou que o Brasil está atrasado em relação a Países como EUA, Canadá e França, competindo ao STF realizar esforços no sentido de superar esse atraso. Para ele, a Corte deveria atuar como “vanguarda iluminista”, “empurrando a história” e superando os entraves do sistema democrático majoritário, como pode se verificar do excerto *infra*:

Nessa matéria, senhores ministros, como todos sabemos, o processo legislativo, o processo político majoritário, não produziu uma solução e quando a história emperra é preciso que uma vanguarda iluminista faça com que ela avance. E esse é o papel que o STF poderá desempenhar no dia de hoje. Qualquer um dos fundamentos servirá para acolher o pedido. Se esse tribunal reconhecer e proclamar que a mulher tem o direito de interromper a gestação no caso de feto inviável, em nome dos seus direitos reprodutivos, este será um dia para não esquecer, será o marco-zero de uma nova era para a condição feminina no Brasil¹²⁰.

Do exposto, verifica-se que, em que pese o tema da legitimidade da atuação judicial ter sido pouco explorado pelos Ministros, ele ainda assim esteve presente na fundamentação dos votos de alguns deles, além de ter sido objeto também da argumentação oral de Luís Roberto Barroso.

Assim, conclui-se que, da mesma forma como ocorreu na ADPF 132, o debate acerca do ativismo, dos limites da atuação do Tribunal e do contramajoritarismo judicial se fez presente também na ADPF 54, na qual uma vez mais foram utilizados elementos e precedentes da teoria constitucional norte-americana.

Nesse contexto, no próximo tópico serão analisados dados da realidade fática do contexto em que as referidas decisões foram proferidas, a fim de se verificar de que forma a sociedade as percebia, ou seja, se elas foram efetivamente contramajoritárias e “iluministas”, como são concebidas pela maior parte da doutrina da atualidade, ou se, assim como no caso *Brown*, elas expressaram as mudanças de pensamento da sociedade.

¹²⁰ Para assistir à sustentação oral completa de Luís Roberto Barroso no julgamento da ADPF 54, *vide*: <https://www.youtube.com/watch?v=plUKobkpBB4&t=1s>. Referido trecho encontra-se a partir do minuto 14:35.

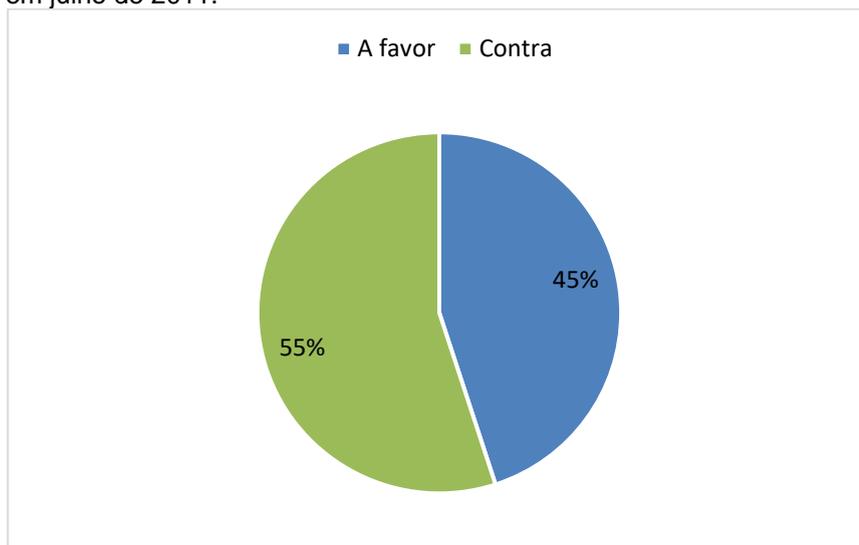
3.3. O contramajoritarismo nas ADPFs 132 e 54: análise de dados

Como visto, as ADPFs 132 e 54 são consideradas paradigmas de ativismo e contramajoritarismo judiciais do STF. A partir da análise dos votos dos Ministros em cada um dos casos, constatou-se que na ADPF 132 houve um esforço maior no sentido de justificar a atuação do Tribunal. Na ADPF 54, por outro lado, os Ministros não se dedicaram muito sobre o tema, mas ainda assim, houve discussão acerca dos limites da atuação judicial. Fato é que em ambos os processos, o argumento do ativismo pautado no contramajoritarismo judicial se fez presente, ou seja, tanto na ADPF 132 quanto na ADPF 54 a legitimidade do Tribunal para decidir as questões se pautou prioritariamente na necessidade de proteção de direitos fundamentais de minorias, ainda que isso tenha sido mais evidente na ADPF 132.

Diante disso, no presente subtópico serão analisados dados empíricos da realidade social da época em que as decisões foram proferidas, com a finalidade de se verificar se as decisões foram efetivamente contramajoritárias. Repise-se que o sentido de contramajoritarismo adotado no presente trabalho pressupõe transformação social e ruptura com o pensamento predominante, ou seja, a decisão contramajoritária é aquela que além de ir de encontro às instâncias majoritárias, contraria também o entendimento da maior parte da população naquele período. Ela demanda, portanto, a superação do pensamento predominante na sociedade da época.

Especificamente no que tange à ADPF 132, a análise de dados da realidade fática demonstra que ela não contramajoritária, muito embora ela seja concebida dessa forma atualmente. Isso, porque em pesquisa realizada pelo IBOPE em julho de 2011, apenas dois meses após ter sido prolatada a decisão, 45% da população brasileira era a favor das uniões homoafetivas (IBOPE, 2011, p. 09).

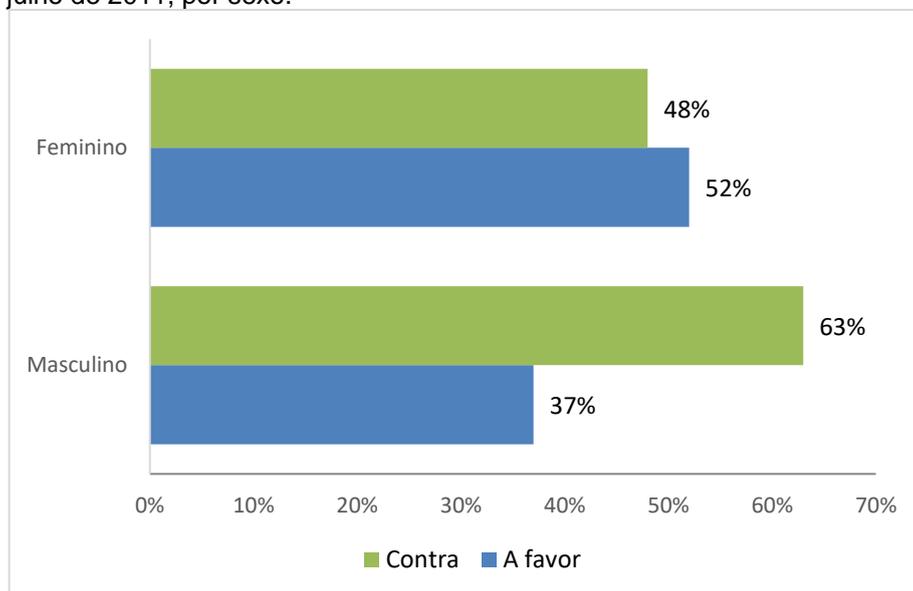
Gráfico 8 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011.



Fonte: IBGE, 2011, p. 09.

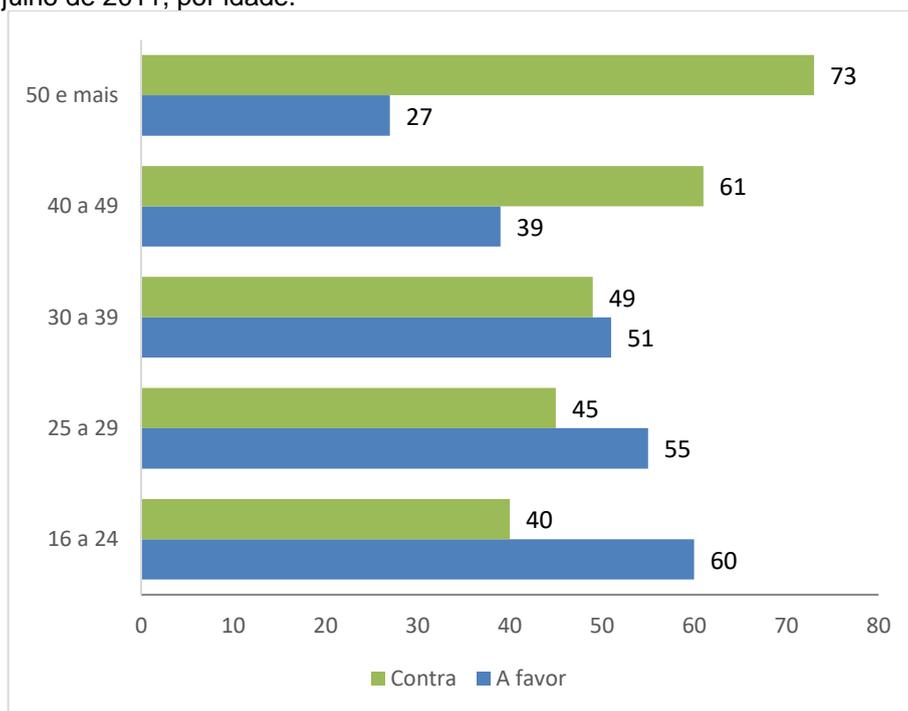
Em que pese a maioria da população (55%) ainda ser, nesse período, contrária às uniões homoafetivas, a análise dos demais fatores considerados na pesquisa demonstra que havia uma tendência forte no sentido da aceitação da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como demonstram os gráficos *infra*.

Gráfico 9 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011, por sexo.



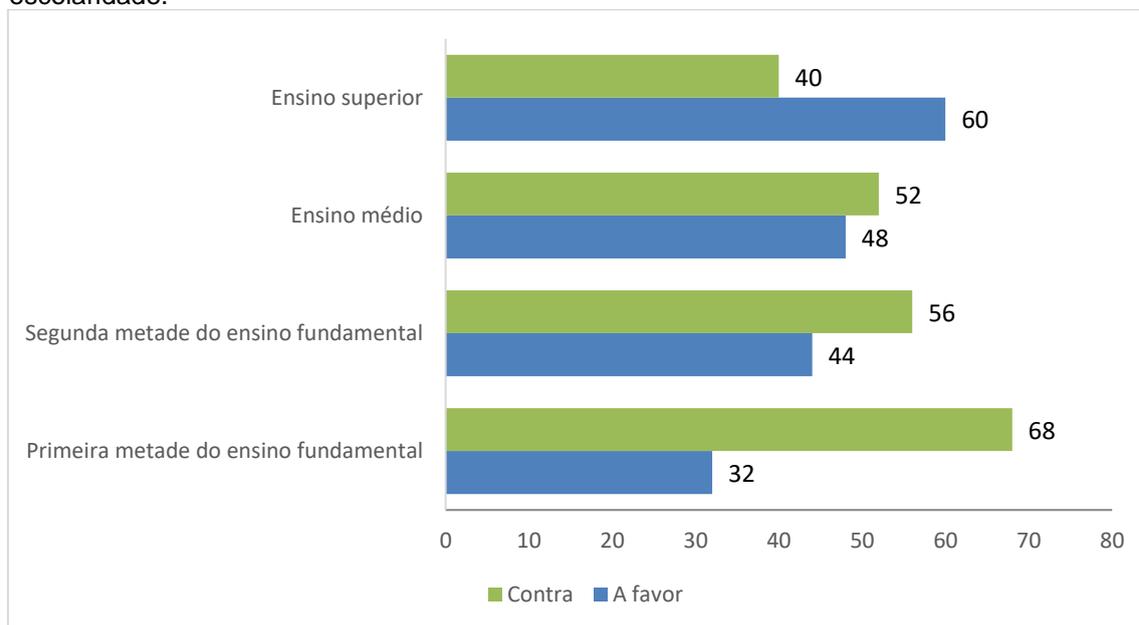
Fonte: IBGE, 2011, p. 09.

Gráfico 10 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011, por idade.



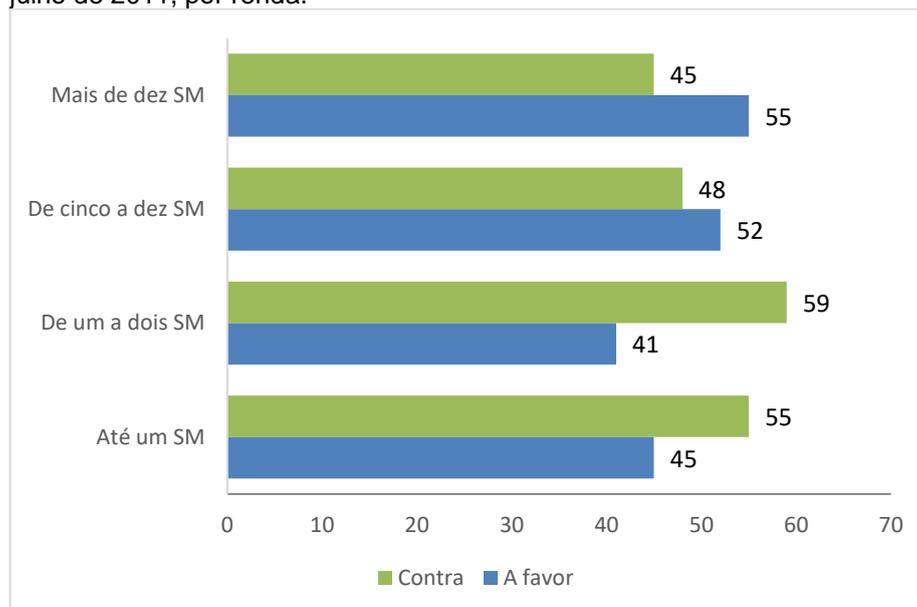
Fonte: IBGE, 2011, p. 09.

Gráfico 11 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011, por escolaridade.



Fonte: IBGE, 2011, p. 10.

Gráfico 12 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas em julho de 2011, por renda.



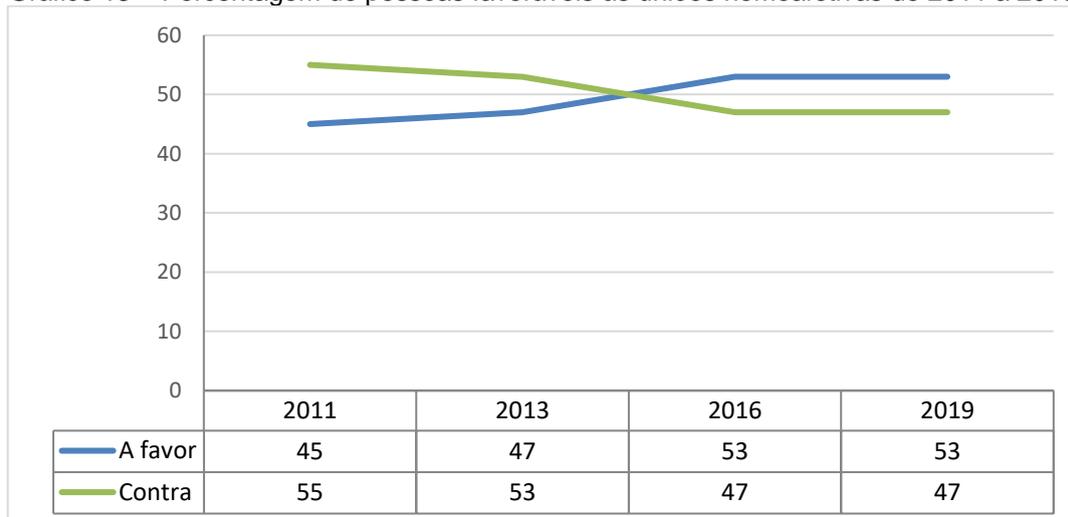
Fonte: IBGE, 2011, p. 10.

A partir do acima exposto, é possível constatar que a maioria das mulheres era favorável à decisão do Tribunal. Além disso, a aprovação era significativamente maior em relação aos entrevistados que possuíam maior nível de escolaridade. Dentre os detentores de nível superior, por exemplo, chegou a 60%. Da mesma forma, quanto maior a renda familiar, maior era aprovação¹²¹. Mas o dado que mais chama atenção é o relativo à faixa etária. Enquanto 73% das pessoas com mais de 50 anos era contrária à decisão, 60% dos que possuíam entre 16 e 24 anos e 55% dentre os que possuíam entre 25 e 29 anos eram favoráveis. Apenas a partir da faixa dos 40 anos é que a reprovação passa a ser maior. Isso leva a crer que havia uma propensão significativa à modificação da compreensão da sociedade acerca do tema.

Corroborando o exposto, em 2013, quando foi editada a Resolução n.º 173 do CNJ, a porcentagem de aprovação tinha subido de 45% para 47% (IBOPE, 2013). Em 2016, ademais, a porcentagem de aprovação somada ao quantitativo das pessoas que se declararam indiferentes totalizou 53% (IBOPE, 2018). Em 2019, por fim, a porcentagem alcançou 53% de pessoas favoráveis (IBOPE, 2019). No gráfico a seguir é possível perceber a evolução da taxa de aprovação de 2011 a 2019:

¹²¹ Isso corrobora o argumento apresentado no Capítulo 2, no sentido de que há uma forte tendência de o Poder Judiciário proteger as elites, representadas, nesse caso, pela parcela da população com maior renda, que teve a sua posição acolhida pelo Tribunal.

Gráfico 13 – Porcentagem de pessoas favoráveis às uniões homoafetivas de 2011 a 2019.



Fonte: IBGE, 2011, 2013, 2016 e 2019.

Assim, com base na análise dos dados *supra*, fica claro que, apesar da decisão não ter tido aprovação pela maioria logo de início, como ocorreu no caso *Brown*, havia uma tendência crescente de aceitação. Mesmo que naquele momento a porcentagem de rejeição ainda fosse maior, repise-se, a disparidade era pequena, vinha diminuindo progressivamente e foi continuamente se tornando menor após a decisão ter sido prolatada. Se não fosse assim, muito provavelmente a jurisprudência e a doutrina não teriam sido capazes de ir modificando seu entendimento, como o fizeram, e tampouco o STF teria decidido nesse sentido

Em relação à ADPF 54, a situação é diferente. Isso, porque a obtenção de dados acerca desse período, em que pese a decisão ter sido proferida em momento posterior ao julgamento da ADPF 132, foi muito mais complexa. Diferentemente do que ocorreu no caso das uniões homoafetivas, não foram realizadas tantas pesquisas especificamente acerca do aborto de feto anencéfalo nesse período e as muitas das que foram elaboradas não se encontram disponíveis para acesso do público em geral, o que tornou necessária a consulta a fontes secundárias, bem como o uso de dados acerca do aborto em geral.

É importante destacar que essa dificuldade, todavia, não influenciou nas conclusões do presente trabalho, uma vez que o seu escopo não é o estudo pormenorizado dos dados, mas sim a elaboração de um quadro geral que demonstre de que forma o tema era compreendido pela população brasileira doo começo dos anos 2000 até agora.

Como acima apontado, a ADPF 54 foi proposta em 2004 e julgada apenas em 2012, ou seja, foram necessários oito anos para que o Tribunal se posicionasse finalmente acerca do tema. A decisão do Ministro Relator Marco Aurelio Mello foi no sentido de deixar o processo parado por todos esses anos para que conseguisse alcançar maioria favorável à procedência do pedido autoral, à exemplo do que fez Earl Warren no julgamento do caso *Brown*. A diferença, no entanto, é que Warren não precisou esperar tantos anos para obter a unanimidade desejada, enquanto Marco Aurelio Mello se viu obrigado a aguardar oito anos até obter o apoio da maioria dos Ministros da Corte. Confira-se abaixo trecho do seu voto em que ressalta ter sido necessário aguardar até que o Tribunal estivesse em condições de decidir a causa:

É assim que voto, ressaltando a valia maior da audiência pública realizada e do fato de ter colocado intencionalmente na prateleira o processo, já que não envolvia interesses subjetivos, sendo um processo objetivo, no que, em janeiro de 2004, em uma página – continuo convencido – repleta da maior tristeza, este Tribunal lançou as mulheres brasileiras em geral em uma verdadeira *via crucis* para, caso a caso, pleitearem em Juízo o que normalmente é deferido: a autorização para a interrupção da gravidez. Presidente, quando assentamos – em escore apertado, é certo – a possibilidade de ter-se a pesquisa com células-tronco, vislumbrei sensibilidade do Colegiado para enfrentar a matéria. Então, retomei a direção do processo, realizando audiência pública, ouvindo os diversos segmentos da sociedade, como convém em um Estado Democrático de Direito, em uma República, verdadeiramente República, e, aparelhado o processo, trouxe-o a julgamento. (ADPF 54, p. 86).

Após a decisão que suspendeu parcialmente a sua decisão liminar, o Ministro optou por não incluir o processo novamente em pauta até a Corte estar preparada para julgá-lo. Não percebeu o Ministro, no entanto, que com o decurso de tantos anos muitas coisas poderiam mudar além da “sensibilidade da Corte”. A opinião pública também poderia se alterar com o passar do tempo, principalmente a partir dos debates que o próprio julgamento trouxe, em especial após o ano de 2008, quando foram realizadas as audiências públicas.

De fato, a mudança na composição da Corte nos anos de 2004 a 2012 contribuiu para que fosse possível a decisão de procedência pretendida pelo Relator. Entretanto, por outro lado, a demora no julgamento deu margem à atuação de movimentos sociais pró-vida que tiveram papel determinante na transformação do pensamento da sociedade brasileira.

No que tange especificamente ao ano de 2004, quando a demanda foi ajuizada, não foram encontrados dados relativos ao aborto em geral e tampouco ao aborto de

feto anencéfalo.

Os primeiros índices disponibilizados para acesso do público em geral datam de 2008. Nesse ano, 72% das mulheres católicas apoiavam o direito de escolha das mulheres grávidas de fetos anencéfalos, segundo pesquisa realizada pelo IBOPE (IWASSO, 2008). No mesmo ano, o Instituto concluiu que 70,5% da população brasileira e 72,2% dos católicos, independentemente do sexo, entendiam que a mulher grávida de um feto anencéfalo deveria ter o poder de escolher acerca da interrupção da gestação. Ademais, 77,6% dos entrevistados concordaram que o Estado deveria atender essas mulheres em hospitais públicos. Dentre os católicos, o índice era de 78,7%. Por fim, era de 71% a porcentagem dos que entendem que obrigar a mulher a seguir com a gravidez nessa hipótese configuraria tortura. Os católicos que entenderam da mesma forma foram 72,5%. (IBOPE, 2008). Isso mostra que a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo era apoiada pela maioria da população em 2008, inclusive pelos católicos.

No final desse ano, foram realizadas as quatro audiências públicas acerca do tema, as quais foram transmitidas pela TV Justiça e tiveram grande repercussão na mídia e na sociedade em geral, como dito¹²². A partir desse período, a discussão se tornou muito mais acalorada e várias entidades contrárias ao aborto, em especial de cunho religioso, iniciaram campanhas contra a interrupção da gravidez em caso de anencefalia¹²³, assim como aconteceu nos EUA no contexto do julgamento do caso *Roe v. Wade*. Os debates sobre o tema geraram uma espécie de divisão entre os que eram contrários e os que eram favoráveis ao aborto e, apesar da grande expectativa para que o Tribunal decidisse a questão naquele momento, diante do contexto de efervescência social, o Relator, como dito, optou por postergar o julgamento por mais alguns anos.

Em 2010, dois anos após o encerramento das audiências públicas, o processo continuava sem desfecho, mas a sociedade manteve os debates acerca do aborto, mudando progressivamente a sua visão. Conforme dados do IBOPE (2018), nesse ano 78% da população brasileira se posicionava contrariamente à legalização do aborto, enquanto 10% das pessoas era a favor e 10% era indiferente, ou seja, em

¹²² Para mais informações acerca da relação entre o aborto e a mídia no período de 2003 a 2008, *vide*: PINHO, 2009.

¹²³ Em 2005/2006 surgiu a Organização Não Governamental “Brasil sem aborto”, por exemplo, que teve e ainda tem um papel fundamental na luta contra qualquer tipo de aborto no País. Para mais informações, *vide*: <https://brasilsemaborto.org/>.

apenas dois anos o quadro se modificou.

É importante destacar que na pesquisa realizada em 2010 o questionamento teve por objeto a legalização do aborto em geral e não especificamente do aborto em caso de anencefalia. O seu uso, no entanto, justifica-se na medida em que não foi encontrada pesquisa acerca da interrupção da gravidez em caso de anencefalia, realizada no ano de 2010. Mesmo assim, a partir dos dados obtidos é possível perceber de que forma o tema era compreendido à época.

No ano de 2012, oito anos após o ajuizamento da demanda e quatro anos após as audiências públicas que levaram ao aumento exponencial do debate sobre o tema na sociedade brasileira, o Ministro Relator Marco Aurelio Mello entendeu que o Tribunal estava preparado para decidir a questão. Conforme pesquisas realizadas pelo Datafolha, nesse período a rejeição ao aborto estava se tornando cada vez maior. Como se verifica dos gráficos abaixo, os anos compreendidos entre 2010 e 2014 foram os mais desfavoráveis em relação à sua legalização¹²⁴:

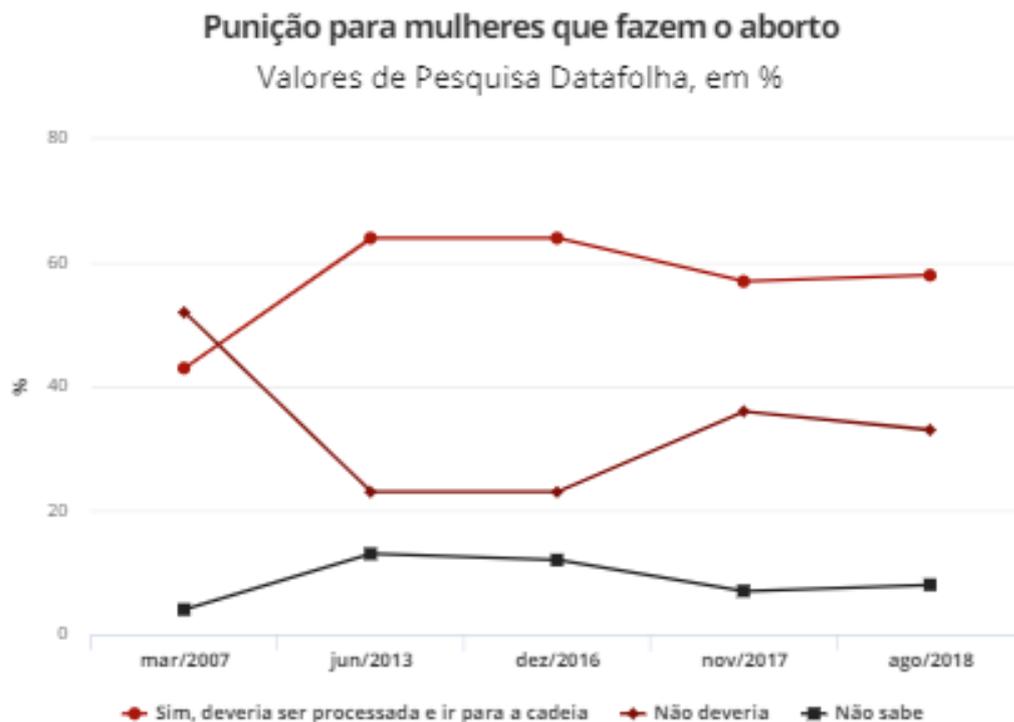
Gráfico 14 – Pesquisa Datafolha acerca da possibilidade de ampliação das hipóteses de aborto.



Fonte: G1, 2018.

¹²⁴ Vale ressaltar que tanto 2010 quanto 2014 foram anos de eleições presidenciais, momento em que os debates acerca do tema costumam ficar em voga, uma vez que o posicionamento dos candidatos nessa seara influencia diretamente o votos de muitos brasileiros.

Gráfico 15 – Pesquisa Datafolha acerca da punição para mulheres que praticam o aborto.



Fonte: G1, 2018.

Em 2016, passados quatro anos do julgamento pela Corte, conforme informações divulgadas pelo IBOPE (2018), o índice de rejeição à legalização do aborto se manteve o mesmo (78%), o que demonstra que a decisão do Tribunal não teve o condão de reduzir a rejeição à legalização do aborto. Muito pelo contrário. Ela contribuiu para o aumento que se verificou nos anos subsequentes.

Em 2018, seguindo a tendência de crescimento do conservadorismo no Brasil, cujo índice pulou de 0,657 em 2010 para 0,689 em 2018, a rejeição à legalização do aborto chegou ao patamar de 80%, contra 15% de aceitação e 4% de indiferença (IBOPE, 2018).

No que tange aos religiosos, em especial aos católicos, que em 2008 mostravam-se favoráveis à descriminalização do aborto em caso de anencefalia, o quadro também se modificou consideravelmente. Conforme pesquisa realizada pelo Datafolha, 60% dos brasileiros que declararam possuir religião eram contrários à ampliação das hipóteses de aborto legal em 2018. Dentre esses 60%, mais da metade se autodeclarou católica (BASTOS, 2018)¹²⁵.

¹²⁵ Contraditoriamente, em 2015 88% das mulheres que já tinham realizado aborto possuíam religião, sendo 55% delas católicas (SERRA, 2015).

O cenário se tornou ainda mais crítico para os defensores do aborto no ano de 2019, vez que nesse momento 41% dos brasileiros era a favor da sua proibição em qualquer hipótese e 34% entendia que a lei deveria permanecer como estava, isto é, sem novas possibilidades de aborto legal. Apenas 16% da população era favorável ao aumento das hipóteses excludentes de ilicitude e 6% não verificava óbices à sua legalização em qualquer caso, conforme pesquisa do Datafolha (G1, 2019).

A partir do acima exposto, conclui-se que o STF, no julgamento da ADPF 54, seguiu o entendimento majoritário da população brasileira no começo dos anos 2000, quando do seu ajuizamento, mas não o posicionamento prevalecente em 2012, quando proferiu a decisão.

No período em que a ação foi proposta, ressalte-se, a maioria dos brasileiros, inclusive os católicos, era favorável à interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia. Porém, com o passar dos anos esse posicionamento foi pendendo em sentido contrário, muito em função dos debates gerados pelo próprio julgamento. A partir das audiências públicas realizadas no ano de 2008, isso ficou ainda mais claro. Os movimentos pró-vida, como dito, ganharam força e iniciaram campanhas massivas a fim de cooptar a população – majoritariamente religiosa - e convencê-la contrariamente ao aborto, mesmo no caso de anencefalia. Nos anos seguintes, a tendência de rejeição à interrupção da gravidez foi ficando ainda mais forte, principalmente após a decisão do Tribunal.

O decurso do tempo contribuiu para que a rejeição ao aborto se tornasse cada vez maior, uma vez que o trâmite processual e a própria decisão do Tribunal levaram ao acirramento dos debates à época. Assim, se o STF iniciou o julgamento do caso seguindo a tendência consolidada quando do ajuizamento da ação, acabou proferindo uma decisão final efetivamente contramajoritária, tendo em vista a mudança no pensamento social para a qual ele próprio contribuiu.

Pode-se dizer, assim, que a ADPF 54 em muito se diferenciou da ADPF 132. Em primeiro lugar, pelo tempo de julgamento, já que ADPF 132 foi proposta quatro anos depois da ADPF 54 (2004 e 2008) e, ainda assim, foi julgada antes, ainda em 2011. Em segundo lugar, pelo debate que gerou não apenas na sociedade, mas também no próprio Tribunal. Na ADPF 54 foram necessários anos de discussão, além da mudança na composição da Corte, da participação de inúmeros *amici curiae* e da realização de quatro audiências públicas para que os Ministros chegassem a uma decisão por oito votos a dois. Por outro lado, na ADPF 132, o julgamento foi muito

mais simplificado e logo foi obtida a maioria dos votos. De fato, em ambos os casos houve acirrados debates na sociedade, no entanto, as uniões homoafetivas geravam uma aceitação muito maior, inclusive por parte de grupos religiosos, do que o aborto de feto anencéfalo quando foi proferida a decisão.

Os dois casos, no entanto, se aproximam quanto aos argumentos utilizados para legitimar a atuação judicial. Tanto na ADPF 132 quanto na ADPF 54 os Ministros e o então advogado Luís Roberto Barroso, que, ressalte-se, teve papel determinante nos dois julgamentos, trouxeram a questão do contramajoritarismo e do papel de “vanguarda iluminista” da Corte como forma de conferir legitimidade democrática às decisões que tinham por objeto temas marcadamente políticos. Entretanto, na ADPF 132 esses argumentos foram muito mais fortes e desenvolvidos com maior profundidade por um número maior de Ministros. Contraditoriamente, no entanto, a ADPF 132 foi, como anteriormente demonstrado, bem menos contramajoritária do que a ADPF 54. Enquanto no primeiro caso a tendência da opinião pública era no sentido da aceitação, no segundo era no sentido da rejeição.

E nesse ponto há ainda uma diferença crucial entre os casos. A ADPF 132 contribuiu significativamente para aceitação das uniões homoafetivas, ou seja, a partir da decisão, a sociedade e o próprio Estado aceitaram melhor os casais homossexuais e criaram formas de permitir que a sua relação se consolidasse, em que pese algumas resistências pontuais. A ADPF 54, por sua vez, teve o efeito contrário. Apesar de ter permitido a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia, bastando, para tanto, a manifestação de vontade da mulher, ela levou ao fortalecimento de movimentos políticos e sociais contrários ao aborto, o que certamente prejudicou a busca pela legalização do aborto em outras situações. Assim, enquanto a ADPF132 abriu caminhos, a ADPF 54 os fechou.

Ambas as decisões, vale destacar, são de extrema relevância e podem ser classificadas como paradigmáticas. Porém, dadas as suas peculiaridades, tiveram processos, decisões e consequências distintas.

No que tange especificamente ao contramajoritarismo, cumpre destacar uma vez mais que, enquanto na ADPF 132 utilizou-se mais desse argumento, na prática verificou-se que a decisão proferida pela Corte no seu julgamento foi consequência de uma tendência já consolidada. De outra parte, na ADPF 54 o contramajoritarismo, menos explorado, efetivamente se verificou no momento em que a decisão foi proferida, ainda que quando do seu ajuizamento a sociedade brasileira tenha sido

mais favorável do que contrária ao pleito autoral.

Isso demonstra que há casos em que o STF decide com base no contramajoritarismo, mas não contra o pensamento da maior parte da população, (ADPF 132), e casos em que a Corte se utiliza desse argumento e efetivamente se opõe ao entendimento majoritário (ADPF 54). Nessa segunda hipótese, entretanto, é importante perceber que houve uma mudança na compreensão da sociedade brasileira ao longo dos anos, a qual foi desencadeada pelo próprio processo judicial. Assim, é provável que, se a ADPF 54 tivesse sido julgada em 2005, pouco após a sua propositura, não fossem obtidos os votos favoráveis da maioria dos Ministros, mas, caso a maioria fosse alcançada, a decisão certamente teria disso majoritária, uma vez que a maior parte dos brasileiros era favorável ao pleito autoral naquele momento.

CONCLUSÃO

A hipótese central que direcionou o desenvolvimento da presente dissertação foi de que o STF faz uso de forma errônea da ideia de contramajoritarismo originária da Corte Warren, em função de seus principais precedentes não terem sido propriamente contramajoritários, assim como também não o foi a decisão proferida pela Corte Warren no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. A Corte brasileira estaria, em verdade, utilizando um argumento de legitimidade que não encontraria correspondência na realidade nacional. Como será explicado a seguir, essa hipótese apenas parcialmente se confirmou.

Para que fosse possível compreender a forma como o Tribunal faz uso do contramajoritarismo no Brasil, foi necessário retornar às suas origens. Assim, o primeiro capítulo destinou-se ao estudo da Corte Warren. Isso, porque esse período da história da Suprema Corte dos EUA é considerado o “berço” do contramajoritarismo judicial. As decisões proferidas nos anos em que Earl Warren presidiu a SCOTUS destoaram dos precedentes anteriores da Corte, por serem, muitas vezes, decisões de cunho político, fundamentadas no suposto papel contramajoritário a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, ao qual competiria a transformação da realidade social quando o processo político-majoritário não fosse capaz de fazê-lo.

Nesse capítulo, para fins de contextualização, foram abordados aspectos da vida de Earl Warren e de como ele chegou até a Suprema Corte Estadunidense. Após, foi analisada a composição da Corte ao longo das décadas de 50 e 60, para que, então, fosse estudado especificamente o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, considerando o primeiro precedente de contramajoritarismo judicial. Ao final, foram trazidos dados estatísticos acerca dos anos anteriores e subsequentes à publicação do julgado, que demonstraram que, em que pese ser considerado precedente contramajoritário, o caso *Brown* apenas refletiu a opinião da maior parte da sociedade norte-americana à época, caracterizando o chamado *upside down judicial review* (decisão judicial que reflete a opinião pública) e justificando a ideia de mito/mitificação do julgado.

O segundo capítulo, por sua vez, teve por objeto aspectos mais teóricos e conceituais. Optou-se, nesse momento, pelo uso preponderante de doutrinadores brasileiros, uma vez que a teoria estrangeira acerca do tema muitas vezes não se enquadra à realidade nacional, o que poderia levar à inconsistências. De fato, em

alguns pontos foram feitas referências à autores internacionais, no entanto, elas se restringiram a complementar e exemplificar o que estava sendo trazido por doutrinadores brasileiros.

A adoção preponderante dos conceitos/teorias desenvolvidas por Luís Roberto Barroso se justificou por três motivos. Primeiro porque ele é considerado um dos principais constitucionalistas da atualidade no Brasil. Segundo porque ele foi essencial no julgamento dos casos objeto do Capítulo 3. Terceiro porque ele dedicou grande parte de suas obras a explorar o contramajoritarismo judicial na realidade brasileira, inspirado justamente na teoria norte-americana e nos precedentes da Corte Warren. Além dele, foram também trazidos ao presente trabalho conceitos/teorias de autoria de Conrado Hubner Mendes, por ser ele um dos principais autores nacionais a tecer críticas à atuação do Poder Judiciário na atualidade.

Verificou-se, a partir do desenvolvimento desse capítulo, que o argumento do contramajoritarismo utilizado no Brasil tem suas origens no contramajoritarismo da Corte Warren, pautado na ideia de transformação social, no dever do Poder Judiciário de “empurrar a história”, de atuar como “vanguarda iluminista”, sendo Luís Roberto Barroso, inspirado na teoria estadunidense, o principal defensor dessa perspectiva no País. Além disso, constatou-se a aproximação cada vez mais evidente entre a *Civil Law* e a *Common Law*, a partir do que se denomina americanização do direito.

No terceiro capítulo, por fim, buscou-se identificar o fundamento de legitimidade utilizado pelo STF no julgamento de dois casos que ilustram de forma bastante evidente o seu ativismo judicial.

Para tanto, primeiramente foi analisada a ADPF 132, julgada pela Corte em 2011, a partir dos votos proferidos por cada um dos Ministros, bem como dos argumentos trazidos pelo patrono da parte autora. Conclui-se que, nesse caso, a Corte justificou a sua atuação a partir do contramajoritarismo e da necessidade de proteção das minorias face à omissão do Poder Legislativo em decidir a questão das uniões homoafetivas.

Em segundo lugar, foi analisada a ADPF 54, também a partir dos votos dos Ministros e da fundamentação apresentada pelo advogado da parte autora. Constatou-se que o argumento do contramajoritarismo foi utilizado em menor escala nesse julgado, uma vez que os membros do Tribunal se ativeram mais ao objeto principal da ação, além de terem buscado outros fundamentos para justificar decisão da Corte sobre o tema, como, por exemplo, a realização de audiências públicas, as

quais seriam por si só suficientes para legitimar a atuação judicial.

Após o estudo específico dos casos, passou-se à análise dos dados estatísticos da realidade à época em que foram proferidas as decisões. Sobre esse ponto, impende destacar, uma vez mais, que houve grande dificuldade na obtenção dos dados relativos à ADPF 54.

A partir das pesquisas acessadas, foi possível concluir que na ADPF 132, em que o argumento foi mais desenvolvido, não houve contramajoritarismo propriamente dito, considerando que a tendência de aceitação das uniões homoafetivas era cada vez mais forte na sociedade naquele período. Por outro lado, na ADPF 54 a opinião pública, que era favorável à procedência do pedido autoral quando do ajuizamento da ação, se tornou contrária no momento em que o Acórdão foi prolatado, o que fez com que a decisão efetivamente se revelasse contramajoritária. Ressalte-se que esse contramajoritarismo só se verificou na medida em que o Tribunal demorou oito anos para decidir o caso. Como dito, se assim não fosse, ou seja, se a decisão tivesse sido proferida antes e no mesmo sentido, não haveria que se falar em contramajoritarismo, ora concebido como oposição ao entendimento majoritário da sociedade.

Sendo assim, pode-se dizer que no julgamento do primeiro caso (ADPF 132) o Tribunal não “empurrou a história”, mas sim foi empurrado por ela. Já no segundo caso, a Corte inicialmente foi empurrada, mas, ao final, acabou indo contra o entendimento prevalecente, rompendo a barreira majoritária criada no decurso dos anos de tramitação do processo judicial. Isso foi o suficiente para que a hipótese inicial do trabalho se confirmasse apenas em parte, como se demonstrará a seguir.

De fato, a ideia de contramajoritarismo surgiu com a Corte Warren, no julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, mas já no seu nascimento não correspondeu à realidade, vez que a dessegregação social já era amplamente aceita pela sociedade norte-americana em 1954. Apesar disso, esse precedente e toda a teoria que foi construída a partir dele têm sido utilizados em todo o mundo como fundamento de legitimação do ativismo judicial, inclusive no Brasil.

O STF tem se tornado instituição cada vez mais ativista e tem decidido muitos casos de natureza eminentemente política, utilizando como fundamento principal o contramajoritarismo, bem como o seu papel de transformador da realidade social, de “vanguarda iluminista” incumbida da missão de “empurrar a história” quando ela é travada pelas instâncias majoritárias. Em dois de seus principais precedentes ativistas, quais sejam, as ADPFs 132 e 54, a Corte utilizou esse argumento, ainda que

em proporções distintas.

A questão é que, diferentemente do que se pensava quando do início da pesquisa, uma das decisões analisadas no capítulo 3 mostrou-se efetivamente contramajoritária, o que significa que nem todas as vezes em que o contramajoritarismo da Corte Warren é utilizado pela Corte, o é de forma errônea. Isto é, há casos em que o STF utiliza o contramajoritarismo como argumento principal sem que haja respaldo social para tanto, mas, por outro lado, essa não é uma regra absoluta, vez que também há casos em que a Corte efetivamente atua como instância contramajoritária. Cumpre salientar, entretanto, que ainda que o Tribunal, no julgamento da ADPF 54, tenha sido contrário ao posicionamento majoritário da sociedade, ela somente o foi em função do decurso do tempo entre o seu ajuizamento e o julgamento, como visto.

O Poder Judiciário, em especial as Cortes Constitucionais, aqui compreendidas em sentido *lato*, possui, de fato, papel relevante na determinação dos rumos da sociedade. No entanto, ele não deve trazer para si a prerrogativa de ser a “vanguarda iluminista”, de transformador os rumos da história, de empurrá-la em um determinado sentido, ainda que sob o argumento da proteção das minorias.

Em verdade, as Cortes seguem o rumo da história. As suas decisões são apenas elementos dentre muitos outros que também determinam o futuro. Como bem esclarece Robert Dahl, o Poder Judiciário é, em regra, parte da aliança nacional dominante, é dizer, ela não possui poderes suficientes para *per si* contrariar o posicionamento prevelescente. Referido autor (1957, p. 293), sobre o tema, assevera que:

Exceto nos períodos de transição de curta duração, quando a antiga aliança está se desintegrando e a nova luta para assumir o controle das instituições políticas, a Suprema Corte é inevitavelmente parte da aliança nacional dominante. Como elemento de liderança política da aliança dominante, o Tribunal, é claro, apóia as principais políticas da aliança. Por si só, o Tribunal é quase impotente para afetar o curso da política nacional. Na ausência de acordo substancial dentro da aliança, uma tentativa do Tribunal em fazer política provavelmente levará a desastres, como no caso Dred Scott e nos primeiros casos acerca do Plano New Deal. Os casos das últimas três décadas envolvendo a liberdade dos negros, que culminaram na decisão hoje famosa acerca da integração escolar, são exceções a essa generalização; Terei mais a dizer sobre eles daqui a pouco. A Suprema Corte não é, no entanto, simplesmente um agente da aliança. Ela é uma parte essencial da liderança política e possui algum de poder próprio, sendo o mais importante a legitimidade atribuída às suas interpretações da Constituição. Essa legitimidade do Tribunal é posta em risco se se opõe flagrantemente às principais políticas da aliança dominante; tal curso de ação, como vimos, é aquele em que o Tribunal decidirá normalmente tende a não se envolver (...)

O principal objetivo da liderança presidencial é construir um ambiente estável e dominantes de agregação de minorias com alta probabilidade de ganhar a presidência e uma ou ambas as casas do Congresso. A principal tarefa da Corte é conferir legitimidade às políticas fundamentais da coalizão bem-sucedida. Há momentos em que a coalizão é instável em relação a certas políticas-chave; correndo um risco muito grande para seus poderes de legitimidade, o Tribunal pode intervir nesses casos e até conseguir estabelecer políticas. Todavia, provavelmente ela só poderá ter sucesso nesses casos se sua ação estiver em conformidade e reforçar uma amplo conjunto de normas explícitas ou implícitas estabelecidas pela liderança política; normas estas que não são suficientemente fortes ou não são distribuídas de forma a garantir a existência de uma maioria legislativa efetiva, mas, no entanto, que são suficientemente poderosas para impedir qualquer ataque bem-sucedido aos poderes de legitimidade da Corte. Esta é provavelmente a explicação para o trabalho relativamente bem-sucedido da Corte em ampliar a liberdade dos negros para votação durante as últimas três décadas e nas famosas decisões de integração nas escolas¹²⁶.

Assim, ainda que em alguns casos, como ocorreu na ADPF 54, os Tribunais profiram decisões contrárias ao entendimento da maioria da população, muito dificilmente eles irão realizar juízo positivo de admissibilidade da causa se não houver apoio da opinião pública nesse sentido. No referido caso, quando do ajuizamento da demanda a sociedade era favorável ao pleito autoral, posicionamento que mudou no decurso dos doze anos de tramitação processual. Assim, em que pese o contramajoritarismo final, havia apoio popular quando o processo nasceu.

Em certa medida, pode até ser que haja contramajoritarismo nas decisões

¹²⁶ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*Except for short-lived transitional periods when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the dominant national alliance. As an element in the political leadership of the dominant alliance, the Court of course supports the major policies of the alliance. By itself, the Court is almost powerless to affect the course of national policy. In the absence of substantial agreement within the alliance, an attempt by the Court to make national policy is likely to lead to disaster, as the Dred Scott decision and the early New Deal cases demonstrate. Conceivably, the cases of the last three decades involving the freedom of Negroes, culminating in the now famous decision on school integration, are exceptions to this generalization; I shall have more to say about them in a moment. The Supreme Court is not, however, simply an agent of the alliance. It is an essential part of the political leadership and possesses some bases of power of its own, the most important of which is the unique legitimacy attributed to its interpretations of the Constitution. This legitimacy the Court jeopardizes if it flagrantly opposes the major policies of the dominant alliance; such a course of action, as we have seen, is one in which the Court will not normally be tempted to engage (...)* The main objective of presidential leadership is to build a stable and dominant aggregation of minorities with a high probability of winning the presidency and one or both houses of Congress. The main task of the Court is to confer legitimacy on the fundamental policies of the successful coalition. There are times when the coalition is unstable with respect to certain key policies; at very great risk to its legitimacy powers, the Court can intervene in such cases and may even succeed in establishing policy. Probably in such cases it can succeed only if its action conforms to and reinforces a widespread set of explicit or implicit norms held by the political leadership; norms which are not strong enough or are not distributed in such a way as to insure the existence of an effective lawmaking majority but are, nonetheless, sufficiently powerful to prevent any successful attack on the legitimacy powers of the Court. This is probably the explanation for the relatively successful work of the Court in enlarging the freedom of Negroes to vote during the past three decades and in its famous school integration decisions.”

proferidas pelo Poder Judiciário e, mais especificamente, pelo STF, mas esse contramajoritarismo é indiscutivelmente limitado, conforme bem elucida Michael Klarman (1996, p. 18) no trecho abaixo colacionado.

A Corte identifica e protege os direitos das minorias apenas quando a maioria ou quase a maioria da comunidade considera que esses direitos merecem proteção. O *judicial review* opera apenas dentro de parâmetros estabelecidos pelo contexto social, político e ideológico no qual os juizes se inserem. (...) Nada disso, é claro, é negar que o *judicial review* possua alguma capacidade contramajoritária (...) Curiosamente, nenhuma das duas decisões paradigmáticas do período pós-guerra - *Brown* e *Roe* - se encaixa nessa descrição, pois o Tribunal em ambas as ocasiões provavelmente tinha uma estreita maioria, ou pelo menos uma pluralidade, da nação ao seu lado¹²⁷

Transformar a realidade social por meio de uma decisão judicial, protegendo minorias teoricamente desamparadas e excluídas do processo majoritário não se revela função do Poder Judiciário. Ainda que ele possa contribuir para isso, sendo um dos motores que impulsionam mudanças sociais, ele por si só não é capaz de mudar os rumos da história sem o mínimo de respaldo da opinião pública, e nem mesmo ousa tentar fazê-lo.

Dessa forma, o que se espera é que o STF, ou, melhor dizendo, que os Ministros que integram a Corte compreendam que não possuem função de “vanguarda iluminista”, ou seja, que não cabe à eles “empurrar a história”, exercendo um papel contramajoritário heroico, mas sim que devem atuar na proteção dos direitos fundamentais, como uma das engrenagens do sistema democrático. Seu papel não deve ser de protagonista da história, mas sim de ajudante/coadjuvante das transformações sociais que são realizadas por força da própria população e não de um grupo de onze membros da elite jurídica, que se considera salvador da pátria. Como visto nos capítulos 1 e 3, os rumos da história não são judicialmente determinados. Quem propulsiona as transformações, em verdade, são os movimentos/grupos sociais subjacentes, que ganham força em determinados contextos históricos. A atuação judicial é, portanto, apenas uma das peças do jogo democrático.

¹²⁷ Tradução nossa. Texto original em inglês: “*The Court identifies and protects minority rights only when a majority or near majority of the community has come to deem those rights worth of protection. Judicial review operates only within parameters established by the social, political, and ideological context within which judges function. (...) None of this, of course, is to deny that judicial review possesses some countermajoritarian capacity (...) Interestingly, neither of the two epochal decisions of the postwar period – Brown and Roe – fits this description, as the Court on both occasions probably had a narrow majority, or at least a plurality, of the nation on its side.*”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luis Claudio Martins de. **O Diálogo Institucional entre Cortes Constitucionais:** Uma Nova Racionalidade Argumentativa da Jurisdição Constitucional Justificada pelos Diálogos Institucionais Transnacionais. Revista da AGU, Brasília, ano 13, n° 39, 2014, p. 225 - 231, 2014. Disponível em: www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/342774. Acesso em 05 de janeiro de 2020.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução.** Traduzido por Denise Bottmann. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

ARGUELHES; Diego Werneck; HARTMANN, Ivar. **A monocratização do STF:** Tribunal delega cada vez mais poder para decisões individuais em ADIs e ADPFs. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015>. Acesso em: 02 de janeiro de 2020.

Audiência Pública Anencéfalos - 26/08/08 - (1/4). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C8aZ7JXdgj8&list=PLtUQomzoAc7-8HlzGSIKL9nNx8T9aJPaH>. Acesso em: 22 de janeiro de 2020.

AVRITZER, Leonardo. **Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio de poderes.** Revista da USP, n° 109, 2011, p. 75-87.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Revista Diálogo Jurídico, Bahia, v. 15, 2007, p. 83-103.

BARROSO, Luís Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos:** Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. Cadernos da Escola de Direito – UNIBRASIL, v. 2, n.º 9, 2008, p. 258 – 301. Disponível em: <http://www.revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/459/436>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. **A razão sem voto:** o Supremo Tribunal Federal e o Governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, edição especial, 2015, p. 23 – 50. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>. Acesso em 05 de dezembro de 2019.

_____. **Contramajoritário, representativo e iluminista:** o papel dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 4, n.º 4, 2018, p. 2171 – 2228. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva,

2011.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.º 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

_____. **Luís Roberto Barroso, por ele mesmo.** Congresso em Foco. 2013. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/o-depoimento-de-barroso-nos-70-anos-do-curso-de-direito-da-uerj/>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. **“Operação Abafa” tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso.** In: Folha de São Paulo, 23 de fevereiro de 2018a. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

BASTOS, Mariana. **Mulheres cristãs baseiam em sua fé defesa dos direitos reprodutivos e do aborto legal.** 2018. Disponível em: <http://www.generonumero.media/mulheres-cristas-baseiam-em-sua-fe-defesa-dos-direitos-reprodutivos-e-do-aborto-legal/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

BELAUNDE, Domingo García. **Derecho Procesal Constitucional.** Bogotá: Temis, 2001.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch:** The Supreme Court at the bar of politics. New York: Yale University Press, 1986.

Blackface Minstrel Show Sand Dance. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=A6dXrm1YjBE>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

BOLONHA, Carlos; LAZARI, Igor de; RANGEL, Henrique. **O que Brown e Obergefell nos Ensinam sobre Contramajoritarismo?**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, n.º 50, 2017, p. 40 a 61.

BRASIL. **Código Civil.** Lei n.º 10.406 de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei n.º 2848 de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 32.** Relator: Ministro Ayres Britto. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental nº 41. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 395904.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1026981.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 889852.** Relator: Luis Felipe Salomão. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 2006.001.59677.** Relator: Antônio Duarte. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 599.075.496.** Relator: Breno Moreira Mussi. 1999.

BURGOS, Marcelo Baumann; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

CARROL, Joseph. **Race and education 50 years after Brown v. Board of Education.** 2004. Disponível em: www.news.gallup.com/poll/11686/race-education-years-after-brown-board-of-education.aspx. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CASAGRANDE, Cássio. **A Americanização do Direito Constitucional Brasileiro em Perspectiva Histórica.** Revista Interesse Público, Belho Horizonte, ano 18, n.º 100, 2016.

CERVI, Emerson Urizzi. Opinião pública e política no Brasil: **o que o brasileiro pensa sobre política e porque isso interessa à democracia.** Tese apresentada ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Ciências Humanas: Ciência Política. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://doxa.iesp.uerj.br/wp-content/uploads/2016/02/URIZZI_2006.pdf. Acesso em: 13 de julho de 2020.

Childish Gambino - This Is America (Official Video). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VYOjWnS4cMY>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

CNJ. **Perfil demográfico dos magistrados brasileiros – 2018.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em 06 de janeiro de 2020.

Cotton and Chick Watts Blackface Minstrel Show Comedy. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-_swtbli2F0. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

COTTRON, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. **Brown v. Board of Education: Caste, Culture, and the Constitution**. Kansas: University Press of Kansas, 2003.

COUSO, Javier. The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America. In: COUSO, Javier, HUNEEUS, Alexandra, SIEDER, Rachel, **Cultures of Legality**. Nova York: Cambridge University Press, 2011, p. 141 – 160.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. Rio de Janeiro: Atlas, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EISGRUBER, Christopher. **Constitutional Self-Government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FILHO, Roberto Fragale. **Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: a ADPF 54 como estudo de caso**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 06, n.º 12, 2015, p. 504 – 535.

FIUZA, Ricardo A. Malheiros. **Eleições para Juiz de Direito?**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n.º 13, 2001, p. 209 - 211.

G1. **Pesquisa Datafolha: 59% dos brasileiro são contrários a mudanças na atual lei sobre abortos**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

GARGARELLA, Roberto. Revisión Judicial y la Difícil Relación Democracia-Derechos. In: ACKERMAN, Bruce. **Fundamentos y Alcance del Control Judicial de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires, 1991.

GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, Daniel; WHITTINGTON, Keith. **Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova York: Cambridge University Press, 2008.

_____; VERSTEEG, Mila. **Why do Countries Adopt Constitutional Review?** Journal of Law, Economics and Organization, nº 587, 2014, p. 587 – 622.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 49 – 74.

HIPPOLITO, Regina. **Luís Roberto Barroso**. 2017. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/luis-roberto-barroso>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política no mundo**. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, 2009, 139- 178.

_____. The Political Origins of Judicial Empowerment. In: CHEIBUB, José Antônio; DAHL, Robert; SHAPIRO, Ian. **The Democracy Sourcebook**. Massachusetts: MIT Press, 2013.

_____. **The Political Origins of the New Constitutionalism**. Indiana: Indiana Journal of Global Legal Studies, v. 11, p. 71 – 108. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>. Acesso em: 29 de janeiro de 2020.

_____. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOCKETT, Jeffrey D. **A storm over this Court**. Virginia: University of Virginia Press, 2013.

IBOPE. **47% dos internautas brasileiros é são favoráveis à união civil entre gays**. 2013. Disponível em: <https://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/47-dos-internautas-brasileiros-sao-favoraveis-a-uniao-civil-entre-gays/>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

_____. **Cresce o grau de conservadorismo dos brasileiros em alguns temas**. 2018. Disponível em: <https://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/cresce-o-grau-de-conservadorismo-do-brasileiro-em-alguns-temas/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2019.

_____. **Majoria dos católicos do País concorda que a mulher poder ter o direito de escolha**. 2008. Disponível em: <https://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/majoria-dos-catolicos-do-pais-concorda-que-a-mulher-pode-ter-o-direito-de-escolha/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

_____. **Metade dos internautas são favoráveis ao casamento de pessoas do mesmo sexo**. 2019. Disponível em: <https://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/metade-dos-internautas-sao-favoraveis-ao-casamento-de-pessoas-do-mesmo-sexo/>. Acesso em 29 de janeiro de 2020.

_____. **União estável entre homossexuais**. 2011. Disponível em: <https://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/antigos/casamentogay.pdf>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

IWASSO, Simone. **72% defendem aborto de feto anencéfalo**. 2008. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,72-defendem-aborto-de-feto-anencefalo,267088>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

JOHAS, Barbara Cristina Mota. **O conturbado caminho entre opinião pública, cultura política e democracia no Brasil**. Anais eletrônicos do Encontro da

Associação Brasileira De Ciência Política. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/conturbado-caminho-entre-opiniao-publica-cultura-politica-e.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

KLARMAN, Michael. **Brown, racial change, and the civil rights movement**. Virginia Law Review, v. 80, n° 1, 1994, p. 7 - 155.

_____. **Rethinking the civil rights and civil liberties revolutions**. Virginia Law Review, v. 82, n° 1, 1996, p. 1 – 77.

_____. **What's so great about constitutionalism?** Northwestern University Law Review, v. 93, n° 1, 1997, p. 175 – 240.

KRAMER, Larry. **The Supreme Court 2000 Term Foreword: We the Court**. Massachusetts: Harvard Law Review, 2001.

_____. **Popular Constitutionalism**. California: California Law Review, v. 92, n.º 4, 2004, p. 959-1001. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/1>. Acesso em: 17 de julho de 2018.

LAIN, Corinna Barret. **Upside-down judicial review**. The Georgetown Law Journal, v. 101, 2012, p. 113 – 183.

LERNER, Max. **Nine Scorpions in a bottle: great judges and cases of the Supreme Court**. Nova York: Arcade, 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciária”**. Revista Insight Inteligência, edição n.º 79, 2017, p. 158 – 168. Disponível em: <https://insightinteligencia.com.br/ascensao-fastigio-e-declinio-da-revolucao-judiciaria/>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

_____; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 08, n.º 2, 2017, p. 974 - 1007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25654/20597>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas 1787-1788**. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. São Paulo: Elsevier, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese de Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, 224 p.

_____. **Em espiral de degradação, STF virou poder tensionador, diz professor**. Folha de São Paulo. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MERRYMAN, John. **A Tradição da Civil Law**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2010.

MORAES, Guilherme Peña. **Constitucionalismo Multinacional: Uso Persuasivo da Jurisprudência Estrangeira pelos Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2015.

NETO; Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial**. Revista Questio Juris, Rio de Janeiro, v. 6, n.º 02, 2013.

PEGORARO, Lucio. **A Circulação, a Recepção e a Hibridação dos Modelos de Justiça Constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 165, 2005, p. 59-76.

PINHO, Azevedo. **Os debates sobre o aborto na mídia brasileira**. 2009. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/233#tocto1n4>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

RAY, Julie. **Reflections on the “Trouble Little Rock”, Part II**. Março de 2003. Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/7900/reflections-trouble-little-rock-part.aspx>. Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

Reconhecimento das relações homoafetivas no STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IDRWPMXO6rE&t=2401s>. Acesso em: 22 de janeiro de 2020.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. Nova York: Vintage Books, 2002.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969): Revolução Constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização, 1991.

_____. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Civilização, 1992.

SAAD, Lydia. **Gallup Vault: 60 years ago, the end of “separated but equal”**. Novembro de 2016. Disponível em: <https://news.gallup.com/vault/197372/gallup-vault-years-ago-end-separate-equal.aspx>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113.

SERRA, Amanda. **Aborto e religião: conheça os fiéis que defendem o direito da**

mulher interromper a gravidez no Brasil. 2015. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/especiais/aborto-x-religiao/#aborto-e-religiao>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. São Paulo: Atlas, 2019.

STF. **Estatísticas dos STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica>. Acesso em: 01 de janeiro de 2020.

STONE, Geoffrey; STRAUSS, David. **Democracy and Equality: The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

SUSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Adler v. Board of Education of New York**. Relator: Sherman Minton. 1952.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Baker v. Carr**. Relator: Earl Warren. 1962.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Brown v. Board of Education of Topeka**. Relator: Earl Warren. 1954.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Brown v. Board of Education of Topeka II**. Relator: Earl Warren. 1955.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Cooper v. Aaron**. Relator: Earl Warren. 1958.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Dred Scott v. Sandford**. Relator: Roger Taney. 1857.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Gideon v. Wainwright**. Relator: Earl Warren. 1963.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Griffin v. County School Board of Prince Edward County**. Relator: Earl Warren. 1964.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Korematsu v. USA**. Relator: Hugo Black. 1944.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Loving v.**

Virginia. Relator: Earl Warren. 1967.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Mapp v. Ohio.** Relator: Earl Warren. 1961.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Marbury v. Madison.** Relator: John Marshall. 1803.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Obergefell v. Hodges.** Relator: Anthony Kennedy. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Plessy v. Ferguson.** Relator: Henry Brown. 1896.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Regents of the University of California v. Bakke.** Relator: Lewis Powell. 1978.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Roe v. Wade.** Relator: Harry Blackmun. 1973.

VIEIRA, José Ribas. **A Centralidade do Direito Constitucional Americano na Teoria Constitucional Contemporânea.** Conferência de Titularidade de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito - UFRJ, 2016.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review.** Connecticut: Yale Law Journal, v. 115, 2006.

WENERCK VIANNA, Luiz. **Americanistas e Iberistas:** a polêmica de Oliveira Vianna e Tavares Bastos. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 34, n° 2, 1991, p. 145 – 189.

WHITE, Edward. **The Unacknowledged Lesson:** Earl Warren and the Japanese Relocation Controversy. VQR, volume 55, número 4, 1979. Disponível em: <https://www.vqronline.org/essay/unacknowledged-lesson-earl-warren-and-japanese-relocation-controversy>.

WOOD, Gordon. **The Idea of America:** Reflections on the Birth of the United States. Nova York: The Penguin Press, 2011.