



SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

TEMAS 15

ESTADOS UNIDOS





TEMAS
SIMULAÇÕES TEMÁTICAS

GIULIANA ALVES

EFRAÍM VERAS

LAÍS TATAGIBA

LUIZA CAMILO

REVISÃO:

MATEUS BUENO

DIAGRAMAÇÃO:

EDUARDO MACHADO

NICOLLY CAMPOS

ARTE:

MARINA SOUTO



ÍNDICE

1. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: NOÇÕES

INTRODUTÓRIAS

1.1. A Constituição e os Poderes da Suprema Corte

1.2. Composição

1.3. Atividades

2. SISTEMA JURÍDICO ESTADUNIDENSE: COMMON LAW

2.1. Aspecto Histórico

2.2. Conceito

2.3. Diferenciação para a Civil Law

2.4. O Common Law na Suprema Corte

3. ORGANIZAÇÃO INTERNA DO JUDICIÁRIO ESTADUNIDENSE

3.1. Justiça Federal

3.2. Justiça Estadual

4. A SUPREMA CORTE

4.1. Recebimento e Julgamento de casos

4.2. Revisão Judicial na Suprema Corte

4.2.1. *Caso Marbury v. Madison (1803)*

4.2.2. *Implicações teóricas*

4.2.3. *Implicações práticas*

4.2.4. *Limitações*

4.3. Sistema de Precedentes

4.3.1. *Ratio Dicidendi*

4.3.2. *Obiter Dicta*

4.3.3. *Stare Decisis*

4.4. Métodos e Teorias para interpretação constitucional

4.4.1. *Textualismo*

4.4.2. *Originalismo*

4.4.3. Pragmatismo

4.4.4. Jusnaturalismo

4.4.5. “Living Constitution” - Dinamicidade Constitucional

4.4.6. Proposta conciliatória: Interpretação Dinâmica

4.5. Relações com o Público: a mídia na Suprema Corte

4.5.1. A estrutura atual

4.5.2. Polêmicas

4.5.3. Repercussões

5. ANÁLISE DOS CASOS

5.1. Caso Penã-Rodriguez v. Colorado (2017)

5.1.1. Resumo Fático

5.1.2. Movimentação do caso

5.1.3. O caso na Suprema Corte

5.1.2.1. Questão Jurídica

5.1.2.2. Os argumentos das partes

5.1.2.2.1. Peticionante

5.1.2.2.2. Estado do Colorado

5.1.3. Noções necessárias à análise do caso

5.1.3.1. Direito a um Júri Imparcial

5.1.3.2. Vedação ao testemunho de jurados sobre fatos ocorridos durante as deliberações do júri

5.1.3.2.1. A perspectiva histórico-tradicional

5.1.3.2.2. A perspectiva normativa

5.1.3.2.3. Rega de Iowa: Versão mitigada da Regra de Não-Impeachment

5.1.3.3. Histórico da questão racial hispânica

5.2. Caso Medellín v. Texas (2008)

5.2.1. Resumo Fático

5.2.2. Movimentação do Caso

5.2.3. O caso na Suprema Corte

5.2.3.1. A questão jurídica

5.2.3.2. Os argumentos das partes

5.2.3.2.1. Peticionante

5.2.3.2.2. Estado do Texas

5.2.4. Noções necessárias à análise do caso

5.2.4.1. Direito de Tratados: A Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados

5.2.4.2. A Convenção de Viena de 1963 sobre Relações Consulares

5.2.4.3. A Corte Internacional de Justiça

5.2.4.3.1. Jurisdição

5.2.4.3.2. O caso Avena

5.2.4.4. Direito Interno

5.2.4.4.1. Sistema de ratificação de tratados nos Estados Unidos: Tratados auto-executáveis e não auto-executáveis

5.2.4.4.2. Competência do Presidente para exigir dos Estados Federados obediência à decisões de cortes internacionais

5.2.4.4.3. Competência da Suprema Corte em relação à decisões de cortes internacionais

5.3. Caso Confeitaria Masterpiece v. Comissão de Direitos Civis do Colorado (2017)

5.3.1. Resumo fático

5.3.2. Movimentação do caso

5.3.3. O caso na Suprema Corte

5.3.3.1. A questão jurídica

5.3.3.2. Os argumentos das partes

5.3.3.2.1. Peticionante

5.3.3.2.2. Estado do Colorado e os Srs. Charlie Craig e David Mullins

5.3.3.2.2.1. Competência da Comissão de Direitos Civis do Colorado

5.3.3.2.2.2. Argumentos apresentados pela Comissão de Direitos Civis do Colorado e corroborados pelos Srs. Charlie Craig e David Mullins

5.3.4. Noções necessárias à análise do caso

5.3.4.1. Primeira Emenda Constitucional

5.3.4.1.1. Liberdade de Religião

5.3.4.1.2. Liberdade de Expressão

5.3.4.2. *Décima Quarta Emenda Constitucional*

5.3.4.2.1. Lei Anti-Discriminação do Colorado

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASOS CITADOS

1. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Nesta parte inicial, serão expostos os fundamentos constitucionais da Competência e Poderes da Suprema Corte, sua composição e como desenvolve suas atividades.

1.1. A Constituição e os Poderes da Suprema Corte

A Suprema Corte dos Estados Unidos foi criada por determinação Constitucional e organizada em 1790. O Artigo III, §1º da Constituição dos Estados Unidos de 1789 estabeleceu que “O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinação do Congresso”. Atualmente, sua sede se encontra na cidade de Washington, em um imponente edifício localizado em frente ao Capitólio.

Com quase 230 anos de Legado, a Suprema Corte é a maior instância do Poder Judiciário estadunidense. No topo da pirâmide da estrutura jurisdicional do país, tem como tarefa julgar casos específicos de sua competência originária, recursos contra decisões de tribunais inferiores.

A Suprema Corte tem também a prerrogativa de exercer controle de Constitucionalidade, que será explorado mais adiante, no item 4.2. O que se pode adiantar, como apresenta Laurence Tribe (1978), é que a Constituição não confere expressamente tal poder às cortes federais, contudo essa competência foi adquirida, graças a um caso

paradigmático, *Marbury v. Madison (1803)*¹, em que se questionou-se a possibilidade de uma lei contrária à Constituição integrar o ordenamento jurídico (TRIBE, 1988, *passim*)

1.2. Composição

A instituição é composta por nove Juízes - um Presidente (*Chief Justice*) e os outros oito chamados Juízes Associados (*Associate Justices*). É função do Presidente indicar um juiz a cada vacância (quando o cargo público perde seu ocupante), (SALVADOR, 2017, *online*). O artigo supramencionado fixou também que os cargos dos Juízes dessa esferas do poder judiciário seriam vitalícios, de forma que estes “conservarão seus cargos enquanto bem servirem²(...)” (ESTADOS UNIDOS, 1789), ou seja, não há mandato. A menos que os juízes que a compõem renunciem, se aposentem ou sofram *impeachment* (nunca ocorreu), estes continuam permanentemente em suas posições.

Atualmente, o órgão é composto pelo chefe de justiça John G. Roberts, e os seguintes associados de justiça: Elena Kagan, Sonia Sotomayor, Samuel Alito, Stephen G. Breyer, Ruth Bader Ginsburg, Clarence Thomas, Neil M. Gorsuch. Com o anúncio da aposentadoria do juiz associado Anthony M. Kennedy, Brett Kavanaugh, tomou seu posto por indicação do atual presidente estadunidense Donald Trump e por confirmação do senado. No dia do anúncio de sua nomeação, Kavanaugh manifestou sua filosofia jurídica como direta, acreditando que “Um juiz deve ser independente e deve interpretar as leis, não fazer as leis. Um juiz deve interpretar os estatutos tal como estão escritos. E um juiz deve interpretar a Constituição tal como está escrita, informado pela história, tradição e precedente.” levando a cabo um posicionamento mais conservador. A nomeação não mudou a divisão ideológica da Corte que já tinha uma maioria conservadora de 5 a 4, mas pode incliná-la para a direita (G1, 2018, *online*)

1.3. Atividades

O número de casos julgados pela Suprema Corte vem aumentando consideravelmente ao longo dos anos. No ano de 1950, 1.195 novos casos foram apresentados ao Órgão; 25

¹ Ver explicação no tópico 4.2.

² Art. 3º, Seção I da Constituição dos Estados Unidos (1789).

anos mais tarde somente 3.940 casos foram recebidos, e atualmente ressalta-se um substancial volume, que chega a aproximadamente 7 a 8 mil casos (SUPREME COURT, s. D., *online*). Entretanto, diante da enorme demanda, a Corte, avalia por ano em torno de 80 casos. Pode-se destacar dentre os assuntos cruciais que foram tratados na instituição durante o governo do ex-presidente dos Estados Unidos Barack Obama temas como matrimônio homossexual, o reassentamento de refugiados e uma petição para endurecer a condição de imigrantes em situação irregular (SALVADOR, 2017, *online*).

De acordo com informações disponibilizadas pelos anais do Tribunal, suas atividades são iniciadas, por lei, a cada ano judicial na primeira segunda do mês de outubro e suas sessões continuam até o fim de junho ou início de julho, sendo estas divididas em dois momentos: sessões (*sittings*) e recessos (*recesses*) (SUPREME COURT, s. D., *online*). Sobre o primeiro, se configura quando as atividades se concentram em escutar os casos, e emitir opiniões, quando ocorrem as audiências públicas. Quanto ao segundo, é quando os juízes estudam os argumentos, trabalham em suas opiniões e analisam casos futuros. Os momentos se alternam em intervalos de aproximadamente duas semanas.

2. SISTEMA JURÍDICO ESTADUNIDENSE: COMMON LAW

Nesta seção serão abordados os seguintes tópicos: (1) Aspecto histórico do *Common Law*; (2) Conceito do *Common Law*; (3) Diferenciação para o *Civil Law*; e (4) o *Common Law* na Suprema Corte.

2.1. Aspécto Histórico

O paradigma jurídico do *Common Law* surge na Inglaterra pós-ocupação normanda. Em um período inicial, os costumes locais eram os responsáveis pela regulação das relações sociais em território inglês, aplicados por tribunais descentralizados. Torna-se imperativa a necessidade de criação de um direito que fosse comum a toda a Inglaterra, de forma que a atuação jurídica não destoasse significativamente entre os diversos campos de dominação britânica, o que pressupunha um método em oposição aos diferentes costumes locais. (JÚNIOR, 2014, *online*).

A inexistência de um conjunto de normas de direito ou de um conglomerado rigoroso de regras foi fator essencial para que a jurisprudência³ fosse eleita, como a fonte magna do direito inglês. Construía-se, cotidianamente, nos Tribunais Reais, o direito, fosse por meio da aplicação de fórmulas históricas provenientes dos costumes ou pela atuação concreta do chanceler. A inexistência dessa codificação estática do corpo normativo direcionou as matrizes do direito inglês, conduzindo-o aos precedentes por parte dos juízes e advogados. Esses foram, muitas vezes, os únicos documentos capazes de fornecer uma possível solução oficial para eventuais conflitos, em um contexto de ausência da norma escrita. (JÚNIOR, 2014, *online*).

Diante disso, desenvolveu-se o paradigma aqui explanado, o qual atualmente é modelo vigente em diversos países do mundo, especialmente aqueles que herdaram da Inglaterra o seu sistema jurídico, como o Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Austrália e as demais ex-colônias do Império Britânico. (JÚNIOR, 2014, *online*).

2.2. Conceito

Na *Common Law*, o direito se revela pelos costumes, pela jurisdição, pela própria razão e também pelas leis. É um direito misto coordenado pelos precedentes. Um elemento importante deste sistema é a percepção de que o precedente é somente aquele que possui a capacidade de tornar o entendimento de uma decisão judicial um paradigma. Além disso, somente a parte que forma a “Razão da Decisão” (*Ratio Decidendi*) tem o potencial de se tornar vinculante. A noção *Ratio Decidendi* é entendida como a identificação dos fundamentos centrais de certa decisão judicial. Literalmente, são as razões para decidir presentes em sentenças e acórdãos. Nesse sentido, a *ratio* de uma decisão está ligada à noção de fundamentação da decisão judicial e não a um resumo de toda a fundamentação utilizada por um magistrado ou conjunto de magistrados (GLEZER, 2017, *online*).

A jurisprudência, assim, é a fonte primeira do direito inglês, estruturado sob a forma de casos regrados (*case law*). À lei, denominada pelos ingleses de *statute*, era atribuída apenas função secundária, limitando-se a ser corretiva ou complemento à obra construída nos tribunais. Modernamente, porém, existe certa necessidade de regulação por textos

³ Conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, proferidas para a solução judicial de conflitos, envolvendo casos semelhantes. (GARCIA, 2014).

emanados do Poder Legislativo, em determinados setores da vida social, como visto no direito administrativo, em que a lei e os regulamentos alcançam nitidamente função normativa primária (CAMPOS, 2017, *online*).

Dessa forma, a jurisprudência elege a razão como sua fonte material, visto que é ela a efetiva responsável pela criação da lei inglesa, observando, quando existentes, as bases principiológicas do Parlamento presentes em sua legislação. Como sistema aberto, o direito inglês é reconhecidamente incompleto, construindo-se casuisticamente pela atividade dialética dos tribunais. Em um contexto de inexistência de um precedente, texto legal ou costume obrigatório aplicável, cabe ao juiz da common law estabelecer uma solução fundada na “razão”, a qual não constitui um exercício de arbitrariedade, visto que, concomitantemente, haverá a tentativa de conformação do caso novo às regras de direito já existentes, ante a busca por uma alternativa judiciária que esteja em maior harmonia com decisões anteriores. A razão, pois, enquanto fonte jurídica no sistema da common law, não conta como imprecisão jurídica recorrente aos cidadãos em um dado momento histórico, trata sim de um raciocínio isento empregado pelos juízes, à luz das regras e princípios vigentes, em face de um conflito real e concreto, com a preocupação consciente de edificar um sistema coerente de direito (CAMPOS, 2017, *online*).

2.3. Diferenciação para a Civil Law

Importante constar as diferenças apresentadas entre a *Common Law* e a *Civil Law*, paradigma que também ocupa posição de destaque no cenário internacional. Se no sistema de *Common Law* prioriza-se a percepção casuística de cada caso, individualizando-se o conflito, o qual será compreendido via fatos relevantes, a segunda escola, predominante na Europa Continental, prioriza o positivismo em seu processo legislativo, em um contexto de ação da norma, como um comando abstrato e geral, que busca ser capaz de abranger uma quantidade numerosa de conflitos. A *Civil Law* constrói suas bases em um processo dedutivo, iniciando-se em um comando geral com vistas a regular uma situação particular. Nota-se que, neste sistema, as decisões judiciais são uma função não primária do direito, visto que não são necessariamente vinculantes para o julgamento de casos posteriores (CAMPOS, 2017, *online*).

Há uma grande distinção até mesmo na concepção filosófica dos ordenamentos respectivos. Em oposição aos direitos da origem romano-germânica, que instituem “sistemas fechados” e, em teoria, completos, o direito inglês é em si um “sistema aberto”, visto que é em si construção constante, por meio da atividade dialética dos tribunais. São adotadas técnicas jurídicas diferenciadas para os ditos modelos, de forma que, enquanto no primeiro os conflitos são tratados pela “interpretação” de um texto jurídico existente, no segundo, busca-se identificar, dentre o conteúdo codificado já existente, aquele que atende a melhor aplicação no conflito mencionado. (CAMPOS, 2017, *online*).

A doutrina já reconhece que movimentos de convergência entre as tradições jurídicas tem se intensificado devido a circulação de soluções e propostas. Pontua-se que a troca de informações entre os sistemas existentes é bilateral, além de consistir em uma tendência inevitável, visto que ambos caminham para a mesma finalidade, que é ser geratriz de previsibilidade e de respeito a isonomia, como ensina o professor Marco Antônio da Costa Sabino:

“A tendência moderna do direito judiciário aponta para uma aproximação entre eles, justamente para que no âmbito do common law o direito escrito seja mais celebrado, enquanto que, no campo do civil law, os precedentes judiciais ocupem lugar de maior destaque. (SABINO, 2010, p. 52)”.

Por fim, trata-se de um grande engano, acreditar na profunda separação dos dois paradigmas, principalmente, no momento de globalização, que é vivido na atualidade.

2.4. O Common Law na Suprema Corte

Nos Estados Unidos, o sistema da *Common Law* inglês foi primordialmente desenvolvido desde a resolução dos conflitos pelas colônias norte-americanas, o que veio a se realizar por intermédio de colonos ingleses. Depois de anos de existência em separado, o *Common Law* nos Estados Unidos assumiu características próprias. Embora o método do sistema seja basicamente o mesmo, existem diferenças nas regras de *Common Law* substantivas nos Estados Unidos das regras da Inglaterra. (LEAL, 2016, *online*)

A *stare decisis*, também chamado de precedente, é, nas palavras da ex-ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie Northfleet (1994), a pedra angular do sistema da

Common Law dos Estados Unidos, de forma que permite ao juiz se beneficiar das experiências de seus antepassados e até mesmo uniformizar a aplicação do direito, alcançando, por fim, um direito mais previsível, que agrega ao ideal de segurança jurídica. Em paralelo, Edward Domenic Re, professor da Faculdade de Direito da St. John's University, concebe o *stare decisis* como parte da tradição da *Common Law*, a qual é instrumento de celebração da estabilidade e do desenvolvimento do Direito, como um sistema consiste e coerente. Nota-se a relevância dada à preservação da continuidade, manifestando respeito pelo passado, o que finaliza por assegurar a igualdade de tratamento aos litigantes em situações semelhantes. (LEAL, 2016, *online*). O tema será aprofundado no tópico 4.3.3.

Importante compreender que a estabilidade do sistema não se confunde com limitação, visto que o precedente não deve ser estabelecido como um dogma, uma matriz intangível, mas como primeiro ponto de partida para as eventuais decisões. Tal ponto é explorado por Domenic Re:

“O nosso sistema (o sistema norte-americano) ainda é um sistema de common law no qual os casos anteriormente decididos têm força de precedentes. Um novo elemento muito importante, no entanto, foi acrescentado ao conjunto de fontes a ser considerado pelo juiz em sua decisão. No passado, particularmente no campo do direito privado, os juízes consultavam essencialmente os precedentes judiciais. Raramente atos legislativos tinham influência sobre as decisões. O sistema da common law no mundo moderno, no entanto, precisa tomar em consideração a política legislativa expressa ou implícita numa multidão de dispositivos legais pertinentes.” (DOMENIC RE, 1994, p. 285).

De forma que cabe ressaltar que a pureza do paradigma não condiz com a realidade, como mostrado no tópico anterior.

3. ORGANIZAÇÃO INTERNA DO JUDICIÁRIO ESTADUNIDENSE

O Poder Judiciário norte-americano é advento de diversas características que o moldaram a maneira que é estruturado nos dias atuais. Sob este prisma, faz-se de grande valia que um contexto histórico seja estabelecido em prol de uma maior compreensão entre o modelo adotado e seus componentes estruturantes.

Os Estados Unidos da América, no início da sua história, era um território-colônia de povoação inglesa e o território tomou como patamar inicial os usos e costumes Ingleses, o

que influenciou diretamente a formação do Judiciário. O sistema inglês tomava por base uma divisão entre a legislação vigente, sendo esta constituída entre *common law*, os costumes jurídicos reafirmados por meio de decisões judiciais reiteradas; *statute law*, que abarcava a legislação escrita; e o instituto da *equity*, uma espécie do gênero da *common law*, compreendendo uma instância mais alta de apelação com base nos valores da igualdade e da moral social (GUSMÃO, 2011, *online*). Tal divisão foi adotada na Constituição Federal Estadunidense nos seguintes termos: “A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição (...)”⁴ O Poder Judiciário dos Estados Unidos, sua organização e funcionamento são elencados no Artigo 3º da Constituição, que elude:

“O Poder Judiciário dos Estados Unidos será formado por uma Suprema Corte e por tribunais de menor instância que forem estabelecidos de forma oportuna pelo Congresso. Os Juizes, tanto da Suprema Corte como os dos tribunais de menor instância, deverão manter seus cargos enquanto agirem de forma positiva, e receberão pelos seus serviços uma compensação, que não deverá ser reduzida enquanto permanecerem no cargo. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789)”

Como retrocitado, o Poder Judiciário baseia-se na *Common Law* e no sistema de precedentes, tendo em vista a influência inglesa em sua elaboração. Neste liame, o sistema legal compreende a existência de Constituições diversas⁵, entretanto, deve ser acentuado que existe uma construção nivelada entre estas, sendo a Constituição Federal a lei maior, mas que trabalha de forma conjunta com as Constituições Estaduais. Nota-se, também, que o controle de constitucionalidade e a separação de poderes são base para o Poder Judiciário estadunidense. O Poder Judiciário ainda adota uma divisão acerca das instâncias e áreas de atuação das cortes estadunidenses, que são separadas entre a Justiça Federal (*Federal Courts*) e a Justiça Estadual (*State Courts*). Os Tribunais do Júri também são acolhidos pela Constituição, julgando na seara penal os crimes mais graves (*felonies*), e na cível os danos

⁴ Art. 3º, Seção II da Constituição dos Estados Unidos (1789).

⁵ Cada Estado tem sua própria Constituição, subordinada à Constituição dos Estados Unidos, mas com autonomia para regular temas como Direito Penal, Direito Processual, Direito Administrativo e outros. (GARDNER, 2005, *passim*).

patrimoniais, perda de propriedade e os danos causados por culpa ou dolo (MARTINS, 2010, *online*)⁶.

3.1 Justiça Federal

No que concerne à Justiça Federal, os tribunais são dispostos de forma hierárquica, iniciando-se pela sua base, com as Cortes Distritais (*Trial Courts* ou *District Courts*). Estas são responsáveis pela apuração dos fatos, aplicando os princípios legais e as leis para uma decisão justa. Seu número baseia-se no número de distritos existentes, que são 94, devendo cada um deter ao menos uma Corte Distrital. Tal instância é seguida prontamente pelas Cortes de Apelação (*Courts of Appeal*), sendo essas, por sua vez, dispostas de acordo com o número de distritos, que organizam-se em 12 circuitos, onde cada um deve possuir ao menos uma Corte de Apelação, que, a seu passo, devem decidir se a legislação foi aplicada de forma precisa. Na última instância do âmbito federal encontra-se a Suprema Corte dos Estados Unidos que, como supracitado, possui como desígnio o controle da constitucionalidade Estatal, proferindo decisões no mais alto nível de apelação, podendo tais decisões irem de acordo ou em discordância com o havia sido decidido previamente pelas cortes menores (COURTS, 2017, *passim*).

O Judiciário Federal reconhece também a existência das chamadas *Article I courts*, ou Cortes do Artigo 1º, em nossa tradução. É válido ressaltar que estas são cortes com atribuições de primeira instância, e devem decidir sobre assuntos específicos, como matérias tributárias, matérias que tratem sobre veteranos de guerra, matérias de responsabilização do Estado, matérias judiciárias militares e as causas de falência. É importante destacar que a Justiça Federal trabalha utilizando-se como base apenas a legislação constitucional e a legislação federal, devendo sua competência ser reservada única e exclusivamente para a decisões que possuam tal liame subjetivo (COURTS, 2017, *passim*).

3.2. Justiça Estadual

⁶ Para aprofundamento: HOROSTECKI, Rosana Gavina Barros. O Sistema de Júri nos EUA. Publicações da Escola da AGU, v.1, n.12, 352-362, 2011; JONAKAIT, Randolph N. The American Jury System. Yale Contemporary Law Series. New Haven: Yale University Press, 2006.

A Justiça Estatal é definida com base na Constituição de cada Estado, e esta é a responsável pela repartição de competências e poderes de cada corte estatal. De forma típica, a Justiça Estatal é repartida entre três ou quatro Cortes. A primeira instância dessa subdivisão é conhecida como Corte de Jurisdição Limitada (*Courts of limited jurisdiction* ou *Trial Courts*), que abarca apenas alguns casos, como os que concernem a probatórios e casos penais com um menor potencial ofensivo, funcionando como Cortes Municipais e Cortes de Pequenas Causas. A seguinte é a Corte de Jurisdição Geral, a qual trabalha com grande maioria dos casos, exceto aqueles destinados às Cortes de Jurisdição Limitada. Subsequente vem as Cortes de Apelação Intermediárias, possuindo um enfoque na análise de apelações sob a égide da correta aplicação do procedimento e da legislação. A última instância é a Corte de Último Recurso, ou Suprema Corte Estatal, que possui um escopo semelhante à anterior, que é o de verificar, sob o mesmo fito, decisões de instâncias inferiores. Vale salientar que o processo não é completamente linear dentro dessa escala hierárquica, tendo em vista que algumas decisões proferidas nas Cortes de Jurisdição Geral podem ser apeladas diretamente nas Supremas Cortes Estatais (COURTS, s.d., *online*).

4. A SUPREMA CORTE

Neste tópico serão abordados os seguintes temas: (1) Recebimento e Julgamento de Casos; (2) Revisão Judicial na Suprema Corte; (3) Sistema de Precedentes; (4) Métodos e Teorias para interpretação constitucional; e (5) Relações com o Público: a mídia na Suprema Corte.

4.1. Recebimento e Julgamento de casos

É de função da Suprema Corte interpretar e decidir questões com base na lei federal e na Constituição estadunidense, como fixado pelo artigo III, §2 da carta constitucional:

“O Poder Judiciário deve se estender a todos os casos, de aplicação da Lei e dá Equidade, ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados feitos ou que se farão sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado

reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, e, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros. Em todos os casos que afetem embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos anteriormente mencionados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre Lei como sobre o Fatos, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1789, tradução nossa).

Presentemente, o tribunal recebe um considerável volume de *petition for certiorari*, um pedido à Suprema Corte para se dignar a julgar o processo, feito pela parte que se considera lesada representada por um advogado. A cada semana, os juízes devem avaliar mais de 130 petições pedindo revisão dos julgamentos dos tribunais estaduais e federais para determinar quais casos devem receber a revisão completa com argumentos orais dos advogados (SUPREME COURT, s.d., *online*). Entretanto Na prática, diante da enorme demanda, a própria Suprema Corte escolhe discriminatoriamente os casos a serem julgados.

É necessário que nas *petition for certiorari* sejam incluídos um histórico do caso, seus fatos básicos e as questões jurídicas importantes relacionadas a ele. A outra parte poderá protocolar uma resposta. Também é possível para organizações interessadas emitir um *amicus curiae*, um apoio a uma das partes (SUPREME COURT, s.d., *online*).

Aos casos que são admitidos para serem julgados, obtendo no mínimo quatro assinaturas dos juízes, é emitido um *writ of certiorari*, um mandato que estabelece que órgão de recurso decide rever um caso a seus critérios. Um *writ of certiorari* ordena um tribunal inferior para entregar seu registro do caso para que o tribunal superior possa revisá-lo. De maneira geral, o caso para ser aprovado é necessário que este esteja relacionado a questões constitucionais ou uma lei federal Quanto aos casos recusados, raramente se é oferecido alguma justificativa, prevalecendo a decisão do tribunal inferior.

Na maioria das vezes, nas audiências públicas, para cada lado é permitido 30 minutos de argumentações por suas causas e até 24 casos podem ser discutidos de uma só vez:

“Uma vez que a maioria dos casos envolve a revisão de uma decisão de algum outro tribunal, não há júri e nenhuma testemunha é ouvida. Para cada caso, o Tribunal tem antes de um registro de procedimentos anteriores e impressos contendo os argumentos de cada lado.” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, s.d. *tradução nossa*).

Quando a Corte chega a um veredicto, posterior um período de recesso, um dos juízes do chamado bloco majoritário, que venceu, é chamado a redigir o texto da decisão que se chegou. Os juízes do bloco minoritário podem publicar uma opinião de dissenso. A Suprema Corte também pode decidir anular a decisão tomada por uma jurisdição inferior, pedir uma nova análise de um caso específico e ainda examinar pedidos de urgência, como ocorre em casos de execução da pena capital (SALVADOR, 2017, *passim*).

4.2. Revisão Judicial na Suprema Corte

Nesta subseção serão abordados os seguintes tópicos: (1) O *Caso Marbury v. Madison (1803)*; (2) As implicações teóricas da decisão do caso; (3) As implicações práticas da decisão do caso; e (4) as limitações ao poder de Revisão Judicial.

4.2.1. *Caso Marbury v. Madison (1803)*

Revisão Judicial é o poder do Judiciário declarar um ato do Legislativo ou Executivo como atentatório à Constituição e, conseqüentemente, retirar sua validade.

Não obstante a ausência de previsão constitucional explícita dessa prerrogativa, historicamente a Suprema Corte foi chamada a verificar a constitucionalidade de normas. Até 1803, no entanto, o fazia sem ênfase nos fundamentos jurídicos pelos quais teria o poder de afastar a aplicação de normas regularmente promulgadas. Foi somente a partir do caso *Marbury v. Madison* que essa fundamentação ocorreu, implicando criação e adoção explícita da doutrina da Revisão Judicial (BARROSO, 2012, p.3 ; TREATOR, 2010, p. 543).

Em síntese, William Marbury era um juiz de paz nomeado por John Adams na transição entre os governos de Adams e Thomas Jefferson, e não foi empossado por recusa de James Madison, Secretário de Estado do novo Presidente. Irresignado, Marbury peticionou à Suprema Corte, por meio de um *Writ of mandamus* (Mandado de Segurança), requerendo sua posse. A competência para analisar o *writ* fora atribuída à Suprema Corte pelo *Judiciary Act* de 1789 (BARROSO, 2012, p. 5).

O Presidente da Suprema Corte à época, John Marshall, redigiu a Opinião da Corte em duas partes. Primeiro, em relação ao mérito, concluiu-se que: (1) havia direito à efetiva nomeação, pois aquele era ato administrativo não político e a discricionariedade cabível já

havia sido exercida; (2) O *writ* era o meio de tutela apropriado, pois se prestava a compelir sujeito ou agência pública a algo que lhe pudesse legalmente ser exigido (STERN, 2016, p. 207-208; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1803, p. 4). O giro que fundamenta a Revisão Judicial veio na análise da competência da Corte para julgar a questão. Marshall sustenta que, se há o direito e se o meio é apto para satisfazê-lo, o único motivo pelo qual a Corte não poderia autorizar a posse seria a inconstitucionalidade da lei que atribui competência à Corte para análise da matéria. Essa é a conclusão alcançada: o *Judiciary Act* de 1789, que atribuiu à Corte a competência de analisar *writs of mandamus* era inconstitucional já que a lei infraconstitucional não poderia alterar a constituição para expandir a competência da Corte (STERN, 2016, p. 207-208; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1803, p. 4).

Fixou-se então a possibilidade de Revisão Judicial por parte da Suprema Corte, desde que o ato não fosse político, para o qual a decisão do executivo seria final.

4.2.2. Implicações teóricas

A principal consequência teórica do reconhecimento do poder de Revisão Judicial no plano jurídico como um todo foi o fenômeno da normatividade constitucional. Permitiu-se o reconhecimento da Constituição como mais que um documento de direcionamento moral e político (*Paramount Law*), mas como um instrumento efetivamente vinculante dos poderes estatais (*Fundamental Law*) (REHNQUIST, 1976, p.700; CONTINENTINO, 2015, p.127-128).

4.2.3. Implicações práticas

Pelo parâmetro estabelecido em *Marbury v. Madison* (1803), a decisão pela inconstitucionalidade de uma lei implicaria sua nulidade, com efeitos retroativos, sob o argumento de que um ato inconstitucional não poderia criar direitos ou impor deveres. Uma mitigação deste parâmetro foi apresentada em *Linkletter v. Walker* (1965)⁷, para permitir a

⁷O peticionante, Sr. Kinkletter, foi condenado por *burglary* (figura próxima ao delito de violação de domicílio, art. 150 do Código Penal, mas realizado com propósito de consumir outra ofensa), e sua condenação foi reafirmada pela Suprema Corte do Estado de Louisiana. Ele então apresentou sua petição à Suprema Corte, afirmando que o precedente estabelecido no caso *Mapp v. Ohio*, segundo o qual evidências obtidas ilegalmente

determinação de efeitos exclusivamente prospectivos, especificamente em casos criminais. Posteriormente, em uma tentativa de garantir um mínimo de segurança jurídica às ações razoáveis tomadas de acordo com normas posteriormente declaradas inconstitucionais, três critérios foram fixados no caso *Chevron Oil Co. v. Huson* (1972)⁸, que, se preenchidos, poderiam resultar na exclusiva prospecção dos efeitos: 1) a decisão, se aplicada retroativamente, estabelece um novo princípio legal? (2) se o efeito da decisão for exclusivamente retroativo, haverá prejuízo no seu propósito? (3) qual a extensão do prejuízo eventualmente causado pela aplicação retroativa da decisão? Este critério sofreu sérias críticas⁹, por flexibilizar a força vinculante dos precedentes, até que, em *Griffith v. Kentucky* (1987)¹⁰, a regra da retroatividade foi retomada e é mantida até hoje (ROSEN, 2004, p. 165; KAY, 2014, *passim*).

4.2.4. Limitações

Não há limitações legislativas ao poder de Revisão Judicial (vale lembrar que a Constituição não se manifesta sobre ele). A partir de decisões posteriores, no entanto, foram dados os contornos da atuação da Suprema Corte nos casos em que cabia exercício desse

seriam inadmissíveis em julgamentos criminais, deveria ser aplicado ao seu caso. Ou seja, requereu-se que a decisão da Suprema Corte tivesse efeito retroativo. Entendeu-se, no entanto, que, naquele caso em específico, a retroatividade da decisão não era necessária, pois (1) o propósito da norma de exclusão de evidência ilicitamente obtida não seria melhor alcançado pela imposição de sua retroatividade; (2) não se tratava das hipóteses nas quais usualmente entendia-se necessário o efeito retroativo, como questões de *fairness of the trial* (julgamento justo) (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1965, *passim*).

⁸ Trata-se de caso no qual discute-se a aplicabilidade de uma decisão da Corte Distrital da Louisiana ao pedido de indenização por danos causados na prestação de serviços de escavação em uma ilha artificial. Ocorre que a Lei do Almirantado estabelecia um prazo diferente para apresentação da demanda quando comparado com a legislação estatutária do Estado da Louisiana. Havia, no entanto, uma decisão da corte Distrital no sentido da não aplicabilidade da Lei do Almirantado ao caso, contrariando a jurisprudência anterior e prejudicando o recorrente. A questão jurídica era então se a decisão da Corte Distrital tinha efeitos retroativos ou não. Entendeu-se, na Corte de Apelação, que, não obstante o recorrente ter iniciado sua demanda antes da fixação do novo precedente, a decisão tinha efeito retroativo (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1971, *passim*).

⁹ Para aprofundamento: STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*. Nova Iorque: Springer, 2015. Há trechos da obra disponíveis na plataforma Google Books.

¹⁰ Trata-se de caso no qual a Suprema Corte analisou se o uso reiterado do *Peremptory challenge*, ou direito peremptório dos advogados e promotores no Júri de, sem apresentar justificativa, requerer a não inclusão de um jurado no conselho de sentença, para excluir jurados negros afetava o direito do acusado negro a um júri imparcial. Entendeu-se que sim, e que esse entendimento deveria ser aplicado retroativamente (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1987, *passim*).

poder. Surgem então as seguintes doutrinas: (1) Necessidade estrita (*Doctrine of Strict Necessity*); (2) Presunção de Constitucionalidade; (3) Erro claro (*Doctrine of Clear Mistake*);

A doutrina da Necessidade Estrita foi fixada no caso *Rescue Army v. Municipal Court*¹¹ e determina que a Suprema Corte só deve se pronunciar sobre questões constitucionais em situações nas quais seja estritamente necessário, e, se o fizer, não decidirá em termos mais amplos do que necessário para aplicação da decisão. Isso impede que a Corte forme normas gerais as quais, pelo sistema de precedentes, sejam aplicadas a outros casos que não o sob análise. Essa doutrina está relacionada à Presunção de Constitucionalidade, segundo a qual presume-se que a norma é constitucional, até que seja alegada e provada a inconstitucionalidade além de qualquer dúvida razoável, adição da Doutrina do Erro Claro (JUSTIA, 2018; THAYER, 1893, p. 144).

4.3. Sistema de Precedentes

O Poder Judiciário Estadunidense, fundamentando-se em sua teoria jurídica, prevê uma prerrogativa para que as cortes de recurso sejam atribuídas de duas funções primordiais: o julgamento adequado e, caso seja necessário, a criação normas gerais que possam ser aplicadas a todos em suas hipóteses similares no que concerne aos fatos. Assim, compreende-se o sistema de precedentes norte-americano como normas gerais aduzidas de princípios ou regras estabelecidas com base em um caso concreto. Essas regras e princípios possuem aplicação geral, desde que observem os requisitos pressupostos, compostos pela necessidade de uma adequação fatural entre o caso em voga e os fundamentos do precedente. A definição é abordada nas lições de Michelle Taruffo, quando elude:

“O precedente fornece uma regra que pode ser aplicada como critério de decisão no caso subsequente em função da identidade ou – como acontece na lei – pela analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in reipsa*, e é confirmada ou excluída pelo Juiz do caso subsequente, dependendo se ele considera prevalente os

¹¹ Trata-se de caso analisado pela Suprema Corte, no qual o *Rescue Army* sustentou a inconstitucionalidade da norma da Cidade de Los Angeles que determinava que todas as instituições que recebessem contribuições de caridade deveriam ser previamente inscritas em um cadastro e pagar uma taxa, sob o fundamento de que essa provisão implicaria violação ao direito de livre exercício da religião. Decidiu-se que a determinação era constitucional. O problema enfrentado pela Doutrina da Necessidade Estrita surgiu a partir da crítica à decisão abstrata e ampla adotada pela Suprema Corte do Estado da Califórnia (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1947, *passim*).

elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe precedente, e em seguida – por assim dizer – ‘cria’ o precedente. (TARUFFO, 2007, *passim*)”.

A fundamentação teórica moderna da doutrina dos precedentes adota o movimento do realismo jurídico americano, fomentado na década de 1930. O movimento visava adentrar em uma crítica ao modo de como as decisões proferidas possuíam um teor extremamente formal, não se adequando a realidade social e dos fatos. Trouxe como uma das vozes mais influentes Oliver Wendell Holmes Jr., ex-*Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, do ano de 1902 ao ano 1932. Holmes defendia a tese de que o direito não era lógica, mas sim experiência. Em sua obra *The Common Law*, Holmes faz uma feroz crítica ao formalismo adotado pelos juízes, confrontando o pensamento majoritário. Nela, Holmes afirma que a decisão judicial não é apenas a aplicação de um precedente. Nisso, subentende-se, baseando-se em sua tese, que um bom juiz é aquele que faz a aplicação deste de acordo com os padrões médios da sociedade em que vivia (HEIL, 2016, *passim*).

O princípio da universalidade concorre como um dos fundamentos principais do sistema de precedentes, tendo em vista que o escopo de ambos convergem quando chega-se ao entendimento da necessidade da perpetuação de uma decisão, em um caso com fatos específicos, aos casos análogos. Não obstante, o princípio da universalidade também abarca fins políticos, que são: tornar os julgamentos racionais e previsíveis; proteger a confiança que as decisões anteriores tenham gerado, inclusive quanto à imparcialidade do sistema judiciário; permitir que os Tribunais focalizem, gradualmente, questões novas (JUNIOR, 2007, *online*).

Os precedentes legais proporcionam uma interpretação das leis por meio da aplicação destas em casos concretos, fazendo com que as futuras decisões sejam mais previsíveis. O sistema em questão, tendo em vista sua forte ligação com a *Common Law*, retrata o reconhecimento de que as decisões judiciais possuem força de lei, e que estas devem ser respeitadas. Partindo dessa premissa, é possível que se perceba que a utilização dos precedentes é de importância mister para a estabilidade do Sistema Jurídico Estadunidense, causando uma ideia de segurança jurídica (SELLERS, 2008, *passim*).

Assim como toda doutrina, os precedentes contam com princípios que o norteiam e que merecem um apontamento específico. Estes, por sua vez, possuem finalidades distintas, como assegurar uma decisão justa, o respeito das prerrogativas e competências de cada Corte, assim como a implementação e vigência das decisões e a correta interpretação dos precedentes.

4.3.1. *Ratio decidendi*

Como citado tópicos anteriores, as matérias levadas ao judiciário são tratadas compreendendo a estrutura interna deste, por meio da aplicação da *Common Law*, da Constituição Federal, da Constituição Estadual ou por meio de técnicas de interpretação da legislação interna. Os processos são julgados levando em conta as considerações legais, relacionando os fatos e a aplicação da lei, para que ao final o juiz profira a decisão da Corte. É de competência do juiz eludir sobre os fatos do caso concreto, como estes fatos conflituam com a legislação, os argumentos, a decisão da corte e como que tal decisão seja alcançada. É nesse momento que o princípio da *ratio decidendi* deve ser aplicado, pois ele trata sobre a motivação por trás da decisão (MARINONI, 2010, *passim*).

4.3.2. *Obiter dicta*

A *obiter dicta*, a seu passo, trata-se de comentários adicionados ao final da sentença. Possui o condão de fornecer instruções para o uso da decisão em questão por aquele que por ela decidiu e sua correta interpretação. É considerada desnecessária na decisão e, comumente, é utilizada apenas pela força da retórica (MENDES, 2013, *online*).

4.3.3. *Stare decisis*

A *stare decisis* é o princípio responsável pela força vinculante dos precedentes. Como citado no tópico 2.4.1, é a forma que as decisões judiciais proferidas anteriormente são valoradas, fornecendo uma estabilidade, tendo em vista que torna-se um dever do juiz agir de acordo com os precedentes (SPAETH, 1995).

Aqui deve-se um maior enfoque, tendo em vista que dentro da *stare decisis* existe uma segmentação, onde divide-se o conceito entre *stare decisions* horizontais e verticais. As

verticais tratam sobre a necessidade das cortes inferiores respeitarem as decisões dos tribunais de maior hierarquia, e as horizontais tratam sobre a vinculação em si dos precedentes, estando ligadas ao exercício da função de criação de normas de aplicação geral (JUNIOR, 2007).

A exceção à regra do *Stare Decisis* é a possibilidade de *Overruling*, que consiste na substituição de um precedente por uma nova decisão em outro sentido. Logo, um juiz pode decidir não só pela inadequação da aplicação do precedente ao caso, mas também pela inadequação e necessidade de superação do precedente em si (JESUS, 2014, p.11 e ss.)

4.4. Métodos e Teorias para Interpretação Constitucional

A atividade jurisdicional da Suprema Corte envolve a adoção de um ou uns métodos interpretativos, aos quais é usual que juízes filiem-se abertamente na fundamentação de seus votos. Esses métodos integram a Hermenêutica Jurídica e buscam responder perguntas como o que vem a ser interpretar, quais são os objetos da interpretação, qual a relação entre o objeto eleito e elementos a ele externos, qual a relação a ser estabelecida entre sujeito e o objeto e outros (BROCHADO, 2011, *passim*).

Os juízes da Suprema Corte costumam adotar um dos seguintes posicionamentos: (1) Textualismo; (2) Originalismo; (3) Pragmatismo; (4) Jusnaturalismo; (5) “Living Constitution” - Dinamicidade da Constituição; (6) Interpretação Dinâmica. Alguns desses, como será explicado, não são excludentes, de forma que são simultaneamente aplicados quando assim entenderem os magistrados.

4.4.1. Textualismo

No modelo textualista, também chamado “criptológico”, o sentido da norma está no texto, só precisa ser encontrado, o que é feito com base no sentido objetivo conferido a cada termo interpretado (BONAVIDES, 2004, p. 470-471; KOCH, 2003, p. 17). É importante compreender, no entanto, que a interpretação não se restringe ao trecho da lei em questão, mas sim parte de uma perspectiva holística do texto, já que, para o Textualista, a lei não tem palavras em vão.

Nessa linha, não se reconhecem, por exemplo, normas implícitas, pois o texto da lei deve exaurir todo o sentido que pode lhe ser atribuído. Hugo Lafayette Black, juiz da Suprema Corte entre 1937 e 1971 foi um dos magistrados mais marcadamente textualistas, chegando inclusive a não reconhecer a existência de um direito constitucional à privacidade¹² por ser este excessivamente abstrato e ambíguo, não explícito nos termos da Constituição americana.

A principal qualidade atribuída ao método textualista é a garantia da segurança jurídica, pois o sentido é acessível, basta uma análise da legislação. Se o sentido da norma está no texto, preserva-se também a separação de poderes, vez que o juiz não exerce função criativa, não amplia ou restringe o que foi manifestado pelo legislador (RODRIGUEZ, 2012, p. 133 e ss.).

A principal crítica a esse método é que a noção de que todos os termos têm um significado objetivo parte da premissa de um estado ideal (e inexistente em parte dos casos) no qual os sujeitos compartilham o mesmo contexto. No caso *Smith v. US* (1993), por exemplo, a Suprema Corte enfrentou o problema de determinar o sentido da expressão “usar arma de fogo”. NO caso concreto, o acusado havia trocado sua arma por drogas, e a decisão sobre se isso constituiria ou não “uso” era determinante para subsunção a um dos crimes dos quais era acusado (BIANCHI, 2010, p. 39).

4.4.2. Originalismo

O método originalista baseia-se na premissa de que o sentido da norma interpretada foi fixado no momento de sua promulgação, com base no contexto e nas informações da época.

Essa linha afasta a possibilidade das chamadas “Mutações Constitucionais”, alterações no sentido de uma norma sem alteração em sua estrutura textual (BARROSO,

¹² *Griswold v. Connecticut* (1965). Trata-se de caso julgado pela Suprema Corte, no qual questionava-se a constitucionalidade de uma lei implementada pelo Estado de Connecticut, segundo a qual não era permitido o uso de qualquer substância para fins contraceptivos diante de um direito do casal de, de forma privada, usar dos métodos contraceptivos. Lee Buxton e Estelle Griswold abriram uma clínica de planejamento familiar e controle de natalidade no Estado, e foram presos por violação da mencionada lei. Concluiu-se pela prevalência do direito à privacidade e pela inconstitucionalidade da mencionada lei (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1965, *passim*).

2017, p.148). O juiz Antonin Scalia foi um dos principais expoentes dessa corrente. Foi responsável pela redação da opinião majoritária do caso *District of Columbia v. Heller*, sustentando que, no contexto de promulgação da Segunda Emenda, o direito a portar armas de fogo não era entendido como tendo finalidade de integrar milícias privadas (MURRILL, 2018, p. 8).

Assim, a atividade do intérprete é buscar a intenção original dos constituintes ao positivizar as normas naqueles termos. A principal diferença entre o originalismo e o textualismo é, por tanto, que o primeiro aceita, ao contrário do segundo, que os termos têm sentido “contextualizável”, e que, dentre todos os contextos que já afetaram o significado da norma, aquele do momento de sua criação tem maior relevância interpretativa.

Os defensores desse método também se apoiam na divisão de poderes e no princípio democrático: alterar o sentido da lei, é alterar a lei em si. Logo, se o sentido da lei é determinado quando ela é inserida no ordenamento, o judiciário não poderia alterá-lo posteriormente, essa seria função do legislativo (GOLDSWORTHY, 2011 p. 42 e ss.).

Uma das principais resistências a esse método é a dificuldade em aplicar um entendimento descontextualizado à dinâmicas e demandas atuais. Há quem sustente que a sociedade americana não é mais a mesma daquela do momento no qual foi promulgada a Constituição, e que seria equivocado presumir que os entendimentos da época seriam adequados ao presente (STRAUSS, 2010, *passim*; VIEIRA e DUTRA, 2013, p. 54). Quanto aos textos recentes, há entre os opositores a tal método quem afirme que, devido à natureza coletiva do Congresso, seria impossível encontrar uma só intenção do legislador (NELSON, 2005, p. 362).

4.4.3. Pragmatismo

A perspectiva pragmática tem três elementos essenciais:

Primeiro, uma desconfiança em relação ao uso de teorias morais abstratas ou precedentes como fundamento de decisões absolutas e válidas *a priori*. O uso desses e outros institutos deve ser fundamentado de acordo com a necessidade do caso, não decorrente de tradição formalista ou suposto dever ético (THOMAS, 2005, p. 312; POSNER, 2003, p.60).

Segundo, a compreensão de que as melhores decisões são aquelas com as melhores consequências empíricas: o raciocínio pragmático parte da análise da realidade material para interpretar a norma, e, após a análise, conclui com as perguntas “O que funciona melhor/qual resultado é mais razoável?” (POSNER, 1990, p. 1664). O texto da norma é tido somente como um meio auxiliar de encontrar a possível solução do caso.

Terceiro, que o parâmetro de análise das possibilidades é a conformidade com as necessidades sociais ou individuais, logo, normas são vistas como instrumentos dessas necessidades (POSNER, 1990, p. 1657).

Polêmico por suas críticas à Suprema Corte, o Juiz Presidente da Corte de Apelações do 7º Circuito, Richard Posner, ficou reconhecido por sua teoria e aplicação do pragmatismo judicial. Sua análise do caso *Bush v. Gore* possibilita uma clara visão da perspectiva pragmática por ele defendida. Em uma questionada decisão, a Suprema Corte americana decidiu que não era possível a recontagem manual de votos da eleição presidencial de 2000, especificamente no estado da Flórida. Essa decisão, na perspectiva do magistrado, foi vital para evitar um possível travamento do governo (“*Deadlock*”), diante da incapacidade contextual do Congresso de se articular para resolver a questão. Ainda na perspectiva pragmática, Posner argumenta que, embora pudessem, os juízes não deveriam decidir com base em suas próprias perspectivas de qual dos dois candidatos seria um presidente melhor. Isso não por uma vedação principiológica, mas por que a dúvida a respeito da autoridade da Suprema Corte seria consequência mais negativa do que a possível vantagem coletiva de ter um bom presidente (POSNER, 2003, p. 328-339).

A principal oposição ao pragmatismo sustenta que ele desvirtuaria a necessária separação entre política e direito (MURRILL, 2018, p. 15). Não haveria também compromisso com um mínimo de integridade sistêmica, relevante na medida em que permite univocidade dos conceitos de justiça e equidade a serem aplicados. Ademais, a recusa em aceitar fundamentos válidos *a priori* afasta a própria noção de direitos, pois o que o adepto ao pragmatismo reconhece é, no máximo, a conveniência de garantir um direito em determinado contexto e subordinado a consequências que o magistrado dificilmente conseguiria prever com clareza em todos os casos (DWORKIN, 1999, *passim*).

4.4.4. *Jusnaturalismo*

Em essência, a posição jusnaturalista sustenta que há, para além da norma positivada, elaborada pelo legislativo e compilada em legislação, uma norma natural. Os defensores dessa linha sustentam que essa norma, por ser pautada em valores, virtudes e princípios universais autoevidentes, levariam (ou elevariam) o ser humano a “ser melhor” (RENTTO, 1993, p. 729). Como fundamento apresentam o preâmbulo da Constituição Americana, que anuncia a existência de “verdades autoevidentes”, refletindo a relevância dos chamados “Direitos Naturais” à época (MORENO, 2011. p. 1).

O juiz Clarence Thomas, da Suprema Corte, é admitidamente Jusnaturalista¹³ e sustenta que há padrões morais que devem guiar a decisão do judiciário, sob pena de que ele falhe na salvaguarda de virtudes como equidade e justiça (RENTTO, 1993, p. 789). Embora não tenha atuado, o caso *Rochin v. California* (1952)¹⁴ explicita bem a concepção jusnaturalista por vezes empregada na Suprema Corte. Nesse caso, concluiu-se que, com base nos princípios de decência e justiça, além das concepções tradicionalmente arraigadas nas consciências dos indivíduos, um procedimento excepcionalmente bruto pela Polícia “chocava a consciência” e deveria ser considerado atentatório ao Direito de Devido Processo Legal previsto na Décima Quarta Emenda.

A principal crítica a essa posição vem, principalmente, dos Textualistas. O juiz Hugo Lafayette Black foi contrário à decisão supramencionada, sob o fundamento de que os parâmetros empregados foram perigosamente nebulosos, pois implicava o reconhecimento de direitos não explicitamente previstos na Carta constitucional (BAYNE, 1952, p. 141).

4.4.5. “*Living Constitution*” - *Dinamicidade da Constituição*

¹³ Há quem o identifique como Originalista. Ver SANDEFUR, Timothy. Clarence Thoma’s Jurisprudence Unexplained. *New York University Journal of Law and Liberty*, v. 4, p. 535-556.

¹⁴ No caso, a polícia da cidade de Los Angeles teria entrado na casa do Sr. Rochin, sem mandado judicial, visualizando cápsulas de possível substância ilícita, que foram rapidamente engolidas pelo abordado. Para tentar fazê-lo expelir as mesmas, os policiais teriam induzido vômito no abordado, mas sem sucesso. Irresignados, os policiais teriam levado o reclamante ao hospital, onde fizeram procedimento forçado de entubamento para retirada das cápsulas. Dessa vez, tiveram sucesso, identificaram que se tratava de substância ilícita e cobraram a multa devida. A questão apresentada na Suprema Corte era se a conduta dos policiais e a evidência por ela obtida seriam atentatórios ao Direito de Devido Processo Legal previsto na Décima Quarta^a emenda. A Corte entendeu que sim (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1956, *passim*).

Talvez menos um método interpretativo, e mais uma perspectiva de Constituição, há Constitucionalistas que sustentam a desejabilidade de um caráter mutável na Carta Fundamental, sem, necessariamente, que emendas formais sejam feitas. O juiz Thurgood Marshall foi um dos defensores dessa perspectiva, sustentando a necessidade dos parâmetros morais, políticos e culturais do momento para interpretação das normas Constitucionais (MARSHALL, 1987, p. 915 e ss.).

A qualidade apontada reiteradamente nessa perspectiva é a adaptabilidade aos novos contextos e novas demandas. Outros métodos interpretativos, como o Originalismo, ao qual alguns sustentam que a concepção ora analisada se opõe frontalmente, podem gerar situações de extrema injustiça nos casos concretos. É o caso, por exemplo, da vedação à discriminação de afrodescendentes. No contexto de promulgação da “Cláusula de Igual Proteção”, da Décima Quarta Emenda, não era a intenção dos constituintes a inclusão de negros nas garantias promovidas. Ainda assim, em *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*¹⁵ entendeu-se que a segregação racial em escolas não era constitucional.

A principal crítica à concepção de uma Constituição mutável é o próprio motivo pelo qual este documento existe. Afinal, a Constituição deveria ser sólida, de forma a garantir que os princípios que sustentam a sociedade só sejam afetados se a sociedade manifestadamente assim o desejar (STRAUSS, 2011, p. 975).

4.4.6. Proposta conciliatória: Interpretação Dinâmica

Como percebeu-se, todas as teorias previamente apresentadas têm, simultaneamente, pontos fortes e pontos fracos. À exceção dos juízes que se portam efetivamente como bastiões de determinada teoria interpretativa, a maior parte dos intérpretes usualmente adota uma perspectiva dinâmica da interpretação. Assim, pode-se partir do Textualismo, incorporando, quando relevante e necessário, concepções Originalistas, orientado por perspectivas Pragmáticas ou Garantistas, por exemplo. Essa é a chamada Interpretação Dinâmica (RASMUSSEN, 1993, p. 541).

¹⁵ Trata-se de caso analisado pela Suprema Corte, no qual se questionava a constitucionalidade da manutenção da segregação racial nos espaços escolares. Concluiu-se pela incompatibilidade da prática com a “Cláusula de Igual Proteção” prevista na 14ª Emenda Constitucional, segundo a qual nenhum Estado poderia negar a pessoa submetida à sua jurisdição igual proteção da legislação (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1954, *passim*).

4.5. Relações com o Público: a mídia na Suprema Corte

Nesta seção será analisada a relação estabelecida entre a Mídia e a Suprema Corte, passando pela demonstração da estrutura atual, as principais polêmicas e as repercussões dos casos no público.

4.5.1. A estrutura atual

Em um aparato judicial de suma importância, como a Suprema Corte, importante discutir sua relação com o público e as novas tendências de midiaticização do processo judiciário. Em um contexto mundial em que há a supervalorização de aspectos como a transparência, a Suprema Corte ainda estabelece determinadas barreiras de acesso ao público. As sessões só podem ser assistidas pessoalmente e ainda assim a declaração dos votos e sua discussão é feita de forma completamente secreta e sem intervenção externa. (CASAGRANDE, 2018, *online*)

O professor Cássio Casagrande, doutor em Ciência Política, da Universidade Federal Fluminense, disserta sobre a forma com que se realizam as exposições das audiências. A falta de burocracia, caracterizada apenas pela passagem por um detector de metais e sem qualquer necessidade de apresentação de documentos, em conjunto a ausência de uma norma de etiqueta conforme vestuário (são aceitos até mesmo uniformes escolares), demonstram uma tentativa de facilitação do contato Direito e sociedade. Além disso, a ideia de separação do salão, por meio de duas filas, uma delas direcionada a um público mais específico, que assistirá a sessão até o final e outra direcionada ao público geral (normalmente turistas), que procuram apenas sanar a curiosidade, torna a experiência ainda mais inclusiva, ao não prejudicar os objetivos daqueles que se inserem em cada um dos grupos. Algo também interessante sobre a rotina americana de visita a Corte é o número significativo de crianças que são levadas até o local, incentivadas pelos pais a acompanharem o processo político desde as suas raízes. Cabe salientar que aparelhos celulares e máquinas fotográficas são expressamente proibidas, o que se correlaciona diretamente com a não exibição televisiva das sessões (CASAGRANDE, 2018. *online*).

A determinação é que o televisionamento da Corte Americana se torna proibido para qualquer agente público ou privado. Existe a alegação que a publicidade, tanto dos votos, quanto das sessões, provocaria certo desrespeito ao anonimato, invasão a intimidade dos juízes, os quais seriam objeto de julgamento da opinião pública. Dessa forma, a ameaça ao direito de decidir de cada um dos juízes seria constante, seja subjetiva ou indiretamente, influenciando os princípios sagrados da independência, segurança e autonomia do Poder Judiciário. Como alternativa surge a proposta de divulgação de áudios das sessões semanalmente pelo próprio site da Corte (MELO, 2015, *online*).

4.5.2. Polêmicas

O mistério que ronda a Suprema Corte Norte-Americana desperta não apenas a curiosidade, mas também o desejo de diversos empresários da indústria do entretenimento e da informação, os quais ali enxergam um poço infindável de lucros provenientes do sigilo até então instaurado na instituição. Essa busca incessante por ascensão no mundo da publicidade ocasionou situações de relevante significado para o cenário judiciário. (LEAL, 2011, *online*)

Em episódio folclórico, narrado por Bernard Schwartz, um grande conhecedor da intimidade da Suprema Corte norte-americana, além de presidente e CEO da Globalstar Telecommunications, há o encontro entre Fred W. Friendly, que acabara de assumir a ambiciosa posição de presidente da CBS News e Warren, titular de cargo na Suprema Corte, em uma festa de confraternização, em 1964. Warren se dirige a parabenizar Friendly pelo posto e este responde, audaciosamente, que “esperava que ainda estivesse na liderança da CBS News quando eles tivessem câmeras de televisão na lua e no piso da Suprema Corte”. A mensagem é recebida com risos por Earl Warren, o qual lhe desejou boa sorte (LEAL, 2011, *online*).

No ano seguinte, em um contexto de discussão dos casos sobre a constitucionalidade dos Atos de Direito Civil de 1964, há o pedido pela CBS de transmissão dos julgamentos. Warren, não apenas nega o que lhe foi requerido, mas também registra: “a Corte tem tido uma regra inflexível no sentido de que não serão permitidas fotografias ou transmissões de

televisão do Plenário quando ela está em sessão. A Corte não tem a intenção de alterar essa regra” (LEAL, 2011, *online*).

Em outro momento também marcante, a Corte, em situação extraordinária, havia autorizado Tim O’Brien, da ABC News, a filmar a sala de conferência. A experiência é prejudicada pelo ato de O’Brien, que é pego direcionando o olhar para a lareira e inclinándose para pegar folhas de papel com intuito de olhar o conteúdo ali mencionado. Em sequência, foi solicitado que o jornalista não tocasse no material, reafirmando sua posição de mero convidado. Não suficiente, percebe-se que O’Brien também manuseava, do começo ao fim, uma lista não especificada. Quando o indagado sobre, ele disse que eram anotações da filmagem, mas sem qualquer comprovação. Sobre o ocorrido há a fala do juiz Thurgood Marshall, que comentou: “Este incidente reforça meu voto original para manter a imprensa fora da sala da conferência”. Nesse episódio, O’Brien escreveu uma carta de desculpas, afirmando que “estava errado ao fazer aquilo” e que havia se arrependido profundamente (LEAL, 2011, *online*).

4.5.3. Repercussões

A população norte-americana não é de todo passiva a situação e existem focos de resistência, que clamam pela maior transparência do judiciário. A C-SPAN, rede de televisão por cabo e satélite americana, que foi criada em 1979, em conjunto a PSB, consultoria de comunicação estratégica global baseada na ciência da opinião pública especializada em mensagens e estratégia para clientes políticos, corporativos e de entretenimento de primeira linha, executou pesquisa investigativa pelos EUA, a qual resultou em diversos dados preciosos para a compreensão da situação americana perante o contato público e judiciário (C-SPAN/PSB, 2017, *online*).

Pela pesquisa mencionada é descoberto que três quartos (76%) da população afirmam que a Suprema Corte dos EUA deveria permitir a cobertura televisiva de seus argumentos orais. Número bastante significativo, que permite concluir que as justificativas de proteção a integridade dos juízes e ao processo em si não têm sido suficientes para conter a ânsia da

população por maiores informações referente aos processos ali investigados e consagrados (C-SPAN/PSB, 2017, *online*).

Além disso, 90% dos entrevistados afirmam que as decisões da Suprema Corte representam impacto direto sobre as suas vidas, o que consistiria também em um argumento pró-televisão e democratização da informação. Conteúdo que, por muitas vezes, ser considerado distante e um tanto quanto inalcançável pelas grandes massas, surge como responsável por dados como o seguinte citado: 57% dos entrevistados não é capaz de citar o nome de um dos membros da Corte ou respondeu erroneamente, à respeito da indagação (C-SPAN/PSB, 2017, *online*).

Em contraponto ao requerimento local, diversos especialistas ainda são defensores do modelo adotado, à exemplo da obra “Por detrás da Suprema Corte” de Woodward e de Armstrong, caracterizada pelo estudo extenso de comprovação da influência externa no campo judicial. É explanado como as conjecturas políticas internas e externas à Corte, que vão desde a escolha pelos juízes, que lhe farão parte, até o julgamento de causas relevantes que envolvem importante aspecto moral, podem preponderar em situações diversas, visto que serão diretamente inseridas em um meio de parcialidade ao entrarem em contato com o público. Ainda reina a ideia de um Judiciário, que exige um conjunto de regras próprias para bem cumprir sua função, de forma que os leigos podem interpretar mal decisões tecnicamente corretas (C-SPAN/PSB, 2017, *online*).

5. ANÁLISE DOS CASOS

Nesta seção serão apresentados os três casos a serem analisados pelo comitê. Cada um deles será detalhado no que tange aos fatos do caso, à questão jurídica apresentada no *certiorari*, às noções necessárias à análise inicial do caso e aos precedentes relevantes para melhor posicionamento da Corte. Ao final, serão elencados documentos e referências complementares, para aprofundamento nos argumentos apresentados no processo.

5.1. Caso *Penã-Rodriguez v. Colorado* (2017)

Neste tópico serão abordados os seguintes assuntos: (1) Resumo fático do caso; (2) Movimentações do caso até a Suprema Corte; (3) O Caso na Suprema Corte; (4) e Noções Jurídicas necessárias à análise do caso.

5.1.1. Resumo Fático

No ano de 2007, duas jovens irmãs foram supostamente abusadas sexualmente em um banheiro durante uma corrida de cavalos, no Colorado. As vítimas identificaram como o homem que as havia violentado, Miguel Angel Peña-Rodriguez, um dos empregados da pista de corrida. Após a identificação ser feita, separadamente, pelas duas garotas, o suspeito foi acusado por tentativa de agressão sexual, por contato sexual ilegal, além de arcar com duas acusações de assédio (SUPREME COURT, 2016).

Em julgamento, um amigo de Peña-Rodriguez, de origem hispânica, assim como o acusado, forneceu a informação de que ambos estariam juntos no momento do crime, o que configura um alibi. Mesmo com os pontos alegados pela defesa, houve a condenação de Peña-Rodriguez pelo júri (SUPREME COURT, 2016).

Após a exoneração do júri, os jurados M.M. e L.T. procuraram o advogado de defesa a fim de fornecer declarações sobre a postura tendenciosa do jurado H.C., o qual havia demonstrado posicionamentos racistas no decorrer da liberação. São atribuídas a ele frases como: “Acho que ele fez isso porque ele é mexicano e mexicanos fazem o que querem.” (tradução nossa). Além disso, H.C. também teria mencionado certa preocupação sobre homens mexicanos controlando fisicamente mulheres, pois se considerariam dotados de legitimidade, a ponto de se sentirem aptos a fazer o que quiserem com elas e dito que creditava ao réu a culpa, pois quando costumava patrulhar, cerca de 9 a cada 10 homens mexicanos eram culpados por ter agredido mulheres e jovens garotas. Nesse sentido, H.C. também processo, estava mantida a condenação do réu a dois anos de liberdade condicional e seu registro como infrator sexual (HARVARD LAW REVIEW, 2017, *online*).

5.1.2. Movimentação do caso

A defesa de Peña-Rodriguez apresentou recurso, alegando que o júri fora influenciado por preconceito racial. Como evidência requereram o testemunho dos jurados

M.M e L.T.. O pedido foi indeferido, e o caso decidido contra Peña-Rodriguez, sob fundamento de que a aplicação da Regra de Evidência 606(b) do Estado do Colorado (*No Impeachment Rule* ou Regra de Não Impeachment) vedava a aceitação de testemunhos de jurados sobre fatos ocorridos durante as deliberações do júri:

Regra 606: Jurado. (...) b) Durante investigação sobre a validade de um veredito ou de uma acusação: (1) Testemunho proibido ou outras evidências: Durante um inquérito sobre a validade de um veredito ou indiciamento, um jurado não pode testemunhar sobre qualquer declaração feita ou incidente que tenha acontecido durante as deliberações do júri; o efeito de qualquer coisa no voto do jurado ou de outro jurado; os os processos mentais de qualquer jurado relativos à sentença ou acusação. O tribunal não pode receber uma declaração jurada ou evidenciada de uma declaração do jurado sobre esses assuntos. (2) Exceções: Um jurado pode testemunhar se: (a) informações prejudiciais externas foram indevidamente levadas ao conhecimento do júri; (b) uma influência externa foi indevidamente aplicada a qualquer jurado; ou (c) foi cometido um erro no preenchimento do formulário de veredito. (*tradução nossa*)” .

Em recurso, o caso atinge a Suprema Corte do Colorado, a qual não reconheceu a questão como motivo de exclusão da norma 606(b) para cumprimento da 6ª Emenda (Cláusula de Igual Proteção), visto que tal situação em específico não estava prevista dentro das hipóteses de exceção à Regra de Não-Impeachment.

A decisão é fundamentada pelo precedente *Tanner v. United States (1987)*¹⁶, o qual, quando discutido na Suprema Corte Norte-Americana, foi decidido com base em quatro

¹⁶Trata-se de caso analisado pela Suprema Corte, cuja questão jurídica era se poderia ser aceito o testemunho de um jurado sobre fatos ocorridos durante as sessões e durante a deliberação, especificamente quanto ao fato de jurados estarem sob o efeito de substâncias entorpecentes durante as sessões e durante a deliberação. A Suprema Corte entendeu, em um apertado placar de 5-4 que é possível à Corte se recusar a aceitar o testemunho do jurado, em função da Regra do Não Impeachment. Na decisão, estabeleceram-se quatro salvaguardas procedimentais que poderiam afastar a necessidade do testemunho do jurado mantendo a possibilidade de analisar casos nos quais os jurados se portassem de forma incompatível com a função: (1) *Voir Dire*: momento prévio ao início do julgamento, no qual os advogados das partes podem fazer perguntas aos jurados, e, usando da prerrogativa da Recusa Peremptória, podem excluir jurados do júri sem apresentação de justificativas; (2) Há outros meios de provar comportamento inadequado dos jurados: No caso *Tanner*, especificamente, os jurados estavam sob efeito de substâncias entorpecentes, o que era observável pelos outros participantes do julgamento, especificamente juiz e partes, durante as sessões; (3) Jurados são instruídos a informar ao juiz a ocorrência de comportamentos inadequados antes do veredito; (4) Há outras possíveis testemunhas não jurados que podem evidenciar ocorrências irregulares durante a deliberação, como funcionários do tribunal que acompanham os jurados até a sala de deliberação, e os mantém isolados durante o julgamento (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1987, *passim*).

salvaguardas alternativas que protegeriam adequadamente o direitos do réu direitos previstos na Sexta Emenda Constitucional¹⁷ (1) *voir dire*, ou o processo no qual possíveis jurados são questionados sobre seus antecedentes e potenciais preconceitos antes de serem escolhidos para compor um júri (EDUCALINGO, 2019, *online*); (2) observação do júri pelo tribunal e advogado de defesa; (3) relatórios pré-veredictos de má conduta do jurado e (4) relatórios pós-veredicto de influência externa (HARVARD LAW REVIEW, 2017, *online*)¹⁸.

Por conseguinte, emerge a última instância do judiciário norte-americano, a Suprema Corte dos Estados Unidos, tribunal no qual a defesa de Peña-Rodriguez irá questionar as decisões até então tomadas.

5.1.2. O caso na Suprema Corte

Nesta seção serão abordados os seguintes temas: (1) Questão jurídica discutida no caso; e (2) os argumentos apresentados pelas partes.

5.1.2.1. Questão Jurídica

Como explicado no tópico 4.1., as *petitions of certiorari* devem apresentar à Suprema Corte qual é, sinteticamente, a questão jurídica constitucional que torna o caso apto a ser julgado pelo órgão. No caso, a defesa de Peña-Rodriguez elaborou a questão nos seguintes termos:

“A Regra de Não Impeachment pode impedir a apresentação de evidência de preconceito racial oferecida para provar violação ao direito previsto na Sexta Emenda a um júri imparcial?” (PETITION, 2015, p. 2).

Assim, a questão jurídica fundamental apresenta ao órgão da cúpula do poder judiciário estadunidense se trata de dois tópicos: (1) do direito dos réus de reivindicar um julgamento justo por um júri imparcial, que será abordada no tópico 5.1.3.1.; e (2) a Regra de Não Impeachment, será explanada no tópico 5.1.3.2

5.1.2.2. Os argumentos das partes

¹⁷ Ver tópico 5.1.2.2.1.

¹⁸ Ver nota 16.

Nesta seção serão apresentados (1) os argumentos do Peticionante; (2) os argumentos apresentados em prol do Estado do Colorado.

5.1.2.2.1. Peticionante

Os argumentos do Peticionante tem por fundo a concepção de que a Regra de Não-Impeachment deve ser afastada quando sua manutenção infringe garantias constitucionais sem justificação suficiente. No caso, alegam que a existência de afirmações preconceituosas quanto à raça implica prejuízo à garantia Constitucional ao Júri Imparcial (BRIEF FOR PETITIONER, 2016, p.16) prevista na Sexta Emenda Constitucional: “Em todos os processos criminais, o acusado deverá gozar do direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial (...)” (ESTADOS UNIDOS, 1789, tradução nossa). Alegou-se também que essa emenda deveria ser lida simultaneamente á Décima Quarta Emenda Constitucional (BRIEF FOR PETITIONER, 2016, p.18):

“Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis que restringem privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar a qualquer pessoa sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis” (ESTADOS UNIDOS, 1789, tradução nossa).

Para provar a ocorrência de comportamento impróprio, o testemunho de jurados é essencial, vez que esse tipo de preconceito não poderia ser facilmente identificado no *voir dire*. Nesse contexto, as salvaguardas do caso *Tanner v. United States (1987)* seriam substancialmente mais fracas contra a discriminação racial. Seria visível a dificuldade de identificação de um jurado intolerante sem que se aumentassem os estereótipos raciais preexistentes dos jurados ao implicitamente sugerir sua relevância no caso. É também acrescentado o quão problemático poderia ser a designação de um jurado como preconceituoso em relatórios pré-veredictos, visto que não se trataria de uma simples acusação de simpatia pró-réus ou semelhantes (BRIEF FOR PETITIONER, 2016, p. 20 e ss.).

Em uma linha pragmática, sustentam que a Regra do Não-Impeachment já comporta exceções em pelo menos 20 Estados da Federação, e que, nestes Estados, não teria sido verificado efeito negativo decorrente da existência de tais exceções (BRIEF FOR

PETITIONER, 2016, p. 29 e ss.). Ademais, afirmam que a possibilidade de invalidar veredictos com base em depoimentos de jurados não afetaria a legitimidade das discussões do júri e não implicaria aumento do assédio de advogados sobre jurados.

Sobre a possibilidade de a aceitação de uma exceção abrir espaço para alegações de outros tipos de matéria sobre os quais os jurados poderiam testemunhar pós veredito, afirmam que é possível, como foi feito em outros casos da Suprema Corte, que a exceção seja restrita à raça (BRIEF FOR PETITIONER, 2016, p. 20 e ss.).

Por fim, sobre a possibilidade de prejuízo ao instituto do Júri perante a confiança pública, a possibilidade de testemunhar sobre preconceitos raciais explicitados durante a deliberação garante a expectativa de mínima integridade no processo de formação do veredito. Em verdade, a questão racial seria de suma relevância no país, em se tratando de suas implicações históricas, constitucionais e institucionais. Tal situação seria contrastante ao caso *Tanner v. United States (1987)*, pois não envolveria o comportamento anômalo de um único jurado, mas sim um mal decorrente da sociedade, que geraria risco de lesão sistêmica à administração da Justiça, na forma do preconceito racial (BRIEF FOR PETITIONER, 2016, p. 20 e ss.).

5.1.2.2.2. Estado do Colorado

O Estado do Colorado sustentou, em suma, que a jurisprudência demonstra que as salvaguardas do caso *Tanner v. United States (1987)* são suficientes para fundamentar alegações de comportamento impróprio por parte do júri: o preconceito racial é identificável por meio do *voir dire*, e, na maior parte dos Estados, os advogados das partes tem o direito de perguntar aos jurados sobre questões raciais garantido legalmente; jurados estariam dispostos a relatar comentários impróprios, o que teria sido feito em outros casos; os funcionários do tribunal também estariam aptos a relatar situações impróprias, por manterem contato extensivo com os jurados. Outras garantias também estariam disponíveis. A própria seleção de indivíduos aptos ao serviço de júri já inclui uma variante demográfica para garantir maior diversidade entre os jurados, além dos requisitos de unanimidade ou número de jurados para decisão, que restringem o efeito de comportamentos impróprios no veredito.

Aponta-se também que, na época de elaboração da Regra de Não-Impeachment, o Congresso deliberou expressamente sobre a adoção ou não da versão mais flexível da regra, a chamada Regra de Iowa (ver tópico 5.1.3.2.3.), e a afastou expressamente no âmbito Federal, deixando liberdade para que os Estados implementassem suas regras de evidência da forma como julgassem adequada (BRIEF IN OPPOSITION FOR THE STATE OF COLORADO, 2016, p. 9 e ss.)

Ademais, todas essas garantias seriam necessárias para preservar o próprio sistema do júri, protegendo os veredictos de estímulos à examinação posterior e assédio de advogados, que poderia prejudicar a liberdade de deliberação dos jurados. À isso adicionou-se que, quanto mais exceções se permite à Regra do Não-Impeachment, mais se prejudica o caráter final dos veredictos do júri, vez que eles poderiam ser questionados e invalidados sob fundamentos variados (BRIEF IN OPPOSITION FOR THE STATE OF COLORADO, 2016, p. 9 e ss.).

A grande questão apresentada pelo Estado do Colorado foi qual o critério poderia ser usado para impedir que a decisão da Corte no caso *Peña-Rodriguez*, fosse único, e não permitisse, em verdade, uma expansão desmedida das exceções a ponto de prejudicar o propósito da Regra de Não-Impeachment. Sem afastar a relevância da questão racial, a confiança no sistema do júri poderia ser mais prejudicada pela perspectiva de que, aceita a possibilidade de anulação do veredicto por questões raciais, a mesma consequência não seria possível no caso em que, claramente, os jurados estavam embriagados, ou ainda, no exemplo clássico, os jurados resolvessem o caso na sorte. Outras situações de preconceito também poderiam ser igualmente prejudiciais à percepção de justiça dos veredictos, como o preconceito por gênero ou por classe social, por exemplo (BRIEF IN OPPOSITION FOR THE STATE OF COLORADO, 2016, p. 11 e ss.).

5.1.3. Noções necessárias à análise do caso

5.1.3.1. Direito a um Júri Imparcial

A imparcialidade do Júri é um princípio que decorre das raízes do Direito hodierno. Tal princípio surge frente a necessidade de decisões deixassem de ser arbitrárias e injustas.

O direito a um Júri imparcial é garantido na Sexta Emenda da Constituição Americana, já mencionada no tópico 5.1.2.2.1.

O princípio, como supracitado, é positivado na Sexta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, e é considerado como *Trial Protection*, que seriam, em nossa tradução, os Direitos garantidos aqueles que se encontram em alguma lide criminal. Os traços que criam o princípio do Julgamento por um Júri Imparcial já eram positivados durante o período de criação da Constituição Americana. O debate acerca do julgamento imparcial se encontra tão concreto que tornou-se difícil de rastrear suas origens. Assume-se que o julgamento por um Júri foi positivado como costume do Direito antes mesmo da Carta Magna ser outorgada por John, Rei da Inglaterra em 1215.

Faz-se mister salientar que o Direito a um Júri imparcial garantido na Sexta Emenda é voltado apenas para as lides criminais. A Sétima Emenda é a responsável pelos julgamentos do Júri em casos civis, mas apenas quando as controversas excederem o total de 20 dólares. Nestes casos, as decisões do Júri não podem ser reexaminadas por outros tribunais Estadunidenses, exceto nos casos aceitos pela *Common Law*. Outro fato que merece atenção é o de que os julgamentos pelo Júri apenas eram destinados aos considerados Crimes Federais. Tal entendimento foi mudado após o caso *Duncan vs. Louisiana*, no qual a Suprema Corte incorporou o assegurado na Sexta Emenda ao assegurado na Décima Quarta, que trata sobre o Devido Processo Legal, e expandiu o instituto do júri.

A importância concernente ao Júri Imparcial surge no momento do movimento Constitucional. O corpo da Constituição dos Estados Unidos prevê tal modalidade como forma de limitação do poder Estatal, evitando a opressão por parte deste nas decisões dos Tribunais. Durante a colonização Norte-Americana, colonistas estavam tendo os direitos de julgamento por parte do Júri, algo positivado e concretizado como Direito na Inglaterra, cessados por meio da discricionariedade do Rei, o que foi, inclusive, apontado na Declaração de Independência dos Estados Unidos (KRIST, 1997, *passim*).

Entretanto deve-se reconhecer que uma grande dualidade se forma nas escolhas dos Jurados. Advogados de defesa argumentam veementemente que faz-se extremamente difícil que se encontre um Jurado que seja completamente imparcial. A título de exemplo podemos

citar o caso de Martin Shkreli, onde seu advogado de defesa rejeitou 250 jurados em um espaço de três dias. Um deles chegou a falar, inclusive, que a única imparcialidade que ele enfrentaria seria na escolha da prisão onde o réu cumpriria sua pena (SHUGERMAN, 2017, *online*). A problemática, entretanto, pode ser vista de uma outra ótica, onde o Júri, por ser um instituto composto pelo povo, acaba por sempre ser parcial. Isso se dá porque o Júri é a representação da sociedade, e ele expõe os pensamentos costumeiros da comunidade sobre determinada questão.

5.1.3.2. *Vedação ao testemunho de jurados sobre fatos ocorridos durante as deliberações do júri*

A vedação ao testemunho de jurados sobre fatos ocorridos durante as deliberações do júri, decorrente da Regra do Não-Impeachment, tem dois fundamentos: (1) histórico-tradicional, como regra estabelecida na *Common Law*; (2) normativo, pois foi codificada no sistema jurídico americano federal e estadual (no caso, Colorado).

5.1.3.2.1. A perspectiva histórica-tradicional

A Regra do Não Impeachment, tida como¹⁹ tradicional dentro *Common Law*, teria surgido a partir do caso *Vaise v. DeLaval* (1785)²⁰, quando o Juíz Presidente Lorde Mansfield decidiu que a Corte não poderia aceitar como evidencia o depoimento de um jurado sobre os procedimentos, ainda que errôneos, de deliberação do júri (HULL, 2013, p. 406). Como regra do *Common Law*, foi incorporada pela jurisprudência da Suprema Corte Americana²¹, com referência ao precedente inglês (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA,

¹⁹ Para outra perspectiva: HULL, 2013.

²⁰ Trata-se de um caso julgado pelo King's Bench inglês em 1785, presidido pelo Lord Chief Justice Mansfield, no qual analisava-se o caso de um júri cível que teria sido decidido pelos jurados na sorte, usando uma moeda (REINO UNIDO, 1785, *passim*; HULL, 2013, p. 406).

²¹ Ver *McDonald v. Pless* (1915), caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no qual aplicou-se a Regra do Não Impeachment, para impedir o aceite como evidência do depoimento de um jurado sobre o procedimento errôneo por eles adotado para determinar o valor da indenização devida no caso (soma dos valores que cada jurado achava justo e divisão pelo número de jurados) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1915, *passim*).

1915, p. 238). É importante ressaltar que outras jurisdições do *Common Law* também adotaram a regra²², reforçando a concepção tradicional da norma.

O princípio subjacente à regra, já de longa data, é aquele segundo o qual ninguém será ouvido alegando a própria torpeza (“*Nemo turpitudinem suam allegans audietur*”), e tinha por fundamento a noção de que, uma vez torpe, o sujeito e seus depoimentos não mais gozariam de plena confiabilidade²³ (HULL, 2013, p. 410). Isso pois o jurado poderia fraudar o júri de pelo menos duas formas: (1) intencionalmente gerando a situação irregular, que possibilitasse a posterior anulação do veredicto; (2) depondo falsamente sobre a ocorrência de uma situação irregular (GOLD, 1993, p. 129). Nessa linha, se o jurado presenciou ou protagonizou irregularidades no procedimento de deliberação, ele não teria credibilidade para detalhar o que se passou.

Outros princípios se somaram à fundamentação da regra ao longo do tempo, especialmente alguns de ordem pragmática/finalística: (1) Proteção dos jurados; (2) Proteção da liberdade de discussão; (3) Proteção da confiança no instituto do júri.

Sobre a proteção dos jurados, a principal preocupação de que, se as deliberações puderem ser publicadas e analisadas, os jurados seriam assediados pela parte perdedora, com objetivo de conseguir indícios suficientes para um pedido de anulação do procedimento. É preciso lembrar que a Regra de Não-Impeachment não impede os jurados de falar sobre os procedimentos e deliberações, somente impede o testemunho juramentado sobre os mesmos, e que é possível, em algumas jurisdições estatais²⁴, que os advogados entrem em contato com

²² No Canadá, ver caso *R v. Pan; R v. Sawyer - 2001* (No primeiro, descobriu-se que um dos jurados havia acompanhado o primeiro julgamento de Rui Pan pela televisão, e tinha se consultado com um doutor sobre a evidência, e compartilhou essas informações com o restante dos jurados. Não admitiu-se depoimentos de jurados sobre a questão e a Regra do Não Impeachment foi julgada constitucional. No segundo, descobriu-se que houve declarações racistas na deliberação do júri e que um dos jurados teria se sentido pressionado a condenar o acusado. Não admitiu-se depoimento do jurado sobre a questão e a Regra do Não Impeachment foi julgada constitucional) (CANADÁ, 2001, *passim*); Na Austrália, ver o caso *Smith v. The State of Western Australia - 2014* (Nesse caso, um bilhete encontrado após o veredito do júri dava a entender que um dos jurados havia sido fisicamente coagido a apoiar a condenação. Entendeu-se pela aplicação, a princípio da Regra de Não Impeachment, que só foi afastada diante da exceção à conduta criminal de coerção física praticada por um dos jurados) (AUSTRÁLIA, 2014, *passim*).

²³ Para críticas ao princípio, ver: Hull, 2013.

²⁴ O Colorado é um exemplo, no qual os advogados são autorizados a entrar em contato com os jurados após o veredicto, desde que com finalidade instrutiva, evitando qualquer comentário que possa causar embaraço ou seja direcionado a influenciar sua posição como jurado (DR 8-108(D) do Código Profissional de Responsabilidade do Colorado.)

jurados após o julgamento para identificar quais os pontos por eles apresentados foram mais ou menos convincentes. Todavia, a própria Suprema Corte já se pronunciou, no caso *Rakes v. United States (1948)*²⁵ sobre a cautela necessária à preservação dos jurados, que, antecipando que serão questionados sobre seus veredictos, podem sentir-se menos confortáveis para decidir.

Sobre a deliberação, teme-se que a possibilidade de escrutínio posterior leve à uma maior pressão pública e midiática, prejudicando a franqueza e liberdade nos debates²⁶. Especialmente em casos que envolvem celebridades, ou que foram amplamente divulgados pela mídia, a busca pelos jurados e seus depoimentos começa assim que o veredicto é informado. A realidade do escrutínio após o veredicto é palpável, especialmente quando o jurado assume posições minoritárias. Uma pesquisa conduzida pela National Society of Collegiate Scholars (NSCS) concluiu que 33% dos jurados entrevistados passaram por algum tipo de stress por estar em posição minoritária durante as deliberações (BORNSTEIN *et al*, 2005, p. 323). Essa situação é agravada quando os julgamentos tem grande repercussão, como, por exemplo, o julgamento de O.J. Simpson pelo suposto homicídio de sua ex-esposa, Nicole Brown, em 1994.

Já em uma perspectiva futura, defende-se também que a falha em proporcionar o ambiente livre de influências desestimularia os cidadãos a participar do serviço de júri, e

²⁵ No caso, havia pluralidade de réus, sendo julgados por mais de um júri. Após o veredicto, o advogado da parte derrotada recebeu petições assinadas por sete jurados, afirmando que tinham sérias dúvidas sobre o veredicto, acabaram se influenciando pela posição dos outros jurados, mas, se eles tivessem conhecimento de que os outros réus julgados pelos outros júris foram absolvidos, a decisão deles teria sido diferente. A Corte entendeu que as petições e eventuais testemunhos dos jurados não poderiam ser aceitas como fundamento para outro julgamento. Na oportunidade, deixou claro que: “A mesma regra (Regra do Não-Impeachment) requer que os jurados não sejam assediados de nenhuma forma em decorrência de um veredicto que eles tenham exarado. Se os jurados estiverem conscientes de que eles serão submetidos à interrogatório ou investigações hostis sobre o que aconteceu na Sala do Júri e por que, eles serão inescapavelmente influenciados, em certa medida, a antecipar esse aborrecimento. As Cortes não podem permitir que essa potencial influência invada a Sala do Júri. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1948, p. 745).

²⁶ Em *Clark v. United States (1933)*, caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no qual uma jurada teria proximidade com réu, omitida durante a entrevista de jurados (“*Voir dire*”), motivo pelo qual ela teve acesso a informações não apresentadas no caso e se recusava a condenar o acusado. Como o sistema exigia unanimidade nos vereditos para condenação, o réu foi absolvido. Na Suprema Corte, a condenação de Clark foi mantida, pois entendeu-se que ela omitira informação relevante durante sua entrevista. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1933, *passim*). Na oportunidade, o Juíz Cardozo afirmou que “a liberdade de debate pode ser prejudicada e a independência de pensamento cerceada se os jurados forem levados a crer que seus argumentos e votos seriam livremente publicados para o mundo”

acabaria, em última instância, prejudicando a credibilidade do instituto como um todo. Nessa mesma linha, o movimento pela retirada do segredo sobre as deliberações poderia expor não somente diferentes opiniões entre jurados, mas diferentes premissas das quais eles partam, e que nem sempre serão consenso na coletividade. Isso poderia levar à perda da confiança no júri como instituto apto a alcançar a justiça no caso concreto (MARKOVITZ, 2001, p. 1508; HARVARD LAW REVIEW, 1983, *passim*).

Entretanto, essa regra sofreu críticas com os seguintes fundamentos: (1) Prestação pública de contas no contexto democrático; (2) Enraizamento de preconceitos; (3) Possibilidade de erro do jurado.

Sobre a primeira objeção, em um contexto democrático, os jurados são servidores públicos, e os cidadãos têm direito de exercer controle sobre sua atuação, de forma que não é razoável a manutenção do segredo sobre as deliberações. Nessa perspectiva, o segredo sobre deliberações e a vedação de depoimentos posteriores sobre o ocorrido antes do veredicto entraria em contraste com a própria premissa democrática do Júri, instituto que permite, ao mesmo tempo, participação ativa e direta do cidadão na condução da justiça, e o maior potencial de representatividade, vez que o réu será julgado por um grupo composto, a princípio, de indivíduos com os mais variados antecedentes (HARVARD LAW REVIEW, 1983, p. 893.)

Já sobre a questão dos preconceitos, embora a premissa do júri seja o julgamento pela comunidade, não raro os jurados estão marcados por preconceitos perpetuados pelo segredo das deliberações, de forma que o réu não é julgado por seus pares. O sistema de seleção dos jurados contribui, em larga escala, para essa condição. A recusa peremptória de mulheres, jovens e indivíduos não caucasianos é frequente, o que acaba por restringir o potencial de representatividade dos júris (LEE, 2018, *online*).

Por fim, há quem se preocupe com a possibilidade de erro de julgamento motivado pela falta de conhecimento jurídico dos jurados, ou má interpretação dos fatos e provas apresentados, o que acarretaria decisões injustas (HARVARD LAW REVIEW, 1983, *passim*). É fato que o Direito pode ser complexo para aqueles não iniciados em seus fundamentos, e que a apresentação de provas técnicas pode ser cansativa e de difícil

compreensão para os jurados. Essa condição, agravada pela possível consequência do julgamento (ex. Pena de morte) é, inclusive, os dos fatores de estresse dos jurados (BORNSTEIN *et al.*, 2005, *passim*).

5.1.3.2.2. A perspectiva normativa

A Regra de Não Impeachment foi positivada no âmbito federal pelo artigo 606(b) das Regras Federais de Evidência (*Federal Rules of Evidence*) nos seguintes termos:

“Testemunho e outras evidências proibidas: (1) Durante a investigação sobre a validade de um veredito ou indiciamento, um jurado não poderá testemunhar sobre nenhuma declaração feita ou incidente ocorrido durante as deliberações do júri; o efeito de qualquer coisa sobre o voto daquele ou de outro jurado; ou o processo mental de outro jurado relativo ao veredito ou indiciamento. A Corte não poderá receber declaração de um jurado sobre ou evidência de declaração de um jurado relativa a tais assuntos. (2) Exceções: um jurado pode testemunhar sobre: (a) informação extraoficial que foi apresentada ao jurado de forma imprópria; (b) uma influência externa invocada sobre qualquer jurado de forma imprópria; (c) um erro no procedimento do veredito ou em sua forma” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1975, art. 606(b), *tradução nossa*).

Observe-se que a vedação abrange as declarações que envolvam: (1) declarações de outros jurados. Essa é a questão discutida no caso *Peña-Rodriguez v. Colorado*, pois o jurado H.C. teria proferido frases de conteúdo preconceituoso, mas qualquer testemunho por parte dos outros jurados, como almejava a defesa, não poderia ser realizado; (2) efeito de qualquer coisa sobre o voto do jurado ou sobre o de outro jurado.; e (3) processo mental de outro jurado relativo ao veredito ou indiciamento. Essa restrição acompanha a regra desde sua origem, vez que seria praticamente impossível um testemunho crível sobre o estado de mente de outro jurado durante a deliberação (CRUMP, 1988, p.518).

As exceções, como visto, são três: (1) informação extraoficial que foi apresentada ao jurado de forma imprópria. É o caso, por exemplo, de um jurado que tenha feito investigações próprias ou soubesse de fatos não apresentados pelas partes (ver nota 11, sobre *Clark v. United States*); (2) influência externa invocada sobre o jurado de forma igualmente imprópria. Seria a situação de pressões externas para votação em determinado sentido, como subornos, ameaças e agressões (ver nota 10, sobre *Smith v. The State of Western Australia*). Embora o exemplo seja australiano, ele está alinhado com a situação prevista na norma

analisada); e (3) erro no procedimento do veredito ou em sua forma. Ocorre nos casos, por exemplo, em que os jurados não compreendem as instruções de deliberação ou construção do veredito²⁷.

5.1.3.2.3. Rega de Iowa: Versão mitigada da Regra de Não-Impeachment

Vale mencionar que a versão federal da Regra do Não Impeachment não foi adotada de forma homogênea pelos estados da federação. A Suprema Corte de Iowa deu origem a uma nova versão da norma, apelidada de “Regra de Iowa”:

“Atestados dos jurados podem ser recebidos com a finalidade de evitar um veredito, mostrar qualquer questão que ocorra durante o julgamento ou na sala do júri que não seja essencialmente inerente ao próprio veredito se um jurado for indevidamente abordado por uma parte ou por seu advogado; se testemunhas ou outros agentes conversaram sobre os fatos ou méritos da causa, dentro ou fora dos tribunais e na presença de jurados; se o veredito foi determinado por agregação, média, lote, jogo de azar ou outro artifício ou maneira imprópria. Essa declaração não pode ser recebida para mostrar qualquer assunto que não esteja diretamente relacionado ao veredito em si, como um jurado que não concorde com o veredito; um jurado que não entenda as instruções da corte; as declarações de testemunhas ou os pleitos do caso; que ele mesmo tenha sofrido influência indevida por declarações de seus colegas jurados, ou confundidos em seus cálculos ou julgamentos; ou outra questão que diga respeito somente à consciência do jurado.” (CROMLEY, 1966, p. 138 - tradução nossa).

Observa-se que a permissibilidade de testemunhos, no caso da Regra de Iowa, é maior quando comparada com a versão original da Regra de Não-Impeachment. Para fins de esquematização:

Admite-se depoimentos de jurados com a finalidade de: (1) Evitar um veredito. Nessa hipótese, o depoimento poderia ser aceito antes do final das deliberações; e (2) Mostrar situações indevidas nas deliberações, desde que não sejam inerentes ao próprio veredito. Essas situações indevidas são exatamente as mencionadas a seguir.

As hipóteses que podem ser demonstradas são: (1) Abordagem e influência indevida de uma parte ou seu advogado; (2) Conversa de testemunhas e outros agentes sobre os fatos

²⁷Ver: *Holmes v. United States* (1933). Nesse caso, alegou-se que surgiu em alguns dos jurados durante a deliberação uma dúvida a respeito do quórum necessário para condenação, e fez-se acreditar, pelos demais jurados, que o quórum necessário era maioria, quando na verdade era unanimidade. Ademais, não teria compreendido qual o momento da votação, e teriam respondido “sim”, entendendo que se tratava de uma verificação de presença. Aplicando a Regra do Não Impeachment, entendeu-se que não seria possível aceitar o depoimento dos jurados.

ou o mérito do processo, dentro ou fora do tribunal, na presença dos jurados; e (3) Situação de veredicto alcançado por agregação, média, lote, jogo de azar ou outro artifício ou maneira imprópria. Essa é a hipótese clássica acobertada pela Regra do Não-Impeachment.

Essa declaração não pode ser usada para demonstrar: (1) Assuntos não diretamente ligados ao veredicto em si; (2) Não compreensão por parte dos jurados das instruções da corte: Assim, se aplicada a regra de Iowa, a decisão do caso *Homes v. United States (1933)*²⁸; (3) Declarações sobre testemunhas ou pleitos do caso; (4) Influência indevida dos colegas jurados; (5) Confusão nos cálculos e julgamentos pessoais do jurado; (6) Questões que digam respeito à consciência do jurado, Esse último é um aspecto em comum com a Regra do Não-Impeachment.

5.1.3.3. *Histórico da questão racial hispânica*

Partindo de um pressuposto de vivência latino-americana, a questão racial no que concerne aos latinos dentro dos Estados Unidos não passa despercebida. A comunidade Latino Americana vem sofrendo uma perseguição racial no território dos Estados Unidos, de forma documentada e atestada, desde o Século 19, mais especificamente entre 1840 e 1848. Tal fato se dá pela vitória dos Estados Unidos na guerra contra o México. A guerra Mexicano-Americana se deu por dois motivos, sendo o primeiro a independência do estado do Texas do território Mexicano juntamente à sua anexação aos Estados Unidos; e a segunda razão foi o movimento do “Destino Manifesto”, que pregava uma ideia de expansão dos Estados Unidos pelo continente Norte-Americano pela ilusão de um poder divino cedido por Deus para a Nação.

No que concerne a independência do estado do Texas, faz-se mister salientar que o México não reconheceu a subsequente anexação do estado ao território dos Estados Unidos, após sua independência, o que fomentou o clima de instabilidade entre as duas nações. Isso, seguindo-se com a expansão da ideia do Destino Manifesto, que inclusive foi impulsionada pelo Presidente dos Estados Unidos James Knox Polk, destravou uma guerra entre os Estados Unidos e o México. Dela, em detrimento do México, um país que, na época,

²⁸ Ver nota 23.

encontrava-se ainda em desenvolvimento, os Estados Unidos saíram vitoriosos e expandiram o seu território (CÁRDENAS, 2003).

Hodiernamente a situação não se atenua. A comunidade hispano-latina é a maior minoria nos Estados Unidos, e mesmo assim uma das que mais sofre repressões. Com base no Estudo da Discriminação na América (HARVARD, 2017), 32% dos entrevistados, pertencentes a comunidade latina, já sofreram preconceito em entrevistas de empregos, 32% quando buscaram tratamento igualitário no trabalho e 31% quando tentaram alugar uma moradia. Estes são os ambientes mais hostis para os Latinos, quando não se considera, também, os problemas que enfrentam com a polícia. O estudo indica, também, que 47% dos Latinos perdem oportunidades de emprego apenas por sua carga de nacionalidade.

A Suprema Corte tem jurisprudência extensa na qual sustenta que, em virtude do histórico da questão racial, esse elemento deve ser levado em especial consideração quando da análise dos casos²⁹.

5.2. Caso *Medellin v. Texas* (2008)

Nesta seção serão tratados os seguintes tópicos: (1) Resumo dos fatos do caso; (2) Movimentação do caso antes de alcançar a Suprema Corte; (3) Movimentação do caso na Suprema Corte; e (4) Noções necessárias à análise do caso.

5.2.1. *Resumo Fático*

Em junho de 1993, José Ernesto Medellín, um cidadão mexicano de 18 anos, juntamente com uma gangue, teria participado do assassinato e do estupro de Jennifer Ertman e Elizabeth Peña, de 14 e 16 anos, respectivamente. Medellín foi preso 5 dias depois e assinou sua confissão, após receber seu Aviso de Miranda (*Miranda Warning*)³⁰.

²⁹ Ver caso *Loving v. Virginia* (1967). Trata-se de caso julgado pela Suprema Corte. Em 1958 composto por Mildred Jeter, uma mulher negra, e Richard Loving, um homem branco mudaram-se para Columbia para casar-se. Após a cerimônia, retornaram à Virgínia, onde foram presos por violar a lei que proibia casamentos inter-raciais. A questão apresentada perante a Suprema Corte era se a legislação anti-miscigenação da Virgínia era compatível com a Cláusula de Igual Proteção presente na Décima Quarta Emenda Constitucional. Concluiu-se que não e adicionou-se que questões de discriminação com base em raça deveriam ser submetidas “ao escrutínio mais rígido” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1967, *passim*).

³⁰ Dever dos agentes policiais, no ato da prisão, comunicar ao acusado sobre o seu direito de não responder e de ser assistido por um defensor, bem como que tudo que disser poderá ser usado contra si. (RAMOS, 2009).

Entretanto, as autoridades do Texas teriam falhado ao notificá-lo sobre seu direito de contatar o consulado mexicano, consoante descrito no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Por fim, Medellín foi condenado por estupro e por assassinato, sendo direcionado ao corredor da morte, em 1997. (OYEZ, 2019, *online*).

5.2.2. *Movimentação do Caso*

Em recurso (*Post-Conviction*)³¹, Medellín argumentou que seus direitos teriam sido violados, visto que não lhe foi concedido o direito de acionar o consulado no momento de sua prisão.

Entre 2003 e 2004 ocorreram três fatos de destaque para o caso:

Enquanto o processo era analisado pela Corte de Apelações do Quinto Circuito, o México apresentou caso perante à Corte Internacional de Justiça, sob alegação de que os Estados Unidos não notificaram os 51 réus (todos cidadãos mexicanos que foram acusados nos tribunais estaduais de cometer crimes no país, entre eles, Medellín) de seu direito, previsto na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, no que diz respeito a acionar seu consulado. No ano seguinte, após o indeferimento dos pedidos pelas jurisdições inferiores, e a submissão e aceitação do caso *Medellín v. Dretke (2005)*³² perante a Suprema Corte, a Corte Internacional de Justiça proferiu julgamento, determinando que os processos que envolviam os 51 réus deveriam ser revistos, diante dos direitos violados (OYEZ, 2019, *online*).

Após a decisão, o Presidente Bush forneceu um memorando, o qual ressaltava a necessidade de que os estados revisassem as condenações e sentenças de cidadãos estrangeiros que não haviam sido informados sobre seus direitos individuais previstos na Convenção de Viena.

³¹ Processo do direito americano, o qual está em vigor para proteger indivíduos inocentes de erros humanos inerentes ao sistema de justiça criminal. (JUDICIARY, 2019).

³² Primeiro caso apresentado por Medellín perante a Suprema Corte. A discussão era restrita à decidir se as Cortes Federais (Corte de Apelação do Quinto Circuito, no caso), deveria aceitar o pedido de reconsideração do julgamento, na hipótese de um direito previsto na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas; e se a Corte Federal deveria aplicar um julgamento da Corte Internacional de Justiça. Decidiu-se o caso, no entanto, em uma questão procedimental, a não exaustão das instâncias estatais.

Medellín entrou com uma petição de *Habeas Corpus* no Tribunal Distrital dos Estados Unidos, alegando novamente a violação aos direitos previstos na Convenção de Viena sobre Relações Consulares. O pedido foi negado, sob o fundamento de que a alegação de violação à Convenção deveria ter sido apresentada no julgamento, não na apelação.

Perante a Suprema Corte, seus pedidos também foram negados, sob o fundamento de que, diante da decisão da Corte Internacional de Justiça, ainda era possível o recurso de revisão dentro da jurisdição do Estado do Texas. Assim, decidiu-se pelo retorno do caso ao Tribunal de Apelações Criminais do Texas, última instância para todas as questões criminais no Estado. (OYEZ, 2019).

Nesse sentido, Medellin utiliza da argumentação dada pela Corte Internacional de Justiça para corroborar a transgressão do seu direito, além do memorando fornecido pelo Presidente George Bush, o qual ressaltava a necessidade de que os estados revisassem as condenações e sentenças de cidadãos estrangeiros que não haviam sido informados sobre seus direitos contidos na Convenção de Viena. Medellin argumentou que a Constituição dá ao presidente amplo poder para garantir que os tratados sejam cumpridos e que esse poder se estende ao tratamento de tratados em processos judiciais estaduais. Ademais, haveria uma possibilidade deixada pelo caso *Sanchez-Llamas v. Oregon (2006)*³³ de que a Convenção de Viena lhe concedia um direito individual que os tribunais estaduais deveriam respeitar.

³³ Moises Sanchez-Llamas é Mexicano, e foi preso sob a acusação de ter participado de uma troca de tiros com a polícia, e de tentativa de homicídio. No momento de sua prisão ele recebeu o Aviso de Miranda (*Miranda Warning*), mas não foi informado da possibilidade de se consultar com o cônsul mexicano, direito previsto pelo art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Ele confessou os crimes, mas sustentou-se nas cortes estatais que a confissão não era válida, pois seu direito convencional fora violado. Os pedidos foram negados, e o caso foi apresentado à Suprema Corte sob a forma de três perguntas: (1) O art. 36 da Convenção de Viena sobre Consulares cria um direito substantivo individual?; (2) A evidência obtida após violação do art. 36 deve ser excluída do julgamento?; (3) Um Estado pode se recusar a analisar uma alegação de violação do art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares com fundamento em uma norma procedimental?. A primeira questão não foi analisada. A segunda resposta foi negativa, pois a Convenção não aponta a necessidade nem o propósito da supressão, e esse tipo de situação não é suficiente para aplicação da regra de exclusão de evidências, usualmente restrita à violações de direitos constitucionais. A terceira resposta, que passou pela premissa de que a Suprema Corte não está vinculada à interpretações feitas pela Corte Internacional de Justiça, vai de encontro ao determinado na decisão do Caso Avena, afirmando que o art. 36 deve ser implementado em conformidade com as normas e regulações domésticas, de forma que ele não poderia implicar o afastamento da norma procedimental do Estado do Texas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006, *passim*).

Diante disso, o Tribunal de Recursos Criminais do Texas não tomou como satisfatórios os argumentos de Medellín e negou sua petição. O tribunal concluiu o caso com base na interpretação firmada em *Sanchez-Llamas v. Oregon (2006)*³⁴, a partir do princípio de que as decisões da Corte Internacional de Justiça não são vinculativas para os tribunais estaduais. Foi mantida a posição de que permitir que Medellín levantasse a questão da Convenção de Viena depois do seu julgamento e exclusivamente na apelação, violaria as regras processuais estaduais, as quais não deveriam ser suplantadas nem mesmo pela Convenção. Além disso, não caberia ao presidente ordenar a execução na corte estadual de uma decisão da Corte Internacional de Justiça, visto que isso implicaria em um poder legislativo não alocado a ele pela Constituição. (OYEZ, 2019, *online*)

Por conseguinte, o Tribunal de Recursos Criminais do Texas negou a segunda apelação de Medellín e o Supremo Tribunal dos EUA concedeu um segundo *writ of certiorari* (OYEZ, 2019, *online*).

5.2.3. O caso na Suprema Corte

Nesta seção será analisada (1) a questão jurídica apresentada à corte; e (2) os argumentos desenvolvidos pelas partes.

5.2.3.1. A questão jurídica

Na segunda *petition for certiorari* apresentada pela defesa de Medellín, levantou-se duas questões: Primeiro, se o Presidente Bush tinha autoridade para exigir que os Estados obedecessem à decisão da Corte Internacional de Justiça, a fim de satisfazer as obrigações internacionais dos Estados Unidos; segundo, se, dessa vez, os tribunais estaduais deveriam obedecer à decisão da Corte Internacional de Justiça no caso Avena (DENNISTON, 2007, *online*).

5.2.3.2. Os argumentos das partes

³⁴ Ver nota 33.

Nesta seção serão apresentados os argumentos: (1) em prol do Peticionante; (2) em prol do Estado do Texas.

5.2.3.2.1. Peticionante

Sobre a ordem do Presidente Bush, alegou-se que não houve inovação jurídica, somente uma reafirmação das obrigações já existentes e vinculantes aos Estados Unidos, especificamente aquelas previstas na Carta das Nações Unidas, no Estatuto da Corte Internacional de Justiça e no Protocolo Opcional à Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) (ver tópico 5.2.4.1.1.1). Essa função seria fundamentada no dever constitucional do Presidente de garantir que as leis sejam executadas (art. II), e sua prerrogativa de conduzir de forma independente as Relações Internacionais da nação (art. II, §1º) (BRIEF FOR THE PETITIONER, 2007, p. 28 e ss.).

A natureza vinculante das obrigações, por sua vez, teria por fundamento art. 6º da Constituição Americana (Cláusula de Supremacia):

“Artigo VI: (...) Essa Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos à ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.(...)” (ESTADOS UNIDOS, 1789, *tradução nossa*).

É importante colocar que, por “lei suprema do país”, e, nos termos descritos no artigo transcrito, os tratados, quando auto-executáveis (para definição do termo “auto-executáveis, ver tópico 5.2.4.3.1.), teriam, no direito interno americano, *status* de lei federal (CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE - LIBRARY OF CONGRESS, 2001, p. 184). Assim, sustentou-se que, sendo entendida como “Lei suprema do País”, todos os Estados estariam sujeitos à ela, inclusive o Texas no caso analisado, de forma que a norma usada para fundamentar a recusa, por parte do Estado do Texas, em rever o caso de Medellín (art.

11.071, seção 5³⁵, do Código de Processo Penal do Estado do Texas), seria inválida (BRIEF FOR THE PETITIONER, 2007, p. 23 e ss.).

A interpretação da norma deve ser feita em conjunto com o art. III, seção 2:

“Artigo III, seção 2: A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade (...)” (ESTADOS UNIDOS, 1789, *tradução nossa*).

Sobre a posição da Suprema Corte em relação à decisão da Corte Internacional de Justiça, sustentou-se que caberia à primeira uma análise da jurisdição da segunda, ou seja, se esta tinha poder para julgar o Caso Avena, e uma análise acerca da compatibilidade da decisão com a Constituição Americana. Não caberia, portanto, uma revisão do mérito da decisão do Caso Avena. (BRIEF FOR THE PETITIONER, 2007, p. 19 e ss.)

5.2.3.2.2. Estado do Texas

O Estado do Texas apresentou o caso como um de “separação de poderes”: o ato presidencial, que deveria ser interpretado como “pedido”, não como “comando”, representava transgressão à autoridade do Congresso, do Judiciário e dos Estados Federados. Para resolver essa transgressão, e implementar a decisão do Caso Avena, seria necessário o adequado procedimento legislativo de internalização da decisão, o que não aconteceu no caso concreto (BRIEF FOR THE RESPONDENT, 2007, p. 9 e ss.).

³⁵ “Seção 5: Aplicação subsequente. (a) se um pedido subsequente de ordem de *Habeas Corpus* for apresentado após a apresentação de um requerimento inicial, o tribunal não poderá considerar o mérito ou conceder a ordem com base no pedido subsequente, a menos que o requerimento contenha fatos específicos, suficientemente estabelecendo que: (1) as reivindicações e questões atuais não foram e não poderiam ter sido apresentadas anteriormente em uma petição oportuna ou um pedido previamente considerado, apresentado com base neste artigo ou no artigo 11.07, pois sua base legal ou factual estava indisponível à data da impetração do primeiro requerimento; (2) por uma preponderância de evidência, a menos que tenha ocorrido violação à Constituição dos Estados Unidos, nenhum jurado racional poderia ter considerado o réu culpado além de dúvida razoável; (3) por evidência clara e convincente, a menos que tenha ocorrido violação à Constituição dos Estados Unidos, nenhum jurado racional poderia ter respondido a favor do Estado uma ou mais de uma dos quesitos especiais submetidos ao júri no julgamento do requerente, nos termos dos artigos 37.071, 37.0711 ou 37.072” (TEXAS, 1856, *tradução nossa*).

A autoridade do Congresso foi afetada por, Primeiro, tratar como auto-executável, ou seja, apto a criar imediatamente direitos e deveres para indivíduos e para o Estado, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, quando, em verdade, essa não era a intenção do legislativo; segundo, por tratar como executável pelo judiciário uma decisão da Corte Internacional de Justiça, quando, em verdade, trata-se de obrigação executável pelo Conselho de Segurança, nos termos do art. 94 da Carta da ONU:

“Se uma das partes num caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença proferida pela Corte, a outra terá o direito de recorrer ao Conselho de Segurança, que poderá, se julgar necessário, fazer recomendação ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença” (ONU, 1945).

Terceiro, por apontar inovação legislativa quando os procedimentos para internalização do tratado não foram realizados no Congresso, fora das prerrogativas presidenciais (BRIEF FOR THE RESPONDENT, 2007, p. 13 e ss.).

Em relação à autoridade da Suprema Corte haveria conflito de prerrogativas, pois a jurisprudência por ela fixada nunca entendeu os julgamentos da Corte Internacional de Justiça como vinculantes ou conclusivos. Ademais, pois nem a Suprema Corte, nem o Presidente têm “poder geral de supervisão” sobre as normas adotadas pelas Cortes Estaduais (BRIEF FOR THE RESPONDENT, 2007, p. 30 e ss.).

Por fim, em relação à autoridade dos Estados, sustentou-se que o Presidente não teria autoridade para intervir ou alterar a estrutura dos judiciários estaduais para implementar medida de política federal. Assim, se a intenção do Memorando era requerer a efetivação da decisão do Caso Avena, e se essa efetivação implicaria no afastamento de uma norma processual vigente no Estado, o Presidente não possuiria autoridade para lidar com a questão (BRIEF FOR THE RESPONDENT, 2007, p. 38 e ss.).

5.2.4. Noções necessárias à análise do caso

Nessa seção serão tratados os tópicos de Direito de Tratados, especificamente a Convenção de Viena de 1969 sobre Direito de Tratados; da Corte Internacional de Justiça, incluindo sua jurisdição e o julgamento do caso Avena; e, por fim, aspectos de Direito Interno, dentre eles o sistema de ratificação de tratados nos Estados Unidos, a Competência

do Presidente para exigir dos Entes Federados a obediência às decisões de cortes internacionais e a Competência da Suprema Corte em relação às decisões de cortes internacionais.

5.2.4.1. *Direito de Tratados: A Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados*

Direito dos Tratados é o tópico, dentro de Direito Internacional, que envolve o estudo dos procedimentos de elaboração e ratificação de tratados, além das cláusulas gerais de interpretação e aplicação das obrigações pactuadas, além das possíveis exceções à elas. A Convenção que rege o Direito dos Tratados é, majoritariamente a Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados (REZEK, 2014, *passim*). Nos próximos tópicos, serão abordadas a Convenção de Viena (1969) e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963), ambas das quais os Estados Unidos são parte, nos aspectos úteis à resolução do caso em questão.

Os Acordos Solenes entre os Estados são firmados desde os primórdios da sociedade, sendo celebrados entre estes a todo o tempo. Eles podem ser vistos como instrumentos necessários para a instauração de equilíbrio entre as Nações, tendo em vista seus diversos fins. Sob este prisma, em 1969 a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados foi elaborada, vindo a entrar em vigor efetivamente em 1980, quando atingiu 35 ratificações.

Assim, tomando por base as especificações da Convenção de Viena, “tratado” é um acordo internacional, concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional. É uma manifestação de vontades confluentes de Estados que, entre si, decidem o estabelecimento de um tratado para a manutenção de alguma obrigação jurídica. Trata-se da principal fonte de Direito Internacional, porque representa a vontade dos Estados ou das Organizações Internacionais, em um determinado momento, que aceitam regular uma relação jurídica por meio de uma norma comum entre si (VARELLA, 2015).

Para que sejam caracterizados como tratados, os documentos devem seguir a existência de alguns elementos fundamentais, sendo eles: o acordo formal de vontade consensual entre as partes; que as partes sejam sujeitos do Direito Internacional Público, ou seja, entre Estados ou Organizações Internacionais capazes de firmar tratados; devem possuir

objeto lícito e possível; e devem produzir resultados jurídicos, devendo eles serem assinados e ratificados.

Os tratados passam por seis fases de elaboração antes que passem a produzir efeitos jurídicos plenamente, sendo estas a (1) Negociação, que é realizada por autoridades nacionais designadas pela ordem Constitucional de um Estado, sendo esta competência, normalmente, de um Chefe de Estado, podendo ser delegada ao Ministro do Exterior). A negociação é a parte responsável pela elaboração do texto formal do tratado, que é composto por um preâmbulo e do dispositivo onde são definidas as obrigações de cada Estado-parte; (2) a Manifestação de Consentimento, que é, basicamente, a assinatura. Na assinatura, o documento é considerado como autenticado, não sendo admitida modificação após esse momento, salvo se for de interesse mútuo, gerando, assim, permissão para tal; a (3) Ratificação é uma das partes mais importantes da conclusão do tratado, tendo em vista que ela é a responsável pela confirmação de validade do mesmo. Assim, torna o tratado obrigatório para o Estado que o ratificou, reafirmando a necessidade do cumprimento de tal obrigação adquirida; a (4) Promulgação, por sua vez, possui uma natureza interna em cada Estado, sendo o momento em que o governo afirma a existência de um tratado por ele celebrado. Assim, dentro do plano interno estatal, o tratado se torna item a ser executado. Além deste, a promulgação de um tratado possui o condão de constatar a regularidade do processo legislativo, onde o executivo constata a existência de uma norma obrigatória para o Estado; a (5) a Publicação, a seu passo, é a responsável para que o tratado seja aplicado em um âmbito interno; e o (6) Registro, que possibilita ao Estado-parte invocar os benefícios do tratado para si (AQUINO, 2009).

Os tratados, por sua vez, devem ser interpretados, sempre, sob o princípio da boa fé, compreendendo, além do dispositivo, o seu preâmbulo e anexos. Nisto, em relação ao tratado, compreende, também, além do retrocitado, qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; e qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. Juntamente ao contexto, leva-se em consideração qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou

à aplicação de suas disposições; qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; e quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. Os meios suplementares de interpretação são admitidos, mas apenas quando a interpretação deixa o sentido ambíguo ou obscuro, ou conduz a um resultado que é manifestamente absurdo.

Os tratados devem entrar em vigor na forma e na data prevista pelo próprio tratado. Caso ausente tal dispositivo, ele entra em vigor quando o consentimento em obrigar-se pelo tratado seja manifestado por todos os Estados-parte, entrando em vigor na data, salvo disposição contrária.

Um importante elemento dos tratados são as reservas feitas por cada Estado, sendo, também, previstas na Convenção de Viena. As reservas são, por sua vez, a declaração unilateral feita por um Estado ou Organização Internacional, visando excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado ou Organismo Internacional (CUNHA, 2017). A reserva apenas não será aceita se ela, em específico, for proibida pelo próprio tratado; Caso o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; e caso a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.

5.2.4.2. A Convenção de Viena de 1963 sobre Relações Consulares

Dentre os vários aspectos abordados pela Convenção de Viena no plano do Direito Internacional, uma merece atenção específica, ao se tratar do caso *Medellín v. Texas* - a proteção consular aos nacionais no exterior. Destarte, já no seu Artigo 5º, a Convenção estabelece as funções consulares entre países que aderem à Convenção e reconhecem relações mútuas entre os Estados, dentre as quais as mais relevantes se seguem:

Artigo 5º. Funções Consulares. As funções consulares consistem em: a) proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional; [...] e) prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas do Estado que envia; [...] i) representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor; [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1963).

Como exposto, as funções de proteção dos nacionais no exterior consistem, no mais amplo sentido, no regime de assistência consular; “Acontece que o ‘Estado que envia’ somente terá condições de prestar a assistência, caso seja informado acerca da necessidade e interesse de o seu nacional ser assistido” (JAEGER, 2009, p. 4). Esse regime de comunicação foi criado justamente para que o nacional detido no exterior tenha o direito de ter sua situação comunicada ao seu Consulado, no escopo de viabilizar o exercício da assistência consular (JAEGER, 2009, p. 4), e se encontra mais especificamente no artigo 36 da Convenção:

Artigo 36. Comunicação com os Nacionais do Estado que Envia. . A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: a) [...] b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo; c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conservar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1963).

De acordo com o exposto acima, o estrangeiro detido por autoridades nacionais têm o direito de se comunicar com seu Consulado, e o Consulado, por sua vez, tem o direito de prestar assistência ao mesmo. Porém, “se o Estado que envia” não está ciente de que seu nacional está detido, o Estado não terá como exercer os direitos de assistência previstos no artigo” (ACEVES, 2002, p. 210).

5.2.4.3. A Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judiciário do sistema das Nações Unidas, responsável por resolver as controvérsias de caráter jurídico que eventualmente venham a surgir entre Estados parte da Carta das Nações Unidas (art. 92, ONU, 1945).

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é um dos órgãos do Sistema ONU, possuindo, este, um viés jurídico. É o Órgão responsável por apreciar as disputas legais submetidas por Estados, solucionando-os, de acordo com o Direito Internacional. A CIJ é um órgão de funcionamento permanente, e tem como base de sua criação a busca pela resolução de conflitos de maneiras alternativas. O primeiro sinal da criação de uma Corte Internacional de Justiça surgiu em 1899, na Conferência de Paz de Haia. Nela, as problemáticas que concernem a necessidade da solução pacífica de disputas internacionais foram duramente levantadas. A Conferência obteve, em seu final, a criação da Corte Permanente de Arbitragem, que funciona até hoje. Em 1907 uma segunda Conferência foi realizada em Haia, com países da América Central e do Sul. O resultado dessa Conferência foi a revisão de algumas normas, além de uma recomendação de que os Estados adotassem um esboço de Convenção para a criação de uma Corte Arbitral de Justiça, o que serviu como rascunho para a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional (International Court of Justice, 2013).

A Corte Permanente de Justiça Internacional nasceu em 1919, em virtude do 14º artigo do Pacto da Liga das Nações. O artigo prevê a criação de um Tribunal permanente de justiça internacional, onde tomará conhecimento de todos os litígios de caráter internacional. A primeira sessão ocorreu em 1922, tendo o tribunal funcionado até 1940. O encerramento das atividades da Corte Permanente de Justiça Internacional foi advento da Segunda Guerra Mundial.

Em 1943, uma comissão inter-aliada é formada entre os Estado Unidos e o Reino Unido, decidindo que o Estatuto de qualquer outra Corte Internacional deve seguir o da Corte Permanente de Justiça Internacional, com jurisdição consultiva assegurada. Além disso, foi decidido que a aceitação da jurisdição da nova corte não seria compulsória, e que a corte não deveria ter jurisdição sobre matérias essencialmente políticas. Assim, passa-se a perseguir a criação de um Organismo supranacional que buscasse a efetivação da paz e segurança internacional. Assim, em 1945, na Conferência de São Francisco, decide-se pela criação de uma Corte completamente nova, seguindo os preceitos da Corte Permanente de Justiça Internacional. Corte esta que é conhecida hodiernamente como Corte Internacional de Justiça.

A Corte possui duas competências primordiais, sendo estas a contenciosa e a consultiva. A competência contenciosa, como supracitado, trata sobre a solução de litígios internacionais. A competência consultiva é a de emissão de pareceres sobre questões jurídicas solicitados pela Assembleia Geral das Nações Unidas ou pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. O artigo 34 do Estatuto da CIJ deixa claro que apenas Estados possuem capacidade postulatória diante da Corte. Os Estados que não fizerem parte do sistema das Nações Unidas também podem litigar, desde que se sujeitem às disposições gerais dos tratados vigentes e que não coloquem as partes em situação de desigualdade perante a Corte (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2013).

A Corte Internacional de Justiça possui competência apenas para assuntos de Direito Internacional, não atuando na esfera interna de nenhum Estado. Ainda sob este prisma, o Estatuto delimita, em seu 36º artigo, as matérias que poderão ser apreciadas pela Corte, sendo estas a interpretação de um tratado; qualquer questão de direito internacional; e a existência de todo feito que, se for estabelecido, constituirá violação de uma obrigação internacional.

Ademais, vale ressaltar que os critérios de apreciação de matéria jurídica são previstos no próprio Estatuto da Corte, em seu artigo 38º. Assim, compreende-se que pode-se aplicar o costume internacional, os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações, as decisões judiciais e as doutrinas como meio auxiliar para a determinação das regras do direito.

5.2.4.3.1. Jurisdição

Em uma visão internacional, a Jurisdição é vista como um aparelho de controle, que tenta quebrar o paradigma interestatal. A primeira Corte que possuiu tal caráter surgiu em um contexto latino-americano, sendo ela a Corte Centro-Americana de justiça. Esta Corte recebia denúncia de Estados e também de indivíduos dotados de direitos. É extremamente importante ressaltar que as Cortes Internacionais, capacitadas com sua jurisdição interestatal, dotava tais indivíduos com um caráter processual, perpetuando o ideal do acesso à justiça (TRINDADE, 2013).

Em uma relação com o Estado, a jurisdição é a responsável por manter o caráter soberano dentro de matérias internas. Entretanto, relacionando com a jurisdição internacional, pode ser entendida como a limitação das decisões internacionais dentro do âmbito interno do Estado. Contudo, a jurisdição também deve compreender a cooperação do Estado com a ordem internacional. A Jurisdição das Cortes Internacionais são vigentes, mas não criam qualquer impacto dentro do ordenamento jurídico interno. Já no contexto de uma política internacional, o Estado que não cumpre decisões de tal caráter quebram com o princípio do dever. Assim, sanções podem ser impostas por meio de conselhos, como é o caso da relação entre a CIJ e o Conselho de Segurança (ONU, 1945).

A Carta da ONU, em seu artigo 92, define a Corte Internacional de Justiça como principal órgão judiciário das Nações Unidas. O artigo seguinte afirma que todos os membros das Nações Unidas fazem parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, estando, assim, dentro de sua jurisdição. Complementando o artigo 93, o artigo 94 afirma que os membros do sistema das Nações Unidas devem aceitar as decisões proferidas pela Corte. A parte não cumprindo a obrigação fica sujeita que a outra parte envolvida na lide acione o Conselho de Segurança das Nações Unidas, que fará recomendações ou realizar decisões sobre a matéria. Compreende-se, assim, um caráter de jurisdição extremamente expandido (ONU, 1945).

5.2.4.3.2. O caso Avena

Em breve resumo do caso, no ano de 2003, cinquenta e dois cidadãos mexicanos haviam sido presos e processados nos Estados Unidos por crimes cometidos naquele país; e todos foram condenados à pena de morte. Para além da argumentação sobre o fato tratado anteriormente, o México alegou perante a Corte Internacional de Justiça que tais cidadãos não foram informados pelas autoridades competentes dos Estados Unidos sobre seus direitos de contato e assistência com seus Consulados, postura essa que contraria o Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963.

A Corte, a partir do exposto, reiterou que quando o Artigo 36 da Convenção de Viena foi violado por falta de pronta notificação ao Consulado do estrangeiro, o detido não tem

mais recursos efetivos à sua disposição para combater uma sentença ou acusação contra ele, como foi o caso de José Ernesto Medellín. Assim, a Corte Internacional de Justiça concluiu que o recurso apropriado no caso Avena seria que os tribunais locais dos EUA concedessem a revisão e a reconsideração dos 52 casos em questão, a fim de analisar e determinar se, de fato, a falta de notificação consular impediria a interposição de recursos substanciais em favor do detido que poderiam envolver a comutação da pena de morte (OLABUENAGA, 2009, *online*).

5.2.4.3. *Direito Interno*

Em complementação à análise sob a perspectiva do Direito Internacional, é preciso também compreender o sistema interno americano no que tange: (1) ao sistema de ratificação de tratados por parte dos Estados Unidos, em especial sobre a distinção entre Tratados auto-executáveis e tratados não auto-executáveis; (2) à Competência do Presidente para exigir dos Estados Federados observância às decisões de Cortes Internacionais; (3) à competência da própria Suprema Corte para analisar decisões de Cortes Internacionais; e, por fim (4) à competência das Cortes estatais em determinar suas próprias regras procedimentais.

5.2.4.4.1. Sistema de ratificação de tratados nos Estados Unidos: Tratados auto-executáveis e não auto-executáveis

No Direito Interno americano, o termo “Tratado” não tem o mesmo significado que no Direito Internacional. No último, tratado é um termo genérico usado para indicar um acordo entre Estados, e que pode ser substituído por outros termos como “Carta”, “Convenção”, e outros, sem que exista prejuízo ao seu significado (REZEK, 2014, pp. 25-26). No Direito Interno, por sua vez, “Tratados” são somente aqueles acordos internacionais cuja ratificação foi submetida a um procedimento interno, de aprovação pelo Senado, com o quórum mínimo de $\frac{2}{3}$ dos senadores (CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE - LIBRARY OF CONGRESS, 2001, p. 4). A Convenção de Viena de 1963 foi submetida e aprovada neste procedimento em 14 de Setembro de 1965 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1963). Dessa forma, ela já se diferencia-se, internamente, dos

chamados “Acordos Executivos”, que não necessariamente passam por essa aprovação interna, e tem *status* indefinido, mas definitivamente menos impactante na ordem jurídica, do que os Tratados (CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE - LIBRARY OF CONGRESS, 2001, p. 6).

Dentro dos acordos conceituados “Tratados”, há ainda duas subdivisões: (1) Tratados auto-executáveis; (2) Tratados não auto-executáveis. Esse foi um dos centros da questão apontada pelo Estado do Texas: como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não seria um Tratado auto-executável, ele não criaria imediatamente para Medellín o direito de requisitar o aconselhamento consular, de forma que a causa usada para requerer a revisão da decisão não poderia ser aplicável diretamente às cortes do Texas. Ademais, a Carta da ONU, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça e o Protocolo Opcional à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que criam internacionalmente a obrigação de implementar as decisões da Corte Internacional de Justiça, também não implicariam imediatamente a obrigação interna de aplicar as decisões.

Um tratado auto-executável é aquele apto a criar direitos e obrigações sem que seja necessária legislação que o internalize, que está apto à judicialização imediatamente após a ratificação. Por oposição, um tratado não auto-executável é aquele que, antes de poder ser aplicado pelas cortes internas, depende de um ato legislativo. A distinção prática entre as duas categorias é bastante disputada na doutrina (VÁZQUEZ, 1995, p. 695). O critério estabelecido pela Suprema Corte é o da chamada Doutrina da Intenção. Essa teoria foi elaborada com base na decisão da Suprema Corte no caso *Foster v. Neilson (1829)*³⁶. Em suma, apontou-se que era necessário analisar a construção do tratado, especialmente os termos utilizados, para identificar qual era a natureza atribuída, pelas partes, ao documento. No caso, a norma internacional indicava que a concessão das terras “seria ratificada e confirmada” pelos Estados Unidos (tradução nossa). Logo, além da ratificação, seria

³⁶ Nesse caso, a Suprema Corte analisou um tratado entre os Estados Unidos e a Espanha, que teria ratificado a concessão ao peticionante direito sobre um terreno na Louisiana. Entendeu-se que o tratado não poderia ser considerado auto-executável se ele requeresse um ato legislativo para realizar-se. No caso, o ato legislativo seria necessário para confirmar e transferir o título da terra (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1829, *passim*).

necessário um ato pelo qual se confirmaria a concessão das terras, o ato legislativo que tornou o tratado analisado não auto-executável (VÁZQUEZ, 1995, p. 700-704).

Tomando como parâmetro então da Doutrina da Intenção, a análise da corte deveria se basear no estudo dos termos em que: (1) O Protocolo Opcional à Convenção de Viena sobre Relações Consulares e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça descrevem a obrigação de aceitar jurisdição e implementar a decisão exarada; (2) O direito à notificação do consulado é apresentado na Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

5.2.4.4.2. Competência do Presidente para exigir dos Estados Federados obediência à decisões de cortes internacionais

Após a Suprema Corte dos Estados Unidos conceder *certiorari*, garantia de revisão de uma decisão judicial, ao caso de José Ernesto Medellín, o presidente George W. Bush ponderou sobre a controvérsia em torno de Avena, emitindo um memorando ao Procurador Geral dos Estados Unidos, que afirma, na parte pertinente, como segue:

“Eu determinei, de acordo com a autoridade que me foi conferida como Presidente pela Constituição e pelas leis dos Estados Unidos da América, que os Estados Unidos cumprirão suas obrigações internacionais sob a decisão da Corte Internacional de Justiça em. . . [Avena], por ter tribunais estaduais efetivam a decisão de acordo com os princípios gerais de cortesia em casos arquivados pelos 51 nacionais mexicanos abordados nessa decisão” (DENNISTON, 2007, tradução nossa).

Embora a distinção não seja teórica, memorandos são um tipo de diretiva emitida pelo Presidente, na maior parte das vezes usado para emitir ordens formais aos Secretários de Gabinete e outros agentes próximos ao presidente (KORTE, 2017, *online*). A autoridade que poderia tornar esse memorando vinculante para além do seu destinatário é constitucionalmente delimitada, especialmente pelo dever do Presidente de garantir que as leis sejam executadas (art. II), e sua prerrogativa de conduzir de forma independente as Relações Internacionais da nação (art. II, §1º).

5.2.4.4.3. Competência da Suprema Corte em relação à decisões de cortes internacionais

Em interpretação originalista, a Cláusula de Supremacia, prevista no art. VI da Constituição Americana, foi elaborada em um contexto no qual os “Pais Fundadores” viam-se preocupados com a desconsideração e o desrespeito às obrigações internacionais. Como resume Carlos Manuel Vázquez:

“A história da Cláusula de Supremacia demonstra, então, que seu propósito era evitar violações à tratados atribuíveis aos Estados Unidos, e que os Fundadores buscavam atingir essa meta criando tratados aplicáveis nas cortes ao pedido dos indivíduos afetados, sem a necessidade de ações legislativas adicionais, nem a nível estadual ou federal (VÁZQUEZ, 1996, p. 669, *tradução nossa*).

A questão relevante para compreender o papel da Suprema Corte no contexto de implementação das obrigações internacionais é até onde se estende o poder de análise da Corte no que tange a decisões de Cortes Internacionais. Há uma primeira linha que sustenta que o único controle ao qual a Suprema Corte americana poderia submeter uma decisão de Cortes Internacionais teria natureza formal, restringindo-se à averiguação acerca da jurisdição da corte que exara a decisão, e uma análise de compatibilidade com os elementos centrais da Constituição do Estado. Uma segunda linha entende que, além do controle formal mencionado, é possível e necessário que a Corte interna realize análise extensa do mérito da decisão, para além, inclusive, da compatibilidade constitucional (VÁZQUEZ, 1996, p. 669 e ss.).

O último tem sido aplicado reiteradamente, não só pela Suprema Corte, mas inclusive pelas Cortes Federais. Tem-se, por exemplo, o *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) (1998)*³⁷. A decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça nesse caso foi explicitamente afastada no caso *Breard v. Greene (1998)*³⁸, no dia da execução do réu. Em outro caso analisado pela

³⁷ No caso, Breard era cidadão do Paraguai, e foi condenado à pena de morte no estado da Virgínia sob acusação de tentativa de estupro e homicídio culposos consumado de Ruth Dickie. Em nenhum momento desde sua prisão ele foi informado do direito de notificar o consulado, previsto no art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Os pedidos de consideração do direito em questão foram afastados em sede de recurso pela aplicação da Doutrina da Perempção (*Procedural Default*), segundo a qual está perempto, ou seja, não se pode mais questionar aquele ponto em específico, o direito de invocar violação à Convenção perante as Cortes Federais, se essa alegação não foi feita perante as Cortes Estaduais. O caso foi submetido à Corte Internacional de Justiça, que concluiu que ela tinha jurisdição sobre o caso e que a execução de Breard deveria ser suspensa até o fim dos procedimentos ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1998, *passim*). Para continuação, ver nota 37.

³⁸ Após o julgamento da Corte Internacional de Justiça, Breard apresentou uma petição perante a Suprema Corte, para que ela aplicasse a decisão da Corte Internacional. O pedido foi negado, e a conclusão pela

Corte Internacional de Justiça, o caso *LaGrand (1999)*³⁹, no qual a Corte Internacional de Justiça concluiu pela natureza de direito individual da determinação presente no art.36 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e, não obstante, as cortes federais americanas em geral adotaram a interpretação de que a Convenção não confere direitos aos indivíduos (FITZPATRICK, 2002, p.429).

Logo, a análise do caso *Medellín v. Texas* passa também pela conclusão acerca do papel da Suprema Corte em implementar ou não as decisões de Cortes Internacionais.

5.3. Caso Confeitaria Masterpiece v. Comissão de Direitos Civis do Colorado (2017)

Nesta seção serão tratados os seguintes tópicos: (1) Resumo dos fatos relacionados ao caso; (2) Movimentação do caso antes de chegar à Suprema Corte; (3) Movimentação do caso na Suprema Corte; e (4) Noções necessárias à análise do caso.

5.3.1. Resumo fático

Em julho de 2012, o casal Charlie Craig e David Mullins foi à *Masterpiece Cakeshop* (Confeitaria Masterpiece) em Lakewood, Colorado e solicitou a Jack C. Phillips a criação da arte de um bolo para comemoração de seu casamento. Diante disso, o confeitiro teria negado a realização do serviço por acreditar que utilizava de sua arte para agradar ao seu deus, o que não se concretizaria, no caso em discussão, devido a oposição religiosa ao casamento de pessoas do mesmo sexo. Entretanto, Phillips teria admitido a possibilidade de venda de outros produtos do estabelecimento a eles. (SCHOOL, 2019, *online*).

5.3.2. Movimentação do caso

ocorrência de Perempção da alegação de violação à Convenção de Viena sobre Relações Consulares foi mantido (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1998, *passim*).

³⁹ Também chamado de *Germany v. United States of America (1999)*, foi julgado pela Corte Internacional de Justiça. Os fatos davam conta da condenação à pena de morte de Karl e Walter LaGrand, cidadãos da Alemanha, sem que seu direito ao contato com os cônsules de seu país, previsto na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, fosse garantido. Decidiu-se que a Corte tinha jurisdição, nos termos do Protocolo Opcional à Convenção mencionada, e, nos méritos, que a execução de Walter LaGrand, já agendada, deveria ser adiada até o final dos procedimentos, pois o direito à comunicação da prisão aos Cônsules era um direito individual dos envolvidos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1999, *passim*).

O casal apresentou uma acusação à Divisão de Direitos Civis do Colorado, com base argumentativa pautada no “Colorado Anti-Discrimination Act” (CADA), o qual proíbe discriminação com base em deficiência, raça, credo, cor, sexo, orientação sexual, estado civil e outros (ver tópico 5.3.4.2.1.) em locais de comércio voltado ao público ou em qualquer lugar que ofereça serviços, ainda que o uniões homoafetivas não tivessem o mesmo status legal que suas contrapartes heteroafetivas. Após parecer da Divisão, por meio de uma notificação determinando a causa provável, Craig e Mullins entraram com uma reclamação formal no “Office of Administrative Courts”⁴⁰ alegando que a Masterpiece os discriminou em um local de acomodação pública, o que violaria o CADA. (OYEZ, 2019, *online*)

O juiz de direito administrativo emitiu uma ordem favorável a Craig e Mullins, o que foi confirmado pela Comissão de Direitos Civis do Colorado. Em recurso, o Tribunal de Apelações de Colorado, subseqüentemente, confirmou a decisão da Comissão. (OYEZ, 2019, *online*).

5.3.3. O caso na Suprema Corte

Esta seção abordará: (1) a questão jurídica apresentada perante a Suprema Corte; e (2) os argumentos das partes para suportar seus pedidos.

5.3.3.1. A questão jurídica

No caso *Confeitaria Masterpiece v. Comissão de Direitos Civis do Colorado* a questão jurídica foi apresentada à Suprema Corte nos seguintes termos:

“A aplicação da Lei de Acomodações Públicas (Lei de Anti-Discriminação do Colorado) pode obrigar um fabricante de bolo a projetar e fazer um bolo que viola suas sinceras crenças religiosas sobre o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, de forma a violar as cláusulas de Liberdade de Expressão ou Livre Exercício previstas na Primeira Emenda Constitucional?” (PETITION, FOR A WRIT OF CERTIORARI, 2016, p. 1, *tradução nossa*).

Essa questão gira em torno de dois direitos fundamentais: o direito fundamental à liberdade religiosa e o direito fundamental à igualdade. Assim, o conflito entre os direitos fundamentais supracitados regem a seguinte problemática: se a aplicação da lei pública do

⁴⁰ O Escritório de Tribunais Administrativos (OAC) é o sistema judicial centralizado do Colorado. Essa estrutura permite que agências e cidadãos resolvam determinadas disputas, evitando o tempo e as despesas de litígios em tribunais distritais. (COURTS, 2019).

Estado do Colorado que obriga o confeitiro a projetar e fazer um bolo que viole suas crenças religiosas sobre casamento de pessoas do mesmo sexo deve prevalecer ante a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, e, especificamente no caso, o direito de fazer do bolo uma forma de expressão.

Já da perspectiva dos Srs. David Mullins e Charlie Craig, a recusa do confeitiro em fazer o bolo do casamento do casal foi vista como um ato discriminatório em decorrência de sua orientação sexual, violando, assim seus direitos à igualdade. O casal, portanto, pleiteava tratamento igualitário para que fosse atendido tal como os demais clientes da confeitaria, sem declinações por motivos de orientação sexual. Por outro lado, o Sr. Jack Phillips, que já havia se negado a produzir inclusive bolos de Halloween, entendeu que naquela situação era necessário preservar sua convicção religiosa (CAMPBELL, 2017, *passim*).

É inegável que a relação jurídica existente entre a confeitaria e o casal se caracteriza como uma relação de consumo, marcada pela existência de uma oferta pública de bens e serviços ao público em geral. Dessa maneira, o seguinte ponto é pertinente:

“Aquele que oferece bens e serviços ao público em geral sinaliza sua predisposição a contratar com todo aquele que aceite as condições contratuais previamente estabelecidas, razão pela qual, apresenta-se contraditório e incongruente que, após realizada a oferta pública de bens e serviços este se negue a celebrar o contrato em razão do sexo, idade, religião, orientação sexual ou qualquer outra característica pessoal do pretenso contratante” (MARTINS; LEMOS, 2017).“

Entretanto, para além da relação de consumo, é preciso considerar as consciências subjetivas envolvidas em tal relação, que no caso de Jack, como cristão, quis conservar suas crenças. De acordo com Wolfgang Scarlet, a “liberdade religiosa” se dá como um direito subjetivo, uma esfera que de princípio, é vedado a interferência estatal (SCARLET, 2015). Essas, portanto, são as questões em foco que se trabalharão a seguir.

5.3.3.2. *Os argumentos das partes*

Nesta seção serão apresentados os argumentos (1) do peticionante; (2) da Comissão de Direitos Civis do Colorado, corroborados pelos Srs. Charlie Craig e David Mullins. Será apresentada também a Competência da Comissão de Direitos Civis do Colorado, conforme determinado na Lei Anti-Discriminação do Colorado.

5.3.3.2.1. Peticionante

Os principais pontos apresentados em defesa do Peticionante são: (1) A impossibilidade de se obrigar uma manifestação artística em sentido oposto às crenças do artista; (2) A incoerência da análise feita pela Comissão de Direitos Civis do Colorado do caso, em comparação com a análise feita para outros casos envolvendo pedidos de confecção de bolos negados por fundamentos semelhantes (PETITION FOR A WRIT OF CERTIORARI, 2016, p. 11 e ss.).

O primeiro ponto envolve a Doutrina do Discurso Compelido (“*Compelled Speech Doctrine*”), segundo a qual o governo não pode forçar um indivíduo ou um grupo a realizar determinada expressão. Essa doutrina foi criada jurisprudencialmente pela Suprema Corte no caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette (1943)*⁴¹, e decorre de interpretação da Primeira Emenda à Constituição Americana (HARVARD LAW REVIEW, 2004, p. 2418). No caso, sustentou-se que a determinação da Comissão de Direitos Civis do Colorado de que o Sr. Jack Phillips fizesse o bolo requisitado implicava forçá-lo a produzir arte, no caso, o *design* da sobremesa, quando, por motivos religiosos, não se via autorizado a fazê-lo. Adiciona-se a isso o fato de que, ao tempo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não era permitido no Estado do Colorado (PETITION FOR A WRIT OF CERTIORARI, 2016, p. 13 e ss.).

O segundo ponto demonstra que, antes da decisão do caso em sede administrativa, outras três situações semelhantes foram analisadas pela Comissão de Direitos Civis do Colorado, mas decididas de forma diferente. Os três casos (*Jack v. Gateaux*; *Jack v. Le Bakery Sensual Inc.*; *Jack v. Azucar Bakery*) envolvem o mesmo Peticionante, o Sr. William Jack. Este procurou três boleiros, solicitando a elaboração de bolos que continham

⁴¹ Trata-se de caso julgado pela Suprema Corte em 1943, no qual questionava-se se a Secretaria de Educação do Estado da Virgínia do Oeste poderia requerer que todos os alunos das escolas públicas saudassem a bandeira e participassem de atividades de caráter cívico, sob pena, em última instância, de expulsão. O questionamento é apresentado por famílias Testemunhas de Jeová, que acreditavam que as obrigações impostas aos fiéis por Deus são superiores àquelas impostas pelo governo. Como, na Bíblia, especificamente no Livro Êxodo, capítulo 20, versículos 4-5, determina-se que os fiéis não poderão guardar imagens de nada, nem mundano nem celeste, e nem reverenciá-las de nenhuma forma, eles não poderiam reverenciar a bandeira nem a ela prestar juramento. Decidiu-se que a determinação da Secretaria era inconstitucional, pois, em virtude da Primeira Emenda Constitucional, o governo não poderia forçar unanimidade de opinião, nem acerca dos símbolos cívicos.

mensagens reprovando o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Jack apresentou aos boleiros o *design* desejado, o formato de uma bíblia, com inscrições “Homossexualidade é um pecado detestável” do livro bíblico Levítico, capítulo 18, versículo 22 e “Deus odeia pecado” do livro bíblico hebreu Salmos, capítulo 45, versículo 7. Em um outro bolo, também em formato de bíblia, pediu que escrevessem “Deus ama pecadores” e “Enquanto nós ainda éramos pecadores, Cristo morreu por nós” do livro Bíblico Romanos capítulo 5, versículo 8. Nesse segundo bolo, pediu que fosse feita a imagem de um casal homossexual de mãos dadas perante uma cruz, com um círculo e um risco sobre eles (CORVINO, 2017, *online*). Todos os três boleiros se recusaram a confeccionar a sobremesa, afirmando que aquilo iria contra suas convicções de igualdade entre sujeitos. O Sr. Jack então apresentou reclamações à Divisão de Direitos Civis do Colorado (instância administrativa inferior à Comissão de Direitos Civis do Colorado), arguindo que a negativa constitua discriminação a suas crenças religiosas. A Divisão indeferiu os pedidos do Sr. Jack, sob o fundamento que, se havia uma restrição moral à confecção dos bolos por parte dos boleiros, eles não poderiam ser obrigados a colocá-las de lado. Em apelação, a Comissão de Direitos Civis do Colorado também indeferiu os pedidos. A defesa argumenta que essas decisões são incompatíveis com a tomada no caso da Confeitaria Masterpiece, e que o mesmo tratamento deveria ter sido aplicado ao Sr. Phillips (PETITION FOR A WRIT OF CERTIORARI, 2016, p. 11 e ss.).

5.3.3.2.2. Estado do Colorado - Comissão de Direitos Civis do Colorado

Nesta seção será (1) introduzido o fundamento da competência da Comissão de Direitos Civis do Colorado; (2) apresentado os argumentos apresentados pela Comissão de Direitos Civis do Colorado, corroborados pelos Srs. Charlie Craig e David Mullins.

5.3.3.2.2.1. Competência da Comissão de Direitos Civis do Colorado

A Comissão de Direitos Civis do Colorado é o órgão administrativo máximo que julga alegações de violação da Lei Anti-Discriminação do Colorado (“*Colorado Anti-Discrimination Act*”). Inicialmente, as reclamações são direcionadas à Divisão de Direitos Civis do Colorado, que analisa a probabilidade de violação de uma das cláusulas da Lei Anti-Discriminação do Colorado (art.24-34-306, seção 2(b) da Lei Anti-Discriminação

do Colorado), e então direciona o caso para a Comissão de Direitos Civis do Colorado (art. 24-34-306, seção 2(b.II.) da Lei Anti-Discriminação do Colorado). Essa Comissão pode determinar a necessidade de uma audiência, perante o Juiz de Direito Administrativo (*Administrative Law Judge*), que, então, proferirá decisão do caso. A instância recursal deste sistema administrativo é a própria Comissão, mas desta vez composta por todos os seus membros, não um único Juiz de Direito Administrativo (art. 24-34-306, seção 4-10 da Lei Anti-Discriminação do Colorado). Dentre as possíveis decisões, a Comissão tem a competência, por exemplo, para determinar obrigações de fazer ou deixar de fazer relacionadas à prática discriminatória identificada (art. 24-34-605 da Lei Anti-Discriminação do Colorado).

5.3.3.2.2.2. Argumentos apresentados pela Comissão de Direitos Civis do Colorado e corroborados pelos Srs. Charlie Craig e David Mullins

Em suma, a Comissão de Direitos Civis do Colorado sustentou a manutenção da sua decisão por três fundamentos: primeiro, que a questão constitucional apresentada pelo Peticionante não foi alcançada; segundo, que o entendimento acerca da questão apresentada era pacificado nas cortes dos Estados; e terceiro, que a decisão da Comissão de Direitos Civis do Colorado não ia contra a Doutrina do Discurso Compelido, pois a ação determinada (fazer o bolo), não pode ser considerada discurso.

A base do argumento dos Peticionantes seria o fato de que o Sr. Phillips não poderia ser compelido a fazer o *design* de um bolo para um casamento homoafetivo, pois, se o fizesse, expressaria, por meio da arte e das mensagens produzidas, uma opinião que não era a sua. A Comissão aponta, no entanto, que em nenhum momento essa exigência específica foi feita pelos Srs. Charlie Craig e David Mullins. Na verdade, a conversa do casal com o boleiro teria sido breve, e consistido somente no pedido de elaboração de um bolo para o casamento. Não foram feitos pedidos especificando mensagens ou cores, de forma que, a princípio, o bolo seria comum. Por isso, e como em nenhum momento teria sido exigido do Sr. Phillips a veiculação de mensagem que ofendesse suas crenças, o caso não poderia ser tratado nos parâmetros da Primeira Emenda.

O segundo ponto apresentado é que o entendimento que mantém a aplicação das leis de acomodações públicas frente à demandas relativas aos direitos da primeira emenda é presente em muitas das jurisdições estatais americanas⁴², de forma que a questão pode ser considerada relativamente pacificada.

O último ponto passa pela negação de que a atividade de confeccionar um bolo possa ser interpretada como expressão, para fins de aplicação da Primeira Emenda, pois a venda em si não expressa que aquele que venda celebre ou apoie o evento no qual a sobremesa será apresentada. É diferente, por exemplo, de outros casos nos quais a Suprema Corte entendeu que havia expressão relevante, como no caso *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston Inc (1993)*⁴³, no qual a participação do contingente de pessoas que compunham o Grupo de Irlandeses-Americanos Gays, Lésbicas e Bissexuais alteraria o significado do desfile inicialmente planejado pelos organizadores, ferindo então o direito previsto na Primeira Emenda. No caso em tela, o bolo e sua confecção não teria essa capacidade veicular expressão como sustenta o Peticionante.

5.3.4. Noções necessárias à análise do caso

5.3.4.1. Primeira Emenda Constitucional

A Primeira Emenda à Constituição americana, que contém a chamada “Cláusula do Livre Exercício”, tem a seguinte redação:

“O Congresso não fará lei relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício desta, ou restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo reunir-se pacificamente e dirigir petições ao governo para reparação de seus agravos. (tradução nossa)”.

⁴² Indicam, por exemplo: *Elane Photography LLC v. Willock (2014)*, julgado pela Suprema Corte do Estado do Novo México, analisou a possibilidade de uma fotógrafa recusar-se a prestar seus serviços em um casamento homossexual com fundamentos religiosos. A corte concluiu que se os serviços são oferecidos de forma pública, eles devem ser efetivados a todos os clientes, inclusive aqueles membros de uma classe protegida específica (. *Washington v. Arlene’s Flowers (2016)*, julgado pela Suprema Corte do Estado de Washington, analisou a possibilidade de um florista se recusar a fazer arranjos de flores para um casamento homo-afetivo, também sob fundamento da proteção aos direitos da Primeira Emenda. Concluiu-se pela rejeição desses argumentos (NOVO MÉXICO, 2014, *passim*; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014, *passim*).

⁴³ Trata-se de caso analisado pela Suprema Corte, no qual analisa-se a possibilidade do Conselho de Veteranos dos Aliados na Segunda Guerra Mundial, do Boston do Sul proibir a participação do Grupo de Irlandeses-Americanos Gays, Lésbicas e Bissexuais no desfile comemorativo do dia de São Patrick. Concluiu-se, com base na liberdade de expressão, que essa proibição poderia ocorrer, vez que a participação do Grupo no desfile alteraria de forma significativa a mensagem desejada pelos organizadores (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1995, *passim*).

Tem-se então uma proteção absoluta contra danos potenciais decorrentes de ação do Congresso americano (STEVENS, 1993, p. 1295-1296) a dois direitos relevantes à análise do presente caso: (1) direito à liberdade de religião; (2) Direito à liberdade de expressão.

5.3.4.1.1. Liberdade de Religião

A Constituição Americana, dentro de sua Primeira Emenda, expressa a garantia dos direitos previstos na *Bill of Rights*, sendo eles considerados fundamentais. Dentre eles, encontra-se a Liberdade de Religião.

A Liberdade Religiosa encontra fundamento direto dentro da primeira emenda, que assegura, como citado no tópico 5.3.4.1, a garantia da crença e da não intervenção do governo nas práticas religiosas. Tal medida entra em um contexto histórico, onde os cidadãos, não mais colonizadores, precisavam adotar medidas para uma proteção do seu ideal de divino. Dentro da Constituição, é uma cláusula de não intervenção estatal na religião em nenhum aspecto, visto que limita ao Governo apenas na extensão da promoção, devendo, entretanto, proteger a liberdade de manifestação religiosa (*U.S. Courts*).

Tal caráter dual da Primeira Emenda pode ser visto no caso *Obergefell v. Hodges* (2015)⁴⁴, quando a Suprema Corte atesta que

"A Primeira Emenda garante que organizações religiosas e pessoas possuem sua devida proteção, da mesma forma caso busquem ensinar os princípios que são tão importantes e centrais em suas vidas e crenças. (tradução nossa). (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015, *online*)"

É crucial o entendimento de que tal garantia trata-se de uma garantia negativa do Estado, fundada em sua não interferência. Assim, consolida-se o pensamento de que a não atuação em nome das percepções individuais de crenças e religiões é garantido (SCOTUS, 2014). No caso de *Masterpiece Cakeshop*, a liberdade de crença vem atrelado ao livre exercício da religião, que não deve ser impedido por parte do Governo ou de seus Órgãos

⁴⁴Trata-se de caso julgado pela Suprema Corte em 2015, no qual discutia-se se a Décima Quarta emenda implicava o dever do Estado em fornecer autorização para casamentos entre pessoas do mesmo sexo, e ainda se a mesma norma implicava o dever de um Estado reconhecer como legal a certidão que dá conta de um casamento entre pessoas do mesmo sexo celebrado em outro Estado. No caso, um grupo de casais do mesmo sexo questionou a constitucionalidade das vedações ao casamento de pessoas do mesmo sexo nos Estados de Ohio, Michigan e Kentucky. Concluiu-se que as duas obrigações estatais poderiam ser derivadas da Décima Quarta Emenda (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015, *passim*).

(MATTHEWS, 2018). Peticionou-se em sentido de que se a decisão da Corte de Direitos Civis do Estado do Colorado infringiu o dever de não manifestação Governamental quando decide em favor de obrigar um cidadão a agir contra sua liberdade, interferindo diretamente em sua expressão de cidadania.

5.3.4.1.2. Liberdade de Expressão

A Liberdade de Expressão é tida como princípio basilar não só da Constituição americana, mas também da sociedade americana como um todo. A determinação constitucional de proteção à liberdade de expressão ganhou os contornos que tem hoje, majoritariamente, por meio de decisões da Suprema Corte, analisando a forma como esse direito desdobra-se e como é influenciado pelas outras normas constitucionais⁴⁵. Assim, jurisprudencialmente, determinou-se que a liberdade de expressão inclui: o direito de não se expressar⁴⁶; o direito de se expressar, não só por palavras⁴⁷, mas também simbolicamente (“pura forma de expressão”⁴⁸ ou por sua conduta (conduta expressiva)⁴⁹ ; o direito de se

⁴⁵ Para uma revisão e análise da expansão da liberdade de expressão: STEVENS, 1993.

⁴⁶ Ver caso *West Virginia Board of Education v. Barnette* (1943), em nota 41.

⁴⁷ Ver caso *Brown. V. Louisiana* (1966). Trata-se de caso analisado pela Suprema Corte, no qual Brown, afro-americano, adentrou uma unidade de Audubon Regional Library, requisitando um livro. Esse estabelecimento tinha normas segregacionistas que impediam que pessoas afro-descendentes entrassem em suas unidades. O atendente informou que o livro não estava disponível, mas que seria requisitado e que seria enviado para ele por correio. Brown então sentou-se e se recusou a sair do estabelecimento, policiais foram chamados e eles foram presos por se recusar a sair de um órgão público após ordem de um oficial. Discutiu-se se a prisão de Brown e seus companheiros violava os direitos previstos na Primeira e Décima Quarta Emendas. Concluiu-se que houve violação do direito à liberdade de expressão, pois o ato de Brown consistia em protesto, ainda que não por meio de palavras, e não violou nenhuma regra de convivência em bibliotecas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1966, *passim*).

⁴⁸ Ver caso *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* (1969) e *Texas v. Johnson* (1989). O primeiro caso foi analisado pela Suprema Corte, no qual um grupo de alunos da escola Des Moines, em protesto pelo fim da guerra do Vietnã, compareceram às aulas com braçadeiras pretas. A escola passou a punir os alunos que adotassem essa postura e se recusassem a retirar as braçadeiras com suspensão. A questão era se, naquele caso, a escola, ao exercer seu poder de disciplinar os alunos, demandando a supressão do símbolo em questão, havia violado seu direito à liberdade de expressão. Concluiu-se que as braçadeiras consistiam “expressão pura”, que eram tuteladas pela Primeira Emenda, de forma que a escola não poderia determinar sua remoção sem violar a norma constitucional (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969, *passim*). O segundo caso, também analisado pela Suprema Corte, discute se o ato de queimar a bandeira pode ser tutelado pela Primeira Emenda como liberdade de expressão. Gregory Lee Johnson queimou a bandeira americana na frente da prefeitura da cidade de Dallas, em protesto às políticas adotadas pela gestão do Presidente Reagan. Ele foi condenado por vilipêndio à bandeira à prisão por um ano e uma multa de US\$ 2.000,00. Concluiu-se que a ação estava protegida pela Primeira Emenda como “conduta expressiva”. Adicionou-se também que o fato de uma parte da população se sentir ofendida pela conduta não implica que ela deva ser proibida ou punida (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1989, *passim*).

expressar em termos violentos ou ofensivos⁵⁰, inclusive aqueles que incitarem controvérsia violência, alarme ou ressentimento com base em questões de raça, cor, credo, religião ou gênero⁵¹, desde que não tenham a intenção ou não constituam probabilidade de que um ato ilegal ocorra de forma iminente⁵²; e o direito de não ter a expressão por si desejada alterada por intervenção de terceiros⁵³. Ademais, entende-se que, em regra, não cabe à Suprema Corte ou ao governo em geral determinar o que será considerado ou não ofensivo⁵⁴.

No caso, discute-se, essencialmente, se o trabalho do Sr. Phillips pode ser considerado, além de arte, expressão comunicativa, a ser protegida pela Primeira Emenda. No caso *Spence v. Washington (1974)*⁵⁵, determinou-se que uma conduta é expressiva

⁴⁹ Ver caso *West Virginia Board of Education v. Barnette (1943)*, em nota 41 e *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston Inc (1993)* em nota 43.

⁵⁰ Ver: caso *Cohen v. California (1973)*. Trata-se de caso julgado pela Suprema Corte, no qual Paul Cohen foi preso, a título de conduta ofensiva e perturbadora da ordem, por usar uma jaqueta com os dizeres “Fuck the Draft. Stop the War” (Foda-se o Alistamento. Pare a guerra, *traduzido por nós*). A questão analisada era se o estatuto que proibia a exibição de mensagens ofensivas era incompatível com a Primeira Emenda. Concluiu-se que sim, que a mensagem, embora provocativa, não causava dano ou implicava nenhum tipo de ação, de forma que sua proibição violava o direito à liberdade de expressão (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1971, *passim*).

⁵¹ Ver: caso *R.A.V. v. Paul (1992)* e *Virgínia v. Black (2003)*. O primeiro caso foi julgado pela Suprema Corte, no qual adolescentes foram acusados e presos por ofensa criminal motivada por preconceito e que gera raiva, alarme ou ressentimento em outros, especificamente, por queimar uma cruz no quintal de uma família negra. A questão envolvida então era se essa proibição violava o direito à liberdade de expressão previsto na Primeira Emenda. Concluiu-se que sim, pois o governo não tem autoridade para intervir em estilos de vida (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1992, *passim*). O segundo caso também foi julgado pela Suprema Corte, e envolvia a punição por queimar uma cruz em espaço público, entendida em si como evidência a priori de intenção de intimidar pessoa ou grupo. A questão apresentada foi se o estatuto que determinava tal proibição era incompatível com a Primeira Emenda. Concluiu-se que sim, e que o uso da queima da cruz não poderia ser usado como evidência a priori de intenção de intimidar (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003, *passim*).

⁵² Ver: caso *Brandenberg v. Ohio (1969)*. Brandenburg foi um dos líderes do Ku Klux Klan, preso por “sindicalismo criminal” e outros. A questão apresentada à Suprema Corte foi se o estatuto sob o qual Brandenburg foi preso era incompatível com a Primeira Emenda. Concluiu-se que a lei violava o direito do petionante à liberdade de expressão. Adicionou que seria possível punição por atos de expressão se (1) o discurso for direcionado a incitar ou produzir ação ilegal de forma iminente e (2) se é provável que produza este resultado (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969, *passim*).

⁵³ Ver: caso *Boy Scouts of America v. Dale (2000)*; *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston Inc (1993)* em nota 43. O primeiro caso foi julgado pela Suprema Corte, e envolvia a revogação do status de membro de James Dale, em virtude de sua declarada homossexualidade. Ele processou a instituição, sob fundamento de discriminação em locais de acomodação pública. A questão apresentada era se a lei de acomodações públicas, que vedava o procedimento adotado, era compatível com a liberdade de expressão da instituição dos Boy Scouts of America. Concluiu-se que sim, e que não era possível forçar uma organização privada a adotar um curso de ação que fosse contrário aos seus valores (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2000, *passim*).

⁵⁴ Ver caso *West Virginia Board of Education v. Barnette (1943)*, em nota 41.

⁵⁵ Ver também: *Clark v. Community Center for Creative Non-Violence (1984)*. Trata-se de caso julgado pela Suprema Corte, no qual o National Park Service recusou a renovação da permissão concedida à Community for

quando ela envolve a intenção de veicular uma mensagem específica, e se, nas circunstâncias nas quais a conduta é praticada, um terceiro observador tenha grandes probabilidades de entender a mensagem.

Se a conclusão for positiva, surge então uma segunda questão: é possível exigir de um sujeito uma expressão, mesmo contra sua vontade? Então aplica-se a Doutrina do Discurso Compelido, mencionada no tópico 5.3.3.2.1., bem expressa pela conclusão da Suprema Corte no caso *Woodley v. Maynard (1943)*⁵⁶: “é inconstitucional coagir um indivíduo a se tornar instrumento para promoção da adesão pública a um ponto de vista ideológico que ele julga inaceitável” (POMERANZ, 2009, p. 172).

Algumas das situações que o Discurso Compelido pode acarretar e que devem ser levadas em consideração são: (1) interferências no exercício da autonomia dos sujeitos não são desejadas; (2) interferência por parte do governo em valores e crenças individuais; (3) ilusão dos observadores, que podem ser levados a crer que a expressão compelida é autônoma e genuína do sujeito; (4) prejuízo à integridade individual. As duas primeiras estão presentes na própria citação supra, e não são desejáveis pois implicam interferência na autonomia e personalidade dos sujeitos. A terceira e a quarta podem ser extremamente prejudiciais ao indivíduo, vez que a sociedade pode passar a ter uma concepção errada acerca dele, e ele mesmo pode se sentir prejudicado no âmbito da honra e integridade pela ação ou expressão ao qual é compelido (ALEXANDER, 2006, *passim*).

5.3.4.2. A Décima Quarta Emenda Constitucional

Creative Non-Violence para dormir em tendas no Parque Lafayette e no Mall em Washington em protesto para demonstrar a realidade das pessoas sem-teto. A questão era se a recusa violava o direito à liberdade de expressão. Concluiu-se que não, pois a manifestação em questão poderia ser feita de outra forma, em local diferente do requisitado no parque, de forma a manter as condições de preservação do local (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1984, *passim*).

⁵⁶ Trata-se de caso julgado pela Suprema Corte, no qual George Maynard, testemunha de Jeová questionou a determinação emitida pelo Estado de New Hampshire de que todas as placas de veículos não comerciais contivessem a frase “Live free or die” (Viva livre ou morra, *tradução nossa*), sob o fundamento de que ela era contrária às suas crenças religiosas. A questão apresentada era se a legislação era inconstitucional ao interferir no direito à liberdade de expressão. Concluiu-se que sim, pois o Estado não poderia compelir os indivíduos a transformarem sua propriedade privada em anúncio para as ideologias do governo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1977, *passim*).

Em seu contexto, a décima quarta emenda prevê a garantia dos direitos civis dos cidadãos norte americanos. Ela é a responsável por privilégios e imunidades e provê o direito de igualdade aos cidadãos Norte-Americanos. Graças a ela, vários movimentos sociais que buscavam o fim de qualquer tipo de discriminação foram possíveis, tais como a luta pela igualdade racial e pela igualdade de gênero. A extensão de sua medida constitucional vêm sendo expandida progressivamente com os anos (BRITANNIC ENCYCLOPAEDIA, 2018).

Tais medidas apenas podem ser adotadas graças ao caráter que emana da Décima Quarta emenda. Em seu texto, garante-se igualdade para todos aqueles nascidos ou naturalizados dentro dos Estados Unidos. Também limita o poder dos Estados quando garante que estes não podem impor lei que restrinja os privilégios e imunidades dos cidadãos. Ela, também, garante liberdades individuais, afirmando não ser possível que algum Estado prive qualquer pessoa do seu direito à vida, à liberdade ou do seu direito à propriedade sem o devido processo legal. Por fim, prevê uma cláusula de igualdade por meio da expansão dos Direitos Constitucionais Federais para os estados, afirmando que nenhum destes deve negar a isonomia das leis para qualquer pessoa dentro de sua jurisdição. Em uma perspectiva histórica, a Décima Quarta emenda foi utilizada como argumento para a abolição da escravatura e na luta pelos direitos civis para os negros, sendo guiada pela interpretação da sentença “Todos aqueles nascidos ou naturalizados americanos”. Assim, a Emenda é interpretada em um viés de isonomia constitucional, devendo ela ser aplicadas a todos aqueles que encaixavam-se nos elementos objetivos do artigo.

Faz-se mister salientar que nos Estados Unidos, antes da efetivação da garantia dos direitos civis, da liberdade individual e da igualdade perante as leis, dentro de uma perspectiva constitucional, os negros não eram e jamais seriam cidadãos norte-americanos, além de não serem protegidos pela Constituição, como foi decidido no caso *Dred Scott v. Sandford*, julgado pela Suprema Corte em 1857. Entendeu-se que nenhum negro possuía direitos que deveriam ser respeitados pelos brancos. Em 1868, com a ratificação da emenda, os movimentos passam a ganhar força sob o uso do pretexto supracitado. Verifica-se, aí, a força presente dentro do dispositivo.

No que concerne a igualdade de gênero, a Décima Quarta emenda acabou por se mostrar controversa, não reconhecendo igualdade para as mulheres mesmo após sua criação. Após a conquista de direitos por parte dos negros, a questão acerca da igualdade feminina passou a integrar a pauta. Em um contexto norte-americano, as mulheres eram um instituto, nomeadas de “femme-covert” (LEWIS, 2019). A Décima Quarta emenda não era aplicada para as mulheres, tendo em vista que em sua Segunda Seção o direito ao voto é restringido ao sexo masculino.

"O número de representantes dos diferentes Estados será proporcional às suas respectivas populações, contando-se o número total dos habitantes de cada Estado, com exceção dos índios não taxados; quando, porém, o direito de voto em qualquer eleição para a escolha dos eleitores, do Presidente e do Vice-Presidente dos Estados Unidos, ou dos membros de sua legislatura, for recusado a qualquer habitante desse Estado, *do sexo masculino*, maior de 21 anos e cidadão dos Estados Unidos, ou quando desse seu direito for de qualquer modo cerceado, salvo a caso de participação em rebelião ou outro crime, será a respectiva representação estadual reduzida na mesma proporção que a representada por esses indivíduos em relação à totalidade dos cidadãos de sexo masculino, maiores de 21 anos, no Estado. (*tradução nossa*). (Estados Unidos da América, 1868)."

Daí, surge a interpretação de que as mulheres não poderiam ser consideradas cidadãs. Eram apenas uma parte de seu marido, não sendo vistas como possuidoras de direitos fora desta esfera. Elas não foram reconhecidas como cidadãs até o ano de 1872, após os casos *U.s v. Susan B. Anthony*⁵⁷ e o caso *Minor v. Happerset*⁵⁸. No primeiro, Susan B. Anthony foi uma das ativistas sufragistas que tentou registrar voto nas eleições de 1872, sendo assim presa e condenada por tal. Já Virginia Minor foi impedida de votar em Saint Louis. Tendo em vista sua incapacidade de poder invocar o poder da Lei, já que não existia fora de uma esfera familiar, seu marido, Frances Minor, processou Reese Happerset, o escrivão responsável pelo impedimento. Após a arguição da inexistência de uma meia cidadania, a Suprema Corte, em decisão unânime, proferiu que as mulheres nascidas ou naturalizadas nos

⁵⁷ Dentro do contexto do Sufrágio feminino, Susan B. Anthony votou em 1872, juntamente com outras mulheres e com o apoio de alguns escrivães. Entretanto, o voto feminino ia contra a Constituição, que previa apenas o voto masculino. Assim, em 28 de Novembro do mesmo ano, Susan, juntamente com outras mulheres e os escrivães que fizeram parte do movimento, foi presa por voto ilegal. Os Estados Unidos decidiu impor uma fiança de \$ 100, mas ela se recusou a pagar. Mesmo assim, não foi presa.

⁵⁸ Em 1872 Virginia Minor tenta registrar seu voto, mas é impedida por um escrivão. Nisto, o seu marido, tendo em vista a impossibilidade de uma vida civil para as mulheres, processa o estado do Missouri por violar a 14 emenda.. Dado o processo, a Suprema Corte decide em favor de Minor, reconhecendo a cidadania feminina.

Estados Unidos, de fato, eram cidadãos. Entretanto, votar não foi considerado como um privilégio e imunidade da cidadania, retardando, ainda, o sufrágio. O direito ao voto só foi conquistado em 1919.

A elasticidade da emenda pode, também, ser exemplificada em sua elasticidade no caso *Gitlow vs. New York*. Neste, onde o peticionante, Benjamin Gitlow foi acusado de anarquia por distribuir panfletos sobre o tema, tipo que se enquadrava na Lei de Anarquia de Nova York. Com o devido processo, o caso foi levado para a Suprema Corte, que decidiu contra o peticionante, tendo em vista o caráter criminoso dentro da arguição de liberdade de expressão e de imprensa. Entretanto, emitiu, em sua decisão, a seguinte declaração

"Para as razões que concernem ao caso, devemos admitir que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa - que são protegidas pela Primeira Emenda de qualquer abreviação por parte do Congresso - estão entre os direitos e liberdades fundamentais em cunho pessoa, protegidas pela cláusula do devido processo legal prevista na Décima Quarta emenda de qualquer tratamento desigual promovido pelos Estados (Suprema Corte dos Estados Unidos, 1925) (tradução nossa)."

Assim, percebe-se que a extensão da cláusula referente à defesa dos direitos civis individuais passa a crescer, endossando e adentrando garantias firmadas na Primeira Emenda (CHEMERINSKY, 1992).

5.3.4.2.1. Lei Anti-Discriminação do Colorado

A Lei Anti-Discriminação do Colorado foi aprovada em 1957, e apresenta duas definições importantes para a análise do caso: a de Prática Discriminatória e a de Local de Acomodação Pública.

Prática Discriminatória é definida nos seguintes termos:

"Constitui prática discriminatória e ilegal a negativa que uma pessoa, direta ou indiretamente, recuse, retenha ou negue a um indivíduo ou grupo, por causa da deficiência, raça, credo, cor, sexo, orientação sexual, estado civil, nacionalidade, origem, ou ancestralidade, o pleno e igual gozo dos bens, serviços, instalações, privilégios, vantagens ou acomodações de um lugar de acomodação pública." (art. 24-34-601, seção 2a, *tradução nossa*).

Como percebe-se, para identificação da ocorrência de prática discriminatória, é importante também trabalhar o conceito de acomodação pública:

“local de trabalho ou atividade envolvido em qualquer venda ao público e qualquer local que ofereça serviços, instalações, privilégios, vantagens ou acomodações ao público, incluindo, mas não se limitando a, qualquer negócio que ofereça venda no atacado ou varejo ao público, qualquer lugar para comer, beber, dormir ou descansar, ou qualquer combinação deles; qualquer área ou instalação esportiva ou recreativa; qualquer instalação de transporte público; barbearias, casas de banho, piscinas, banheiros, saunas a vapor ou de massagens, ginásio ou outro estabelecimento cujo propósito seja atender à saúde, aparência ou condição física de uma pessoa; um acampamento de trailers, casa de convalescença ou outra instituição de doentes, adoentados, idosos ou enfermos; salão de beleza; cemitério, instituição educacional ou qualquer edifício público, parque, arena, teatro, salão auditório, museu, biblioteca, exposição ou instalação pública de qualquer tipo, seja interior ou exterior. Não deverá incluir igreja, sinagoga, mesquita ou outro local que seja usado principalmente para fins religiosos. (art. 24-34-601, seção 2a, tradução nossa).

Em geral, e seguindo entendimento da Suprema Corte em *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston (1995)*⁵⁹, as Leis de Acomodações Públicas, como o ato ora analisado, não são regulam discurso ou seu conteúdo, mas sim a conduta de discriminação contra determinados sujeitos pelos fundamentos mencionados pela lei. Essa colocação conduz à problemática abordada no tópico 5.3.4.1.2.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry. Compelled Speech. *Constitutional Commentary*, v. 23, pp.147-161, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 64ªed. rev. atual., 2012.

BAYNE, David C. The Supreme Court and the Natural Law. *De Paul Law Review*, v.1, ed.2, Primavera-Verão, 116-143, 1952.

⁵⁹ Ver nota 43.

BIANCHI, Andrea. Textual Interpretation and (international) law reading: the myth of (in) determinacy of the genealogy of meaning Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts. Eds. P. Bekker, R. Dolzer e M. Waibel. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BORNSTEIN, Brian H; MILLER, Monica K.; NEMETH, Robert J.; PAGE, Gregory L.; MUSIL, Sarah. Juror Reactions to Jury Duty: Perceptions of the System and Potential Stressors. Behavioral Sciences and the Law, v.23, 321-346, 2005.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. Stare Indecisis: THE ALTERATION OF PRECEDENT ON THE SUPREME COURT, 1946-1992. Cambridge: Cabridge University Press, 1995.

BRIEF FOR PETITIONER. José Ernesto Medellín (Petitioner) v. The State of Texas (Respondent). No. 06-984. Jun. 2007.

BRIEF FOR PETITIONER. Miguel Angel Peña-Rodriguez (Petitioner) v. State of Colorado (Respondent). No. 15-606. Jun. 2016.

BRIEF FOR RESPONDENT. José Ernesto Medellín (Petitioner) v. The State of Texas (Respondent). No. 06-984. Ago. 2007.

BRIEF IN OPPOSITION FOR THE STATE OF COLORADO. Miguel Angel Peña-Rodriguez (Petitioner) v. State of Colorado (Respondent). nO. 15-606. Fev. 2016.

BROCHADO, Mariá. Apontamentos sobre Hermenêutica Jurídica. Revista Jurídica da Presidência. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 13, n.100, p. 227-261, jul/set, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. Editora Noeses. 2012

CAMPOS, Fernando Teófilo. Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações. Disponível:<https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso: 26 de outubro, 2018

CASAGRANDE, Cássio. Como assistir a uma sessão da Suprema Corte dos EUA.

Disponível

em:<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/como-assistir-a-uma-sessao-da-suprema-corte-dos-eua-13082018>. Acesso: 26 de outubro, 2018.

CAZETTA JUNIOR, José Jesus. *Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 244, p. 186-207, jan. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42450/41188>>. Acesso em: 28 Out. 2018.

CHEMERINSKY, Erwin. The Supreme Court and the Fourteenth Amendment: The Unfulfilled Promise. 1992. Disponível em:

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1653&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 19 mar. 2019.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE - LIBRARY OF CONGRESS. Treaties and other international agreements: the role of the United States Senate: A study prepared for the Committee on Foreign Relations of the United States Senate. Washington: Government Printing Office, 2001.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do *Judicial Review* - O mito de Marbury. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal, v.53, n.209, p.115-132, jan./mar., 2016.

CORVINO, John. Drawing a Line in the “Gay Wedding Cake” Case. The New York Times, 27 nov. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/27/opinion/gay-wedding-cake.html>. Acesso em 17 mar. 2019.

COURTS, Office Of Administrative. Office of Administrative Courts. Disponível em: <<https://www.colorado.gov/oac>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

COURTS, United States. First Amendment and Religion. Disponível em:

<<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/first-amendment-and-religion>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

COURTS, United States. “The Federal Judiciary”. Geographic boundaries of United States Court of Appeals and United States District Courts. Disponível em: Courts, U. S. “The

Federal Judiciary." Geographic boundaries of United States Court of Appeals and United States District Courts. Available online at <http://www.uscourts.gov/uscourts/images/CircuitMap>. Acesso em 19 mar. 2019.

COURTS, United States. "Comparing Federal and State Courts". Disponível em: <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/comparing-federal-state-courts>. Acesso em 19 mar. 2019.

CREPEAU, Megan. GUTOWSKI, Christy. "Jurors don't want to judge to give Jason Van Dyke 'slap on the wrist' at Friday's sentencing". The Chicago Tribune, 16 jan. 2019. Disponível em: <https://www.chicagotribune.com/news/local/breaking/ct-met-laquan-mcdonald-jason-van-dyke-jurors-20190116-story.html>. Acesso em 10 mar 2019.

CROMLEY, Brent Reed. New Trial: Use of Affidavits from Jurors to Impeach the Verdict (Goff v. Kinzle, Mont. 1966). Montana Law Review, v.22, n.1, 137-142, 1966.

CRUMP, Susan. Jury Misconduct, Jury Interviews, and the Federal Rules of Evidence: Is the Broad Exclusionary Principle of Rule 606(b) Justified? North Carolina Law Review, v.66, n.3, p.509-543, 1998.

C-SPAN/PSB Supreme Court Survey. 2017. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/03/Pesquisa-CSPAN-integra.pdf>. Acesso: 26 de outubro, 2018.

DENNISTON, Lyle. Argument preview: Medellin v. Texas. Disponível em: <<https://www.scotusblog.com/2007/10/argument-preview-medellin-v-texas/>>. Acesso em: 8 mar. 2019.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

EDUCALINGO. Voir Dire. Disponível em: . Acesso em: 03 jan. 2019.

FITZPATRICK, Joan. The Unreality of International Law in the United States and the LaGrand Case. Yale Journal of International Law, v.27, n.2, 2002.

G1. *Saiba quem é Brett Kavanaugh, indicado a vaga na Suprema Corte dos EUA*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/saiba-quem-e-brett-kavanaugh-indicado-a-vaga-na-suprema-corte-dos-eua.ghtml>>. Acesso em: 15 out. 2018.

GALIO, Morgana Henicka. História e Formação dos sistema Civil Law e Common Law: a influência do Direito Romano e a aproximação dos sistemas. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso: 26 de outubro, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Papel da jurisprudência precisa de mais debate científico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-23/gustavo-garcia-papel-jurisprudencia-debate>. Acesso em: 07 jan. 2019.

GARDNER, James A. Interpreting State Constitutions: A Jurisprudence of Function in a Federal System. University of Chicago Press, 2005.

GLEZES, Rubens, Ratio Decidendi. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, ed. 1. 2017.

GOLD, Victor. Juror Competency to Testify that a Veredict was the Product of Racial Bias. *Journal of Civil Rights and Economic Development*, v. 9 , 1993, p. 125-144.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. The Case for Originalism. Em “The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretational”. Editores: Grant Huscroft; Bradley W. Miller. Nova Iorque, Cambridge, 2011.

GRABER, Mark A. Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de. *Visão panorâmica da organização judiciária inglesa*. 2011. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25206-25208-1-PB.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Public Disclosures of Jury Deliberations. *Harvard Law Review*, v. 96, n.4, 886-906, 1983.

HARVARD LAW REVIEW. PENA-RODRIGUEZ v. COLORADO. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/11/pena-rodriguez-v-colorado/> . Acesso em: 03 jan. 2019.

HARVARD LAW REVIEW. Public Disclosures of Jury Deliberations. *Harvard Law Review*, vol. 96, no. 4, 1983, pp. 886-906.

HARVARD LAW REVIEW. The Curious Relationship between the Compelled Speech and Government Speech. *Harvard Law Review*, v.117 ,n.7, pp. 2411-2432, 2004.

HEIL, Danielle Mariel. O Crescimento do Papel do Precedente judicial no sistema jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. *Revista Justiça do Direito*, v. 30, n.1, 2016.

HOLMES, Fraser. Becoming Penelopes - Rethinking the Federal No-Impeachment Rule After Peña-Rodriguez. *Texas Law Review*, v.96, p.1053-1078, 2016.

HULL, Andrew J. Unhearing Mansfield's Rule: Analysing the Appropriateness of Federal Rule of Evidence 606 (B) in Light of the Common Law Tradition. *S. III. ULJ*, v. 38, p. 403, 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *The International Court Of Justice Handbook*. 2013. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

JESUS, Priscila Silva de. Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil. *Direito UNIFACS - Debate Virtual*, n. 170. 2014.

JÚNIOR, Cláudio Lima. Formação histórica e caracteres essenciais do sistema jurídico anglo-saxônico. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/29419/formacao-historica-e-caracteres-essenciais-do-sistema-juridico-anglo-saxonico/2>. Acesso: 26 de outubro, 2018.

JUSTIA, Limitations on the Exercise of Judicial Review. Disponível em: <https://law.justia.com/constitution/us/article-3/24-limitations-on-the-exercise-of-judicial-review.html#fn-781>. Acesso em 16 de out. 2018.

KAY, Richard. Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014.

KORTE, Gregory. The Executive action toolbox: how presidents use proclamations, executive orders and memoranda. *USA Today*, 12 oct. 2017. Disponível em: <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2017/10/12/how-presidents-use-proclamations-executive-orders-and-presidential-memoranda/702751001/>. Acesso em 10 mar 2019.

KOSH, Ingedore G. Villaça. *Desvendando os segredos do texto*. 2ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2003.

KRIST, Ronald D. Trial by Jury. International Academy of Trial Lawyers, *online*, 1997. Disponível em: https://www.iatl.net/files/public/97_trial.pdf. Acesso em 10 mar 2019.

LANGER, Laura. Judicial Review in state Supreme Courts - A comparative study. Albany: State University of New York Press, 2002.

LEAL, Diego de Lima. A common law dos eua e sua teoria fundamental: a doctrine of staredecisis. Disponível: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D13175%26revista_caderno%3D8?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17559&revista_caderno=21. Acesso: 26 de outubro, 2018.

LEAL, Saul Tourinho. A publicidade das sessões da Suprema Corte. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-09/publicidade-sessoes-suprema-corte-brasil-eua>. Acesso em: 07 jan. 2019.

LEE, Bri. Juries are often prejudiced, just like society. Should we get rid of them? The Guardian, 21 jul. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/law/2018/jul/21/juries-are-often-prejudiced-just-like-society-should-we-get-rid-of-them>. Acesso em 10 mar 2019.

LEMOS, Stéphanie Nathanael; MARTINS, Thiago Penido. O direito fundamental à liberdade de consciência e à igualdade a partir do caso “Masterpiece Cakeshop v. Comissão de direitos civis do colorado. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais. Maranhão, v. 3, n. 2, Dezembro, 2017, p. 131-153.

LEWIS, Jone Johnson. Law of Coverture: Women Losing Their Legal Existence With Marriage. 2019. Disponível em: <https://www.thoughtco.com/coverture-in-english-american-law-3529483>. Acesso em: 23 mar. 2019.

MARKOVITZ, Alison. Jury Secrecy during deliberations. The Yake Law Journal, v.110, n.08, p. 1493-1530, 2001.

MARSHALL, Thurgood. The Constitution: A living document. Howard L.J. v. 30, p. 915, 1987.

MARTINS, Alberto André Barreto. *Organização judiciária dos Estados Unidos da América*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7430>. Acesso em out 2018.

MATTHEWS, Mark K.. Where does Colorado baker Jack Phillips' religious freedom end and discrimination begin? 2018. Disponível em: <<https://www.denverpost.com/2018/06/06/masterpiece-cakeshop-religious-freedom-discrimination-legal-experts/>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. "E se assim não fosse?: Uma breve reflexão sobre as implicações do caso *Dred Scott* nos estudos sobre Ativismo Judicial". Revista Direito do Estado em Debate. Curitiba: Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, n.5, p.241-262, 2014.

MELO, João Ozório. Áudio de audiência da Suprema Corte dos EUA mostra como ela funciona. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-30/audio-audiencia-suprema-corte-eua-mostra-ela-funciona>. Acesso: 26 de outubro, 2018.

MORENO, Paul. The U.S. Supreme Court and Natural Law. Natural Law, Natural Rights and the American Constitutionalism. 2011. Disponível em: <http://www.nlnrac.org/american/u.s.-supreme-court>. Acesso em 08 mar. 2019.

MURRILL, Brandon J. Modes of Constitutional Interpretation. Congress Research Service, mar/2018.

NELSON, Caleb. What is Textualism? Virginia Law Review, v. 91, p. 347-418, 2005.

OLABUENAGA, Pablo A. Arrocha. *Caso Medellín vs. Texas. Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como a la solicitud de interpretación del fallo Avena del 31 de marzo de 2004, presentada a la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008.* Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100022>. Acesso em: 8 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. U.S.A.). Pres. Schwebel, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. LaGrand Case (Germany v. U.S.A.) Pres. Schwebel. 1999.

OYEZ. Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2017/16-111>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

PETITION FOR A WRIT OF CERTIORARI, Peña-Rodriguez (Petitioner) v. State of Colorado (Respondent). Supreme Court of the United States, 10 nov. 2015. 127 p.

PETITION FOR A WRIT OF CERTIORARI. Masterpiece Cakeshop Ltd. and Jack c. Phillips (Petitioners) v. Colorado Civil Rights Commission; Charlie Craig and David Mullins (Repondents). Jul. 2016.

POMERANZ, Jennifer L., Compelled Speech under the commercial speech doctrine: the case of menu label laws. *Journal of Health Care Law and Policy*, v.12, pp 159-194, 2009.

POSNER, Richard Allen. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard Allen. What has Pragmatism to Offer Law. *Southern California Law Review*. Los Angeles: USC Gould School of Law, v. 63, 1990.

REHNQUIST, William H. The notion of a Living Constitution. *Texas Law Review*. Austin: Texas University, v. 54, n. 4, mai., 1976.

RENTTO, Juha-Pekka. Between Clarence Thomas and Saint Thomas: Beginnings of a Moral Argument for Judicial Jusnaturalism. *University of California, Davis*, v. 26, p. 727-767.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso elementar*. 15.ed.rev.atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um Novo Conceito de Segurança Jurídica: Racionalidade Jurisdicional e Estratégias Legislativas. *Revista Análise e Direito*, v. 2012, p. 129-152, 2012.

ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, v. 235, p.193-212, jan/mar, 2004.

SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente judicial vinculante e sua força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº85, p.51-72, abril 2010.

SALVADOR, Breno. *Como funciona a Suprema Corte dos Estados Unidos?*. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/mundo/como-funciona-suprema-corte-dos-estados-unidos-20845646>>. Acesso em: 15 out. 2018.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4a ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. 1432 p.

SCHOOL, Cornell Law. MASTERPIECE CAKESHOP, LTD. v. COLORADO. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/16-111>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

SELLERS, Mortimer N. S.. *The Doctrine of Precedent in the United States of America*. The American Journal Of Comparative Law, [s.l.], v. 54, n. 1, p.67-88, 2006. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/ajcl/54.suppl1.67>.

SHUGERMAN, Emily. “Martin Shkreli: lawyers struggle to find impartial jury for trial of ‘most hated man in America’”. *Independente*, 29 jun. 2017. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/martin-shkreli-trial-lawyers-struggle-impartial-jury-a7813631.html>. Acesso em 10 mar 2019.

SLOSS, David. Self-executing treaties and domestic judicial remedies. em : *Treaties in U.S. Law: New Debates on Old Ideas*. Santa Clara Law Digital Commons, p. 346-348, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Estudos de Direito Comparado. O que é a “Common Law”*, em particular, a dos EUA. 1997

STAVROPOULOS, Nicos. “Legal Interpretativism”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=law->

STERN, Ana Luiza Saramago. O Caso Marbury v. Madison: o nascimento do Judicial Review como artifício político. *Revista Direito e Liberdade*. Natal: Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, v.18, n. 3, p. 193-212, set/dez, 2016.

STEVENS, John Paul. The Freedom of Speech. *Yale Law Journal*, v.102, n.6, pp.1293-1313, 1993.

STRAUSS, David A. Do we have a Living Constitution? *Chicago: Drake Law Review*, v. 59, pp.973-984, 2011.

STRAUSS, David A.. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *About the Court*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/about/about.aspx>>. Acesso em: 15 out. 2018.

STATES, Supreme Court Of The United. OBERGEFELL ET AL. v. HODGES, DIRECTOR, OHIO: CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT. 2014. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

TARUFFO, Michele. *Dimensionidel precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. A. 48. n. 2. Milano: Giufrè, 1994.

THAYER, James B. The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review. Cambridge: Harvard Law Review Association, v. 7, n. 3, p. 129-156, Oct. 1893.

The audio recordings of all oral arguments heard by the Supreme Court of the United States. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio/2018. Acesso: 26 de outubro, 2018

THOMAS, E.W.. The Judicial Process - Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TREANOR, William Michael. Judicial Review Before Marbury. Stanford Law Review. Palo Alto: Stanford University, v. 58, n. 2, abril, 2010.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Second Edition. Estados Unidos, NY: The Foundation Press, 1988.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. Os Tribunais Internacionais Contemporâneos. 2013. Disponível em <<http://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>>. Acesso em 17 mar. 2019.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Público. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VÁZQUEZ, Carlos Manuel. The Four Doctrines of Self-Executing Treaties. American Journal of International Law, v.89, 695-723, 1995.

VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O Debate entre Originalismo e o Constitucionalismo Democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica. Itajaí: Univali, v. 18, n.1, p.51-62, jan/abr, 2013.

CASOS CITADOS

AUSTRÁLIA. Suprema Corte da Austrália. Smith v. The State of Western Australia H.C.A 3. Pres. Robert French, 2014.

CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. 2. S.C.R 344, Rui Wen Pan v. Her Majesty The Queen; Bradley Sawyer v. Her Majesty the Queen, Pres. Beverley McLachlin, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição, 24 de setembro de 1789. Disponível em:

<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOA LJNETO.pdf>. Acesso em 04 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Federal Rules of Evidence, 1º de julho de 1975. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>. Acesso em 04 jan. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Quarto Circuito dos Estados Unidos da América. 169 F.2d 739. Rakes v. United States. Pres. John J. Parker. 1948

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 289 U.S. 1, Clark v. United States. Pres. Charles Evans Hughes, 1933.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 5 U.S. 137, Marbury v. Madison. Pres. John Marshall, 1803.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 238, U.S. 264, McDonald v. Pless. Pres. Edward Douglas, 1915.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 381 U.S. 618, Linkletter v. Walker. Pres. Earl Warren, 1965.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 404 U.S. 97, Chevron Oil Co. v. Huston. Pres. Warren E. Burger, 1971.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 479, U.S. 314, Griffith v. Kentucky. Pres. William Rehnquist, 1987.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 331 U.S. 549, Rescue Army v. Municipal Court. Pres. Fred. M. Vinson, 1947.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 381 U.S. 479, *Griswold v. Connecticut*. Pres. Earl Warren, 1965.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 342 U.S. 165, *Rochin v. California*. Pres. Fred. M. Vinson, 1956.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 347 U.S. 483, *Brown v. Board of Education of Topeka*. Pres. Earl Warren, 1954.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 483 U.S. 107, *Tanner v. United States*. Pres. William Rehnquist, 1987.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 283 U.S. 264, *McDonald v. Pless*. Pres. Edward Douglas White. 1915.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 289 U.S. 1. *Clark v. United States*. Pres. Charles Evans Hughes. 1933.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 548 U.S. 331. *Sanchez-Llamas v. Oregon*. Pres. John Roberts. 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 27 U.S. 253. *Foster v. Nilson*. Pres. John Marshal. 1829.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 388, U.S. 1. *Loving v. Virgínia*. Pres. Earl Warren, 1967.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 523, U.S. 371. *Breard v. Greene*. Pres. William Rehnquist, 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 567 U.S.. *Obergefell v. Hodges*. Pres. John Roberts, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Docket nº 13.585, *certiorari* negado. *Elane Photography LLC v. Willock*. Pres. John Roberts, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 515 U.S. 557. *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston Inc.* Pres. William Rehnquist, 1995.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 383 U.S. 131. *Brown v. Louisiana*. Pres. Earl Warren, 1966.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 393 U.S. 503. *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*. Pres. William Rehnquist, 1969.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 491 U.S. 397. *Texas v. Johnson*. Pres. William Rehnquist, 1989.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 403 U.S. 15. *Cohen v. California*. Pres. Warren E. Burger, 1971.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 505 U.S. 377. *R.A.V. v. City of St. Paul*. Pres. William Rehnquist, 1992.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 538 U.S. 343. *Virginia v. Black*. Pres. William Rehnquist, 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 395 U.S. 444. *Brandenburg v. Ohio*. Pres. Warren E. Burger, 1969.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 530 U.S. 640. *Boy Scouts of America v. Dale*. Pres. William Rehnquist, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 468 U.S. 288. *Clark v. Community for Creative Non-Violence*. Pres. Warren E. Burger, 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 430 U.S. 705. *Wooley v. Maynard*. Pres. Warren E. Burger, 1977.

NOVO MÉXICO. Suprema Corte do Estado do Novo México. Docket 33.687, *Elane Photography LLC (Petitioner) v. Vanessa Willock (Respondent)*. Pres. Bárbara J. Vigil, 2014.

REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. *Vaise v. Delaval*. 1 TR 11. Pres. Lord Mansfield, 1785.

DOCUMENTOS

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Convenção Constitucional da Filadélfia. Constituição dos Estados Unidos da América. 1789. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/constEUA.pdf>. Acesso em 19 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Carta das Nações Unidas. Estados Unidos da América: São Francisco, 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em 19 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Áustria: Viena, 1969. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>. Acesso em 19 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares. Áustria: Viena, 1963. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf. Acesso em 19 mar. 2019.