

# O que *Brown* e *Obergefell* nos Ensinam sobre Contramajoritarismo?\*

## *What do Brown and Obergefell Teach us about Countermajoritarianism?*

Carlos Bolonha\*\*

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil*

Henrique Rangel \*\*\*

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil*

Igor De Lazari \*\*\*\*

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil*

## 1. Introdução

Questões constitucionais imersas em um profundo desacordo nas sociedades, em geral relacionadas à garantia de direitos fundamentais, são objeto de adjudicação constitucional com frequência. Dentro dessa tendência, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA), recentemente,

---

\* Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e à Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no âmbito da concorrência do Edital Universal 14/2013, e pela Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no âmbito da concorrência do Edital 41/2013, Programa de Apoio a Grupos Emergentes do Estado do Rio de Janeiro.

\*\* Professor Adjunto e Vice-Diretor da Faculdade Nacional de Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Diretor do Centro de Pesquisa e Documentação da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Rio de Janeiro. E-mail: bolonhacarlos@gmail.com.

\*\*\* Mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: henriquerangelc@gmail.com.

\*\*\*\* Graduando pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da Segunda Região. E-mail: igorlazari@ufrj.br.

decidiu o caso *Obergefell vs. Hodges* (2015) e estabeleceu de modo definitivo que pessoas do mesmo sexo dispõem do direito de se casarem<sup>1</sup>. Não é a primeira oportunidade em que esta Corte, provocada a julgar matérias envolvidas em forte comoção política e social, pronunciou-se em defesa de direitos de minorias. Em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), a Suprema Corte enfrentou a discussão que existia ao redor da segregação racial em escolas<sup>2</sup>. Apesar da distância temporal que há entre estes dois precedentes, alguns aspectos institucionais, de ordem decisional, parecem ainda se reproduzir na Corte, permitindo que algumas considerações de cunho comparativo possam ser suscitadas.

*Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) está associado a um profundo processo de mitificação – assim, ao menos, aqui se sustenta. Esta é talvez uma das mais conhecidas e celebradas decisões da Suprema Corte norte-americana devido a sua repercussão social e a seus reflexos na própria legitimidade da Corte para exercer o *judicial review*<sup>3</sup>. Há aspectos institucionais concernentes a contramajoritarismo, maximalismo, progressivismo, entre outros, que despertaram um forte interesse de constitucionalistas por este julgado. Todavia, alguns trabalhos são desenvolvidos mediante análises pouco cautelosas, contribuindo para a formação de certos mitos ao seu redor. Particularmente, é comum encontrar o argumento de que *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) é uma decisão contramajoritária por ter protegido direitos de minorias sociais. Essa é uma afirmação que não está equivocada, mas o mito se constrói quando somente este aspecto passa a ser destacado, enquanto outras questões inafastáveis restam negligenciadas. *Obergefell vs. Hodges* (2015) corre o risco de passar pelo mesmo processo de mitificação. Trata-se de uma decisão marcada por abstrações produzidas ao interpretar a cláusula de proteção igualitária (*equal protection clause*) prevista na Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana e que respondeu às demandas de outro grupo socialmente minoritário.

---

1 Cf. *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015). Referência provisória do precedente à época da elaboração do artigo. As citações textuais foram extraídas da publicação provisória. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/14>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

2 Cf. *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

3 Entre os renomados comentaristas dessa decisão que a avaliaram como um marco, há Alexander Bickel (1970, p. 7): “*Brown v. Board of Education* was the beginning”. A decisão teria sido o início “not only of substantive changes in American social structure but also in the nature and expectations of how Supreme Court interpreted the Constitution.” HALL, ELY JR. & GROSSMAN, 2005, p. 111.

Desse modo, a hipótese ora sustentada é a seguinte: assim como ocorreu em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), *Obergefell vs. Hodges* (2015) foi uma decisão majoritarista. O suposto caráter contramajoritário de *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) foi alvo das críticas de Jack Balkin, que defende haver uma tendência na Suprema Corte de beneficiar os interesses de maiorias nacionais em detrimento de maiorias regionais<sup>4</sup>. Com isso, o caráter contramajoritário dessa decisão é sensivelmente relativizado. O interesse das maiorias nacionais, ao que parece, também prevaleceu na Suprema Corte quando *Obergefell vs. Hodges* (2015) foi julgado.

O conceito de contramajoritarismo tem enfrentado críticas, recentemente, sob o enfoque metodológico<sup>5</sup>. Definir “maioria” a partir de um critério federativo, que confronte o número de Estados favoráveis ou contrários a determinada interpretação da Constituição, parece ser a única maneira válida e confiável de identificar o caráter contramajoritário de uma decisão da Suprema Corte. Esse critério pode ser utilizado para analisar o caráter majoritarista existente em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), mas também nas decisões acerca do casamento homoafetivo naquela Corte: *Lawrence vs. Texas* (2003), *United States vs. Windsor* (2013) e *Obergefell vs. Hodges* (2015)<sup>6</sup>. Os resultados serão extraídos da aproximação de dois parâmetros: (i) o comportamento da Suprema Corte nessas decisões; e (ii) o *status quo* constitucional ao redor do mesmo assunto em cada um dos cinquenta Estados norte-americanos<sup>7</sup>. A existência de caráter contramajo-

---

4 BALKIN, 2004.

5 Acerca das recentes críticas que têm sido oferecidas ao contramajoritarismo, Cf. FRIEDMAN, 2009; FRIEDMAN, 2006; GRABER, 1993; LEVINSON & PILDES, 2006; WITTINGTON, 2007; BALKIN, 2004; e PILDES, 2011.

6 Cf. *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); e *United States vs. Windsor*, 570 U.S. \_\_\_\_ (2013), referência provisória do precedente à época da elaboração do artigo. É possível identificar uma função própria em cada um desses três precedentes relacionada às mudanças constitucionais por que passaram os Estados em matéria de casamento entre pessoas do mesmo sexo. A partir do primeiro julgado, passou a ser rediscutida a tutela jurídica de direitos civis dos homoafetivos de modo genérico. O caso serviu de forte provocação ao debate público e alguns Estados se aventuraram, por caminhos distintos, ao garantir antecipadamente o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Dez anos após, a Suprema Corte rediscutiu a temática, dessa vez, versando especificamente sobre o chamado “casamento gay”. Havia a intenção de proferir uma decisão com efeitos sensivelmente limitados, mas houve uma repercussão no mínimo marcante em grande parte dos Estados. Nesse momento, não mais parecia ser uma aventura garantir tal direito aos homoafetivos e, em muitos Estados, foi assumida a responsabilidade por sua proteção jurídica, havendo relativa confiança de que, em breve, a situação estaria sedimentada. Somente com o último precedente, uma interpretação da Constituição foi substancialmente proclamada a fim de consolidar o conteúdo desse direito – agora reconhecido como materialmente fundamental naquele país.

7 Em relação ao parâmetro do *status quo* constitucional, é necessário promover um esclarecimento metodo-

ritário ou não na decisão de *Obergefell vs. Hodges* (2015), assim, depende do comportamento assumido pelos tomadores de decisão, sobretudo nos três precedentes mencionados acima, em face do número de Estados que já garantiam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O objetivo da pesquisa é comparar *Obergefell vs. Hodges* (2015) com *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), de modo a evitar que aquela decisão passe pelo mesmo processo de mitificação contramajoritária.

## 2. O Critério Federativo e as Maiorias Nacionais

O critério federativo permite sustentar ser mais provável que a Suprema Corte seja uma instituição nacionalista do que contramajoritária. Ao analisar o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), Balkin defende que o comportamento da Corte é responsivo a maiorias nacionais em detrimento de maiorias regionais<sup>8</sup>. Balkin acredita que a doutrina jurídica dos “separados, mas iguais” (*separate but equal*), que prevalecia à época das leis Jim Crow e por força do precedente *Plessy vs. Ferguson* (1896), refletia o pensamento de uma maioria nacional que lhe era contemporânea<sup>9</sup>. Com a mudança de contexto histórico do século XX, a maioria nacional passou a preferir não mais aplicar essa doutrina. Durante o período de conflito ideológico da Guerra Fria (1947-1991), os EUA tentavam expandir sua zona de influência sob o argumento de garantir direitos individuais como a liberdade e a igualdade. A segregação educacional existente no país,

---

lógico-espacial. Apenas os cinquenta Estados serão utilizados nesta análise de *status quo* constitucional, não se integrando Washington, D.C. (District of Columbia) às análises. A razão para essa exclusão decorre de uma disposição formal prevista na Constituição dos EUA, determinando que o Congresso detém autoridade exclusiva para legislar sobre toda e qualquer matéria relacionada ao D.C., impedindo que sua legislação, de natureza federal, seja posta ao lado da legislação estadual a ser confrontada com o comportamento decisório da Suprema Corte enquanto um *policy-maker* nacional.

8 “The Supreme Court is nationalist in two different senses: It is responsive to national political majorities as opposed to regional majorities, and it is responsive to the views of national elites as opposed to the views of regional elites. [...] Although the Court gravitates toward the views of national majorities, popular opinion and elite opinion may not coalesce, and so the Supreme Court is often caught between them. Because the Court is composed of relatively well-connected professional elites, it tends to follow national elite opinion.” BALKIN, 2004, pp. 1538-1539. Concordando com a responsividade da Suprema Corte em relação às maiorias nacionais, Cf. TUSHNET, 1999.

9 Quanto à opinião de Balkin, Cf. BALKIN, 2004, p. 1536. Quanto ao precedente citado, Cf. *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Acerca das leis Jim Crow que prevaleciam àquela época, Cf. BARNES, 1983; e KLARMAN, 2004.

assim, passou a ser um ponto de significativa contradição com o discurso da política externa, persuadindo as maiorias nacionais de que o movimento da *dessegregação* seria a ação mais conveniente e estratégica<sup>10</sup>. Mais uma vez, maiorias regionais foram sufocadas pelo nacionalismo da Suprema Corte quando o precedente de *Plessy vs. Ferguson* (1986) sofreu *overrule* por *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954)<sup>11</sup>.

Esse nacionalismo da Suprema Corte tratado por Balkin em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) fica mais evidente ao se indicar que, à época da decisão da Corte, somente dezessete Estados ainda previam em sua legislação que escolas públicas deveriam se submeter à doutrina dos “separados, mas iguais”, havendo ainda quatro Estados que a consideravam opcional<sup>12</sup>. A segregação educacional era obrigatória, até 1954, em Alabama, Arkansas, Delaware, Florida, Georgia, Kentucky, Louisiana, Maryland, Mississippi, Missouri, North Carolina, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Texas, West Virginia, Virginia – ou seja, trinta e quatro por cento dos Estados. Por sua vez, a segregação educacional era facultativa em Arizona, Kansas, New Mexico e Wyoming – oito por cento dos Estados. No total, a soma das unidades federativas onde a segregação era, de algum modo, legalmente prevista consiste em quarenta e dois por cento dos Estados, ou seja, uma minoria nacional. Mais especificamente, tratava-se de uma minoria com caráter regional no país se analisado geograficamente.

---

10 A *desegregation* foi política de combate às segregações raciais anteriormente promovidas pelas leis Jim Crow, iniciada pela decisão da Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954). Demais atitudes discriminatórias norteados por ideias de superioridade racial também foram progressivamente combatidas pela via legislativa federal, sobretudo a partir da *Civil Rights Act* (1964) e da *Voting Rights Act* (1965). Quanto à relação entre Guerra Fria e interesses da maioria nacional no processo de *dessegregação*, Cf. BALKIN, 2004, p. 1537.

11 Acerca da técnica do *overrule*, seu caráter excepcional no *stare decisis* e sua relação com os precedentes horizontais da Suprema Corte, Cf. SCHAUER, 2009.

12 “In 1954, when *Brown* was decided, seventeen states and the District of Columbia had some version of ‘separate but equal’ in elementary and secondary schools. These states were concentrated in the South and reflected the borders of the old Confederacy. Four other states (Arizona, Kansas, New Mexico, and Wyoming) allowed counties to segregate schools as a local option. Thus, the Topeka schools at issue in *Brown* were segregated because the county required it. In the rest of the country (twenty-seven states), de jure segregation had effectively been abolished.” BALKIN, 2004, p. 1539. Cf., ainda, KLARMAN, 2004; e ROSENBERG, 2008.





Mapa 2 (Estados de herança Confederada)

Abordando-se o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), a associação entre tais Estados, cujas áreas compuseram a CSA, e a segregação educacional é direta, pois os Estados Confederados eram politicamente estruturados por um regime escravocrata. No entanto, também é possível associar os Estados destacados no Mapa 2 (Estados de herança Confederada) a outras concepções intituladas como conservadoras, uma vez que é marcante a preferência nessa região pela representação do Partido Republicano<sup>15</sup>. Portanto, indiretamente, a herança histórico-cultural de tais Estados faz com que haja, no sul do país, uma minoria regional não somente em matéria de igualdade racial – ao menos até a década de 1950 –, mas também em outros assuntos políticos em que Republicanos se mos-

15 Quanto ao Mapa 2 (Estados de herança Confederada), é necessário ressaltar, primeiro, que a herança indicada tem natureza histórico-cultural e reflete na representação político-institucional dos Estados e, segundo, que os territórios demarcados atualmente não necessariamente se identificam com a divisão geopolítica à época da Guerra de Secessão (1861-1865). Desse modo, foram marcados no Mapa 2, em cinza escuro, aqueles Estados com demarcação atual que tiveram seu território predominantemente ocupado pelos governos que, naquele período, formaram a CSA. Em cinza claro, foram indicados os Estados que hoje correspondem aos territórios reivindicados pela Confederação no momento histórico referido. A mudança geopolítica mais significativa parece recair sobre os antigos Arizona Territory e New Mexico Territory, que foram reorganizados de uma fronteira longitudinal para latitudinal. Além disso, New Mexico Territory concedeu o leste de sua área para o que, hoje, representa o sul de Nevada.

tram veementemente resistentes – o que inclui o caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Existem razões para que as maiorias nacionais tenham recorrido à Suprema Corte para implementar seus planos de *dessegregação*. Apesar das tentativas de concretizar tal projeto pela via legislativa federal, o Senado norte-americano exercia intensamente seu poder de veto através de representantes do sul do país. Tais congressistas recorriam a estratégias como infundáveis discursos para adiar votações de projetos prevendo medidas antidiscriminatórias, obstruindo a garantia de direitos civis aos afro-americanos<sup>16</sup>. Por isso, a única maneira de superar a prerrogativa de veto dessa minoria regional parecia ser a adjudicação constitucional da matéria<sup>17</sup>.

As investidas políticas em defesa de direitos de homoafetivos também se frustraram. Durante a década de 1970, muitas discussões foram travadas no Congresso norte-americano, sendo o principal exemplo inserto nesse período a tentativa – frustrada – de aprovação da Emenda de Direitos Iguais (*Equal Rights Amendment – ERA*)<sup>18</sup>. Também não houve sucesso nas tentativas de adjudicação constitucional nesse período. A Suprema Corte de Minnesota declarou constitucional uma lei de seu Estado banindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo em *Baker vs. Nelson* (1971)<sup>19</sup>. Richard John Baker recorreu à Suprema Corte norte-americana, mas, naquela oportunidade, preferiu-se não receber o caso. No entanto, Baker recorreu à Suprema Corte por meio diverso do *certiorari – mandatory appellate review* – e, ainda que o caso não tenha sido julgado no mérito, *Baker vs. Nelson*

---

16 “The power of Southern Congressmen and Senators was amplified by filibuster and seniority rules in the Senate, preventing passage of any significant civil rights legislation. Indeed, no significant national civil rights legislation protecting blacks from discrimination was passed between 1875 and 1957, and it was not until 1964 that a real civil rights bill made it through Congress.” BALKIN, 2004, p. 1541.

17 Essa é uma dificuldade que também atinge o campo de direitos de cidadania. Em *Shelby County vs. Holder*, (2013), a Corte de Roberts, Jr., (2005-presente) declarou inconstitucional dispositivo da *Voting Rights Act of 1965* que exigia de alguns Estados prévia aprovação federal (*preclearance*) nos casos de alteração de legislação federal para impedir práticas discriminatórias, por considerá-la obsoleta. Posteriormente, uma parte dos Estados diretamente envolvidos, como Alabama, Arizona, Arkansas, North Carolina, Ohio, Texas e Wisconsin, editou leis consideradas atentatórias aos direitos de minorias. Alabama, por exemplo, redesenhou o mapa eleitoral do Estado para reduzir negros ao mínimo número possível de distritos. Cf. *Shelby County vs. Holder*, 570 U.S. \_\_\_\_ (2013). Referência provisória do caso.

18 Cf. SIEGEL, 2006; e NUSSBAUM, 1999.

19 Cf. *Baker vs. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971) – referência do caso perante a Suprema Corte de Minnesota.

(1972) se tornou vinculante<sup>20</sup>. Na década seguinte, houve oportunidade de superar o mencionado precedente, mas o *certiorary* sequer foi recebido<sup>21</sup>. Além da resistência encontrada nos planos político e judicial, nas décadas de 1970 e 1980, o Congresso aprovou a Lei de Defesa do Matrimônio (*Defense of Marriage Act of 1996 – DOMA*). A lei serviu para definir “casamento” como a união entre um homem e uma mulher, além de restringir o termo “esposo(a)” a pessoa do sexo oposto, e só perdeu validade com o julgamento de *United States vs. Windsor* (2013).

Portanto, de modo semelhante ao ocorrido com a segregação educacional, a garantia de direitos civis a homoafetivos parece ter sido sufocada por algumas décadas pelos interesses de uma maioria nacional muito influente em relação à Suprema Corte. Tais acontecimentos auxiliam na compreensão de como a Suprema Corte tende a ser suscetível às majorias de ordem nacional, comportando-se como um verdadeiro *national policy-maker*<sup>22</sup>.

### 3. Fases do *Status Quo* Constitucional

A forma com que a Suprema Corte se comportou ao decidir *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) e os três precedentes selecionados sobre direitos homoafetivos podem ser relacionados com o *status quo* da matéria nos Estados. *Status quo* constitucional deverá ser compreendido como o tratamento legal dispensado, em cada unidade federativa, àqueles indivíduos que demandam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Esse direito era frequentemente objeto de Emendas à Constituição dos Estados, sobretudo para impedir que fosse legal ou judicialmente assegurado. Todavia, o que torna a matéria constitucional não é sua eventual regulamentação nas Constituições Estaduais, mas a relação que esse direito mantém com as principais estruturas normativas previstas na Constituição dos EUA – notadamente, nas Quinta e Décima Quarta Emendas. Desse

---

20 A referência do caso sumariamente julgado na Suprema Corte é: *Baker vs. Nelson*, 409 U. S. 810 (1972). Quando a Corte indefere *certiorari*, não é produzido qualquer efeito vinculante, seja no plano horizontal ou vertical do *stare decisis*. Desse modo, a própria Corte não fica vinculada a indeferir demandas semelhantes, nem juízos hierarquicamente inferiores são obrigados a aplicar aquela decisão aos casos posteriores. O mesmo não acontece com o *mandatory appellate review*. Para compreender o papel e a importância do *writ of certiorary* na Suprema Corte norte-americana e entender suas semelhanças com a repercussão geral do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, Cf. BERMAN, 2009.

21 Cf. *Adams vs. Howerton*, 458 U.S. 1111 (1982).

22 A expressão *national policy-maker* empregada se refere a DAHL, 1957.

modo, o *status quo* constitucional do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Estados poderá ser apurado pela existência de norma constitucional do Estado, legislação estadual, consulta popular ou decisão de judicaturas estaduais ou federais<sup>23</sup>. Para todos os fins, a própria decisão de *Obergefell vs. Hodges* (2015), por sua abrangência e por sua autoridade de precedente vertical, é também suficiente para definir um *status quo* constitucional nos Estados.

Esclarecido o sentido e a extensão da categoria *status quo* constitucional nos Estados, uma segmentação de cunho metodológico se faz necessária. A segmentação deriva da interação entre este e o parâmetro do comportamento decisório da Suprema Corte. O *status quo* constitucional, para os fins da pesquisa, corresponde a: (i) *status quo* constitucional até *Lawrence vs. Texas* (2003); (ii) *status quo* constitucional até *United States vs. Windsor* (2013); e, finalmente, (iii) *status quo* constitucional até *Obergefell vs. Hodges* (2015). Existe uma razão para que os dados levantados em termos de *status quo* constitucional nos Estados sejam organizados sob esta disposição, baseada nos três principais precedentes da Suprema Corte em matéria de direitos civis de homoafetivos. A partir de um critério federativo de definição de maioria, o resultado dessa segmentação fortalece a hipótese de que *Obergefell vs. Hodges* (2015) foi uma decisão majoritarista.

SATUS QUO CONSTITUCIONAL	NÚMERO DE ESTADOS GARANTINDO	NÚMERO DE ESTADOS NÃO GARANTIDO
Até <i>Lawrence v. Texas</i> (2003)	0	50
Até <i>United States v. Windsor</i> (2013)	9	41
Até <i>Obergefell v. Hodges</i> (2015)	37	13

*Tabela (status quo constitucional)*

23 Para os Estados que garantiram por mais de uma via o direito, foi estabelecida uma ordem de preferência com caráter transigente e excludente: consulta popular > emenda à Constituição do Estado > legislação estadual > decisão judicial. Desse modo, se o Estado garantiu o direito por decisão judicial e, posteriormente, o mesmo foi chancelado pela legislatura local, a data a ser considerada é esta última. O mesmo ocorre nos casos em que a consulta popular foi ulterior à proteção por meio diverso.

A tabela (*status quo* constitucional) evidencia que houve uma variação expressiva na forma com que os Estados garantiam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo nos EUA entre 2003 e 2015. Nenhum Estado norte-americano havia garantido o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo até *Lawrence vs. Texas* (2003), seja pela via legislativa, popular ou judicial. No entanto, a polêmica decisão que superou o precedente *Bowers vs. Hardwick* (1986) fomentou expressivamente o debate ao redor dos direitos civis de homoafetivos. Pouco tempo após a Suprema Corte proibir a criminalização da sodomia entre pessoas do mesmo sexo, Massachusetts avançou na matéria e se tornou o primeiro Estado norte-americano a estender o direito ao casamento a homoafetivos. A garantia se deu pela via judicial, quando a Suprema Corte de Massachusetts julgou *Goodridge vs. Department of Public Health* (2003) e declarou que proibir casais do mesmo sexo de se casar violava diversas disposições da Constituição Estadual<sup>24</sup>. O caso foi julgado em 18 de novembro de 2003, mas estabeleceu um prazo de seis meses para que a legislatura pudesse refletir sobre a atual interpretação e regulamentar a matéria de acordo com sua opinião antes que os casamentos começassem a ser celebrados – em 17 de maio de 2004<sup>25</sup>. Em 2003, a Suprema Corte recobrou o debate ao redor dos direitos civis de homoafetivos, mas ainda não foi suficiente para provocar uma expressiva modificação no *status quo* constitucional dos Estados. O banimento do denominado casamento gay ainda era a regra e, frequentemente, a proibição era estabelecida por Emendas à Constituição Estadual.

O *status quo* constitucional nos Estados somente passou por uma mudança significativa após o julgamento de *United States vs. Windsor* (2013). *Lawrence vs. Texas* (2003) teve o importante papel de reestabelecer a discussão e provocar as primeiras investidas estaduais no sentido de proteger o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Porém, dez anos de existência desse precedente não foram capazes de ensejar as alterações que *United States vs. Windsor* (2013) causou em exatamente dois anos. O

---

24 Cf. *Goodridge vs. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (MA 2003).

25 O prazo de seis meses atribuído pela Corte e a resistência encontrada pela nova interpretação podem ser sintetizadas na passagem do texto a seguir, redigido pela advogada vitoriosa no caso *Goodridge vs. Department of Public Health* (2003): “While I said I thought the decision meant that LGBT families were now equal families in the Commonwealth, the questions from the press focused on the 180-day stay ‘to permit the Legislature to take such action as it may deem appropriate in light of this opinion.’ [...] This began the first of three phases of attacks on the *Goodridge* decision during the six months before May 17, 2004, the date on which the stay expired, none of which can be fully captured in this Essay.” BONAUTO, 2005, p. 44.

*status quo* constitucional nos Estados passou por uma expressiva redefinição entre 2013 e 2015, quando, em um curto lapso temporal, o número de unidades federativas garantindo o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo se elevou de nove para trinta e sete<sup>26</sup>. A Corte, em *United States vs. Windsor* (2013), preferiu assumir uma tímida fundamentação, aplicando a cláusula da proteção igualitária indiretamente pela cláusula do devido processo legal da Quinta Emenda, e limitar significativamente a autoridade de seu *holding*<sup>27</sup>. Em *Obergefell vs. Hodges* (2015), entretanto, houve marcante aprofundamento nas justificativas aduzidas e deliberada universalização do precedente.

As duas decisões foram tomadas em uma diferença de exatamente dois anos. A composição da Corte era exatamente a mesma. Kennedy foi quem liderou a opinião da maioria nas duas oportunidades, assim como em *Lawrence vs. Texas* (2003). Os mesmos tomadores de decisão que o apoiaram e que a ele se opuseram no primeiro assim se mantiveram no segundo julgamento. Nos outros poderes públicos, nenhuma mudança digna de ênfase ocorreu, como a troca de um Presidente da República ou a inversão da maioria político-partidária no Congresso, de modo que interferências no grau de independência da Suprema Corte – se é que existe algum – pudessem ser provocadas. Com isso, o que havia de tão diferente nesse contexto que influenciou comportamentos tão díspares? Uma diferença que pode ser objetivamente indicada é que, somente em 2015, a configuração do *status quo* constitucional havia atingido uma maioria expressiva de Estados que garantiam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. A proporção variou de um quinto dos Estados para, aproximadamente, três quartos<sup>28</sup>. Entre tantas circunstâncias que passaram por pouca ou

---

26 Em 26 de junho de 2013, quando a Suprema Corte julgou *United States vs. Windsor* (2013), nove Estados já celebravam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas outros três, Delaware, Minnesota e Rhode Island, já haviam aprovado legislação no mesmo sentido, aguardando-se o termo de prazos de *vacatio legis*. É necessário ressaltar que, para todos os cinquenta Estados, prazos de *vacatio legis* e outras formas de suspensão de prazos e eficácia, como é o caso do *stay* nas decisões judiciais, além das hipóteses de julgamentos pendentes de recursos, foram observados. A metodologia somente considerou como garantido o direito a partir do momento em que seu efetivo exercício pudesse ser jurídico e faticamente viável.

27 A aplicação indireta da cláusula de proteção igualitária pela cláusula do devido processo legal substitutivo da Quinta Emenda é uma técnica iniciada em *Bolling vs. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), julgado junto de *Brown vs Board of Education of Topeka* (1954) para combater a segregação educacional no Distrito de Columbia. Quanto ao significado de *holding* para o *common law*: "(...) is the legal rule that determines the outcome of the case (...) it is the legal rule that, as applied to the facts of the particular case, generates the outcome." SCHAUER, 2009, pp. 54-55.

28 Precisamente, dezoito por cento e setenta e quatro por cento respectivamente. A variação é de cinquenta e seis pontos percentuais.

nenhuma alteração, a marcante variação do *status quo* constitucional nos Estados sugere estar fortemente associada ao modo com que a Suprema Corte também alternou seu comportamento decisório.

*Obergefell vs. Hodges* (2015) não foi a primeira vez que a Suprema Corte manifestou esse padrão de comportamento decisório em defesa de maiorias nacionais em detrimento de maiorias regionais. Como indicado por Balkin, a decisão de *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) submeteu uma minoria federativa regionalizada – Estados do sul, em sua maioria – à orientação de uma maioria nacional dominante, a pretexto de proteger direitos de um grupo minoritário dos atos de segregação educacional. De fato, tais diretrizes estaduais eram discriminatórias e muitos indivíduos eram lesados enquanto a cláusula da proteção igualitária estava sendo violada. É preciso esclarecer que a crítica não recai no teor da decisão, como se não houvesse razões para a Suprema Corte assim ter se posicionado. Ao contrário, o objeto da crítica é o quanto se esperou para tomar a decisão. O tempo que se aguardou para julgar a inconstitucionalidade desses atos foi suficiente para que a maioria dos Estados, espontaneamente, suprimissem suas legislações segregacionistas, de modo que somente restasse à Suprema Corte chancelar essa orientação, já majoritária – ao menos sob o critério federativo –, contra um terço dos Estados norte-americanos.

Embora *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) tenha sido marcante, as disputas por direitos civis de homoafetivos mostrou ser um campo fértil para esse comportamento nacionalista da Suprema Corte, pois há exemplos antes mesmo de *Obergefell vs. Hodges* (2003) nesse sentido. Noventa anos após julgar o infame precedente de *Plessy vs. Ferguson* (1896), *leading case* para a superada doutrina dos “separados, mas iguais”, a Suprema Corte decidiu *Bowers vs. Hardwick* (1986). Esse foi o precedente que sofreu *overruling* pela Corte ao julgar *Lawrence vs. Texas* (2003) por permitir que Estados criminalizassem a sodomia entre pessoas do mesmo sexo. Em uma de suas últimas decisões, a Corte de Burger (1969-1986), tão frequentemente aclamada por ser contramajoritária pelos constitucionalistas, sustentou que homoafetivos não tinham direito a praticar sodomia adulta e consensual. Os argumentos que prevaleceram na apertada opinião partiam da premissa de que a Constituição não tutelava expressamente a prática de sodomia, independentemente da orientação sexual. Além dos direitos cuja previsão constitucional era clara e objetivamente definida, a Suprema Corte só lhes poderia assegurar em duas hipóteses: (i) se o direito

estivesse implícito no conceito de liberdade ordenada, por força do precedente *Palko vs. Connecticut* (1937); ou (ii) se o direito estivesse profundamente enraizado na história ou na tradição da Nação, conforme *Griswold vs. Connecticut* (1965)<sup>29</sup>. Se, na década de 1980, a história e a tradição nacionais não haviam adquirido empatia aos direitos civis de homoafetivos, os Estados teriam autoridade para institucionalizar atos de discriminação em razão da orientação sexual e tornar ilegal a prática de sodomia, mesmo que consensual, entre pessoas adultas do mesmo sexo<sup>30</sup>.

Na década de 1980, praticamente metade dos Estados norte-americanos criminalizavam a sodomia homossexual, mas, quando a Suprema Corte superou o precedente em 2003, somente treze ainda mantinham esse tipo de legislação. A mudança no comportamento, novamente, não foi acidental. Kennedy, ao liderar a Corte em *Lawrence vs. Texas* (2003), estava ciente de que havia um movimento tendente a abolir a criminalização da sodomia homossexual nos Estados<sup>31</sup>. Se não bastasse essa tendência, os tomadores de decisão também tinham conhecimento de que esse tipo de legislação, naqueles Estados que a mantiveram, já não eram mais aplicadas. Em primeiro lugar, havia grande resistência em acusar e condenar homoafetivos pela prática de atos que, atualmente, não mais eram alvo da mesma reprovação social de antes<sup>32</sup>. O caráter antiquado da legislação, entretanto,

---

29 Cf. *Palko vs. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

30 Segundo Balkin, a sodomia entre pessoas do mesmo sexo, mais do que ilegal, era crime em metade dos Estados norte-americanos, à época da decisão em *Bowers vs. Hardwick* (1986), e gerava embarços que superavam a esfera criminal de tais cidadãos: "In 1960, same-sex sodomy was a crime in all fifty states. By 1986, when the Court decided *Bowers*, twenty-five states and the District of Columbia still retained their criminal penalties. Although laws against same-sex sodomy were rarely, if ever, enforced, they did have many important collateral effects on gays and lesbians in a variety of areas, including adoption and employment." BALKIN, 2004, p. 1542.

31 "Post-*Bowers* even some of these States did not adhere to the policy of suppressing homosexual conduct. Over the course of the last decades, States with same-sex prohibitions have moved toward abolishing them. [...] In *Bowers* the Court referred to the fact that before 1961 all 50 States had outlawed sodomy, and that at the time of the Court's decision 24 States and the District of Columbia had sodomy laws. [...] Justice Powell pointed out that these prohibitions often were being ignored, however. Georgia, for instance, had not sought to enforce its law for decades. [...] The 25 States with laws prohibiting the relevant conduct referenced in the *Bowers* decision are reduced now to 13, of which 4 enforce their laws only against homosexual conduct. In those States where sodomy is still proscribed, whether for same-sex or heterosexual conduct, there is a pattern of nonenforcement with respect to consenting adults acting in private." *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), p. 570-573.

32 Nesse sentido, Cf. BALKIN, 2004. A maioria Corte, ao julgar *Lawrence vs. Texas* (2003), tinha a compreensão de que tais leis eram aplicadas, contemporaneamente, quando havia a intenção de proteger vítimas de atos de sodomia não consensuais ou que não envolvessem pessoas absolutamente capazes de expressar

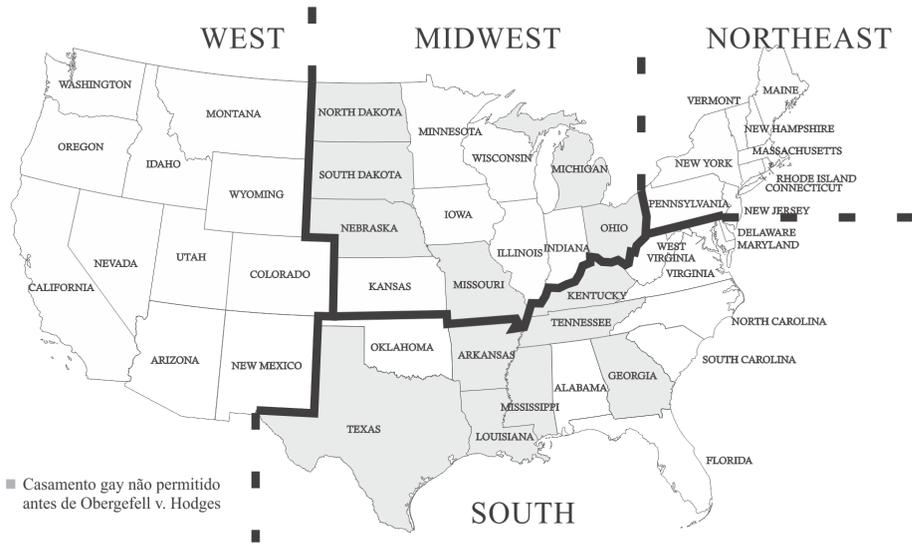
não era o único empecilho com que se deparavam as leis criminalizadoras da sodomia. Havia também um problema probatório envolvido, que desestimulava as perseguições criminais. Quando casos de sodomia homossexual eram levados ao Tribunal, a única prova a ser produzida costumava ser o testemunho da outra pessoa que participou do ato. Se não houvesse consentimento ou o fato envolvesse menores ou incapazes, o testemunho poderia ser regularmente colhido, mas em caso de adultos que consentiram com o ato, o depoente passaria a ser tratado como coautor e, por ser defeso lhe exigir compromisso com a verdade, nenhuma prova restaria para fundamentar a condenação<sup>33</sup>. A acusação, na maioria das ocorrências, era fadada ao fracasso.

*Lawrence vs. Texas* (2003), além de ser um exemplo do comportamento da Suprema Corte em defesa de maiorias nacionais quando chancelou a inconstitucionalidade da criminalização da sodomia em treze Estados, contribuiu para a rediscussão do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo mais amplamente. Contudo, somente a partir de *United States vs. Windsor* (2013) esse movimento se fortaleceu e atingiu a maioria dos Estados. A reconfiguração do *status quo* constitucional induziu a Suprema Corte a submeter os treze Estados que ainda não haviam garantido esse direito aos homoafetivos em *Obergefell vs. Hodges* (2015) – curiosamente, mesmo número de Estados que ainda criminalizavam a sodomia homossexual à época de *Lawrence vs. Texas* (2003).

---

e exercer sua vontade: “Laws prohibiting sodomy do not seem to have been enforced against consenting adults acting in private. A substantial number of sodomy prosecutions and convictions for which there are surviving records were for predatory acts against those who could not or did not consent, as in the case of a minor or the victim of an assault.” *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), p. 569.

33 “Under then-prevailing standards, a man could not be convicted of sodomy based upon testimony of a consenting partner, because the partner was considered an accomplice. A partner’s testimony, however, was admissible if he or she had not consented to the act or was a minor, and therefore incapable of consent. [...] The rule may explain in part the infrequency of these prosecutions.” *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), p. 569.



Mapa 3 (distribuição regional)

O Mapa 3 (distribuição regional) indica quais Estados não celebravam matrimônio entre pessoas do mesmo sexo ao tempo de *Obergefell vs. Hodges* (2015) e ainda permite verificar sua distribuição regional<sup>34</sup>. Nesse aspecto, a abordagem de Balkin parece se confirmar também na decisão de *Obergefell vs. Hodges* (2015). Em duas regiões – West e Northwest –, já havia consenso entre os Estados no sentido de garantir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em Midwest e South a matéria ainda era objeto de forte controvérsia. As maiorias regionais ainda exerciam forte resistência às tentativas de estender o direito a pessoas do mesmo sexo, mas todos os onze Estados de West e nove de Northeast – além de Alaska e Hawaii – já o haviam assegurado. *Obergefell vs. Hodges* (2015) encerrou a resistência dessas maiorias regionais e, novamente, prevaleceu o interesse de maiorias nacionais.

34 A classificação regional adotada pela pesquisa foi a mesma utilizada pelo U.S. Census Bureau, principal do país em matéria geográfica, mas os resultados obtidos não se diferenciaram quando comparados com outras classificações oficiais, a exemplo da estabelecida pelo U.S. Bureau of Economic Analysis.

#### 4. Maiorias Nacionais e Cláusula de Proteção Igualitária

A interpretação da cláusula de proteção igualitária prevista na Décima Quarta Emenda teve seu conteúdo substancialmente modificado quando a Suprema Corte julgou *Brown vs. Board of Education* (1954). O mesmo ocorreu com a decisão de *Obergefell vs. Hodges* (2015). Tanto em matéria de segregação educacional, quanto em matéria de casamento homoafetivo, houve *overrule*. Contudo, parece haver uma associação entre a interpretação desta cláusula e as maiorias nacionais. A possibilidade de a interpretação conferida à Décima Quarta Emenda ser mais protetiva a minorias sociais parece estar condicionada ao *status quo* constitucional existente nos Estados. Enquanto a adjudicação constitucional representa uma demanda por direitos de minorias sociais em um grupo reduzido de Estados, há uma expressiva resistência da Corte em contemplá-los. Somente quando a reivindicação alcança proporções nacionais, obtendo-se o apoio de uma maioria qualificada no *status quo* constitucional dos Estados, essa tendência se reverte.

Esse percurso de natureza majoritarista não é exclusividade das últimas décadas de judicatura na Suprema Corte. A Corte de Warren (1953-1969) trouxe *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) como um exemplo emblemático. A incisiva decisão conteve elementos de profunda justificação moral e foi direcionada a toda federação. Por isso, serve de exemplo para uma modificação significativa no conteúdo da cláusula de proteção igualitária. Todavia, *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) não foi um precedente que surgiu inexplicavelmente, por mais iconoclasta que seja na história constitucional norte-americana<sup>35</sup>. A decisão foi antecedida por alguns dos casos “preparatórios”. No final da década de 1930, a Suprema Corte começou a relativizar a doutrina dos “separados, mas iguais”, sendo *Missouri ex rel. Gaines vs. Canada* (1938) um exemplo disso<sup>36</sup>. Dez anos depois, houve invalidação de legislação Jim Crow na Corte com o apoio de um *amicus curiae* depositado pela própria representação judicial

---

35 “But before taking *Brown* as an exception to the general thesis, let us notice two important features of the *Brown* litigation. That decision did not come like a thunderbolt from the sky. Along this dimension it was entirely different from *Dred Scott* and *Roe*. The *Brown* outcome had been presaged by a long series of cases testing the proposition that ‘separate’ was ‘equal,’ and testing that proposition in such a way as to lead nearly inevitably to the suggestion that ‘separate’ could not be ‘equal.’” SUNSTEIN, 1999, p. 38.

36 Cf. *Missouri ex rel. Gaines vs. Canada*, 305 U.S. 337 (1938).

do governo federal em *Shelley vs. Kraemer* (1948), enfraquecendo ainda mais a doutrina<sup>37</sup>. Em seguida, programas segregacionistas foram combatidos em *McLaurin vs. Oklahoma State Board of Regents* (1950) e *Sweatt vs. Painter* (1950)<sup>38</sup>. Isso demonstra que *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) não passou por uma mitificação por seu pioneirismo. Esse precedente concentra todo o prestígio que deveria ser partilhado com casos que o antecederam, permitindo a ocorrência de uma mudança tão significativa<sup>39</sup>.

A diferença entre *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) e as decisões que lhe antecederam corresponde à repercussão nacional daquele precedente, mais abstrato e com uma justificação moral notavelmente aprofundada. Somente nesse momento é que houve uma alteração significativa na interpretação da cláusula de proteção igualitária, tornando-a mais protetiva. Ao tempo da decisão, um terço dos Estados ainda preservavam legislação determinando ou autorizando a segregação educacional, evidenciando que *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) apenas confirmou uma modificação no *status quo* constitucional que já havia sido operada pelos Estados. Isso se reproduziu por todo o processo de adjudicação constitucional do casamento homoafetivo na Suprema Corte. Quando *Bowers vs. Hardwick* (1986) foi decidido, a criminalização da sodomia entre pessoas do mesmo sexo estava presente em metade dos Estados norte-americanos e somente foi afastada quando, em *Lawrence vs. Texas* (2003), esse número foi reduzido para treze. Igualmente, o casamento homoafetivo foi um tema evitado pela Corte, em termos mais abstratos, até que somente treze Estados, concentrados em Midwest e South, estivessem se opondo a sua proteção legal.

Desse modo, os casos de segregação educacional e de matrimônio homoafetivo esclarecem a relação mantida entre o caráter protetivo da interpretação da Décima Quarta Emenda e as maiorias nacionais identificadas entre os Estados norte-americanos. Mudanças substanciais na interpretação da cláusula de proteção igualitária apenas são desempenhadas pela Suprema Corte quando a resistência for observada em uma reduzida minoria de Estados.

---

37 Cf. *Shelley vs. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

38 Cf. *McLaurin vs. Oklahoma State Board of Regents*, 339 U.S. 637 (1950); e *Sweatt vs. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

39 "In short, *Brown* was the culmination of a series of (more minimalist) cases, not the first of its kind." SUNSTEIN, 1999, p. 38.

## 5. Conclusão

Em 26 de junho de 2015, a Suprema Corte dos EUA garantiu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em pouco tempo, a repercussão internacional de *Obergefell vs. Hodges* (2015) era facilmente notada, havendo manifestações em seu suporte e outras contrárias a seu conteúdo. A decisão será, provavelmente, tratada como um momento de ruptura e seus comentaristas lhe atribuirão característicos traços de contramajoritarismo, maximalismo, supremacia judicial e progressivismo. Embora haja uma tendência de mitificação dessa decisão, nos moldes de *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), o presente artigo sustenta a necessidade de relativizar afirmações concernentes a seu caráter contramajoritário.

Ao relacionar o comportamento decisório manifestado pela Suprema Corte com o *status quo* constitucional da matéria nos Estados, foi possível testar a hipótese de que *Obergefell vs. Hodges* (2015), assim como ocorreu em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), indicaria um posicionamento sensivelmente majoritarista. Os resultados obtidos e as avaliações formuladas conduzem à conclusão de que essa hipótese restaria confirmada.

*United States vs. Windsor* (2013) e *Obergefell vs. Hodges* (2015) foram julgados em uma diferença de dois anos. Não houve mudança na composição da Corte. A opinião majoritária recaiu em Kennedy nos dois precedentes. Os mesmos que o apoiaram e que a ele se opuseram no primeiro assim se posicionaram no segundo. Nenhuma modificação foi observada nos outros poderes públicos, como troca de presidente ou inversão da maioria legislativa. Não havia nada que justificasse uma mudança tão marcante no posicionamento da Suprema Corte, exceto uma circunstância: o *status quo* constitucional nos Estados havia atingido uma supermaioria. A proporção variou de um quinto dos Estados para, aproximadamente, três quartos. Somente treze Estados, concentrados em Midwest e South, resistiam a assegurar o direito ao casamento a homoafetivos. Este fato comprova haver associação entre seu comportamento decisório e as maiorias identificadas segundo um critério federativo.

*Obergefell vs. Hodges* (2015) não foi a primeira vez em que a Suprema Corte manifestou essa associação. Anteriormente, quando se julgou o precedente *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), apenas dezessete Estados obrigavam e quatro autorizavam a doutrina “separados, mas iguais” no sistema educacional. A Suprema Corte não se intimidou, ao invalidar

a norma, compatível com a orientação de apenas um terço dos Estados. Em *Bowers vs. Hardwick* (1986), metade dos Estados criminalizavam legalmente a sodomia adulta e consensual entre pessoas do mesmo sexo, mesmo que praticada no interior de suas residências, e a Corte resistiu a invalidar legislação dessa natureza. Tal precedente somente foi superado em *Lawrence vs. Texas* (2003), pois o número de entes criminalizando a sodomia homossexual foi reduzido para treze, uma submaioria de um quarto dos Estados norte-americanos. Quando *United States vs. Windsor* (2013) foi admitido pela Corte, houve invalidação de legislação federal, mas com a tentativa de delimitar o escopo da decisão porque menos de um quinto dos Estados, naquele momento, garantiam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em todas essas decisões, houve majoritarismo sob o enfoque federativo. Não houve proteção de direitos de minorias políticas ou sociais até que essa fosse a vontade de uma maioria qualificada dos Estados, demonstrando a prevalência do interesse de maiorias nacionais sobre maiorias regionais na Suprema Corte.

Ao concluir a pesquisa, o objetivo de comparar as decisões sobre direitos homoafetivos com *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), para se evitar que o mesmo processo de mitificação contramajoritária afete *Obergefell vs. Hodges* (2015), parece ter sido alcançado. Ambas as decisões, definitivamente, representam eventos de destaque na história constitucional norte-americana. No entanto, é necessário considerar a influência das maiorias nacionais no grau de proteção conferido pela interpretação da Décima Quarta Emenda pela Suprema Corte. Maiorias nacionais condicionam a conquista de direitos por minorias sociais na adjudicação constitucional norte-americana.

## Referências

- BALKIN, Jack. What *Brown* teaches us about constitutional theory? *Virginia Law Review*, v. 90, n. 6, 2004.
- BARNES, Catherine. *Journey from Jim Crow: The Desegregation of Southern Transit*. Columbia University Press, 1983.
- BERMAN, José Guilherme. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas*. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2009.
- BICKEL, Alexander. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New York, NY: Harper & Row, 1970.
- BONAUTO, Mary. *Goodridge in Context*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 40, 1, 2005.
- DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, v. 6, 279, 1957.
- FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *New York University Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, n. 06-04, 2006.
- \_\_\_\_\_. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York, NY: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- GRABER, Mark. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, n. 7, 1993.
- HALL, Kermit; ELY, JR., James; GROSSMAN, Joel (eds.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. 2nd ed. New York, NY: Oxford University Press, 2005.
- KLARMAN, Michael. *From Jim Crow to Civil Liberties: the Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. New York, NY: Oxford University Press, 2004.
- LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of Parties, Not Powers. *Harvard Law Review*, v. 119, 1, 2006.
- NUSSBAUM, Martha. *Sex and Social Justice*. New York, NY: Oxford University Press, 1999.
- PILDES, Richard. Is the Supreme Court a Majoritarian Institution? *New York University Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, n. 11-01, 2011.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

- SIEGEL, Reva. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA. *California Law Review*, v. 94, 1323, 2006.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2008.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Court*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.
- WITTINGTON, Keith. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007.

**Recebido em 13 de setembro de 2015**

**Aprovado em 29 de maio de 2017**