

# O CASO *BROWN v. BOARD EDUCATION*, MEDIDAS ESTRUTURANTES E O ATIVISMO JUDICIAL

Livia Mayer Totola Britto<sup>1</sup>

Tatiana Mascarenhas Karninke<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisará o clássico caso *Brown v. Board Education*, um *leading case* ocorrido nos Estados Unidos, em idos de 1954, que é apontado como um dos precursores no desenvolvimento das decisões estruturantes e por via de consequência, das medidas e processos estruturantes, que culminaram num ativismo judicial.

**Palavras-chave:** Medidas Estruturantes; Decisões Estruturantes; Caso *Brown v. Board Education*; Suprema Corte dos Estados Unidos; Ativismo Judicial.

## INTRODUÇÃO

No direito norte-americano, pode-se afirmar que a preocupação com as ações estruturais teve início com o caso *Brown v Board of Education*, por meio do qual Linda Brown, que era uma criança negra de pouca idade, era obrigada a atravessar toda a sua cidade à pé (Topeka, Kansas) para poder chegar à sua escola (pública), apesar de existirem outras escolas públicas muito mais próximas de sua residência, mas Brown não podia frequentá-las por uma única razão: essas escolas não aceitavam crianças negras.

Foi assim que diante da recusa das autoridades públicas em matriculá-la numa escola mais próxima, é que Brown ajuizou uma ação contra o Conselho de Educação Estadual (*Board of Education of Topeka*).

A Suprema Corte norte-americana, por meio desse julgado, deu uma guinada na sua própria atividade constitucional de interpretar: restou mais do que claro que a interpretação constitucional fazia ingerência na vida das pessoas, saindo do espaço que até então se pensava que lhe era próprio: o espaço jurídico.

É que mais que tutelar o bem jurídico individual reclamado, a Corte determinou um conjunto de ações coordenadas, designadas de medidas estruturantes: em verdade, a emanção de uma decisão efetiva, que no caso em tela, fosse de fato admitida uma negra em uma escola pública que era para brancos, sem qualquer possibilidade de segregação.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Processual do curso de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral. Email: liviatbritto@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Processual do curso de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada e Professora. Email: tatiana.karninke@gmail.com.

O esforço para que a decisão fosse concretizada foi fenomenal: outras medidas tiveram que ser adotadas, tais como a eleição de novos critérios de escolha de novos professores, de novos critérios para a construção de escolas e até mesmo do transporte público.

Assim, analisa-se o *leading case*, identificando os impactos sobre a judicatura nos Estados Unidos da América, que acabou por autorizar a adoção de medidas estruturantes, mas por outro lado, acarretou em ativismo judicial exasperado.

## **A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS DOS NEGROS: A CRIAÇÃO DA DOCTRINA “SEPARATE BUT EQUAL” PELA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE**

### **Dred Scott V. Sanford (1857)**

Dred Scott era um escravo da família de Sandford. “Trabalhava” nas propriedades onde era permitido o sistema escravocrata. Só que no decorrer do tempo, também chegou a trabalhar em locais nas quais havia uma lei, conhecida como *Missouri Compromise*<sup>3</sup>, datada de 1820, que vedava a escravidão. Seu proprietário o levou a trabalhar em terras no norte dos Estados Unidos, onde a escravidão não mais existia.

Assim, Dred Scott foi imbuído de certo sentimento de liberdade, entendendo que pelo fato de ter trabalhado em locais nos quais não era permitida a escravidão, passou a ter direito, tanto ele quanto sua família, de não mais serem escravos, de serem “homens” livres. Por entender dessa maneira, ajuizou duas ações, sendo a primeira ação ajuizada em 1847 contra Emerson e a segunda ação em 1853, propriamente contra Sandford. Esta segunda ação tramitava junto à Corte Federal e pugnava pela declaração de sua liberdade, objetivando-se que fosse declarado cidadão livre.

Dred Scott e sua família chegaram a ter uma decisão favorável junto à Corte de Missouri; contudo, esta decisão foi cassada pela Corte Estadual. Justamente por conta da reforma, foi interposto recurso para a Suprema Corte dos Estados Unidos. Sobre o caso, Roberta Fragozo Menezes Kaufmann relata que:

Nascido na Virgínia, 1799, Dred Scott era um escravo negro de St. Louis, Missouri, que havia sido levado pelo dono para Illinois e, de lá, para Wisconsin. Em tais lugares, a escravidão era proibida. O dono de Dred morreu em 1843, mas o escravo continuou trabalhando para a esposa do dono, a senhora Emerson. Em 1846, ao retornarem ao estado de origem, Missouri, onde era permitida a escravidão, Scott ingressou com uma ação judicial pleiteando que lhe fosse reconhecida a liberdade, já que residira em solo livre, baseando-se, para tanto, na determinação que previa: *once free, always free* – uma vez livre, sempre livre. O caso foi julgado pela primeira vez em 1847, mas, por o convencimento do juiz ter sido baseado em um testemunho indireto sobre os fatos, a decisão foi anulada e deu ensejo a um

---

<sup>3</sup> Pela lei “Missouri Compromise”, a partir de uma determinada latitude nos Estados Unidos, o sistema escravocrata era proibido. De certa forma, referida lei nada mais nada menos refletiu a diferença entre a colonização ocorrida no Norte e no Sul dos Estados Unidos da América.

novo julgamento, ocorrido em 1850, desta feita garantindo a liberdade ao escravo. [...] Esse lapso temporal entre o primeiro e o segundo julgamento foi determinante para o desenrolar da causa. Durante os três anos em que não ficara decidido se Dred era ou não um homem livre, os salários que obteve dos serviços prestados a terceiros ficaram sob depósito judicial. Nesse meio tempo, a senhora Emerson se casou novamente e se mudou para a região conhecida como Nova Inglaterra, transferindo ao irmão John Stanford a gestão dos negócios. Este, então, objetivando a propriedade dos valores guardados, apelou à Corte estadual, visando a reverter a decisão de primeiro grau em que concedera liberdade ao escravo. A Corte Estadual concedeu-lhe o ganho de causa. Desta decisão, recorreu Dred Scott à Suprema Corte. Stanford contra-argumentou, afirmando que o escravo não era cidadão, e que, portanto, não teria o direito de interpor recursos no âmbito federal (KAUFMANN, 2007, p. 131).

Como já era esperado, tendo em vista a composição da Suprema Corte Norte Americana, os *Justices* negaram o recurso interposto por Dred Scott, sob o fundamento de que ele não poderia ser considerado um cidadão e, desta forma, não teria direito ao acesso à Justiça, em especial, o de recorrer à Suprema Corte.

### **Plessy v. Ferguson (1896)**

Na época do caso *Plessy v. Ferguson*, vigia uma lei (*Louisiana's Separate Car Act*) que determinava que todas as companhias ferroviárias que efetuassem o transporte de passageiros, deveriam providenciar acomodações iguais para brancos e negros. As acomodações deveriam ser iguais, mas os espaços diferentes por conta da cor da pele.

O presente caso refere-se a um dos mais polêmicos já decididos pela Suprema Corte: o jovem negro<sup>4</sup> de 20 (vinte) anos, Homer Plessy, desejava viajar num dos vagões de trem, administrados pela Ferguson, destinados a pessoas brancas. Nada mais, nada menos queria Plessy desafiar a constitucionalidade da lei de Louisiana que determinava a separação dos vagões de acordo com a cor da pele.

Antes de ajuizar qualquer ação, Plessy, desafiando o teor da lei, ingressou no vagão destinado somente a pessoas brancas<sup>5</sup>, sabendo que a penalidade pela conduta ilícita seria a de pagar U\$\$ 25 ou permanecer 20 dias preso.

Como havia fiscalização, Homer Plessy foi descoberto, sendo-lhe conferida a "oportunidade" de se dirigir ao vagão de pessoas de cor negra, o que foi negado por Plessy, que veio, então, a ser preso.

Plessy admitiu então ser negro e ao enfrentar uma lei discriminatória, acabou por fazer com que a Suprema Corte julgasse seu caso, julgamento este que restou notório: a lei acabou sendo reconhecida como constitucional no caso *Plessy v. Ferguson*, enraizando a doutrina do

---

<sup>4</sup> Segundo autores, Homer Plessy era 7/8 (sete oitavos) branco e 1/8 (um oitavo) negro, mas era visível que possuía descendência negra.

<sup>5</sup> Havia somente exceção conferida às babás negras de crianças brancas, a quem era permitido viajar nos vagões destinados a pessoas brancas.

"*separate but equal*", separados mas iguais, entendimento que perdurou por 58 (cinquenta e oito) anos, açambarcando outros setores da sociedade, como as escolas públicas.

### **O CASO BROWN v. BOARD OF EDUCATION**

Como gizado, Linda Brown era uma criança negra de pouca idade, que era obrigada a atravessar toda a sua cidade a pé (Topeka, Kansas) para poder chegar à sua escola (pública), muito embora existissem outras escolas públicas muito mais próximas de sua residência, mas Brown não podia frequentá-las por uma única razão: essas escolas não aceitavam crianças negras.

Foi assim que diante da recusa das autoridades públicas em matriculá-la numa escola mais próxima, é que Brown ajuizou uma ação contra o Conselho de Educação Estadual (*Board of Education of Topeka*), com o objetivo de poder estudar mais perto de sua casa.

Passados aproximadamente 100 (cem) anos do julgamento de *Dred Scott v. Sandford* e pouco mais de 50 (cinquenta) anos de *Plessy v. Ferguson*, a Suprema Corte deparou-se com um dos seus casos mais importantes, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), afirmando o direito dos negros de frequentar as mesmas escolas que os brancos, numa interpretação da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, que possui o seguinte conteúdo:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei.

A guinada no entendimento da Suprema Corte deu-se em função da própria modificação cultural da sociedade norte-americana, que já se encontrava predisposta para um novo contexto social étnico, possuindo o ambiente político a seu favor (APPIO, 2009, p. 45), jogou uma pá de terra sobre a doutrina do *separate but equal* no famoso caso *Brown v. Board of Education*.

Em virtude da política racial e deletéria de alguns Estados do Sul, os negros migraram para os Estados do Norte, em busca de maior tolerância racial, o que teve como produto o fortalecimento da política para os negros, assim como no incremento de seu empoderamento, chegando-se inclusive a criarem a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), que iniciou uma série de movimentos para demonstrar a discriminação racial nas escolas para que elas fossem "iguais em igualdade".

A migração dos negros para os centros urbanos teve uma importância fundamental para o sucesso do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* construiu. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann analisa o contexto histórico em que se deu o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*:

Como visto, inúmeras foram as manifestações favoráveis ao fim da segregação institucionalizada. Milhares de pessoas foram mortas, feridas e presas, com o objetivo de ao menos colocar em prática o princípio da igualdade formal no sentido de que todos são iguais perante a lei. As diversas organizações criadas em prol dos negros combatiam ferozmente a hemenêutica de que seria possível conjugar o princípio da igualdade com a separação institucional, conforme já havia sido decidido pela Corte Maior no caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896. Finalmente, em 1954, a partir do caso *Brown v. Board of Education* – 347 U.S 483 – houve a reviravolta no entendimento dantes esposado (KAUFMANN, 2007, P. 151-158).

Entre 1951 e 1952, cinco casos envolvendo a matéria foram distribuídos à Suprema Corte, sendo um deles *Brown v. Board of Education*, mas os *Justices* perceberam, ao procederem à análise dos casos, que “três deles poderiam não ter uma efetividade desejada, pois oriundos de localidades nas quais o racismo era mais acentuado” (JOBIM, 2017, p. 574), preferindo que se julgasse o caso *Brown*, entendendo que era o único que teria a possibilidade e o condão de fazer a diferença na concretização da decisão proferida pela Suprema Corte.

O que deve ser registrado é que a Suprema Corte ao cortar pela raiz o mal da segregação racial, entendeu que a decisão deveria ser efetiva, lançando mão de outros vetores para que realmente ocorresse a sua efetividade no plano ontológico. Essa foi a matriz para a origem das medidas estruturantes.

### **Medidas estruturantes adotadas no Caso Brown**

A concretização do julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* não era objetivo fácil a ser alcançado, uma vez que, se de certa forma existia uma sociedade mais preparada do que aquela do julgamento de *Scott v. Standford*, certo é que não era tarefa fácil eliminar uma tradição mais que centenária numa sociedade cujo sistema escravocrata e segregatório estava enraizado.

A Suprema Corte Estadunidense apontou algumas dificuldades para a efetivação da decisão proferida, sendo a principal, a de como se conferir condições de possibilidade de uma afro-descendente frequentar uma escola para brancos sem que seja discriminada, uma vez que havia dúvida do mero cumprimento da decisão por ela mesma.

As relações sociais, políticas, econômicas e afetivas não mudam pessoas pelo simples fato de existir uma decisão judicial que direcione para tal lado (é muito difícil a norma por si só mudar toda uma cultura), tanto que outro marco existente no Poder Judiciário estadunidense dos direitos dos negros é o julgamento do caso cujo nascedouro se deu num boicote aos ônibus de Montgomery, o qual somente ocorreu pela inconformidade de uma negra, Rosa Louise McCauley Parks, ou, como ficou mundialmente conhecida, Rosa Parks, ao não ceder seu lugar para um branco em um ônibus. Mesmo depois do julgamento do caso *Brown*, em 1º de dezembro de 1955, Rosa Parks foi presa, o que gerou um dos mais longos boicotes da história dos Estados Unidos, saindo a comunidade negra vitoriosa nas Cortes de Justiça e ascendendo como líder do movimento negro Martin Luther King Jr.

Aliás, muitas vezes, a imposição de uma decisão judicial acaba, por si só, trazendo prejuízos ao plano social, por não estar o cidadão ainda preparado para o cumprimento daquele determinado comando decisional.

Tal constatação pode ser observada com a própria história do julgamento do caso *Brown*, no qual a Suprema Corte escolheu um dos cinco casos que lá foram demandados, tendo em vista que em três deles as condições de efetivação seriam mais difíceis do que nos outros dois. Então, não é somente função da Corte Superior decidir aquele determinado caso daquela forma, mas sim, decidir de um modo pelo qual essa decisão, no plano concreto, tenha reais e efetivas condições de ser exercida.

Segundo Owen Fiss (ARENHART e JOBIM, 2017, p. 25), foi numa manhã de sol em 1954 que a Suprema Corte dos Estados Unidos tornou pública a decisão tomada no caso *Brown v. Board of Education*, que acabou com a doutrina do sistema de segregação racial conhecido como *separate but equal*, o qual já percorria dois séculos da história do país, sendo que, naquele julgamento, uma nova forma de *adjudication*, a qual denominou de *structural reform* ou medidas estruturantes.

A quebra com o passado no caso *Brown* foi tão grande que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no corpo da *opinion*<sup>6</sup> do caso, consignou que o Tribunal novamente se reuniria para ver a real evolução do que foi decidido, como efetivamente ocorreu: em 1955, a Suprema Corte se reuniu, para reargumentar o caso, que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education II*, para analisar as resistências oferecidas quanto à implementação do que foi decidido, em especial às oferecidas no Sul do país.

Conclui-se, assim, que o momento cultural da sociedade é um importante marco referencial para que Cortes Superiores possam julgar melhor, em que pese o fato de que estas não podem somente acompanhar o que ocorre na sociedade, sob pena de virarem reféns dela. Existem momentos nos quais o Poder Judiciário deverá julgar contra o que ela anseia, ou parcela dela, e, como foi demonstrado, a efetividade do que foi decidido não se dará por si só, devendo o órgão jurisdicional ditar as formas pelas quais aquela decisão será efetiva, pois imbuído de poderes para tanto.

---

<sup>6</sup> Trecho da *opinion* de *Brown v. Board of Education*: "Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity. On reargument, the consideration of appropriate relief was necessarily subordinated to the primary question - the constitutionality of segregation in public education. We have now announced that such segregation is a denial of the equal protection of the laws. In order that we may have the full assistance of the parties in formulating decrees, the cases will be restored to the docket, and the parties are requested to present further argument on Questions 4 and 5 previously propounded by the Court for the reargument this Term. The Attorney General of the United States is again invited to participate. The Attorneys General of the states requiring or permitting segregation in public education will also be permitted to appear as *amici curiae* upon request to do so by September 15, 1954, and submission of briefs by October 1, 1954". Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0347\\_0483\\_ZO.html#347\\_US\\_483n14#347\\_US\\_483n14](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html#347_US_483n14#347_US_483n14)>. Acesso em: 20 jan. 2020.

## AS MEDIDAS ESTRUTURANTES E ATIVISMO JUDICIAL

De medidas estruturantes a possuir o Poder Judiciário carta branca para atuar em qualquer área de competência que não seja a sua existem óbices, que não podem ser superados.

### Do princípio da separação dos poderes

Eduardo José da Fonseca Costa preleciona que:

Sob o ponto de vista puramente jurídico, existem duas funções essenciais do Estado:

- 1) a *edição* do direito;
- 2) a *aplicação* do direito.

[...];

Assim, *grosso modo*: a) "legislação" é a edição do direito; b) *jurisdição* é a aplicação do direito por um terceiro à relação jurídica discutida, o qual se revista de garantias de imparcialidade, cujas decisões *não* possam ter seu mérito externamente revisado; c) *administração* é a aplicação do direito pela própria parte da relação jurídica discutida, por terceiro revestido ou não de garantias de imparcialidade, cujas decisões possam ter seu mérito revisado.

O Poder Legislativo exerce com preponderância a função "legislativa", embora também administre (licitando pr [sic] exemplo) e julique (julgando politicamente o Presidente da República, através do Senado Federal, por crime de responsabilidade, por exemplo); o Judiciário desempenha preponderantemente a função administrativa, se bem que também possa – em tese – judicar (todavia, essa hipótese não se verifica no sistema do direito positivo brasileiro vigente atual) e "legislar" (editando regulamentos autônomos, por exemplo). Como se percebe, "[...] não existe, nem pode existir a absoluta separação entre os 'poderes' a que correspondem as três funções e, menos ainda, a independência exata delas (COSTA, 2019, p. 17-19).

Tendo a premissa anterior em mente, embora o Poder seja único, existe uma espécie de segregação de poder, a fim de possibilitar o exercício da atividade executiva, legislativa e jurisdicional: é o que consta da redação do 2<sup>o</sup> da Constituição da República.

Pelo princípio da separação dos poderes, cada qual detém uma função principal. Ao Poder Legislativo, compete-lhe precipuamente formular leis; ao Poder Executivo, governar o Estado e ao Poder Judiciário, cabe exercer a jurisdição, ou seja, resolver a demanda judicial que lhe foi levada, por não ter havido composição entre as partes, surgindo o conflito de interesses, incumbindo ao Estado Juiz dirimir a questão.

Os dois primeiros Poderes são integrados por pessoas eleitas pelo voto do povo e caberiam a eles decisões precipuamente políticas, já o terceiro poder é composto por juízes não eleitos, cabendo-lhe, a função técnica de julgar. Para resguardar o Poder Judiciário de

---

<sup>7</sup> CF/1988: Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

“pressões externas”, as Constituições geralmente asseguram garantias institucionais, como a vitaliciedade dos cargos, a irredutibilidade da remuneração.

Não é diferente com o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro.

A separação dos poderes é pressuposto para aniquilar o ativismo judicial.

### **Conceito de ativismo judicial**

Ativismo é palavra polissêmica, que admite vários conceitos, em diferentes tempos e diferentes espaços. Georges Abboud, após fixar vários conceitos teóricos e doutrinários, define o ativismo como a decisão dos juízes descomprometidas com a legalidade vigente - entendida aqui de forma ampla (Constituição Federal e leis) - a fim de que prevaleça sua subjetividade, que sem sombra de dúvidas, dotada de vieses cognitivos (ideológico, político, religioso etc). Tal protagonismo “caracteriza atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição” (ABBOUD, 2019, p. 1323).

Por meio do ativismo judicial, exercido de forma cada vez mais incipiente pelo Supremo Tribunal Federal, a legalidade não passa mais a ser critério decisório, suplantado, pois por um critério voluntarista e como tal viola o primado do devido processo legal, do garantismo processual.

### **Garantismo: esse outro tão em voga desconhecido**

Tendo em vista que a discricionariedade e voluntariedade são aspectos cruciais do ativismo, é necessário que se retome o garantismo, *esse outro* tão em voga desconhecido. No confronto entre ativismo e garantismo, os institutos da *jurisdição* e *processo possuem, dependendo da perspectiva, peso e importância diferentes (no ativismo, a jurisdição é mais prestigiada; já no garantismo, o processo, aqui entendido como o devido processo legal):*

O *garantismo processual* é uma posição doutrinária firme (=aferrada) quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adéqüe com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição. Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem não buscam um juiz comprometido com certas pessoas (=grupos de pessoas) ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo as garantias constitucionais (ALVARADO VELLOSO, 2012, p. 26).

Permite-se aqui utilizar a expressão *esse outro tão em voga* desconhecido porque se enfrenta no Brasil, um ataque ao garantismo, que nada mais é do que senão o conjunto das garantias constitucionais (devido processo legal e seus corolários, como ampla defesa, contraditório, imparcialidade, inafastabilidade do controle jurisdicional, entre outros).

Está se em tempo de reafirmar o óbvio: o garantismo é, senão em *ultima ratio*, legitimador da jurisdição. E bem postas as coisas, não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal ao se imiscuir em atividade que não lhe é própria está afetando e desequilibrando o funcionamento não só do sistema, mas da própria democracia; afinal, comprometido está o devido processo legal.

Uma coisa seria dizer que o Congresso Nacional está em mora; outra coisa bem diferente é se substituir a vontade do povo e editar a lei. O ativismo tem limite e esse limite é o garantismo.

## CONCLUSÃO

Pela análise dos julgados da Suprema Corte norte americana, identificou-se que o berço das medidas estruturantes foi o célebre caso *Brown v. Board Education of Topeka*, julgado em 1954. Foi um passo muito importante para a época, pois além de acabar com a segregação racial, entendeu-se finalmente que se devia dar efetividade à própria decisão judicial.

A Suprema Corte norte-americana, por meio desse julgado, deu uma guinada na sua própria atividade constitucional de interpretar: restou mais do que claro que a interpretação constitucional fazia ingerência na vida das pessoas, saindo do espaço que até então se pensava que lhe era próprio: o espaço jurídico.

É que mais que tutelar o bem jurídico individual reclamado, a Corte determinou um conjunto de ações coordenadas, designadas de medidas estruturantes: em verdade, a emanção de uma decisão efetiva, que no caso em tela, fosse de fato admitida uma negra em uma escola pública que era para brancos, sem qualquer possibilidade de segregação.

O esforço para que a decisão fosse concretizada foi fenomenal: outras medidas tiveram que ser adotadas, tais como a eleição de novos critérios de escolha de novos professores, de novos critérios para a construção de escolas e até mesmo do transporte público.

Todavia, por mais que elogiável a postura necessária à época, há que se ter em mente que o Poder Judiciário, sob a roupagem do processo estruturante ou processo estrutural ou das medidas estruturais ou ainda das injunções estruturais não possui carta branca para invadir a área de competência dos demais Poderes, sob pena de não legitimação democrática.

Por exemplo, no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal completou 128 (cento e vinte e oito) anos de existência. Em sua **vida**, passou por governos democráticos e arbitrários, acumulando seis constituições (ou sete, se contar a emenda constitucional de 1969).

Embora caiba a ele a guarda da Constituição, já processou e julgou milhares de demandas, das mais variadas matérias e dos mais variados assuntos e atualmente se encontra no centro da arena política da República, inclusive, tendo as suas sessões de julgamento televisionadas ao vivo. Em tempo real, são disseminadas nas redes sociais críticas sobre a postura de cada um dos onze ministros.

Por conta desse público massivo, passou a se render cada vez mais à opinião pública.

Mas, o movimento do STF de passagem da autocontenção para o ativismo manifesto e claro teve seu início já na década de 1990, ficando a transformação declarada num julgamento de habeas corpus em 2003. A partir daí, foi cada vez mais protagonizando a história social e atraindo para si a responsabilidade de resolver o que o Legislativo ou o Executivo não resolvia.

Decerto que não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Ingeborg Maus, jurista alemã, desde os anos 2000, dedicou estudo<sup>8</sup> sobre a hipertrofia/protagonismo do Judiciário na Alemanha, demonstrando que após se ultrapassar a fase da limitação do juiz como “boca da lei”, estando ele limitado aos princípios liberais de vinculação às leis gerais e abstratas, passou-se a compreender um papel mais *ativo* na aplicação do direito, significando a independência judicial como uma independência funcional frente aos demais poderes, desvinculando-se da autoridade das leis e da Constituição. Nessa toada, o Tribunal Federal Constitucional Alemão, além de ampliar as suas funções por iniciativa própria, passou a se considerar competente até para conferir a interpretação à Constituição que lhe parecesse mais adequada.

E isso tem ocorrido no Supremo Tribunal Federal: mais do que *guardar* ou resguardar a Constituição, tomou para si as rédeas de exercer uma jurisdição ultrapassa a própria Constituição. Ele agora é a boca da Constituição. Não há dúvidas de que esse protagonismo em muito compromete a democracia, pois quais são os critérios objetivos de racionalização das decisões se estes critérios são voluntaristas e não possuem respaldo constitucional? O que fazer?

Não há dúvidas de que para se resguardar o Estado Democrático de Direito e a própria democracia, é necessário que essa atividade seja obstada, enfrentada, sejam criados meios para o *accountability*.

E por mais que se pense em soluções das mais variadas, uma espanca de vez qualquer dúvida: por que não se utilizar o garantismo processual, a obediência ao devido processo legal?

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 3<sup>a</sup> ed., rev, atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. O garantismo processual. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 13-37, jul./set. 2012.
- APPIO, Eduardo. Direito das minorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BRANDÃO, Rodrigo [Org.]. Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. Salvador: Juspodivm, 2017.

---

<sup>8</sup> O texto da professora tem um título sugestivo: “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”.

- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério. Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodvim, 2018.
- COTTRON, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution. Kansas: University Press of Kansas, 2003.
- JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.
- McNEESE, Tim. Dred Scott v. Sandford. New York: Chelsea House, 2007.
- McNEESE, Tim. Plessy v. Ferguson: separate but equal. New York: Chelsea House Publishers, 2007.
- PEGINI, Adriana Regina Barcellos; FERREIRA, Daniel Brantes; SOUSA, Diego Crevelin de; MALAFAIA, Evie Nogueira e; RAMOS, Glauco Gumerato; DELFINO, Lúcio; PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Processo e Liberdade. Estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Touth, 2019.
- SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Juspodvim, 2013.