
REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

Editores convidados:

Sandrine Maljean-Dubois

Sophie Lavallée

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 19	n. 1	p. 1-441	abr	2022
--	----------	-------	------	----------	-----	------

Suprema Corte dos Estados Unidos: lições do ano judiciário de 2019-2020 e uma breve homenagem a Ruth Bader Ginsburgh*

United States Supreme Court: lessons from the 2019-2020 term and a brief tribute to Ruth Bader Ginsburgh

João Carlos Souto**

Patrícia Perrone Campos Mello***

Resumo

O presente artigo trata de ano judiciário de 2019-2020 da Suprema Corte dos Estados Unidos, um dos tribunais de maior prestígio do mundo. Tal ano judiciário é o primeiro período de atuação integral de Brett Kavanaugh, juiz conservador indicado pelo Presidente Donald Trump, bem como o último período de Ruth Bader Ginsburgh, juíza progressista, nomeada por Bill Clinton. Trata-se, ainda, de um ano em que se julgaram relevantes casos sobre direitos de grupos minoritários. O trabalho divide-se em duas seções. Na primeira examinam-se três casos de grande relevância na matéria, demonstrando, que, a despeito da maioria conservadora, as decisões proferidas foram deferentes a precedentes progressistas da Corte. Em tais julgamentos, destacam-se os votos conservadores apresentados por Kavanaugh. Na segunda seção do artigo, trata-se da saída de Ruth Bader Ginsburgh e faz-se uma retrospectiva de seu legado progressista para a proteção dos direitos de grupos minoritários. O trabalho, em seu conjunto, demonstra que as posições ideológicas dos *justices* interferem sobre seus entendimentos, mas que, a despeito disso, os julgados do período tenderam a respeitar precedentes anteriores. Tal fator sugere que, na situação, o *stare decisis* teve peso para contrabalancear influências ideológicas. O trabalho é, ainda, uma retrospectiva e uma homenagem ao trabalho de Ginsburgh, mundialmente reconhecida por sua relevância como juíza e jurista.

Palavras-chave: Suprema Corte dos Estados Unidos; Ano Judiciário de 2019-2020; Análise de precedentes; Ruth Bader Ginsburg; Brett Kavanaugh.

Abstract

This article deals with the United States Supreme Court's Term of 2019-2020, one of the most prestigious courts in the world. It was the first period of full performance of Brett Kavanaugh, a conservative judge appointed by President Donald Trump, and the last term of Ruth Bader Ginsburgh, a progressive judge, appointed by Bill Clinton. During the Term, relevant cases on minority rights were judged. The article is divided into two sec-

* Recebido em 28/09/2021
Aprovado em 10/02/2022

** Professor de Direito Constitucional (UDF/Brasília), Doutorando em Direito (Uni-CEUB), Procurador da Fazenda Nacional, ex-Secretário de Estado de Justiça e Cidadania do Distrito Federal (2015/2016), realizou extensão acadêmica na Harvard Law School (PIL-1998), na University of Delaware (1995) e na Thomas Jefferson School of Law (San Diego, 2012). É autor de *Suprema Corte dos Estados Unidos - Principais Decisões*. São Paulo: Atlas, 4. ed, 2021.

E-mail: direitocomparado2@uol.com.br, 2021.
Twitter @soutojc

*** Professora Titular do Centro Universitário de Brasília – CEUB (graduação, mestrado e doutorado). Doutora e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Visiting Scholar no Max Planck Institute of Comparative Law and International Law, Heidelberg, Alemanha. Visiting Fellow na Harvard Kennedy School (Ash Center for Democratic Governance). Assessora no Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

E-mail: pcamposmello@uol.com.br

tions. The first examines three highly relevant cases in the matter, demonstrating that, despite the conservative majority, the decisions handed down were in line with the Court's progressive precedents. In such judgments, we also analyse the votes presented by Kavanaugh. The second section of the article deals with Ruth Bader Ginsburgh's departure from the Court and looks back at her progressive legacy in judging the minority rights. The work shows that the ideological positions of the justices interfere with their understandings, but that, despite this, their decisions, during the period, tended to adhere to previous progressive precedents. This factor suggests that, at least in that situation, *stare decisis* counterbalanced ideological influences. The work is also a retrospective and a tribute to the work of Ginsburgh, worldwide recognized for her relevance as a judge and jurist.

Keywords: United States Supreme Court; 2019-2020 Term; Precedent analysis; Ruth Bader Ginsburgh; Brett Kavanaugh.

1 Introdução

A história, como se sabe, é contada com base em grandes acontecimentos que, de um modo ou de outro, mudaram o curso da humanidade ou contribuíram para moldá-la. Situações de extrema dificuldade, catástrofes e, também, momentos que significaram o rompimento com o passado; conquistas que propiciaram um avanço no tempo e melhoria de vida para alguns, muitos ou todos. Um olhar sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (Suprema Corte ou Corte) permite identificar um órgão judicial e um elenco de decisões com essa grandiosidade. É sobre ela que se ocupa o presente artigo, mais precisamente sobre sua performance no ano judiciário (*Term*) de 2019-2020, em que casos relevantes foram julgados com alguns desfechos surpreendentes¹. De certo, não foi tão impactante quanto

¹ O ano judiciário constitui o período de aproximadamente nove meses de funcionamento da Suprema Corte, que se inicia na primeira segunda-feira de outubro e vai até fins de junho ou primeira quinzena de julho do ano seguinte. Durante ele, o órgão analisa a admissibilidade dos recursos (em sua esmagadora maioria *writs of certiorary*), ouve as sustentações orais dos casos admitidos para julgamento e se reúne conjuntamente, a portas fechadas, para deliberar e escolher o relator que elaborará o voto da maioria em cada caso. *Rule of Four*. Sobre esse tema ver: SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.

o de 1954, em que se decidiu *Brown v. Board of Education*²; ou como o de 1973, em que se assentou o direito ao aborto, em *Roe v. Wade*³. Esses dois casos históricos não se repetem com frequência. De todo modo, o ano judiciário de 2019-2020 foi um período de decisões importantes, que deve ser celebrado e merece reflexão.

O ano judiciário que se encerrou na segunda semana de julho de 2020 foi o primeiro em que Brett Kavanaugh, segundo juiz indicado pelo Presidente Donald Trump para a Corte,⁴ atuou do início ao fim, porque, em 2018, quando tomou posse, a Corte já se encontrava em velocidade de cruzeiro. Foi, ao mesmo tempo, o último ano de Ruth Bader Ginsburgh, juíza progressista, nomeada pelo Presidente Bill Clinton. Ginsburgh faleceu aos 18 de setembro de 2020, com oitenta e sete anos, após vinte e sete anos de extraordinários serviços prestados à Corte. Tal ano judiciário produziu um universo relevante de decisões, em um momento em que alterações importantes se processavam na composição ideológica da Corte. Vale, portanto, o esforço de conhecê-lo melhor e de avaliar em que medida tais alterações repercutiram nos entendimentos da Corte. A isso se propõe o trabalho, assim como a fazer uma homenagem ao legado de Ginsburgh.

Nesse sentido, é importante considerar que os Estados Unidos da América apresentam um universo ideológico com relevantes projeções em matéria constitucional, que se reparte, de modo geral, entre democratas, com tendências mais progressistas em temas de direitos fundamentais, assecuratórias do exercício de direitos de grupos minoritários⁵; e em republicanos, com inclinações mais conservadoras e menos protetivas no assunto. Além disso, juízes progressistas adotam formas de interpretação mais flexíveis, por meio das quais lêem novos direitos no texto constitucional, à medida que novas

80-87; LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON JR., Richard H. *Constitutional law: cases, comments, questions*. 8. ed. Saint Paul: West Publishing Company, 1996. p. 53.

² ESTADOS UNIDOS, 347 U.S. 483 (1954).

³ ESTADOS UNIDOS, 410 U.S. 113 (1973).

⁴ Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos, tomou posse em outubro de 2018. O primeiro indicado foi Neil Gorsuch.

⁵ Grupos minoritários, com o significado utilizado no trabalho, aludem a grupos que, independentemente do aspecto quantitativo demográfico, estão subrepresentados ao espaço político majoritário (Executivo e Legislativo) e que, por essa razão, têm dificuldade de fazer valer seus direitos nessa seara e dependem do Judiciário para tal. São exemplos de tais grupos: afroamericanos, mulheres e comunidade LGBT, entre outros.

questões se apresentam à sociedade; ao passo que juízes conservadores tendem a compreensões mais literais do Direito, atentas ao texto e à intenção original do legislador.⁶ Nesse contexto, estudos empíricos sugerem que a ideologia dos juízes da Suprema Corte pode influenciar, de forma relevante, suas decisões⁷.

Por outro lado, o sistema norte-americano adota a política judicial do *stare decisis*, que determina que a razão de decidir dos precedentes judiciais adotados por uma corte superior é vinculante para todos os demais órgãos judiciais. Nessa medida, sempre que a maioria da Suprema Corte firma um entendimento sobre determinada questão jurídica, a mesma solução deverá ser aplicada pelas cortes inferiores aos casos semelhantes⁸. Em tais condições, precedentes anteriores podem funcionar como um elemento de contenção de viradas ideológicas. A tese do artigo é de que, de fato, a ideologia interfere nos processos decisórios dos juízes da Suprema Corte, entretanto, tal influência, ao menos no ano judiciário de 2019-2020, e no que se refere ao julgamento de questões ligadas a grupos minoritários, foi contrabalanceada pelos precedentes da Corte sobre o tema.

Para demonstrá-la, o trabalho se divide em duas seções. Na primeira examinam-se as decisões consideradas as três mais relevantes da temporada⁹ e o posicionamento de Kavanaugh em tais julgamentos. Na segunda seção, trata-se da trajetória e dos votos de Ginsburgh

na Corte. Ambas permitem que se compreenda, em concreto, o papel que a ideologia e os precedentes desempenham no processo decisório da Suprema Corte. Assim, registra-se o começo de um juiz, cuja trajetória na Corte começa a se definir, e uma homenagem a uma grande juíza, que deixa um admirável legado para o constitucionalismo norte-americano. Por meio deles, expõem-se, ainda, as dinâmicas decisórias da Corte.

2 Três decisões de destaque do Ano Judiciário de 2019-2020

2.1 Ramos v. Louisiana: unanimidade do Júri nos casos de crimes graves

O caso *Ramos v. Louisiana*, julgado pela Suprema Corte em abril de 2020, teve origem na Louisiana e resultou de um recurso interposto por Evangelista Ramos, condenado pela prática de homicídio em Nova Orleans. Julgado pela Justiça estadual, ele fora sentenciado à prisão perpétua, pela prática de crime grave (*convicted of a serious crime*), com base em decisão não unânime de um júri. Irresignado, o réu contestou o veredicto em razão da ausência de unanimidade, o que, em seu entendimento, caracterizaria uma violação à Sexta Emenda.¹⁰

2.1.1 Sexta Emenda

A Sexta Emenda a que se refere o relatório da Corte corresponde justamente ao *Bill of Rights*, declaração de direitos que os Estados Unidos da América e o mundo devem, em grande parte, a James Madison. A Constituição Federal norte-americana previu a separação dos Poderes, instituiu a República e o Estado Federal, assegurou ampla autonomia aos Estados-membros. Contudo, não previu uma declaração de direitos. A inexistência de um *Bill of Rights* gerara considerável resistência por parte de alguns Estados em ratificar o documento.

Essa ausência incomodou muitos e foi ostensivamente usada como moeda de troca no processo de ratificação, sem a qual não haveria Constituição, tampouco Estados Unidos, na forma como estruturados desde a

⁶ Entretanto, reconhece-se, igualmente, que as preferências hermenêuticas, eventualmente, podem ser orientadas ao resultado de mérito que se julga (ideologicamente) mais apropriado.

⁷ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. New York: Cambridge University, 2002.; SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 99, n. 2, p. 743-804, 2006. p. 743-804. Na literatura nacional, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: GEN, Forense, 2015. (para um apanhado sobre tais estudos empíricos na literatura nacional).

⁸ GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959.; MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988. p. 763-767.; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-112.

⁹ Obviamente, a avaliação da relevância dos julgados sempre tem componentes subjetivos. De todo modo, do ponto de vista objetivo, a importância dos três casos selecionados está em que tratavam de temas altamente controvertidos, foram amplamente noticiados pela imprensa e constituíam situações em que a Suprema Corte firmaria, pela primeira vez, um entendimento ou em que as preferências ideológicas da sua maioria conservadora não estavam alinhadas aos precedentes progressistas anteriores.

¹⁰ ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. ____ (2020). *Ramos v. Louisiana* Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924_n6io.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

primeira eleição presidencial de 1789. Em tal contexto, cuidou-se da elaboração de uma emenda à Constituição, de modo a contemplar um rol de direitos que assegurassem o que se julgava indispensável como garantia aos cidadãos. Coube a James Madison¹¹ aperfeiçoar o texto elaborado por George Mason. O *Bill of Rights* foi aprovado em definitivo pelo Congresso em 25 de setembro de 1789. O processo de ratificação se estendeu por pouco mais de dois anos, tendo-se concluído em 15 de dezembro de 1791.

2.1.2 Alcance da expressão “júri imparcial”

Ramos v. Louisiana tinha por objeto, exatamente, a Sexta Emenda à Constituição norte-americana. O caso foi relatado pelo *Justice* Neil Gorsuch¹², o primeiro *justice* indicado por Trump. Em razão das posições adotadas ao longo de sua carreira como magistrado e de seu indiscutível viés conservador, Gorsuch produziu um voto surpreendente, embora não tenha sido o único da ala não liberal a votar a favor de Evangelista Ramos.

A Sexta Emenda tem redação sóbria, clara e objetiva. Ela trata de processos criminais, assegura que o julgamento deve ocorrer no Estado ou Distrito onde o crime se consumou, prevê que o acusado tem direito a saber, previamente, a natureza da acusação, a confrontar e arrolar testemunhas, assim como deve ser assistido por um advogado. Determina, ainda, que o julgamento seja público, rápido e por um júri imparcial. A expressão “júri imparcial” é chave para o caso *Ramos v. Louisiana*, e o voto do juiz Gorsuch deixa isso muito claro. A certa altura, ele afirma que o texto e a estrutura da Constituição indicam, claramente, que a expressão da Sexta Emenda, “julgamento por um júri imparcial”, está impregnada por um significado sobre o conteúdo e os requisitos de um julgamento por parte de um júri. E arremata: um desses requisitos é que um júri chegue a um veredicto unânime para condenar.¹³

¹¹ Madison foi o grande artífice do *Bill of Rights*, considerado, ainda, o “Pai da Constituição”. Foi Deputado e mais tarde se tornou o quarto Presidente dos Estados Unidos.

¹² Tomou posse em 10 de abril de 2017, ocupando a vaga que pertenceu ao juiz Antonin Scalia, e que originariamente deveria ser preenchida pelo indicado de Obama, juiz Merrick Garland. Contudo, a obstrução promovida pelo Senador Republicano Mitch McConnell, jamais vista na história da Suprema Corte, fez com que a indicação democrata sequer fosse apreciada pela Câmara Alta. v. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 389.

¹³ ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. ____ (2020), *Ramos v. Louisiana*.

Trata-se, evidentemente, de interpretação peculiar de “imparcialidade”, porque é perfeitamente possível que a decisão não unânime igualmente se revista de caráter imparcial. Contudo, tal entendimento é longo nos Estados Unidos, conforme registro constante do voto, em que se afirma que a unanimidade dos jurados surgiu como um “direito comum vital no século XIV na Inglaterra, apareceu nas primeiras constituições estaduais americanas e forneceu o pano de fundo diante do qual a Sexta Emenda foi redigida e ratificada”.¹⁴

2.1.3 Precedentes e federalismo

Em 120 anos, aduz Gorsuch, a Corte julgou o requisito da unanimidade “não menos de 13 vezes” e, durante esse tempo, assentou que o direito ao júri, previsto na Sexta Emenda, igualmente se aplica aos Estados, por força da Décima-Quarta Emenda, adotada em 1868. Essa última emenda integrou o “pacote legislativo” pós-Guerra Civil, do qual se destacam ela própria e mais a Décima-Terceira e a Décima-Quinta Emenda, que, juntas, são conhecidas como *Reconstruction Amendments*.¹⁵

A expressão “igualmente se aplica aos Estados” resulta do federalismo puro praticado nos Estados Unidos desde sempre. Ocorre que, quando se aprovou o *Bill of Rights*, em 1791, o entendimento dominante era o de que ele não se aplicava aos Estados-membros, somente sendo oponível ao governo federal. Noah Feldman aponta dois motivos para essa restrição, ambos razoáveis, se lançarmos um olhar para aquele momento histórico. Em primeiro lugar, os Estados já possuíam *Bill of Rights*. Em segundo lugar, a Constituição fora redigida, primordialmente, para conferir poderes ao governo federal recém-criado¹⁶. Pode parecer estranho, mas assim restou implementado, nos primeiros anos, o *Bill of Rights*. Inclusive, a Suprema Corte sufragou esse entendimento “político-doutrinário” em *Barron v. Mayor*

¹⁴ ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. ____ (2020), *Ramos v. Louisiana*, livre tradução.

¹⁵ A expressão deriva da *Reconstruction Era*, aludindo ao conjunto de medidas adotadas pela Administração do Presidente Abraham Lincoln, de modo a criar as condições (administrativas, políticas, legais e sociais) para “reintegrar” os estados confederados que estavam na iminência de rendição. Sobre *Reconstruction Era* consultar, entre outros, BEARD, Charles Austin. *History of the United States*. Lexington: Renaissance Classics, 2012. p. 243-247.

¹⁶ FELDMAN, Noah. *The three lives of James Madison*. New York: Picador, 2020. p. 270.

City Council of Baltimore¹⁷, com voto de autoria do Chief Justice John Marshall.

A tese da inconstitucionalidade, esposada por Gorsuch, recebeu 6 votos. Três juízes votaram contra ela: surpreendentemente, a Justice Elena Kagan votou com a minoria (Alito e Roberts); e os conservadores Kavanaugh, Gorsuch e Clarence se juntaram à ala progressista. A exigência de condenação por unanimidade é uma prática bem antiga no direito norte-americano. A Suprema Corte, *in casu*, reiterou entendimento já consolidado nela própria¹⁸ (conforme o próprio Gorsuch assinalou em seu voto), bem como nos tribunais federais e na esmagadora maioria dos Estados. Somente a Louisiana e o Utah insistiam em seguir caminho diverso. Ambos, contudo, já emendaram suas Constituições de modo a se adaptarem ao precedente.

2.1.4 O voto de Kavanaugh: critérios para a superação de precedentes

Uma última palavra merece ser dita sobre o voto de Kavanaugh. O justice apresentou uma opinião concorrente àquela subscrita pela maioria. Somou-se a ela, mas por fundamentos parcialmente distintos. Afirmou que a Suprema Corte havia reconhecido a constitucionalidade da condenação não unânime por júri em relação aos Estados, em *Apodaca v. Oregon* (1972). Reconheceu essa decisão como um precedente vinculante na matéria. Entretanto, manifestou-se pela superação de tal precedente e, portanto, pelo reconhecimento da necessidade de unanimidade para a condenação por júri também no âmbito dos Estados.

Para fazê-lo, em primeiro lugar, defendeu que, segundo entendimento da Suprema Corte, devem-se utilizar critérios mais flexíveis para a superação de precedentes constitucionais, em comparação a precedentes que tratam da aplicação de leis. Em seguida, propôs-se uma teorização dos critérios utilizados pela Corte para superar seus próprios precedentes, a saber: (i) exigência de que a decisão anterior esteja gravemente errada, e não apenas errada; (ii) avaliação quanto a consequências negativas decorrentes da aplicação do precedente que se avalia revogar (operacionalidade, clareza e coerência entre as decisões que o aplicam); (iii) consequências, em

termos de segurança jurídica, decorrentes da superação do precedente. Demonstrou, então, que o precedente de *Apodaca v. Oregon* preenchia os critérios para superação.

Assim, pode-se argumentar que Kavanaugh votou com os progressistas no mérito, mas agiu, metodológica e estrategicamente, como um conservador em sua fundamentação. Buscou formular critérios objetivos e positivos para a superação de precedentes, procurando subsumir a situação concreta a eles. Além disso, firmou, para o futuro, critérios de superação de precedentes que podem se prestar à parcial alteração de entendimentos liberais em uma Corte progressivamente conservadora. Uma vez firmados critérios objetivos de superação, deixa de estar tão exposto a imputações quanto a votar conforme preferências ideológicas em eventuais superações. É uma hipótese de atuação estratégica que o tempo tratará de esclarecer.

2.2 A Lei de Direitos Civis proíbe discriminação contra a minoria LGBT

Dois meses depois de decidir sobre a inconstitucionalidade do veredicto não unânime de júri a Corte enfrentou, em *Bostock v. Clayton County*, três casos, julgados simultaneamente, todos eles envolvendo discriminação contra a comunidade LGBTQ¹⁹. O Condado de Clayton, na Geórgia, dispensou Gerald Bostock, funcionário antigo, somente porque ele passou a jogar em uma liga de softball integrada por homossexuais (*gay recreational softball league*). Uma empresa privada, a Altitude Express, demitiu Donald Zarda depois de ele se declarar gay. Por fim, a Harris Funeral Homes extinguiu o contrato de Aimee Stephens, que, ao ser contratada, havia se apresentado como homem, mas, em seguida, informou ao empregador que viveria e trabalharia como mulher.

2.2.1 O entendimento das Cortes de Apelação

Os casos foram julgados por três Cortes de Apelação diferentes: a Segunda Corte de Apelação, com sede em Nova Iorque, e a Sexta Corte, com sede em Cincinnati, Ohio, entenderam que a medida contrariava a Lei de Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act*). A Décima-

¹⁷ ESTADOS UNIDOS. 32 U.S. 7 Pet. 243 (1833).

¹⁸ ESTADOS UNIDOS. 170 U. S. 343 (1898), *Thompson v. Utah*, entre outros julgados.

¹⁹ A expressão alude a lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais e *queers*, mas abarca, em seu conjunto, o universo de pessoas não aderente ao padrão cisgênero e heterossexual supostamente vigente.

-Primeira Corte de Apelação, com sede em Atlanta, na Geórgia, decidiu que não havia qualquer ilegalidade.

Diante da composição mais conservadora da Suprema Corte — após as duas indicações de Donald Trump²⁰ —, a expectativa era no sentido de que pudesse proferir uma decisão que, de alguma forma, desvinculasse o pleito (de interesse de toda a comunidade LGBTQ) dos direitos civis assegurados aos negros após décadas de luta e pressão por parte dessa minoria, cujo ponto culminante foi o Movimento de Direitos Civis (*Civil Rights Movement*), liderado pelo Reverendo Martin Luther King. No entanto, para surpresa de muitos, Gorsuch proferiu voto favorável aos autores, no que foi seguido pelos progressistas e pelo *Chief Justice* John Roberts, de modo que o resultado se afigura como uma novidade dupla, porque um tema que costuma figurar na plataforma dos políticos progressistas teve o apoio de uma Corte sabidamente conservadora.²¹

2.2.2 Textualismo e Intencionalismo na Suprema Corte

Para o primeiro indicado por Trump para a Suprema Corte, na história recente dos Estados Unidos, poucos atos normativos podem ombrear-se em importância com a Lei de Direitos Civis de 1964. No seu Título VII, o Congresso tornou ilegal a discriminação no local de trabalho baseada em raça, cor, religião, sexo ou origem. E, no caso então em exame, a Corte deveria decidir se um empregador pode demitir alguém tão-somente por ser homossexual ou transgênero.

A não previsão de discriminação de gênero quando da elaboração da norma em 1964 não passou despercebida ao relator, que reconheceu: eles, os legisladores, “podem” não ter previsto que seu trabalho levaria a esse resultado específico. Na sequência citou a proibição de discriminação contra a maternidade e de assédio sexual contra homens no ambiente de trabalho, como exemplos que não foram previstos pelo legislador, mas restaram incorporados na práxis judicial. Assim, a seu ver,

²⁰ Sobre a indicação de ambos, especialmente no que se refere à polêmica em torno da aprovação do nome de Kavanaugh, bem como o perfil dos indicados por Trump para a Justiça de primeiro e segundo graus, v. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 8-78.

²¹ Para uma compreensão de como ocorre a formação de maiorias estratégicas no âmbito da Suprema Corte, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: GEN, Forense, 2015. p. 178-184.

os limites da imaginação dos redatores não fornecem nenhuma razão para ignorar as exigências da lei.

Gorsuch foi enfático ao dizer que “a resposta era clara” para a pergunta anteriormente formulada²². O empregador que demite um indivíduo somente por ele ser gay ou transgênero o faz por questionar traços e ações que ele não questionaria em pessoas de outro sexo. Nessas condições, o sexo desempenha um papel necessário e indiscutível na decisão, exatamente o que a Lei de Direitos Civis proíbe²³. Gorsuch assinalou, ainda, que quando os termos expressos de uma norma nos dão uma resposta e considerações extratextuais sugerem outra, não há contestação possível. Somente a palavra escrita é a lei, e todas as pessoas têm direito a seu benefício.

O que restou descrito até aqui do voto de Neil Gorsuch — e especialmente o parágrafo anterior — parece revelar adesão ao textualismo Scaliano com uma leve incursão ao *intentionalism*.²⁴ É o que se constata na passagem mais acima, quando se alude ao entendimento de que a imaginação dos redatores não deve afastar as exigências da lei. Percebe-se, assim, uma “troca de olhares” com a “intenção” do legislador, algo incomum em um textualista discípulo de Scalia.²⁵ Intenção porque, em 1964, o legislador não deixou expresso a proteção a homossexuais e transgêneros, mas afirma-se que, se esse pleito estivesse na ordem do dia ou sendo reivindicado, ele seria acolhido. Embora não tenha sido expressamente previsto no *Civil Rights Act*, Gorsuch entendeu presente a intenção do legislador nesse sentido.

Em seguida, Gorsuch reassume seu papel e retoma a linha hermenêutica que lhe guindou à Corte Suprema: somente a palavra escrita é lei. Nessa frase, repleta de significados, ele se reencontra com a doutrina do *Associate Justice* Antonin Scalia, que o antecedeu no cargo e que é autor de afirmações como a que se segue: “O texto é a lei, e é o texto que deve ser observado”²⁶. Scalia,

²² Pergunta: pode o empregador demitir alguém tão-somente por ser homossexual ou transgênero?

²³ ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. (2020), *Bostock v. Clayton County*.

²⁴ Os textualistas defendem a interpretação da Constituição com base no significado semântico do texto, rejeitando a inclusão de direitos que não constem expressamente dele. O intencionalismo busca a intenção do legislador. v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: GEN, Forense, 2015. p. 4-6.

²⁵ Aliás, é possível ser “textualista” em 2020 e não ser discípulo do primeiro descendente de italianos a ter assento na Suprema Corte? A resposta é: muito improvável.

²⁶ SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*: Federal Courts and

inclusive, foi solenemente lembrado por Gorsuch em dois momentos recentes e importantes de sua carreira. Na cerimônia de anúncio da sua indicação²⁷, quando se referiu a ele como um leão do direito²⁸, e durante a sabatina de apreciação do seu nome pelo Senado. A ele se referiu como “mentor” que ensinava que as palavras importam, que a função do juiz é seguir as palavras que estão na lei, não as substituir por aquelas que não estão²⁹.

2.2.3 *Leading case*

Bostock v. Clayton County não é uma decisão articulada propriamente em termos constitucionais porque se limitou a dizer que a discriminação em questão era ilegal, por ferir a Lei de Direitos Civis de 1964. Entretanto, o precedente tem enorme importância por ser o primeiro grande caso sobre direitos de transgêneros e por ter julgado ilegal vasta legislação estadual (de mais da metade dos Estados) que permitia que empregadores dispensassem integrantes da comunidade LGBTQ somente por essa condição. A decisão, nesse aspecto, traz conforto e afasta incertezas.

A oposição de Alito, a que se juntaram Thomas e Kavanaugh, e que, por certo, teria tido a companhia de Scalia, se vivo fosse, não foi de molde a arrebatá-la a maioria da Corte, que cerrou fileiras com o voto de Gorsuch, de onde se destaca a seguinte passagem, com a qual se concluem esses comentários relativos ao caso: “Nós não hesitamos em reconhecer hoje a consequência necessária de tal escolha legislativa: um empregador que demite um indivíduo apenas por ser homossexual ou transgênero viola o Direito”³⁰.

the Law. Princeton: Princeton University Press, 1997. p. 22, livre tradução.

²⁷ Diferentemente do Brasil, nos EUA é comum uma cerimônia de anúncio do nome do indicado. A de Gorsuch ocorreu na *East Room* da Casa Branca, em 31 de janeiro de 2017.

²⁸ FULL transcript and video: trump picks Neil Gorsuch for Supreme Court. *The New York Times*, Nova York, 31 jan. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/01/31/us/politics/full-transcript-video-trump-neil-gorsuch-supreme-court.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁹ GORSUCH, Neil. Confirmation hearing on the nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States. Washington: U. S. Government Publishing Office, 2018. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.

³⁰ Voto do *Justice* Gorsuch, ESTADOS UNIDOS, 590 U.S. ____ (2020), *Bostock v. Clayton County*.

2.2.4 O voto de Kavanaugh: a Corte não deve legislar

Nesse segundo caso, Kavanaugh votou como um típico conservador. Inicialmente, reconheceu que não é justo que as pessoas sejam discriminadas com base em sua “orientação sexual” e que isso efetivamente precisa mudar. No entanto, a pergunta que se deveria colocar, em sua opinião, é sobre quem tem autoridade para fazer tal alteração. Segundo o *Justice*, o que a lei em questão vedava era a “discriminação em razão do sexo”, questão distinta da discriminação em razão da orientação ou identidade sexual. Nessas condições, cabia ao Legislativo e não à Suprema Corte alterar a lei.

A extensão do direito à não discriminação também à orientação ou identidade sexual por meio de decisão judicial implicaria verdadeira atividade legislativa pela Corte, o que lhe era vedado, tanto pelo princípio da separação dos poderes quanto pela ideia de Estado de Direito (*rule of law*) e, ainda, por uma questão de legitimidade democrática. Somente quem foi eleito pelo voto popular estaria legitimado a alterar as escolhas do legislador. Trata-se do argumento convencional por meio do qual conservadores se opõem à expansão de direitos para grupos discriminados e subrepresentados no parlamento. Nesse sentido, o voto de Kavanaugh confirmou suas conhecidas inclinações hermenêuticas e ideológicas.

2.3 Lei do Estado da Louisiana viola o direito ao aborto

Ainda em junho de 2020, a Corte julgou *June Medical Service v. Russo*, referente a uma lei do Estado da Louisiana que criava dificuldades para a mulher interromper voluntariamente uma gestação indesejada. A norma dificultava a realização de abortos em clínicas, exigindo que o médico fosse integrante de hospital, autorizado a realizar cirurgias, e que esse hospital estivesse a não mais que 30 milhas de distância da clínica onde o aborto ocorreria, além de impor outras exigências.³¹

³¹ ESTADOS UNIDOS. Act 620, Estado da Louisiana, no original, art. 2º, Seção “a”：“Na data em que o aborto é realizado ou induzido, um médico que realiza ou induz um aborto deve: (a) Ter privilégios ativos de admissão em um hospital localizado a não mais de trinta milhas do local em que o aborto é realizado ou induzido e que forneça serviços de saúde obstétrica ou ginecológica. Para os fins desta Seção, “privilégios de admissão ativa” significa que o médico é um membro regular da equipe médica de um hospital atualmente licenciado pelo departamento, com capacidade para admitir um pa-

O tema é delicado, polêmico, e, nos EUA, assume contornos dramáticos, talvez em razão da acentuada religiosidade da sociedade norte-americana, aliada ao seu engajamento político. Desde que a Corte julgou constitucional o direito ao aborto, no célebre caso *Roe v. Wade*³², em 1973, alguns Estados vêm tentando impor limites, criando dificuldades e explorando eventuais lacunas da decisão.

Tratando-se de tema muito debatido no país, e, ainda, de uma pauta cara aos conservadores de hoje e de sempre, esperava-se que a Corte, de maioria conservadora (Thomas, Roberts, Alito, Gorsuch e Kavanaugh), votasse em bloco, mantendo, por óbvio, a constitucionalidade da lei estadual.

2.3.1 “Extremistas do aborto”: a polarização em torno do tema

Entretanto, John Roberts alterou o que se imaginava ser o “curso natural” de seu comportamento e, por meio de uma opinião concorrente, se juntou aos quatro liberais (Ginsburg, Kagan, Sotomayor e Breyer, esse último, o autor do voto), acolhendo os argumentos dos recorrentes, no sentido de que a lei era inconstitucional porque, entre outras coisas, impunha um ônus indevido ao direito de seus pacientes de obter um aborto.

A aderência de Roberts à corrente majoritária suscitou críticas de figuras proeminentes do Partido Republicano, como o Senador Republicano Ted Cruz, que o acusou de “jogo político” e de se alinhar aos “extremistas do aborto”.³³ Apesar das críticas contundentes de diferentes setores do Partido que o indicou³⁴, outros

comentaristas, como Linda Greenhouse, enxergaram, na *concurring opinion* do *Chief Justice*, uma redação dúbia, que possibilitaria margem para entendimentos judiciais futuros contra o aborto.³⁵

2.3.2 Stephen Breyer e o *stare decisis*

No voto que expressou a opinião do Tribunal, o *Justice* Stephen Breyer citou dois precedentes, *Planned Parenthood v. Casey*³⁶ e *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*³⁷, julgados, respectivamente, em 1992 e 2016, em que a Corte assentou que normas sanitárias desnecessárias e com o propósito de criar obstáculos substanciais a uma mulher em busca de um aborto, impõem um ônus indevido ao direito, sendo, por isso, inconstitucionais.³⁸ No último parágrafo da decisão, Breyer afirmou que o julgamento de 2016 se aplicava em sua totalidade ao que se decidia em 2020.

Nesse sentido asseverou que a doutrina legal do *stare decisis*³⁹ exige que, na ausência de circunstâncias especiais, dispense-se tratamento semelhante a casos semelhantes e ato contínuo arrematou: a lei da Louisiana impõe um ônus ao acesso ao aborto tão severo quanto ao imposto pela lei do Texas,⁴⁰ de modo que, pelas mesmas razões, não pode prevalecer perante os precedentes da Corte. Vale dizer, em razão da enorme semelhança com os precedentes julgados em 1992 (*Planned Parenthood*) e 2016 (*Whole Woman’s Health*), a Lei da Louisiana deveria ser invalidada por se opor ao que antes fora decidido pela Corte.

ciente e fornecer serviços diagnósticos e cirúrgicos a esse paciente, de acordo com os requisitos do Parágrafo (A) (1) desta Subseção” (livre tradução). Disponível em: <https://www.legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=914189>. Acesso em: 27 jul. 2020.

³² ESTADOS UNIDOS. 410 U.S. 113 (1973).

³³ Manifestação do Senador Ted Cruz, em seu *Twitter*, em 29 junho de 2020: “Chief Justice Roberts está, mais uma vez, jogando politicamente. Dessa vez, ele se aliou aos extremistas do aborto, que se importam mais com prestar o serviço de aborto “sob demanda” do que com a proteção da saúde das mulheres” (livre tradução). Disponível em: <https://twitter.com/SenTedCruz/status/1277673169315344391>. Acesso em: 30 jun. 2020.

³⁴ Roberts tem sido criticado pelos conservadores em razão de sua posição de *swing vote* em alguns casos relevantes. Foi assim quando ele votou a favor da constitucionalidade do *Obamacare* (ESTADOS UNIDOS. 567 U.S. 519, 2012, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*) e agora nesse caso da lei do aborto no Estado da Louisiana. A insatisfação, como aquela externada pelo Senador Ted Cruz, tem crescido entre conservadores de diferentes matizes. Parcela do

Partido Republicano almeja que os indicados à Corte Suprema tenham alinhamento automático com o conservadorismo. Esqueçamos que o mundo real não é assim que a Corte funciona. Parecem não considerar exemplo de Earl Warren na década de 1950.

³⁵ GREENHOUSE, Linda. We just saw the future of anti-abortion laws. *The New York Times*, Nova York, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/08/13/opinion/arkansas-abortion-laws.html?action=click&module=Opinion&pgtype=Homepage>. Acesso em: 15 ago. 2020.

³⁶ ESTADOS UNIDOS. 505 U.S. 833 (1992).

³⁷ ESTADOS UNIDOS. 579 U. S. ____ (2016).

³⁸ ESTADOS UNIDOS. 591 U.S. ____ (2020), *June Medical Service v. Russo*.

³⁹ Sobre a doutrina do *stare decisis* e seu funcionamento nos Estados Unidos, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

⁴⁰ Nessa passagem, Breyer se refere à lei declarada inconstitucional em ESTADOS UNIDOS. 579 U. S. ____ (2016), *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*.

Mais adiante, ancorado em O Federalista (78), Stephen Breyer lembrou que a aderência ao precedente é necessária para “evitar o uso de critérios arbitrários pelas cortes”. E, nessa linha, emendou, em tom absolutamente pragmático: a restrição do precedente distingue “método e filosofia judicial daqueles do processo político e legislativo”. De fato, o Legislativo e a política raramente se guiam pelo precedente e é bom que assim o seja. Ambos reclamam dinamismo, inovação, tentativa e acerto, experimento, que nem sempre estão ou devem estar presentes no processo judicial. Nessa linha, parece apropriada a lição simples e verdadeira do *Justice* Oliver Wendel Holmes, Jr.: “as regras de funcionamento do Direito estão há muito fundadas no bom senso”.⁴¹

O *stare decisis*, arremata Stephen Breyer, é princípio baseado em uma humildade básica que reconhece que as questões jurídicas de hoje, muitas vezes, não são tão diferentes das questões de ontem e que não somos os primeiros a tentar respondê-las. De todo modo, é importante reconhecer que a adesão ao *stare decisis*, no caso, era convergente com a sua preferência e com seu viés progressista no tema de fundo.

2.3.3 O voto dissidente de Clarence Thomas

A divergência contou com quatro votos conservadores, ou, talvez, fosse correto dizer, ultraconservadores, não no sentido político da palavra, mas jurídico.⁴² Dentre eles merece um olhar mais alongado o voto de Clarence Thomas, por sinal, considerado um dos *justices* mais conservadores de toda a História da Suprema Corte. O segundo *African-American* a ter assento na Suprema Corte usou de expressões fortes para demonstrar sua oposição ao entendimento da maioria⁴³. Afirmou que

ela estaria perpetuando sua jurisprudência infundada sobre o aborto, ao afastar uma lei estadual perfeitamente legítima, e que o estava fazendo “sem deter jurisdição para o caso”. Isso porque a ação teria sido movida por “abortistas e clínicas de aborto”, portanto, por autores que eram parte ilegítima para a causa, já que não eram titulares do direito em debate, que seria detido pelas mulheres que querem realizar o procedimento.

Segundo Thomas, as decisões anteriores criaram o direito ao aborto do “nada”, sem qualquer apoio no texto da Constituição, de forma que eram gravemente erradas e deveriam ser rejeitadas. Arrematou seu voto assinalando que, como a Corte não tinha nenhuma jurisdição ou autoridade constitucional para declarar a lei devidamente promulgada inconstitucional, uma vez que os autores não tinham legitimidade para a causa, ele, respectivamente, discordava da decisão.

Thomas afirmara ausente uma das condições da ação por entender que os autores não poderiam fustigar a lei estadual em defesa de direito alheio, vale dizer, da mulher grávida em busca de aborto. Mas ele próprio reconheceu, no seu voto, que esse entendimento de ser vedado à parte levar a juízo direito constitucional de quem não figura na lide, firmado pela Suprema Corte no último suspiro do século XIX,⁴⁴ restou superado logo depois, mais precisamente a partir de 1915, com o caso *Truax v. Raich*⁴⁵ e em seguida com *Pierce v. Society of Sisters*⁴⁶.

Desses precedentes, definidos por ele como “desvios” (*deviations*), teria emergido a doutrina do terceiro interessado (*third-party standing doctrine*), que permitiria a determinado litigante reivindicar direitos constitucionais de outros, quando a parte que clama pelo direito tem uma relação “estreita” com a pessoa que o detém, e, há um “obstáculo” à capacidade do possuidor de proteger seus próprios interesses. Assim, há alguma contradição no argumento desenvolvido por Thomas. Vale o registro, ainda, de que ele reconheceu que os precedentes da Corte são convergentes com a decisão da maioria, mas ainda assim se opõe a eles.

⁴¹ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover Publications, 1991. p. 118. Livre tradução.

⁴² Os ultraconservadores da política são bem mais radicais do que aqueles eventualmente encrustados no Judiciário. Tome-se como exemplo o site de “notícias” Breitbart.com, fundado por Andrew Breitbart e continuado por Steve Bannon e Larry Solov, após a morte precoce do fundador. Em 2012, o Los Angeles Times traçou um perfil interessante do criador e criaturas: RAINEY, James. Breitbart.com sets sights on ruling the conservative conversation. *Latimes*, Los Angeles, 1 ago. 2012. Disponível em: <https://www.latimes.com/entertainment/la-xpm-2012-aug-01-la-et-breitbart-20120801-story.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁴³ O primeiro foi Thurgood Marshall, que havia sido *Solicitor General* no governo de John Kennedy e foi indicado por Lyndon Johnson, permanecendo na Corte de 1967 a 1991. Marshall foi sucedido, justamente, por Clarence Thomas.

⁴⁴ ESTADOS UNIDOS. 176 U. S. 114, 118, (1900), *Clark v. Kansas City*.

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS. 239 U. S. 33, (1915), *Truax v. Raich*.

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS. 268 U. S. 510, (1925) *Pierce v. Society of Sisters*.

2.3.4 O voto de Kavanaugh: as provas são insuficientes

Também nesse terceiro caso, o *justice* Kavanaugh votou como um conservador. Entretanto, acompanhou o *Justice* Alito em sua divergência, e não o *Justice* Thomas, mantendo a coerência quanto aos critérios para superação de precedentes (que não permitiriam legitimar a lei restritiva ao aborto). Segundo Kavanaugh, não era possível afirmar a inconstitucionalidade da lei porque haveria necessidade de dilação probatória para demonstrar que os novos requisitos para a realização de abortos exigidos das clínicas e dos médicos eram excessivamente onerosos e inviabilizavam o procedimento. Por essa razão, o caso deveria ser remetido a novo julgamento e à complementação probatória. Assim, com base em um argumento processual, Kavanaugh evitou concordar com a maioria, que se manifestava a favor da lei que limitava o aborto no mérito e evitou a polêmica.

3 O legado de Ruth Bader Ginsburg

Como já indicado acima, o ano judiciário de 2019-2020, além de ter sido o primeiro de atuação completa de Kavanaugh, e um ano rico em decisões relevantes, marcou, ainda, a partida de uma grande estrela progressista da Suprema Corte dos Estados Unidos. Ruth Bader Ginsburg (Ginsburg ou RBG) foi a segunda mulher a ter assento na Corte, mas a primeira integrante a conquistar um lugar na sua história como ícone cultural de uma geração⁴⁷, bem como a ser velada no Capitol Hill com honras de Estado⁴⁸. Não seria possível tratar do ano judiciário em questão, portanto, sem tratar dessa jurista extraordinária que deixa um legado impecável para o constitucionalismo contemporâneo.

⁴⁷ RBG se tornou uma marca: canecas, roupas, bonecas, máscaras, cadernos, livros, inclusive de colorir, para crianças. O filme “RBG”, dirigido e produzido por Betsy West e Julie Cohen, foi escolhido pela “National Board of Review” como o melhor filme documentário de 2018, e obteve menção honra no BAFTA, além de ter recebido duas indicações para o Oscar: melhor filme documentário e melhor trilha sonora original.

⁴⁸ Capitol Hill é expressão que designa a área onde encontram-se localizada as duas Casas do Congresso dos Estados Unidos: a Câmara dos Deputados e o Senado. Em outro sentido, a expressão também designa ampla área residencial em Washington-DC, que igualmente contempla a sede do Legislativo federal.

3.1 Brooklyn, Harvard e Columbia

Ginsburg foi protagonista de trajetória singular, que se resume nas linhas que se seguem. Nascida e criada no Brooklyn, em Nova Iorque, de pai judeu imigrante da Ucrânia e mãe norte-americana, nascida quatro meses depois de seus avós chegarem aos Estados Unidos vindos da Polônia, Ginsburg foi uma daquelas personalidades fadadas a entrar para a história. Ainda criança, perdeu a irmã para a meningite, e a mãe, anos mais tarde, de câncer, logo após a conclusão dos estudos de segundo grau. Em 1955, deu à luz a sua primeira filha. No ano seguinte, em 1956, ingressou no curso de Direito da prestigiada Harvard Law School. À época, dos quinhentos alunos matriculados, somente nove eram mulheres. Todos os professores eram “da mesma raça e sexo”, vale dizer, homens e brancos.⁴⁹ Em 1958, seu esposo, Martin Ginsburg, recebeu oferta de emprego em Nova Iorque. Ruth tentou cursar Columbia e se graduar por Harvard; a proposta, entretanto, não foi aceita.

Assim, a partir de 1958, a Columbia Law School passou a ostentar, nos seus quadros, a aluna Ruth Bader Ginsburg, que brilhara em Harvard, e teria na Escola de Direito ao norte de Manhattan idêntica trajetória. Inclusive, se graduou, em 1959, como primeira da turma, além de ter sido editora da revista de Direito nas duas faculdades, privilégio de poucos⁵⁰.

3.2 Assessorias e Lund

Embora graduada em Direito pela *Columbia Law School*, foi seu ex-professor em Harvard, Albert Martin Sacks, quem a indicou para aquele que deveria ter sido seu primeiro emprego de destaque: assessoria jurídica do *Justice* Felix Frankfurter. Embora tenha ficado im-

⁴⁹ GINSBURG, Ruth Bader. The changing complexion of Harvard Law School. *Harvard Women's Law Journal*, Cambridge, v. 27, 2004. p. 303.

⁵⁰ MARGOLICK, David. Trial by adversity shapes jurist's outlook. *The New York Times*, Nova York, 25 jun. 1993. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1993/06/25/us/trial-by-adversity-shapes-jurist-s-outlook.html?pagewanted=all>. Acesso em: 10 dez. 2020; GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. New York: Simon & Schuster, 2016. p. XXIII; GRANT, Linda. Ruth Bader Ginsburg and Harvard Law: a 64-year journey. *Harvard Law Today*, Cambridge, 24 set. 2020. Disponível em: <https://today.law.harvard.edu/ruth-bader-ginsburg-and-harvard-law-a-sixty-four-year-journey/#:~:text=The%20late%20United%20States,of%20the%20Harvard%20Law%20Review.&text=She%20transferred%20to%20Columbia%20Law,%20job%20in%20New%20York>. Acesso em: 10 dez. 2020.

pressionado com o currículo de Ginsburg, o emprego lhe fora negado. Segundo relato dela própria: “o Justice foi informado da minha situação familiar — eu era casada e tinha uma filha de cinco anos. Por qualquer que seja a razão, disse Não”.⁵¹

Ainda em 1960, foi admitida como assessora do juiz Edmund Palmieri, da *United States District Court for the Southern District of New York*, onde permaneceu por, aproximadamente, dois anos. Em seguida, retornou à Universidade de Columbia para participar de um projeto de pesquisa de Direito Processual Internacional com o Professor Hans Smit, o que a levou a aprender sueco, estudar na Universidade de Lund, na Suécia, e escrever, em coautoria com o professor Anders Bruzelius, um livro sobre o processo civil daquele país.⁵²

A sociedade sueca reforçou em Ginsburg a percepção da profunda disparidade entre homens e mulheres nos Estados Unidos e a despertou para a necessidade em lutar por melhores condições para as mulheres estadunidenses. Em algumas das muitas entrevistas concedidas ao longo de sua vida, Ginsburg fez referências ao estágio de desenvolvimento, reconhecimento e respeito que as mulheres conquistaram na Suécia, em contraposição à submissão e desigualdade em que se encontravam nos Estados Unidos, no início da década de 1960. Ela própria sofrera discriminação, no início da carreira, quando, a despeito do currículo absolutamente impecável, experimentou dificuldades de se firmar.

Philip Galanes, do jornal *The New York Times*, a entrevistou em 2015 e formulou uma pergunta que permitiu a Ginsburg realçar a importância da experiência na Suécia em sua vida. Indagada sobre quando começou a pensar seriamente sobre a igualdade das mulheres, ela respondeu que quando estava trabalhando em um livro sobre processo civil na Suécia, em 1962 e 1963. Em seguida, registrou que entre 20 e 25 % dos estudantes de direito na Suécia eram mulheres. Observou que havia juízas mulheres nos tribunais e que havia se impressio-

nado ao comparecer a uma audiência em Estocolmo presidida por uma juíza grávida de oito meses.⁵³

É preciso contextualizar as vicissitudes de Ginsburg em um Estados Unidos da América que, ainda, não consolidara uma concepção de igualdade civil: ainda não havia assegurado por completo os efeitos de *Brown v. Board of Education* (1954)⁵⁴ e, por tabela, discriminava, também, as mulheres. Para quem foi rebaixada no trabalho, em Oklahoma, quando a primeira gravidez deu seus primeiros sinais, teve de esconder a segunda gestação e não conseguiu emprego com facilidade, muito embora primeira da classe e editora de duas revistas jurídicas de inegável importância, é compreensível o impacto produzido pela sociedade sueca da segunda metade do século XX.⁵⁵

3.3 Magistério e a colaboração com a American Civil Liberty Union: Rutgers e Columbia

Ginsburg iniciou sua carreira, no magistério, na Universidade de Rutgers, em 1963, lecionando processo civil. Segundo insuspeito relato da *justice* Elena Kagan, a universidade comunicou a Ginsburg que ela receberia salário inferior aos dos seus colegas homens porque o marido dela tinha um excelente emprego. À época, havia somente vinte professoras de Direito em todo o país.⁵⁶ Em Rutgers, Ginsburg foi co-fundadora do primeiro jornal dedicado a assuntos jurídicos das mulheres, o *Women's Rights Law Reporter*, criado em 1970, por Ann Marie Boylan, e incorporado à Rutgers em 1972. O jornal ainda se encontra ativo.⁵⁷

Nove anos depois, em 1972, Ginsburg passou a integrar o corpo docente da Columbia Law School (NYC),

⁵³ GALANES, Philip. Ruth Bader Ginsburg and Gloria Steinem on the unending fight for women's rights. *The New York Times*, Nova York, 15 nov. 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/15/fashion/ruth-bader-ginsburg-and-gloria-steinem-on-the-unending-fight-for-womens-rights.html>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁵⁴ ESTADOS UNIDOS. 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁵ SCHAMA, Cloe. Ruth Bader Ginsburg: hero for pregnant women. *Elle*, Nova York, 5 nov. 2015. Disponível em: <https://www.elle.com/culture/career-politics/news/a31721/ruth-bader-ginsburg-hero-for-pregnant-women/>. Acesso em: 8 mar. 2021.

⁵⁶ LIPTAK, Adam. Kagan says her path to Supreme Court was made smoother by Ginsburg's. *The New York Times*, Nova York, 2 out. 2014. Disponível em: https://www.nytimes.com/2014/02/11/us/kagan-says-her-path-to-supreme-court-was-made-smoother-by-ginsburg.html?_r=0. Acesso em: 21 set. 2020.

⁵⁷ Jornal disponível em: <https://womensrightslawreporter.com/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁵¹ BROWN, Bob. Ruth Bader Ginsburg's 1998 Wellesley College speech: 'The Supreme Court: A Place for Women'. *The Swellesley Report*, Wellesley, 19 set. 2020. Disponível em: <https://theswellesleyreport.com/2020/09/ruth-bader-ginsburgs-1998-wellesley-college-speech-the-supreme-court-a-place-for-women/>. Acesso em: 27 set. 2020.

⁵² GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil procedure in Sweden*. Haia: Martinus Nijhoff, 1965.

em que, treze anos antes, havia concluído o curso de Direito, iniciado, como visto, em Harvard. Ela se tornou a primeira *tenured woman* da Universidade de Columbia, vale dizer, a primeira mulher a conquistar a estabilidade acadêmica. Até então, somente homens tinham alcançado esse privilégio.⁵⁸ Nessa época, apenas dezoito mulheres, em todo o país, ostentavam essa condição. RBG foi a décima nona⁵⁹. Ainda em 1972, a *Association of American Law Schools* deu início a uma campanha contra discriminação sexual, exortando as faculdades de Direito filiadas a abandonarem a postura de contratar somente homens⁶⁰.

Nessa época, Ruth Ginsburg começou a colaborar com a *American Civil Liberties Union* (ACLU), poderosa associação civil de defesa e preservação dos direitos e garantias individuais. Fundada em 1920, a ACLU ostenta longa lista de serviços prestados à causa para a qual foi criada⁶¹. Ginsburg foi diretora do Projeto para os Direitos das Mulheres (*Women's Rights Project*) e permaneceu na ACLU até a data em que tomou posse como juíza da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, em 1980⁶².

Durante a década de 1970, Ginsburg esteve à frente de batalhas jurídicas importantes em defesa das mulheres. Ganhou 5 de 6 casos arguidos perante a Suprema Corte, percentagem muito significativa, tanto de demandas quanto de vitórias, porque, como se sabe, a Corte aceita poucos *writs of certiorari* para julgar a cada ano⁶³. A advocacia de Ruth Ginsburg, conforme relato

da ACLU, estabeleceu as bases para as atuais proibições legais contra a discriminação sexual nos Estados Unidos e ajudou a construção dos alicerces para a futura defesa dos direitos das mulheres.⁶⁴ Há, ainda, dezenas de outros relatos, entrevistas e documentos que demonstram que a contribuição de Ginsburg, para os direitos da pessoa humana, foi antiga, larga e profundamente efetiva.⁶⁵

3.4 Corte de Apelação e Suprema Corte

O *Caso Watergate* antecipou o fim do mandato de Richard Nixon, que renunciou ante a iminência de ser cassado. O seu substituto, o vice-Presidente Gerald Ford, não era páreo para o candidato democrata, Jimmy Carter, agricultor, político do “Deep South” e ex-governador da Geórgia, que o derrotou no voto popular e no Colégio Eleitoral. A política liberal de Carter e sua determinação de mudar velhos hábitos foi crucial para que a advogada e professora Ginsburg se transformasse na *judge* e posteriormente na *Justice* Ginsburg.

Ao ser indicada pelo Presidente Carter, em abril de 1980, Ginsburg já havia construído uma reputação de jurista absolutamente engajada na defesa dos direitos civis e mais especificamente contra a discriminação de gênero. Não fosse uma jurista de peso e profundamente progressista, jamais teria sido indicada por Carter para a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, considerada a mais importante entre todas as Cortes de Apelação, seja pela excelência dos seus membros, por se encontrar na capital da República ou pelos temas relevantes que julgava.

⁵⁸ O *Black's Law Dictionary* define tenure como: “estatus atribuído a um professor ou professora, após conclusão de período probatório, protegendo-o ou protegendo-a de despedida sumária, sem causa suficiente ou razões econômicas. Uma nomeação acadêmica sem período definido de tempo”. BLACK, Henry Campbell *et al.* *Black's law dictionary*. 6. ed. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1991. p. 1024. Livre tradução.

⁵⁹ KAY, Herma Hill. Ruth Bader Ginsburg, professor of Law. *Columbia Law Review*, Nova York, n. 104, 2004. p. 2.

⁶⁰ KAY, Herma Hill. Ruth Bader Ginsburg, professor of Law. *Columbia Law Review*, Nova York, n. 104, 2004. p. 2.

⁶¹ A ACLU encontra-se presente na vida do norte-americano pobre ou integrante de minoria. Trata-se de uma instituição que completou 100 anos em 2020 e que se apresenta muito ativa. Para uma melhor compreensão de sua história, consultar: WALKER, Samuel. *In defense of american liberties: a history of the ACLU*. 2. ed. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1999.

⁶² AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU). *ACLU history: a driving force for change: the ACLU Women's Rights Project*. 2010. Disponível em: <https://www.aclu.org/other/aclu-history-driving-force-change-aclu-womens-rights-project>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁶³ De seis casos arguidos perante a Suprema Corte, Kahn foi o

único que ela perdeu. CAMPBELL, Amy Leigh. Raising the bar: Ruth Bader Ginsburg and the ACLU women's right project. *Texas Journal of Women and the Law*, Austin, v. 11, abr. 2003. Disponível em: <https://www.aclu.org/sites/default/files/FilesPDFs/campbell.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

⁶⁴ AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU). *ACLU history: a driving force for change: the ACLU Women's Rights Project*. 2010. Disponível em: <https://www.aclu.org/other/aclu-history-driving-force-change-aclu-womens-rights-project>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁶⁵ Pouquíssimos juízes da Suprema Corte receberam de jornais franceses a quantidade de referências como RBG. Seguem registros de dois (Le Figaro e Le Monde) dos mais importantes: LE FIGARO; AFP. Ruth Bader Ginsburg, icône progressiste et féministe de la Cour suprême. *Le Figaro*, Paris, 19 set. 2020. Disponível em: <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/ruth-bader-ginsburg-icone-progressiste-et-feministe-de-la-cour-supreme-20200919>. Acesso em : 30 set. 2020.; LE MONDE; AFP. Hommages unanimes et bataille politique après la mort de la juge Ruth Bader Ginsburg. *Le Monde*, Paris, 19 set. 2020. Disponível em: https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/19/mort-de-ruth-bader-ginsburg-geante-de-l-histoire-americaine_6052812_3210.html. Acesso em: 1 out. 2020.

RBG permaneceu por treze anos na Corte de Apelação do Distrito de Columbia, até ser indicada para a Suprema Corte, em 1993, pelo Presidente Bill Clinton, para ocupar a vaga de Byron White, que se aposentara aos sete e cinco anos, após mais de três décadas de atuação no Tribunal, nomeado que fora por John Kennedy, em 1962. Tamanho era o prestígio de Ginsburg que o então Senador Joe Biden afirmou ao jornal *The New York Times* que nunca estivera “tão otimista nem tão satisfeito com um indicado para a Suprema Corte como estava com a juíza Ginsburg”⁶⁶. O prognóstico positivo sobre sua aprovação e credibilidade se confirmou por largo placar de noventa e seis votos favoráveis e somente 3 contra.

Ginsburg tomou posse em 10 de agosto de 1993 na Suprema Corte dos EUA, tornando-se a primeira judia e a segunda mulher a ter assento na instituição⁶⁷, permanecendo ali até 18 de setembro de 2020, data de seu falecimento. Ao discursar no seu velório, o *Chief Justice* John Roberts afirmou que os seus quatrocentos e oitenta e três votos influenciarão o Tribunal por décadas e que sua voz na Corte e nas audiências era delicada, mas, quando falava, as pessoas verdadeiramente ouviam.⁶⁸ Entre tantos votos históricos e de qualidade técnica, o presente artigo destaca dois: um, proferido em 1996, o primeiro redigido por Ginsburg e considerado um dos mais importantes em mais de duas décadas no Tribunal. O outro, proferido, em 2007, em que, embora vencida, influenciou a alteração da legislação para acolher a tese que ela defendera. Os dois casos retratam o peso que teve RBG em sua trajetória na Corte.

3.5 United States v. Virginia (1996)

Quis o destino que o primeiro caso relatado por Ginsburg na Suprema Corte versasse sobre discriminação contra a mulher. O Estado da Virgínia tem enorme

importância histórica. É uma das Treze Colônias que deram início ao processo de independência e teve papel decisivo nos primeiros anos de consolidação do país. Quatro dos cinco primeiros Presidentes dos Estados Unidos são da Virgínia.⁶⁹ É sede do *Virginia Military Institute*, o primeiro colégio militar estadual fundado no país, em 1839, e um dos mais tradicionais. Tal instituto, conhecido pela sigla VMI, goza de grande prestígio nos Estados Unidos, mas, até 1996, era uma escola militar exclusiva para homens.

3.5.1 Virginia Military Institute: admissão restrita a homens

Entre 1988 e 1990, o VMI recebeu trezentas e quarenta e sete solicitações de informação sobre matrícula, formuladas por jovens do sexo feminino interessadas em ingressar no Colégio. Nenhuma foi respondida. Em 1990, uma estudante da Carolina do Norte apresentou reclamação, perante o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, sobre o comportamento da instituição acerca da admissão de mulheres. O Departamento de Justiça, ato contínuo, ajuizou ação na Justiça Federal contra o Estado da Virgínia e o VMI, alegando que tal comportamento violava a garantia constitucional de igualdade e a Lei dos Direitos Civis.

A Justiça de primeiro grau decidiu, favoravelmente, ao VMI. Contudo, a Corte de Apelação do 4º Circuito, sediada em Richmond, Virgínia, reverteu a decisão e determinou que o Estado solucionasse a violação constitucional. Em resposta, a Virgínia propôs um programa paralelo, com a criação de uma escola exclusivamente para mulheres, o *Virginia Women's Institute for Leadership* (VWIL), o que, em segunda apreciação, recebeu o carimbo de constitucional, tanto da Corte Distrital quanto da Corte de Apelação. A última, embora concordando no mérito e afirmando que a oferta de educação para gênero único era um objetivo legítimo, criou um teste adicional, perguntando se os alunos do VMI e as alunas do VWIL receberiam benefícios “substancialmente comparáveis”.⁷⁰

O Tribunal de Apelação decidiu por maioria. Entre os vencidos, merece breve registro — até porque par-

⁶⁶ LABATON, Stephen. Senators see easy approval for nominee. *The New York Times*, Nova York, 16 jun. 1993. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1993/06/16/us/senators-see-easy-approval-for-nominee.html?mtrref=undefined&gwt=pay>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁶⁷ A primeira foi Sandra Day O'Connor, indicada por Ronald Reagan. SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 318.

⁶⁸ MORENO, J. Edward. Chief justice honors Ginsburg: “When she spoke, people listened”. *The Hill*, Washington, 23 set. 2020. Disponível em: <https://thehill.com/homenews/news/517812-chief-justice-honors-ginsburg-when-she-spoke-people-listened>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁶⁹ George Washington, Thomas Jefferson, James Madison e James Monroe CHENEY, Lynne. *The Virginia dynasty: four presidents and the creation of American Nation*. New York: Viking, 2020.

⁷⁰ Voto Ruth Bader Ginsburg, ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), *United States v. Virginia*.

cialmente incorporado nas razões de Ginsburg — o voto do juiz James Dickson Phillips Jr., ao afirmar que o órgão, em seu julgamento, não impôs ao Estado da Virgínia o ônus de mostrar uma “justificativa extremamente persuasiva”⁷¹ para a ação. Vale dizer, o argumento utilizado pelo governo e aceito pelo Tribunal não era suficientemente persuasivo para justificar o deferimento. A criação de colégio (VWIL) exclusivo para o sexo feminino, arrematou o juiz Phillips, se apresentava como uma medida excludente, incompatível com a finalidade de criar um novo tipo de oportunidade educacional para mulheres ou diversificar o sistema de ensino superior da Commonwealth. Tinha simplesmente o propósito de permitir que a VMI continuasse a excluir mulheres de seus quadros⁷².

3.5.2 Precedente: *Sweatt v. Painter* (1950)

Em seu voto, Ginsburg comparou a solução apresentada pelo VMI àquela proposta pelo Texas 50 anos antes, em resposta à decisão de um tribunal estadual, proferida em 1946⁷³. De fato, no caso *Sweatt v. Painter*⁷⁴, decidido em 1950, a *University of Texas Law School* se negou a aceitar Herman Marion Sweatt como aluno, propondo a criação de uma *Law School for Negroes*⁷⁵, que, conforme lembrou Ginsburg, não tinha corpo docente ou biblioteca independente e carecia de credenciamento.⁷⁶ Apesar da escandalosa discriminação, a Justiça de primeiro e segundo grau se deram por satisfeitas, inclusive ressaltando que o serviço à disposição de Sweatt era substancialmente equivalente àquele oferecido pelo Estado a estudantes brancos na Universidade do Texas.⁷⁷ A Suprema Corte reformou a decisão, reconhecendo a existência de diferenças relevantes nas instalações e na experiência de ensino de cada uma das escolas.

⁷¹ Citação feita pelo juiz Phillips, extraída de parte da decisão proferida pela Suprema Corte em ESTADOS UNIDOS. 458 U.S. 718 (1982), *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*.

⁷² ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), 529, *United States v. Virginia*.

⁷³ ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), 553, *United States v. Virginia*.

⁷⁴ ESTADOS UNIDOS. 339 U.S. 629 (1950).

⁷⁵ Essa expressão aparece quase uma dezena de vezes na decisão de ESTADOS UNIDOS. 339 U.S. 629 (1950), *Sweatt v. Painter*.

⁷⁶ ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), 553, *United States v. Virginia*.

⁷⁷ ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), 553, *United States v. Virginia*.

A citação de Ginsburg, em relação a esse caso julgado em 1950, procede. Primeiramente, porque ele tem estreita relação com o que se estava julgando em *U.S. v. Virginia*, em segundo lugar, pelo seu significado de afastar a segregação na Escola de Direito do Texas: um prenúncio do célebre *Brown v. Board of Education* (1954), embora sem idêntico significado e amplitude do caso julgado pela Corte Warren.

3.5.3 Violação da cláusula de igualdade da Décima-Quarta Emenda

A Corte, por expressiva maioria, de 7 a 1, somente com o voto contrário do Justice Scalia,⁷⁸ e sem a participação de Clarence Thomas, que se absteve em razão de seu filho ser aluno do VMI na data do julgamento, acolheu o recurso dos Estados Unidos (parte no processo), com base nas argumentações expendidas por Ginsburg, e concluiu que o Estado da Virgínia não apresentara uma “justificativa extraordinariamente persuasiva” (“*exceedingly persuasive justification*”) para excluir todas as mulheres do treinamento de cidadão-soldado oferecido pelo VMI.

O *standard* da “justificativa extraordinariamente persuasiva” implica a atribuição de um ônus argumentativo reforçado para a defesa da legitimidade de discriminações baseadas em critérios de gênero. Exige-se a demonstração de que tais critérios atendem, concretamente, a fins estatais importantes e que são imprescindíveis à sua consecução, descartando-se generalizações ou preconceções sobre diferentes talentos, capacidades e preferências de homens e mulheres.

Considerando-se o não atendimento de tal *standard*, Ginsburg concluiu que a exclusão levada a cabo pelo Estado da Virgínia havia violado a cláusula de proteção igualitária da Décima-Quarta Emenda. Observou, ainda, que o remédio que ela ofereceu (criação do VWIL) não remediava a violação, uma vez que não oferecia às mulheres uma educação em igualdade de condições com aquela oferecida pelo VMI. Nesses termos, o pri-

⁷⁸ No livro *My Own Words*, Ginsburg fez um breve relato da construção do seu voto em *U.S. v. Virginia* e de como a posição contrária de Scalia (que, à medida que ia construindo o voto, disponibilizava para ela) foi importante para que ela apurasse o texto: “Minha minuta final foi mais persuasiva graças às críticas do Justice Scalia. De fato, quando quer que eu escrevesse a opinião majoritária, se recebesse uma opinião divergente de Scalia, o resultado final do meu voto acabava aprimorado”. GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. New York: Simon & Schuster, 2016. p. 40. Livre tradução.

meiro julgamento do Tribunal de Apelação do 4º Circuito, que havia identificado inconstitucionalidades na negativa em aceitar mulheres no VMI, restou confirmado pela Corte Suprema. E a segunda decisão do Quarto Circuito, pela constitucionalidade da criação do VWIL, foi descartada.

Ginsburg concluiu invocando a evolução constitucional dos Estados Unidos, valendo-se do historiador Richard Morris, que certa feita afirmara que uma parte importante da história da Constituição norte-americana é a história da extensão dos direitos e proteções constitucionais a pessoas antes ignoradas ou excluídas. De forma quase poética, afirmou que a história do VMI continuou à medida que a compreensão de “Nós, o Povo” se expandiu, de modo que não havia razão para acreditar que a admissão de mulheres capazes de todas as atividades exigidas dos cadetes do VMI destruiria o Instituto, em vez de aumentar sua capacidade de servir à “União mais perfeita”.

Em poucas linhas, Ruth Ginsburg conclui seu voto citando duas frases por demais conhecidas e que se encontram nos dois documentos que fundaram o país: “*We, the People*”, que abre a Constituição dos Estados Unidos, e “*A more perfect Union*”, expressão constante na Declaração de Independência de 04 de julho de 1776.

3.6 Ledbetter v. Goodyear Tire (2007)

Onze anos depois de ter relatado o caso *United States v. Virginia* (1996), que consolidou sua reputação de defensora da igualdade de tratamento entre os sexos, Ginsburg produziu um outro voto de profunda relevância. Embora nesse caso tenha sido vencida na Corte, pelo placar de 5 a 4, o resultado material lhe foi amplamente favorável porque seu voto criou uma comoção em parte do país, ancorada na realidade fática vivida pela autora, Lilly Ledbetter.

O caso envolveu a empresa Goodyear, fabricante de pneus, e Lilly Ledbetter, funcionária da fábrica localizada em Gadsden, Alabama. Ledbetter era a única mulher entre quinze homens e recebia salário inferior a todos eles, inclusive alguns contratados depois dela⁷⁹. Proces-

⁷⁹ GREENHOUSE, Linda. Justices limit discrimination suits over pay. *The New York Times*, Nova York, 29 maio 2007. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2007/05/29/washington/30scotuscnd.html?smid=pl-share>. Acesso em: 1 mar. 2021.

sou a empresa alegando discriminação de gênero porque, durante anos de relação de trabalho, era preterida para cargos mais elevados, em razão de avaliações ruins feitas por supervisores. Em razão disso, “seu salário não aumentou tanto quanto teria sido [aumentado] se ela tivesse sido avaliada de forma justa.”⁸⁰

A relatoria coube ao *Justice* Samuel Alito, que, juntamente ao *Justice* Clarence Thomas, forma, já há alguns anos, a dupla mais conservadora da Corte. Em resumo, o Tribunal Supremo, por maioria de 5 a 4, manteve a decisão da Corte de Apelação, ao entendimento de que é de cento e oitenta dias o prazo para reclamar perante a Comissão de Igualdade de Oportunidades no Emprego (*Equal Employment Opportunity Commission*) sobre discriminação no trabalho e temas congêneres, muito embora a Comissão tivesse à época entendimento diverso, que emprestava sentido mais liberal e prazo prescricional mais elástico à situação.

3.6.1 O voto divergente de Ginsburg

Ginsburg dissentiu e o fez de forma vigorosa. Primeiramente, porque leu o voto em sessão, o que é raro na Suprema Corte. Além disso, porque foi incisiva, sem, entretanto, perder a compostura. Asseverou que, para mostrar o quanto o Tribunal se desviou da interpretação do Título VII⁸¹, ela se via compelida a revisitar, “com fidelidade ao objetivo central da Lei”⁸², “as evidências apresentadas por Ledbetter no julgamento”, referindo-se ao julgamento de primeira instância, na Corte Distrital. Afirmou que Ledbetter provou ao júri a parcialidade e a discriminação dos seus superiores.

Nesse sentido Ginsburg sublinhou o depoimento do supervisor que admitiu, perante a Corte Distrital, que o salário da autora durante o período de um ano foi abaixo do mínimo pago a funcionários em posição idêntica, e que a disparidade se deveu a uma fraca performance de Ledbetter. Apontou flagrante incoerência nessa narrativa. Além disso, nesse mesmo período, ela recebeu um prêmio pela sua excepcional performance

⁸⁰ ESTADOS UNIDOS. 550 US 618 (2007), *Ledbetter v. Goodyear Tire*.

⁸¹ Ela se refere ao Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*).

⁸² No original: “To show how far the Court has strayed from interpretation of Title VII with fidelity to the Act’s core purpose, I return to the evidence Ledbetter presented at trial”. UNIDOS. 550 US 618 (2007), *Ledbetter v. Goodyear Tire*.

no trabalho. E, ainda, observou que o júri⁸³ constatou que um outro supervisor, que a avaliou, em 1997, era abertamente preconceituoso contra mulheres.

Ao insistir na tese dos cento e oitenta dias como limite para ajuizamento de ação reivindicando direitos violados, a maioria conservadora demonstrou desconhecer a realidade das relações de trabalho nos Estados Unidos, no entendimento de Ginsburg. Isso porque o empregado, segundo ela, lidava com uma dificuldade comum a todos eles, a de saber quanto ganha seu colega, de modo que impor o prazo exíguo de 180 dias para reclamar não era consentâneo com a realidade fática. Ginsburg afirmou que a informação sobre equivalência salarial não é rotineiramente comunicada aos empregados.⁸⁴ Citou, inclusive, um exemplo em que “uma demandante não sabia quanto seus colegas ganhavam até que uma lista impressa de salários apareceu em sua mesa, sete anos depois que seu salário inicial foi definido em valor inferior aos salários de seus colegas de trabalho”.⁸⁵

3.6.2 O impacto sobre a campanha presidencial de 2008 e a Lei Ledbetter de 2009

Ledbetter “saiu” da fábrica localizada na pequena Gadsden, com uma população estimada de trinta e cinco mil habitantes e da derrota na Suprema Corte para a campanha presidencial que mudou a história política dos Estados Unidos, em que se sagrou vencedor Barack Obama, candidato pertencente a uma minoria perseguida por mais de um século. Ledbetter discursou na Convenção do Partido Democrata que escolheu Obama — discursar em uma convenção nacional é privilégio de poucos. Geralmente, o fazem políticos de envergadura dentro do Partido, ou personalidades com fama ou reconhecimento nacional.

Mais do que discursar em apoio a Obama, Ledbetter “ganhou” um editorial do *The New York Times*, considerado o jornal de maior prestígio do mundo. O título dizia ser ela a “arma secreta dos democratas”, insinuando

do que poderia influenciar o voto feminino em favor de Obama.⁸⁶ O jornal, ainda, mencionou o caso que havia sido decidido um ano antes na Suprema Corte, em que ela perdera por, apenas, um voto, e afirmou tratar-se de “uma decisão ideologicamente orientada, que deixou de lado o precedente e a lógica.”⁸⁷

Durante a campanha, o Legislativo estadunidense aprovou, então, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei para impedir que situações como a vivida por Ledbetter se repetissem. Entretanto, o Senado o rejeitou. Contudo, em janeiro de 2009, já com Obama eleito e prestes a ser empossado, o projeto foi aprovado em ambas as Casas do Parlamento.

As razões de Ginsburg, no seu voto dissidente, serviram de inspiração a essa proposta legislativa, que pôs fim à prescrição de cento e oitenta dias para a reclamação sobre a violação da igualdade remuneratória. Como é comum nos Estados Unidos, a lei recebeu o nome de Lei de Pagamento Justo Lilly Ledbetter (*Lilly Ledbetter Fair Pay Act*), em óbvia homenagem à autora da ação que inspirou a alteração normativa. *Ledbetter v. Goodyear Tire* entrou para a história dos equívocos da Suprema Corte⁸⁸, e dos acertos de Ruth Bader Ginsburg.

4 Considerações finais

O ano judiciário 2019-2020 foi especial em mais de um sentido. Como dito no início deste texto, foi o primeiro em que Brett Kavanaugh, segundo *justice* nomeado pelo Presidente Donal Trump, atuou por todo um período. Foi, igualmente, o último em que Ruth Bader Ginsburg exerceu a judicatura, depois de quase três décadas em que argumentou, concordou e, principalmente, dissentiu perante a Suprema Corte. Foi, ainda, um ano de julgamentos relevantes, em que a ideologia

⁸³ Nos Estados Unidos, há júri para ações cíveis. v. ESTADOS UNIDOS. Constituição Federal, Sétima Emenda.

⁸⁴ GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. New York: Simon & Schuster, 2016. p. 288.

⁸⁵ ESTADOS UNIDOS. 550 US 618 (2007), *Ledbetter v. Goodyear Tire*. “Plaintiff did not know what her colleagues earned until a printout listing of salaries appeared on her desk, seven years after her starting salary was set lower than her co-workers’ salaries”.

⁸⁶ “Ms. Ledbetter does not have Senator Clinton’s star power, but she could end up being an important force in driving votes to Mr. Obama” (A Sra. Ledbetter não tem o poder de estrela da senadora Clinton, mas ela pode acabar sendo uma força importante para atrair votos para Obama). THE DEMOCRATS’ secret weapon: Lilly Ledbetter. *The New York Times*, Nova York, 28 ago. 2008.

⁸⁷ THE DEMOCRATS’ secret weapon: Lilly Ledbetter. *The New York Times*, Nova York, 28 ago. 2008. (It was an ideologically driven decision — one that tossed aside precedent and logic).

⁸⁸ É evidente que nem de longe se compara com *Dred Scott v. Sandford* (1857), que legalizou a escravidão e precipitou a Guerra Civil.

poderia ter tido um papel mais determinante sobre as decisões do que o que realmente se verificou.

Assim, em *Ramos v. Louisiana*, a Corte Suprema reafirmou a relevância e a inafastabilidade da exigência constitucional da unanimidade do júri, acolhendo recurso interposto por Evangelista Ramos, condenado pela prática de homicídio em New Orleans. Chama atenção nesse julgado o fato de a relatoria ter sido do juiz Neil Gorsuch, conservador convicto, que, ainda assim, adotou uma posição progressista, na medida que julgou inconstitucional a pena aplicada. Os conservadores costumam ser intransigentes quando se trata de aplicar a lei penal, naquilo que se convencionou chamar da doutrina da “*law and order*”.

O segundo caso analisado, *Bostock v. Clayton County*, é igualmente curioso. Em uma decisão da relatoria do juiz Gorsuch, conservador, assentou-se a inconstitucionalidade de norma discriminatória contra a comunidade LGBTQ. Nesse processo, Gorsuch se valeu da Lei de Direitos Civis de 1964 que não se refere, especificamente, aos homossexuais e transexuais, o que torna o caso ainda mais emblemático, na medida em que o tema suscita maior controvérsia e a lei não se dirige diretamente a essa minoria. A ausência de texto legal tem sido utilizada como argumento conservador para negar direitos ou trancar ações, especialmente quando se refere a minorias. Portanto, também nesse segundo caso, um *justice* conservador parece ter votado de forma progressista.

Por fim, no caso *June Medical Service v. Russo*, a Suprema Corte se debruçou sobre um tema ainda mais controverso: a constitucionalidade da lei do Estado da Louisiana que limitava o direito ao aborto, tema recorrente nos Estados Unidos desde 1973, quando se decidiu o caso *Roe v. Wade*. Nesse caso, relatado pelo progressista Stephen Breyer, a Corte, de maioria conservadora, confirmou o precedente da década de 1970, reiterando a importância do *stare decisis* e do respeito aos precedentes para “evitar o uso de critérios arbitrários pelas cortes”.

O ano judiciário 2019-2020 demonstra, portanto, que conservadores podem votar como liberais, ainda que esporadicamente. Sugere que o *stare decisis* e os entendimentos já firmados pela Suprema Corte podem contrabalançar, em alguma medida, a influência da ideologia no processo decisório. Parece indicar, ainda, certa autocontenção por parte da maioria conservadora, possivelmente porque compreende a importância da Corte para o equilíbrio entre as duas correntes. Em

síntese e, ao menos no referido ano judiciário, persistiu a adesão aos precedentes, mesmo quando preferências políticas poderiam ter conduzido a outros resultados. Entrou um novo membro conservador na Corte. Saiu de cena uma juíza extraordinária, que deixou um legado imenso para a defesa de grupos minoritários. Sem perder de vista que os conservadores continuarão conservadores e implementarão, em alguma medida, sua agenda. Isso não significa que não haja espaço para decisões mais ao centro, como se constatou no presente artigo.

Referências

- AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU). *ACLU history: a driving force for change: the ACLU Women's Rights Project*. 2010. Disponível em: <https://www.aclu.org/other/aclu-history-driving-force-change-aclu-womens-rights-project>. Acesso em: 30 set. 2020.
- BEARD, Charles Austin. *History of the United States*. Lexington: Renaissance Classics, 2012.
- BLACK, Henry Campbell *et al.* *Black's law dictionary*. 6. ed. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1991.
- BROWN, Bob. Ruth Bader Ginsburg's 1998 Wellesley College speech: “The Supreme Court: A Place for Women?”. *The Swellesley Report*, Wellesley, 19 set. 2020. Disponível em: <https://theswellesleyreport.com/2020/09/ruth-bader-ginsburgs-1998-wellesley-college-speech-the-supreme-court-a-place-for-women/>. Acesso em: 27 set. 2020.
- CAMPBELL, Amy Leigh. Raising the bar: Ruth Bader Ginsburg and the ACLU women's right project. *Texas Journal of Women and the Law*, Austin, v. 11, abr. 2003. Disponível em: <https://www.aclu.org/sites/default/files/FilesPDFs/campbell.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- CHENEY, Lynne. *The Virginia dynasty: four presidents and the creation of American Nation*. New York: Viking, 2020.
- ESTADOS UNIDOS. Act n. 620. 2014. Disponível em: <https://www.legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=914189>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- ESTADOS UNIDOS. 170 U. S. 343 (1898), *Thompson v. Utah*.

- ESTADOS UNIDOS. 176 U. S. 114, 118, (1900), *Clark v. Kansas City*.
- ESTADOS UNIDOS. 239 U. S. 33, (1915), *Truax v. Raich*.
- ESTADOS UNIDOS. 268 U. S. 510, (1925), *Pierce v. Society of Sisters*.
- ESTADOS UNIDOS. 32 U.S. 7 Pet. 243 (1833).
- ESTADOS UNIDOS. 339 U. S. 629 (1950).
- ESTADOS UNIDOS. 339 U.S. 629 (1950), *Sweatt v. Painter*.
- ESTADOS UNIDOS. 347 U.S. 483 (1954).
- ESTADOS UNIDOS. 410 U.S. 113 (1973).
- ESTADOS UNIDOS. 458 U.S. 718 (1982), *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*.
- ESTADOS UNIDOS. 505 U.S. 833 (1992).
- ESTADOS UNIDOS. 518 U.S. 515 (1996), *United States v. Virginia*.
- ESTADOS UNIDOS. 550 US 618 (2007), *Ledbetter v. Goodyear Tire*.
- ESTADOS UNIDOS. 567 U.S. 519 (2012), *National Federation of Independent Business v. Sebelius*.
- ESTADOS UNIDOS. 579 U. S. ____ (2016).
- ESTADOS UNIDOS. 579 U. S. ____ (2016), *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*.
- ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. (2020), *Bostock v. Clayton County*.
- ESTADOS UNIDOS. 590 U.S. ____ (2020), *Ramos v. Louisiana*. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924_n6io.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.
- ESTADOS UNIDOS. 591 U.S.____ (2020), *Department of Homeland Security (DHS) v. Regents of the University of California*.
- ESTADOS UNIDOS. 591 U.S. ____ (2020), *June Medical Service v. Russo*.
- ESTADOS UNIDOS. 5 U.S. 137 (1803), *Marbury v. Madison*.
- ESTADOS UNIDOS. *Deferred action for childhood arrivals (DACA)*.
- ESTADOS UNIDOS. *Dred Scott v. Sandford* (1857).
- FELDMAN, Noah. *The three lives of James Madison*. New York: Picador, 2020.
- FULL transcript and video: trump picks Neil Gorsuch for Supreme Court. *The New York Times*, Nova York, 31 jan. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/01/31/us/politics/full-transcript-video-trump-neil-gorsuch-supreme-court.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- GALANES. Philip. Ruth Bader Ginsburg and Gloria Steinem on the unending fight for women's rights. *The New York Times*, Nova York, 15 nov. 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/15/fashion/ruth-bader-ginsburg-and-gloria-steinem-on-the-unending-fight-for-womens-rights.html>. Acesso em: 20 set. 2020.
- GINSBURG, Ruth Bader; BRUZELIUS, Anders. *Civil procedure in Sweden*. Haia: Martinus Nijhoff, 1965.
- GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. New York: Simon & Schuster, 2016.
- GINSBURG, Ruth Bader. The changing complexion of Harvard Law School. *Harvard Women's Law Journal*, Cambridge, v. 27, 2004.
- GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959.
- GORSUCH, Neil. Confirmation hearing on the nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Suprema Court of the United States. Washington: U. S. Governmet Publishing Office, 2018. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2017.
- GRANT, Linda. Ruth Bader Ginsburg and Harvard Law: a 64-year journey. *Harvard Law Today*, Cambridge, 24 set. 2020. Disponível em: <https://today.law.harvard.edu/ruth-bader-ginsburg-and-harvard-law-a-sixty-four-year-journey/#:~:text=The%20late%20United%20States,of%20the%20Harvard%20Law%20Review.&text=She%20transferred%20to%20Columbia%20Law,a%20job%20in%20New%20York>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- GREENHOUSE, Linda. Justices limit discrimination suits over pay. *The New York Times*, Nova York, 29 maio 2007. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2007/05/29/washington/30scotuscnd.html?smid=pl-share>. Acesso em: 1 mar. 2021.

- GREENHOUSE, Linda. We just saw the future of anti-abortion laws. *The New York Times*, Nova York, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/08/13/opinion/arkansas-abortion-laws.html?action=click&module=Opinion&pgtype=Homepage>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover Publications, 1991.
- KAY, Herma Hill. Ruth Bader Ginsburg, professor of Law. *Columbia Law Review*, Nova York, n. 104, 2004.
- LABATON, Stephen. Senators see easy approval for nominee. *The New York Times*, Nova York, 16 jun. 1993. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1993/06/16/us/senators-see-easy-approval-for-nominee.html?mtrref=undefined&gwh=07BFECCEB18F681D38A1B48EF38A012DE&gwt=pay>. Acesso em: 30 set. 2020.
- LE FIGARO; AFP. Ruth Bader Ginsburg, icône progressiste et féministe de la Cour suprême. *Le Figaro*, Paris, 19 set. 2020. Disponível em: <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/ruth-bader-ginsburg-icone-progressiste-et-feministe-de-la-cour-supreme-20200919>. Acesso em: 30 set. 2020.
- LE MONDE; AFP. Hommages unanimes et bataille politique après la mort de la juge Ruth Bader Ginsburg. *Le Monde*, Paris, 19 set. 2020. Disponível em: https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/19/mort-de-ruth-bader-ginsburg-geante-de-l-histoire-americaine_6052812_3210.html. Acesso em: 1 out. 2020.
- LIPTAK, Adam. Kagan says her path to Supreme Court was made smoother by Ginsburg's. *The New York Times*, Nova York, 2 out. 2014. Disponível em: https://www.nytimes.com/2014/02/11/us/kagan-says-her-path-to-supreme-court-was-made-smoother-by-ginsburg.html?_r=0. Acesso em: 21 set. 2020.
- LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON JR., Richard H. *Constitutional law: cases, comments, questions*. 8. ed. Saint Paul: West Publishing Company, 1996.
- MARGOLICK, David. Trial by adversity shapes jurist's outlook. *The New York Times*, Nova York, 25 jun. 1993. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1993/06/25/us/trial-by-adversity-shapes-jurist-s-outlook.html?pagewanted=all>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: GEN, Forense, 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988.
- MORENO, J. Edward. Chief justice honors Ginsburg: "When she spoke, people listened". *The Hill*, Washington, 23 set. 2020. Disponível em: <https://thehill.com/homenews/news/517812-chief-justice-honors-ginsburg-when-she-spoke-people-listened>. Acesso em: 28 set. 2020.
- RAINEY, James. Breitbart.com sets sights on ruling the conservative conversation. *Latimes*, Los Angeles, 1 ago. 2012. Disponível em: <https://www.latimes.com/entertainment/la-xpm-2012-aug-01-la-et-breitbart-20120801-story.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- SCHAMA, Cloe. Ruth Bader Ginsburg: hero for pregnant women. *Elle*, Nova York, 5 nov. 2015. Disponível em: <https://www.elle.com/culture/career-politics/news/a31721/ruth-bader-ginsburg-hero-for-pregnant-women/>. Acesso em: 8 mar. 2021.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.
- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. New York: Cambridge University, 2002.
- SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 99, n. 2, p. 743-804, 2006.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- THE DEMOCRATS' secret weapon: Lilly Ledbetter. *The New York Times*, Nova York, 28 ago. 2008.
- WALKER, Samuel. *In defense of american liberties: a history of the ACLU*. 2. ed. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1999.