

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E  
DEMOCRACIA II**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG**

**MAGNO FEDERICI GOMES**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Magno Federici Gomes; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-350-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II**

---

#### **Apresentação**

O III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 23 a 28 de junho de 2021, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica, mesmo durante o isolamento social. Teve como tema geral: SAÚDE: SEGURANÇA HUMANA E DEMOCRACIA.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação stricto sensu no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II, realizado em 24 de junho de 2021, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos vinte e um trabalhos, efetivamente debatidos, a partir dos seguintes eixos temáticos: DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA e, por fim, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

No primeiro bloco, denominado DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, iniciaram-se os trabalhos com AS RETOMADAS DEMOCRÁTICAS SEGUIDAS DE AUTORITARISMO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES NO ÚLTIMO SÉCULO: INCURSÕES SOBRE OS DIREITOS PREVISTOS E SUPRIMIDOS NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946, 1967 E 1988; o CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: RELAÇÃO SIMBIÓTICA DE FORTALECIMENTO; O ESTADO DE JUSTIÇA SOCIAL E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO e ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS CÂMARAS MUNICIPAIS: UM ESTUDO NOS MUNICÍPIOS QUE INTEGRAM A 244ª ZONA ELEITORAL DE MINAS GERAIS. Após, debateu-se sobre ESTADO, RESPONSABILIDADE E DEMOCRACIA: DO AMBIENTAL AO ECOLÓGICO, bem como sobre CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO ORDOLIBERAL E OS MOVIMENTOS SOCIAIS AMBIENTAIS: INTERDEPENDÊNCIAS E REPERCUSSÕES DECORRENTES DA ADOÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO CONSTITUCIONAL ORDOLIBERAL, para fechar com O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DAS DESIGUALDADES: FRENTE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL ESTRUTURAL.

No segundo eixo, chamado CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA, apresentaram-se seis artigos científicos, iniciando-se por DIREITO CONSTITUCIONAL E O INCENTIVO FISCAL NO ESTADO DO AMAZONAS-AM. Depois, discutiu-se O PODER EXECUTIVO NA CRISE. UM ESTUDO SOBRE O USO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS; MEDIDAS PROVISÓRIAS DURANTE A CRISE SANITÁRIA COVID-19 NO MARANHÃO - USO COMO ESTRATÉGIA LEGISLATIVA NA ESFERA ESTADUAL EM SITUAÇÕES DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA (2020-2021); SUPREMA CORTE DOS EUA E A PANDEMIA DE COVID-19 UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA; O FEDERALISMO DE DESCOORDENAÇÃO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 E A ADI 6341; e, FRAGMENTOS E A INSTRUMENTALIDADE JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL EM MEIO AOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

No derradeiro bloco, intitulado JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, o trabalhos apresentados e debatidos foram: ANÁLISE DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NO BRASIL, A PARTIR DAS GARANTIAS DA DEMOCRACIA, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; ATIVISMO JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NA FRONTEIRA DA JURISDIÇÃO; ATIVISMO JUDICIAL NÃO É CAUSA DE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA E SIM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL COM RISCO A SEGURANÇA JURÍDICA; O COSTUME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO ELEMENTO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; O EFEITO VINCULANTE NA INTEPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; MODULAÇÃO DE EFEITOS REALIZADO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PROTEGE DIREITOS FUNDAMENTAIS?; e, finalmente, O MANDADO DE INJUNÇÃO E A TRÍPLICE DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER ESTATAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à Constituição, Teoria Constitucional e Democracia, a partir de um paradigma de

sustentabilidade, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com a Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 05 de julho de 2021.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Coordenador e Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magno.gomes@academico.domhelder.edu.br

Professor Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Docente titular do PPGD da Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

paulorbr@uol.com.br

Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer

Docente titular do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

samanthameyer@uol.com.br

# **SUPREMA CORTE DOS EUA E A PANDEMIA DE COVID-19 UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA**

## **U.S. SUPREME COURT AND THE PANDEMIC OF COVID-19 ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF SOCIAL SYSTEMS**

**Paulo Roberto Ramos Alves <sup>1</sup>**  
**Luiz Fernando Lourenço Guimarães <sup>2</sup>**

### **Resumo**

Sob um método sistêmico, o presente trabalho se propõe a analisar o posicionamento da Suprema Corte dos E.U.A. quando do julgamento dos casos relacionadas a pandemia do covid-19, especialmente nas questões envolvendo: presidiários, eleitores, religiosos e vacinação compulsória. Considerando a forma de composição do Tribunal, dividido em Justices liberais e conservadores, bem como o resultado dos julgamentos, é possível verificar que as decisões do sistema jurídico conservam grande carga de irritabilidade proveniente do sistema político, fato que se pretende avaliar a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.

**Palavras-chave:** Suprema corte, Pandemia, Sistemas sociais, Niklas luhmann

### **Abstract/Resumen/Résumé**

Under a systemic method, this paper aims to analyze the position of the U.S. Supreme Court when judging cases related to the covid-19 pandemic, especially on issues involving: prisoners, voters, religious and compulsory vaccination. Considering the composition of the Court, divided into liberal and conservative Justices, as well as the outcome of the judgments, it is possible to verify that the decisions of the legal system retain a great amount of irritability from the political system, a fact that is intended to be evaluated from the theory of social systems, developed by Niklas Luhmann.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Supreme court, Pandemic, Social systems, Niklas luhmann

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UNISINOS; Estágio Pós-Doutoral pela UPF; Professor na Universidade de Passo Fundo (UPF) e na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Advogado. E-mail: pauloalves@upf.br

<sup>2</sup> Mestrando no PPG Direito da UPF (2020). Especialista em Direito pela UPF (2014). Especialista em Direito pela Faculdade Damásio (2005). Graduado em Direito pela PUC de Campinas (2004). E-mail: lguima10@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O tema de estudo do presente trabalho foi o posicionamento da Suprema Corte dos E.U.A. na análise dos casos relacionadas a pandemia do covid-19. Nesse sentido, questões relacionadas à cultos religiosos, à direitos de prisioneiros e de eleitores, exigiram um rápido posicionamento de uma Corte caracterizada pelo formalismo, tradicionalismo e avessa a implementação de qualquer nova tecnologia na resolução das lides.

Da análise do resultado dos julgamentos, é possível verificar que os mesmos conservam grande carga de posicionamento político, encontrando-se, o Tribunal, dividido entre *Justices* liberais e conservadores, segundo tenham sido indicados por Presidentes da República democratas ou republicanos, respectivamente.

Para a Teoria dos Sistemas Sociais proposta por Niklas Luhmann, o sistema do direito encontraria o seu acoplamento estrutural com o sistema da política na constituição do país (LUHMANN, 2016). Pois bem, os EUA, precursores do constitucionalismo moderno, optaram pelo modelo de composição de sua mais alta corte, por meio da escolha livre pelo Presidente da República, tanto dos 9 juízes integrantes da Corte, quanto do próprio Presidente do Tribunal, todos escolhidos para mandatos vitalícios, independentemente de qualquer limite de idade.

Outros países optaram por diferentes modelos de composição de suas Cortes Constitucionais, o que redundou numa maior ou menor capacidade da irritação do sistema da política sobre o sistema do direito.

Na tentativa de trazer uma maior clareza sobre os julgamentos supracitados e sob um método sistêmico, o estudo optou por apresentar a seguinte divisão capitular: primeiramente, se apresentam diferentes formas de composição de Tribunais Constitucionais ao redor do globo; na sequência, são traçadas as linhas gerais definidoras da Corte Suprema Norte-americana, com especial atenção a sua composição, buscando a lógica por detrás da hermenêutica expressada em suas decisões; finalmente, analisar-se-ão os casos que demandaram o seu posicionamento, nesse contexto pandêmico.

Em aportes finais, se realizará um balanço entre as análises referidas ao longo do artigo, apresentando as respectivas conclusões.

## 2. DIFERANÇAS SUPREMAS

A questão relacionada a melhor forma de organização possível dos Tribunais Constitucionais vem sendo enfrentada sob diversos métodos, se considerarmos diferentes países e épocas.



Em verdade, faz parte do próprio sistema de freios e contrapesos, inspirado em Montesquieu, que a composição do tribunal responsável pela guarda da constituição e garantia de sua supremacia tenha participação dos outros poderes constituídos. Mas isso se verifica em diferentes intensidades, quando nos deparamos com normas constitucionais díspares.

Com exceção dos EUA, que será objeto de estudo do próximo capítulo, serão apresentados, em apertada síntese, os modelos organizacionais de países como: Alemanha, França, Espanha, Itália, Equador, Bolívia e Brasil. Pretendendo-se, com isso, demonstrar que não se trata de uma questão para a qual o constitucionalismo já apresente uma resposta uníssona e inequívoca.

Compulsando o lacônico art. 94 da *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949*, bem como sua complementação infraconstitucional, verifica-se que o *Tribunal Constitucional Federal* é composto por 16 juízes, escolhidos para mandatos de 12 anos. Eles são eleitos, em partes iguais, pelas duas Casas Legislativas, o *Bundestag* (Parlamento Federal) e o *Bundesrat* (Conselho Federal). Assim, a Alemanha optou por ausência de participação do Presidente da República e por mandatos fixos para seus mais altos juízes.

Na França, o art. 56 da *Constituição Francesa de 1958* dispõe que o *Conselho Constitucional da França* é composto por 9 juízes, que exercerão suas atividades em mandatos fixos de 9 anos. A nomeação se dá com a renovação do terço da casa a cada três anos, cabendo a escolha, alternadamente, ao Presidente da República, ao Senado e à Assembleia Nacional. O mencionado artigo traz ainda a curiosa possibilidade dos Ex-presidentes da República integrarem vitaliciamente o referido Conselho, podendo-se citar, na composição atual, o membro Valéry Giscard D'Estaing, que presidiu a França entre 1974 e 1981.

Já o *Tribunal Constitucional Espanhol*, consoante o art. 159 da *Constituição Espanhola de 1978*, compõe-se de 12 membros nomeados pelo Rei, para mandatos de 9 anos e renovados por terças partes. Quanto a escolha dos nomes, a opção da lei maior foi a seguinte: quatro advém de proposta do Congresso, por maioria de três quintos; outros quatro sob proposta do Senado, em idêntica maioria; dois nomes sob proposta do Governo; e os dois últimos sob proposta do Conselho Geral do Poder Judiciário. Talvez seja a opção espanhola o método mais democrático para a formação de uma Corte Constitucional, na medida em que a composição exige a participação dos três poderes constituídos, o que evita inconvenientes de demasiada interferência como o observado nos modelos muito focados em escolhas solipsistas por Presidentes da República.

Na mesma linha, temos o modelo italiano previsto no art. 135 da *Constituição da República Italiana de 1947*, que arquiteta um *Tribunal Constitucional* composto por 15 juízes,

escolhidos para mandatos fixos de 9 anos. Também é um dos modelos com nomeações divididas igualmente entre os três Poderes, eis que a Corte italiana tem um terço de seus integrantes indicados pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e o terço final pelas Supremas Magistraturas Ordinárias e Administrativas.

No tocante ao movimento conhecido como Novo Constitucionalismo Latino-americano, vamos analisar brevemente as opções dos legisladores originários nas duas últimas constituições que estream, quais sejam, a Constituição do Equador de 2008 e a Constituição da Bolívia de 2009.

Vamos a elas. A *Constituição da República do Equador de 2008*, em seu art. 432, determina que a *Corte Constitucional* seja composta por 9 membros, escolhidos para mandatos de 9 anos, cuja renovação se dá em grupos de 3. O art. 433 traz os requisitos para a ocupação do cargo, havendo, dentre eles, a importante vedação para aqueles que pertenceram ou participaram de partido ou movimento político nos últimos 10 anos. Quanto ao concurso de escolha, o texto dispõe:

*Art. 434.- Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres. El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley.*

Com isso, depreende-se que o legislador constituinte originário pretendeu criar um modelo com participação de diversos poderes, como meio de diminuir a influência futura na Corte, além de se preocupar com a representação paritária entre homens e mulheres.

A formação da mais alta corte boliviana está prevista no art. 197 e 198 da *Constituição Política do Estado da Bolívia de 2009*. O modelo adotado foi o da eleição direta por sufrágio universal dos 9 integrantes do *Tribunal Constitucional*, eleitos para mandatos de apenas 6 anos, nos termos do disposto no art. 183, aplicado por força do art. 200, da referida Constituição.

O modelo de sufrágio universal faz sentido no contexto do Novo Constitucionalismo Latino-americano, na medida em que este preconiza uma maior participação direta popular, como forma de lidar com a crise dos sistemas representativos que tanto assombra essa parte do mundo. Nada obstante, tal modelo também apresenta seus riscos, especialmente numa América Latina profícua em se deixar influenciar por caudilhos e populistas de toda ordem.

Por fim, o paradigma adotado pelo Brasil para a composição do *Supremo Tribunal Federal* se baseia na escolha direta pelo Presidente da República, submetendo-se, o candidato, à sabatina pelo Senado Federal, conforme o disposto no art. 101 da *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. De inspiração norte-americana, a ideia era a participação efetiva de dois poderes na composição da mais alta corte brasileira. No entanto, ao contrário do que ocorre nos EUA, no Brasil a sabatina pelo Senado nunca teve força suficiente para rejeitar nenhum candidato, se degenerando numa mera formalidade, o que acabou por corromper o modelo originalmente pensado.

Então, da análise desses diferentes sistemas, poder-se-ia concluir que vários são os modelos pensados pelo constitucionalismo para a escolha dos membros encarregados da árdua tarefa de controle de constitucionalidade. Os países optaram por diferentes modelos, começando por arquétipos mais centrados na vontade do Presidente da República, passando por modelos que buscam uma maior participação entre os três poderes, até chegarmos em escolhas por sufrágio universal popular, sem a interferência direta dos poderes constituídos.

Sob a ótica da Teoria dos Sistemas, a Constituição promove o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política. Nesse acoplamento, é de suma importância o grau de participação do sistema político na escolha dos responsáveis pelo controle de constitucionalidade.

Explico, a constituição “ordena a autodescrição do sistema jurídico e lhe oferece, no mínimo, os pontos de apoio. A Constituição indica, por exemplo, os valores em relação aos quais o direito é funcional”. (LUHMANN, 1990). Além disso, ela também promove o fechamento do sistema jurídico ao discipliná-lo, especialmente pela projeção do código binário direito/não direito para a ideia de inconstitucionalidade, que permite a recusa de legislação feita pelo sistema político.

Por outro lado, ela também regula a produção legislativa, limita o exercício do poder, apresenta conceitos como “povo, eleitor e partidos políticos [...]”. As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político”. (LUHMANN, 1990).

Para a teoria luhmanniana os diferentes sistemas sociais não se hierarquizam, produzindo, cada qual, suas comunicações de maneira independente, segundo seu próprio código binário.

Assim, o momento da escolha dos integrantes da mais alta corte do sistema jurídico, se constitui numa oportunidade de importância ímpar para o sistema político, pois é o momento que de certa forma permite uma tentativa de influenciar nas futuras decisões provenientes do

sistema do direito, caracterizado por seu fechamento e autorreferenciabilidade. Talvez essa situação fique mais clara com a análise da Suprema Corte Norte-americana, objeto de estudo do próximo capítulo.

### 3. SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

Entre maio e setembro de 1787 ocorreu a Convenção da Filadélfia, que ainda que originalmente pensada apenas para revisar os *Articles of Confederation (AACC)*, acabou por produzir a primeira constituição do mundo moderno e seguramente uma das mais inovadoras de todos os tempos, a Constituição dos EUA de 1787.

Quando olhamos para o contexto histórico pós Independência, notamos que havia um grande pluralismo cultural e uma ideia muito assentada de autogoverno nas colônias, o que gerava um medo constante na elite de fragmentação política, degenerando um grande estado unitário em diversos pequenos países. As várias opções de união estavam dissolvidas entre nada menos do que “17 projetos diferentes de união entre as colônias, no período de 1688 a 1775””. (GODINHO; DUARTE, 2007, p. 43). A solução inovadora para superar os impasses “foi elaborar um modelo que conjugasse democracia e autonomia político-administrativa (federalismo), com o poder popular convivendo com a busca de consensos mínimos, sob um ambiente cultural diversificado”. (GODINHO; DUARTE, 2007, p. 42).

Mas todo o consenso foi construído arduamente, isso explica muito do porquê de um texto tão enxuto, que contava com apenas sete artigos, sendo: os três primeiros organizadores dos 3 poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente; o artigo 4º organizando a Federação; o art. 5º o processo de emendas; e, por fim, os art. 6º e 7º, com disposições que estão mais para atos meramente temporários e transitórios.

Foi retirado da constituição tudo aquilo onde não se conseguiu consenso suficiente que permitisse a ratificação do texto pelos delegados. Chama a atenção a completa ausência de direitos individuais, que só apareceram com as emendas de 1791. O número de escravos representava cerca de um quinto da população do país, mas a escravidão foi sumariamente ignorada no texto. Nem mesmo a palavra democracia figura em momento algum do texto originário, que, no entanto, faz uso por diversas vezes da palavra *felonia*, cuja origem etimológica curiosamente representava, na Idade Média, a traição do vassalo contra o seu amo, ou seja, uma preocupação para lá de elitista.

Nesse contexto de debates e busca de consensos duradouros pelos delegados dos futuros estados, o texto final da Constituição Americana acabou formalmente aprovado e ratificado. Ao Poder Judiciário foi reservado um lacônico art. 3º, que cria, na seção 1, a Corte

Suprema dos EUA. Os juizes ocupantes de suas cadeiras são tidos como vitalícios, na medida em que o referido artigo diz que estes “conservarão as suas funções enquanto demonstrarem boa conduta”. Na prática, não é difícil encontrar juizes com mais de oitenta ou mesmo noventa anos em pleno exercício na Suprema Corte, por vezes aguardando por um novo Presidente da República de mesmo perfil ideológico, para a nomeação de um novo *Justice*.

Quanto a forma de escolha, no art. 2º, seção 2, da Constituição, resta definido que compete ao Presidente da República, com a consulta e aprovação do Senado, escolher os juizes da Corte Suprema. Ele faz mais, embora não conste no texto na lei maior, o Presidente da República escolhe também o presidente da referida Corte, o denominado *Chief Justice*.

A sabatina pelo Senado, diferentemente do que ocorre no Brasil, não é uma mera formalidade exigida pela Constituição, havendo casos em que candidaturas efetivamente são rejeitadas ou foram desidratadas no Senado. Já ocorreu de tudo, candidatos aprovados que declinaram a oportunidade, outros que faleceram, além dos que foram rejeitados ou tiveram a nomeação retirada pelo Presidente.

*There have been 37 unsuccessful nominations to the Supreme Court of the United States. Of these, 11 nominees were rejected in Senate roll-call votes, 11 were withdrawn by the president, and 15 lapsed at the end of a session of Congress. Six of these unsuccessful nominees were subsequently nominated and confirmed to other seats on the Court. Additionally, although confirmed, seven nominees either declined office or (in one instance) died before assuming office (WIKIPEDIA, 2020).*

Resumindo, no modelo estadunidense o Presidente dos EUA escolhe os 9 integrantes da Suprema Corte e escolhe, inclusive, o Presidente da Suprema Corte. Os juizes escolhidos passam por sabatina do Senado e, uma vez empossados, exercem a função vitaliciamente.

Tal sistema acaba por concentrar um imenso poder na mão do chefe do executivo, que é expressado pela seguinte correlação, presidentes republicanos escolhem *Justices* conservadores, enquanto que presidentes democratas escolhem *Justices* liberais. Isso ocorre porque embora existam nos EUA diversos partidos nanicos, como, por exemplo, partido verde, partido libertário ou mesmo o partido comunista, a vitória nas eleições invariavelmente se alterna entre apenas dois partidos políticos, os republicanos e os democratas.

Na composição atual, foram nomeados por governos democratas e são classificados como liberais, os *Justices*: Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. Já os governos republicanos tiveram a oportunidade de nomear o *Chief Justice* John Roberts, além dos *Justices* Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh. Assim, no tocante a composição atual da Suprema Corte Norte-americana, pelo menos quando

da redação desse artigo científico, temos 4 juízes de perfil liberal e outros 5 de perfil conservador.

O perfil liberal/conservador fica bem evidenciado quando analisamos as estatísticas dos votos de cada um dos juízes da Suprema Corte. Para tanto, o Apêndice I traz colacionado um quadro retirado da página *Ideological leanings of United States Supreme Court Justices*, no qual se evidencia o posicionamento estatístico de cada um dos juízes em questões fundamentais envolvendo: procedimentos criminais, direitos civis, liberdades individuais, direitos trabalhistas, causas envolvendo a economia, o federalismo e os impostos federais.

Os números carreados apontam que o perfil do juiz tem inegável impacto em sua judicatura, sendo certo que este perfil está intimamente atrelado ao partido político ao qual se abriu a oportunidade de escolha de um novo membro para a Suprema Corte.

Nada obstante, eventualmente a história registra exemplos em que, uma vez empossados, os *Justices* tomaram decisões pontuais contrárias aos Presidentes que os nomearam, sendo oportuna a transcrição:

Duas coisas, pelo menos, estão fora de dúvida. Uma é que o Presidente da Nação nem sempre pode fazer o que quer. Theodore Roosevelt, que nomeou Oliver Wendell Holmes, mais tarde queixou-se: «Eu poderia ter tirado de uma banana um Juiz com mais firmeza!» Harry Truman nomeou Tom Clark, que friamente votou contra o seu padrinho em 1952, no caso do sequestro das usinas de aço. E houve essa decisão unânime contra Richard Nixon no caso das gravações — lavrada pelo Juiz Presidente que ele nomeara (WILLIAMS, 1984, p. 53).

Em que pese esses casos pontuais, é possível afirmar que existe uma estreita relação entre a forma como o *Justice* vota no caso concreto e a indicação do sistema político que lhe ofertou uma cadeira na Corte Suprema.

Quanto a sua competência, a mais destacada está no exercício do controle de constitucionalidade em concreto. Este decorreu do emblemático caso *Marbury vs Madison* de 1803, onde o presidente Thomas Jefferson ordenou ao seu secretário de estado, James Madison, que não desse sequência nas nomeações para Juiz Federal, dentre elas a de Willian Marbury, realizadas pelo ex-presidente Adams. Isso fez com que Marbury se socorresse da Suprema Corte, a qual, antes de adentrar ao mérito da questão, previamente teve de decidir se poderia ou não declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato proveniente dos outros poderes constituídos.

*El tribunal sostuvo a este respecto que la ley invocada por Madison era inconstitucional, alegando que ampliaba indebidamente los supuestos de jurisdicción originaria establecidos en el artículo III de la constitución americana. De este modo,*

*Marbury v. Madison* pasó a ser crucial en la historia del derecho público porque sentó, en términos firmes y claros, la doctrina de la revisión judicial, que ha sido desde entonces el cimiento de la estructura constitucional (MENDONÇA; GUIBOURG, 2004, p. 147-149).

Estabelecida previamente a composição e a principal competência, falta ainda um ponto que demanda esclarecimentos para a correta compreensão do Tribunal em estudo. Enquanto que o STF julga mais de 100 mil casos por ano, a Suprema Corte dos EUA julga apenas e tão somente 100 casos no mesmo período.

Isso se dá por não existir critérios formais que determinem o que deva ser julgado pelo referido tribunal. “Não existem causas predestinadas à análise pela Suprema Corte. A triagem das questões sobre as quais o Tribunal se manifestará é feita pela apreciação do *writ of certiorari*” (REIS, 2013). Nem em relação à análise do peticionado existem regras exatamente claras, a única certeza é a de que, “embora não escrita, vigora uma tradição chamada “regra dos quatro”: se quatro dos nove membros da Suprema Corte quiserem examinar uma determinada causa, seu mérito será apreciado pela Corte” (PINTO, 2007, p. 93).

Nesse cenário, estratégias utilizadas pelos *Justices* vão desde os *defensive denials*, quando o juiz não concede o *writ of certiorari* porque vislumbra que a decisão final da causa, se apreciada pela Suprema Corte, será contrária ao seu interesse enquanto liberal ou conservador. Mas também ocorrem as *invitations*, que se caracterizam pela sinalização pelo Tribunal formalizada em alguma decisão, dando conta de que um determinado assunto seria bem-vindo para debate na Suprema Corte (PINTO, 2007, p. 96).

Enfim, a Suprema Corte Norte-americana se caracteriza por ser um tribunal sob grande influência política, em razão desse modelo adotado de composição e possibilidade de escolha do *Chief Justice* pelo sistema político. A divisão bem nítida entre juízes liberais e conservadores traz um bom grau de previsibilidade para as suas decisões, o que vai ao encontro de interesses forjados no sistema econômico, especialmente num cenário luhmanniano onde a função primordial do direito seria a estabilização das expectativas normativas (LUHMANN, 2016). Já em relação especificamente ao sistema jurídico, a ausência de regras claras permite que a Suprema Corte literalmente escolha a causa que pretende julgar, exercendo alto poder discricionário, até porque a denegação do *writ os certiorari* sequer precisa ser fundamentada. Por fim, práticas como as *defensive denials*, acabam por corroborar com a manutenção do do *status quo*, dificultando a revisão de posições anteriores, conferindo ao Tribunal um bom grau de conservadorismo.

A primeira resposta da Suprema Corte nesse turbilhão pandêmico foi justamente a de suspender suas atividades a partir de 16 de março de 2020. Situação semelhante só ocorrera um século antes, quando, em 1918, o Tribunal suspendeu suas atividades em virtude da gripe espanhola.

## 4. CASOS JULGADOS

### 4.1 CULTOS RELIGIOSOS

A primeira resposta da Suprema Corte nesse turbilhão pandêmico foi justamente a de suspender suas atividades a partir de 16 de março de 2020. Situação semelhante só ocorrera um século antes, quando, em 1918, o Tribunal se viu forçado a suspender suas atividades em virtude da gripe espanhola.

Todavia, a suspensão não prosperou, na medida em que o covid-19 deu claros sinais que perduraria por tempo indeterminado. Com isso, a Suprema Corte mudou a sua estratégia, e iniciou uma nova fase em sua trajetória, realizando julgamentos à distância, a partir de 04 de maio de 2020, começando pelo caso *U.S. Patent and Trademark Office v. Booking.com* (TUCCI, 2020). A grande “inovação” introduzida, foi a possibilidade dos advogados ofertarem *oral arguments* por telefone, procedimento que faria corar qualquer Ministro do STF, já plenamente acostumado com a utilização de ferramentas tecnológicas na realização de sessões virtuais e transmissão ao vivo dos julgamentos pela TV Justiça.

Nada obstante, no procedimento dos EUA, após a apresentação dos *briefs* por escritos, ocorre a única e importante sessão pública onde os advogados das partes têm a oportunidade de tecer *oral arguments*, numa tradição que remonta a 1789. Após a apresentação desses, os *Justices* se reúnem em conferências fechadas de julgamento, nas quais “não são admitidos nem mesmo assessores ou garçons, sendo que, na Suprema Corte, cabe ao *Associate Justice* mais moderno a pitoresca tarefa de servir água para os colegas, abrir a porta da sala de conferências e atender ao telefone” (HORBACH, 2014).

Assim, tentando manter o máximo de formalismo possível, ainda que fazendo concessões importantes como o telefone para *oral arguments*, a Suprema Corte Norte-americana retomou seus julgamentos, prestando especial atenção aos casos relacionados com o covid-19, os quais serão analisados doravante.

Os cultos religiosos sofreram seguidas derrotas recentes na Suprema Corte. Ocorre que, para evitar uma maior disseminação do vírus na população, diversos estados americanos regulamentaram restrições para a prática de diversas atividades com tendência a gerar aglomerações, dentre elas as sessões de devoção realizadas em cultos religiosos.



Restrições, sobretudo no número de fiéis que poderiam frequentar um determinado culto, foram impostas pela Califórnia, Chicago, Nevada, entre outros. As restrições vão desde coleta de temperatura na entrada dos templos, passando por vedação a cânticos religiosos e possibilidade de comungar; além disso, elas principalmente limitavam o quantitativo de fiéis que poderiam congregiar simultaneamente nos cultos, para se evitar aglomerações. Por exemplo, Chicago chegou a permitir 100 fiéis num mesmo culto, enquanto que Nevada fixou o limite em 50.

Contra essas restrições, as entidades religiosas ingressaram na Suprema Corte, sobretudo com base na liberdade de reunião e religião ambas garantidas pela Primeira Emenda, *in verbis*: “o congresso não poderá fazer nenhuma lei concernente ao estabelecimento de uma religião ou proibindo o seu livre exercício, [...] ou o direito dos cidadãos de reunir-se pacificamente [...]”. Também se insurgiram com base na isonomia, já que outras atividades, que também geram aglomeração, tiveram mais sorte nesse quesito.

Todavia, os apelos não tiveram sucesso. Nesse ponto, a maioria liberal se formou com os quatro juízes liberais citados no capítulo anterior, mais o voto do *Chief Justice* John Roberts, de perfil conservador. Em 29 de maio de 2020, no julgamento *SOUTH BAY UNITED PENTECOSTAL CHURCH, ET AL. v. GAVIN NEWSOM, GOVERNOR OF CALIFORNIA, ET AL.*, o juiz Roberts entendeu ser constitucional a limitação à 25% da capacidade do templo, com no máximo 100 fiéis simultaneamente, chegando a afirmar em seu voto prevalente:

*Although California’s guidelines place restrictions on places of worship, those restrictions appear consistent with the Free Exercise Clause of the First Amendment. Similar or more severe restrictions apply to comparable secular gatherings, including lectures, concerts, movie showings, spectator sports [...].*

O voto prossegue e o julgador relembra um tema raramente debatido no Brasil, que é a questão concernente a ausência de legitimidade democrática do judiciário para a revisão das leis expedidas por outros poderes eleitos, fato que demanda toda uma cautela do órgão julgador, obviamente quando nenhum limite constitucional é claramente ultrapassado. Em suas palavras: “*Where those broad limits are not exceeded, they should not be subject to second-guessing by an “unelected federal judiciary”, which lacks the background, competence, and expertise to assess public health and is not accountable to the people*”.

Já no polo dos juízes conservadores que acabaram derrotados na questão, o principal argumento que justificou o seu voto foi o ligado a eventual discriminação pela imposição de medidas mais duras a lugares de adoração. O voto vencido do Justice Brett Kavanaugh aponta: “*But absent a compelling justification (which the State has not offered), the State may not take*

a looser approach with, say, supermarkets, restaurants, factories, and offices while imposing stricter requirements on places of worship”.

No mesmo sentido, em 24 de julho de 2020, os apelos de uma capela em Nevada foram rejeitados no caso *CALVARY CHAPEL DAYTON VALLEY v. STEVE SISOLAK, GOVERNOR OF NEVADA, ET AL.* A mesma maioria liberal se formou e o apelo foi negado, não havendo nenhuma fundamentação para tanto. De outro lado, foram carreados pelo menos três votos vencidos dissidentes e muitos dos argumentos vão no sentido do tratamento desigual, podendo-se citar o voto do *Justice Alito*, que afirmou:

*A church, synagogue, or mosque, regardless of its size, may not admit more than 50 persons, but casinos and certain other favored facilities may admit 50% of their maximum occupancy— and in the case of gigantic Las Vegas casinos, this means that thousands of patrons are allowed.*

Por isso, em relação a questão religiosa, a Suprema Corte decidiu no sentido de prestigiar as restrições oriundas do executivo, com o intuito de minorar a disseminação pandêmica.

## **4.2 Prisioneiros**

Em relação aos presidiários, algumas questões exigiram o posicionamento do Tribunal em análise, em especial as ligadas a proteção da saúde e aos direitos dos presos.

O covid-19 é um coronavírus causador de uma infecção séria, respiratória e com potencial letal. Na ausência de tratamentos comprovadamente eficazes ou mesmo uma vacina, o foco de contenção da doença se volta para a prevenção, em especial para práticas de boa higiene e distanciamento social.

No ambiente carcerário, muitas vezes superlotado e sem condições ideais de salubridade, o covid-19 encontra um ambiente propenso a sua propagação. Assim sendo, o Juiz Distrital James S. Gwin determinou a identificação de todos os presos elegíveis nos critérios de grupo de risco, na penitenciária *Elkton Federal Correctional Institution* de Ohio, que enfrentava um surto de coronavírus. Foram identificados 837 presos em situação de risco, aos quais o referido juiz ordenou, em 16 de maio, a liberdade ou a transferência para outro presídio.

O Governo Federal dos EUA, na tentativa de barrar a decisão, escalou o seu *Solicitor General* Noel John Francisco para que este peticionasse junto a Suprema Corte, na tentativa de suspender o cumprimento da decisão, que poderia representar a transferência de quase 900 presos, em tempos de pandemia. A linha argumentativa foi a de suspender a ordem enquanto o processo poderia ser revisto pelas instâncias ordinárias, através de recurso junto ao *Cincinnati-based 6th Circuit Court of Appeals*.

Também se combateu a alegação de que o encarceramento na referida instituição desrespeitava a Oitava Emenda da Constituição, que proíbe penas cruéis ou inusuais. O *Solicitor General*, na defesa do tratamento dispensado aos presos, afirma em seu peticionamento:

*(FCI-Elkton) have implemented the BOP's system-wide plan. They have minimized social interactions; distributed necessary cleaning supplies, masks, and protective equipment; and established quarantine, testing, and treatment protocols. Furthermore, when Elkton experienced a number of confirmed cases of COVID-19, prison officials worked to both limit transmission of the virus and ensure that those affected receive adequate medical treatment.*

Ao analisar o *application*, a Suprema Corte, sem maiores explicações, decidiu o que se segue: “*IT IS ORDERED that the District Court's April 22 and May 19 orders are hereby stayed pending disposition of the Government's appeal in the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit and further order of the undersigned or of the Court*”.

Com isso, o Tribunal atendeu o interesse da União e evitou a transferência ou a liberação dos presos, em decisão que serviu de paradigma para o sistema carcerário.

Entretanto, o certo é que a pandemia atingiu severamente os presídios norte-americanos, com os piores números registrados justamente em Ohio. Segundo informações do *The Associated Press*, publicadas em 31 de julho de 2020, o sistema prisional de Ohio continha 5.200 prisioneiros que testaram positivo para o coronavírus, com 88 mortes registradas. Pelo menos 1.000 funcionários do sistema prisional também tinham contraído a doença, contando com 5 mortes.

Outro tema de grandes debates foi o relacionado à pena de morte. Para cumprir uma de suas promessas de campanha, o Presidente Donald Trump tomou as providências necessárias para destravar na Suprema Corte as execuções federais de prisioneiros, por injeção letal de pentobarbital, o que não mais ocorria a quase 20 anos. Com isso, quatro residentes do corredor da morte tiveram suas sessões de execução agendada, sendo eles, Daniel Lewis Lee, Wesley Ira Purkey, Dustin Lee Honken e Keith Dwayne Nelson, sendo que os três primeiros já foram executados no mês de julho e, o último, no mês de agosto de 2020.

O Departamento de Justiça, na pessoa do diretor da *Federal Bureau of Prisons (BOP)* e *Attorney General* Dr. Willian P. Barr, em comunicado oficial, apontou:

*The American people, acting through Congress and Presidents of both political parties, have long instructed that defendants convicted of the most heinous crimes should be subject to a sentence of death. The four murderers whose executions are scheduled today have received full and fair proceedings under our Constitution and*

*laws. We owe it to the victims of these horrific crimes, and to the families left behind, to carry forward the sentence imposed by our justice system.*

Uma das alegações apresentadas pela defesa dos presos na Suprema Corte, na tentativa de se evitar as execuções, se baseava justamente no cenário pandêmico. Os argumentos estavam relacionados a impossibilidade dos familiares dos condenados em acompanhar o procedimento, ante o risco de contraírem o coronavírus. Outra questão levantada foi a da impossibilidade do acompanhamento e aconselhamento espiritual durante a sessão de execução, também pelo risco do representante religioso em contrair a doença. Ainda que possa parecer um tanto quanto pitoresco, é digno de nota que argumentos envolvendo direitos religiosos de detentos no corredor da morte, são tratados com bastante seriedade nos tribunais estadunidenses.

Nesse ponto, dois dos executados eram aconselhados espiritualmente pelo religioso budista denominado Seigen, que tem 68 anos de idade e doenças preexistentes, fato que eleva o seu risco de complicações pelo covid-19. Tal fato foi levado ao judiciário, tendo sido o processo decidido pela Suprema Corte em 16 de julho de 2020, no caso *HARTKEMEYER, DALE, ETAL. V. BARR, ATT'Y GEN., ETAL. Execuções de Wesley Purkey and Dustin Honken*, da seguinte maneira: *“The application for stay of execution of sentences of death for Wesley Purkey and Dustin Honken presented to Justice Kavanaugh and by him referred to the Court is denied. The petition for a writ of certiorari is denied”*.

No caso em tela, o curioso é justamente a ausência de fundamentação nas decisões do referido Tribunal, o que praticamente impossibilita qualquer forma de controle popular sobre a correção da posição adotada pelos juízes. Tal modelo é muito diferente do adotado no Brasil, onde a Constituição Federal de 1988 exige, por força do art. 93, inciso IX, a fundamentação de todas as decisões proferidas na sistemática do judiciário brasileiro.

Concluindo esse bloco, é possível afirmar que a Suprema Corte, nas questões relacionadas aos prisioneiros, assim como já havia feito em relação aos cultos religiosos, decidiu de acordo com os interesses manifestados pelo Governo Federal dos EUA.

### **4.3 Eleitores**

Fruto dos consensos necessários para a produção, aprovação e ratificação da Constituição Americana de 1876, o sistema eleitoral foi pensado como um meio termo entre as posições dos delegados participantes da Convenção da Filadélfia. Havia quem defende-se a escolha do Presidente da República diretamente pelo legislativo e outros que entendiam que deveria haver voto direito do povo. A saída encontrada foi pensar numa forma de escolha onde o povo elegeisse delegados, que escolheriam o Presidente da República.

Sobre o sistema eleitoral e de maneira reduzida, poder-se-ia dizer que o voto não é obrigatório, sendo certo que o eleitor vota, nas primárias, em representantes que escolherão o candidato a concorrer nas eleições pelos dois grandes partidos, o republicano e o democrata, tudo conforme uma intrincada e dissonante legislação estadual, combinada com todo um regramento especial de cada partido. Esses representantes, uma vez eleitos, concorrerão ao cargo de Presidente da República. Em novembro, os eleitores novamente são convidados a votar em delegados que, embora não obrigados, prometem dar seu voto para o candidato “A” ou “B”. O candidato que obtiver mais votos no Colégio Eleitoral, é declarado o vencedor do pleito. O procedimento é um tanto arcaico, fazendo-se uso de cédulas de papel, de cartões perfurados, de votos por correio, e de uma legislação estadual que varia muito de um estado para o outro. Nada que se assemelhe ao moderno procedimento adotado no Brasil, onde as urnas são eletrônicas, o reconhecimento do eleitor é feito por biometria, e a alta informatização do sistema permite o computo de dezenas de milhões de votos em poucas horas, com baixíssimas possibilidades de falhas ou fraude.

O modelo indireto acaba por possibilitar que candidatos que tenham menos votos do povo, acabem por serem escolhidos por conseguirem mais delegados no Colégio Eleitoral. Isso já ocorreu por 5 vezes na história dos EUA, sendo a última vez a própria eleição de Donald Trump, que teve cerca de 3 milhões de votos populares a menos do que sua concorrente Hillary Clinton, mas mesmo assim acabou se elegendo por conquistar mais candidatos nesse modelo de representação indireta.

Feito esse apanhado geral das eleições, passemos agora a analisar algumas situações relacionadas ao Covid-19 que exigiram um posicionamento da Suprema Corte, referente ao tema intitulado processo eleitoral.

Em Winsconsin, a discussão girou em torno do voto nas primárias de eleitores ausentes. Tradicionalmente, os eleitores podem votar pelo correio, da seguinte forma: eles geralmente expressam essa vontade, recebem a cédula em casa, votam de acordo com o regramento estadual e enviam o seu voto também pelo correio para ser computado. Num cenário pandêmico, essa estratégia pareceu especialmente importante porque permitiria que integrante do grupo de risco que pretendesse votar, não tivesse necessariamente que se deslocar até um ponto de votação certamente aglomerado.

No entanto, haviam dúvidas sobre se o serviço dos correios eventualmente não atrasaria a própria entrega das cédulas. Assim, o Governador do Estado, integrante do partido democrata, tentou estender o prazo final de postagem desses votos dos eleitores ausentes em alguns dias.

A questão foi levada a Suprema Corte, que decidiu no caso *REPUBLICAN NATIONAL COMMITTEE, ET AL. v. DEMOCRATIC NATIONAL COMMITTEE, ET AL.*, que as datas não poderiam ser estendidas. O curioso é que a decisão marca bem a divisão atual do Tribunal, com os quatro *Justices* nomeados por Presidentes Democratas votando de um jeito, enquanto que os outros 5 *Justices* nomeados por Presidentes Republicanos votaram de outro. Talvez as causas que tem como partes justamente os dois grandes partidos políticos sejam as que melhor demonstrem a falta de imparcialidade desse modelo de composição de uma corte constitucional, caracterizada pela proeminente onipresença do Chefe do Executivo.

O voto da maioria conservadora rejeitou a possibilidade de ampliação em 6 dias das datas para votos de ausentes nas primárias, nos seguintes termos:

*The sole question before the Court is whether absentee ballots now must be mailed and postmarked by election day, Tuesday, April 7, as state law would necessarily require, or instead may be mailed and postmarked after election day, so long as they are received by Monday, April 13. [...] Extending the date by which ballots may be cast by voters— not just received by the municipal clerks but cast by voters— for an additional six days after the scheduled election day fundamentally alters the nature of the election.*

No voto vencido dissidente, a *Justice* Ginsburg assevera:

*A voter cannot deliver for postmarking a ballot she has not received. Yet tens of thousands of voters who timely requested ballots are unlikely to receive them by April 7, the Court’s postmark deadline. Rising concern about the COVID–19 pandemic has caused a late surge in absentee ballot requests. [...] The majority of this Court declares that this case presents a “narrow, technical question.” Ante, at 1. That is wrong. The question here is whether tens of thousands of Wisconsin citizens can vote safely in the midst of a pandemic.*

Já no Texas, as eleições primárias envolveram uma questão ligeiramente diferente, que tinha haver com certas exigências que dificultavam a prática do voto pelo correio. A legislação do Texas, na contramão da tendência dos outros Estados e das próprias exigências da pandemia, apresenta regras para lá de restritivas para o voto por cédulas postadas pelo correio. A lei só abre essa possibilidade para pessoas com mais de 65 anos, deficientes ou pessoas que se encontram presas, mas que ainda não foram condenadas em definitivo.

Como as votações ocorrem em locais invariavelmente fechados, existe um risco aumentado de disseminação da pandemia e consequente contaminação do eleitor. Algumas tentativas foram feitas para flexibilizar essas regras, com a intenção de permitir o voto pelo correio para os eleitores que assim o desejassem. Tradicionalmente, os republicanos enxergam

o voto por correio como um meio para fraudes, de modo que o desentendimento entre os partidos levou a questão à Suprema Corte.

As questões versaram sobre se uma diminuição da imunidade frente ao covid-19, como, por exemplo, uma doença preexistente, poderia ser entendida como uma “deficiência” que permitiria o voto à distância. Nesse ponto, a Suprema Corte do Texas rejeitou essa tese.

Outro ponto foi se a imposição do limite mínimo de idade de 65 anos, não estaria em desacordo com a Emenda 26, in verbis: “*The right of citizens of the United States, who are 18 years of age or older, to vote, shall not be denied or abridged by the United States or any state on account of age*”.

A Suprema Corte, no dia 26 de junho de 2020, ao analisar o caso *TEXAS DEMOCRATIC PARTY, ET AL. v. GREG ABBOTT, GOVERNOR OF TEXAS, ET AL*, rejeitou qualquer possibilidade de ampliação na utilização das cédulas pelo correio, o fazendo, mais uma vez, sem uma fundamentação expressa. No máximo, temos a declaração da *Justice Sotomayor*, no sentido de que espera que os tribunais inferiores se manifestem sobre a questão constitucional antes das eleições de novembro, conforme se segue:

*This application raises weighty but seemingly novel questions regarding the Twenty-Sixth Amendment. I do not disagree with the decision to refrain from addressing them for the first time here, in the context of an emergency application to vacate a stay of an injunction. But I hope that the Court of Appeals will consider the merits of the legal issues in this case well in advance of the November election.*

Desse modo, em relação aos direitos relacionados aos eleitores, a Suprema Corte apresentou a tendência bem acentuada de decidir pela sua maioria conservadora, em estreita congruência com o posicionamento do Presidente da República sobre os temas.

#### **4.4 Movimento Antivacina**

Até o mês de agosto de 2020, data da finalização desse artigo, ainda não se tinha uma vacina comprovadamente eficaz sendo comercializada para a covid-19. Nada obstante, tendo em vista as fases avançadas em que se encontravam os estudos de produção desse agente imunizador, já era razoável prospectar que a vacina não tardaria por vir.

Nos EUA sempre existiu um pequeno mas muito ruidoso movimento antivacina, baseado numa ideia de liberdade do indivíduo. Uma vacinação em massa futura, diante de uma pandemia mundial, envolve a vacinação compulsória de pessoas, quer elas concordem ou não com essa prática, e isso tem a tendência histórica de judicialização.

Com isso, ainda que a Suprema Corte não tenha sido provocada para enfrentar essa questão em relação ao coronavírus, nos permitimos trazer à baila breves comentários sobre como ela já decidiu tal questão no passado.

Em 1905, no julgamento *JACOBSON v. MASSACHUSETTS.*, a Suprema Corte decidiu pela validade de políticas públicas que determinam a vacinação compulsória de pessoas, como forma de proteger toda a comunidade. Na questão analisada, um pastor da cidade de Cambridge, de nome Henning Jacobson, se recusou a tomar a vacina contra a mortífera varíola e acabou multado em cinco dólares. Seu processo chegou à Suprema Corte, alegando, o autor, basicamente a violação de sua liberdade, como se depreende do trecho seguinte:

*The defendant insists that his liberty is invaded when the State subjects him to fine or imprisonment for neglecting or refusing to submit to vaccination; that a compulsory vaccination law is unreasonable, arbitrary and oppressive, and, therefore, hostile to the inherent right of every freeman to care for his own body and health in such way as to him seems best.*

Ao decidir a questão, o *Justice* John Marshall Harlan entendeu que a legislação estadual era constitucional, na medida em que apenas permitiria que, em havendo algum surto e consultadas as autoridades sanitárias, seria possível a vacinação compulsória das pessoas, para o bem de toda a comunidade. Em seu voto, ele chega a mencionar também a legalidade, já previamente reconhecida pela corte, do Estado promover a quarentena de viajantes, ou ainda impedir crianças não vacinadas de frequentar escolas públicas.

Em todas essas situações a lógica é a mesma, qual seja, os interesses individuais não podem ser colocados acima dos interesses da coletividade, sendo oportuna a transcrição de seu voto:

*But the liberty secured by the Constitution of the United States to every person within its jurisdiction does not import an absolute right in each person to be, at all times and in all circumstances, wholly freed from restraint. There are manifold restraints to which every person is necessarily subject for the common good. On any other basis organized society could not exist with safety to its members.*

*[...] this court recognized the right of a State to pass sanitary laws, laws for the protection of life, liberty, health or property within its limits, laws to prevent persons and animals suffering under contagious or infectious diseases, or convicts, from coming within its borders.*

A única concessão realizada está relacionada a possibilidade de pôr uma circunstância estritamente fisiológica pessoal, haver um fundado risco da vacina produzir um efeito colateral tão grave, que os riscos não justificariam os benefícios. Mas esse não foi o caso dos autos, de modo que o referido juiz conclui:



*It is the case of an adult who, for aught that appears, was himself in perfect health and a fit subject of vaccination, and yet, while remaining in the community, refused to obey the statute and the regulation adopted in execution of its provisions for the protection of the public health and the public safety, confessedly endangered by the presence of a dangerous disease.*

Assim, em relação ao tema vacinação obrigatória, embora ainda não tenha sido levado nenhum caso sobre a atual pandemia para análise da Suprema Corte, o precedente destacado demonstra que, em havendo necessidade, a vacinação compulsória tende a ser declarada constitucional por aquele Egrégio Tribunal.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos foram os modelos adotados pelos diferentes países no que tange a composição das suas respectivas cortes constitucionais. Os EUA optaram por um modelo de nomeação direta pelo Presidente da República, após aprovação do Senado, tanto dos *Associate Justices* quanto do próprio *Chief Justice*, encontrando-se, o referido Tribunal, dividido entre juízes liberais e conservadores, ambos com mandatos vitalícios.

Compulsando as decisões adotadas relacionadas a pandemia, observamos que nos casos envolvendo religiosos, presidiários e eleitores, a Suprema Corte adotou uma posição favorável aos interesses do Poder Executivo, na medida em que prestigiou as restrições dos Governos Estaduais contra os religiosos, bem como os interesses do atual Governo Federal nas questões envolvendo presidiários e eleitores.

Em certa medida, isso decorre da própria nomeação dos juízes que integram a referida Corte, momento no qual o sistema político consegue de certa forma semear uma irritabilidade latente, segundo o partido político que pode fazer a escolha, nas comunicações futuras que serão construídas dentro do sistema jurídico. Não há dúvidas de que o sistema do direito possui um fechamento operativo em relação aos demais sistemas sociais, mas isso também não quer dizer que ele não sofra processos de irritação provenientes destes. Aliás, tal fato pode representar ganhos ao sistema irritado, como diz Luhmann (2016): “A democratização do sistema político e a positivação do sistema jurídico só puderam ser desenvolvidas pelo recíproco condicionamento e estimulação”.

O perfil conservador característico do supracitado Tribunal não se manifesta apenas na dificuldade de adoção de tecnologias para além do mero uso do telefone em *oral arguments*, mas também em estratégias de decisão como o *defensive denials*, que sequer precisam ser fundamentados e acabam impedindo a revisão de posições anteriormente adotadas. Para

Luhmann (2016), a função do direito é justamente a “estabilização de expectativas normativas”, o que tende a ser alcançado pelo perfil conservador do Tribunal, que prestigia uma maior segurança jurídica e, por conseguinte, também acaba sendo mais palatável ao sistema econômico.

Em outras palavras e para concluir, quer parecer que, embora o sistema jurídico deva respeitar exclusivamente o seu código binário direito/não direito, até por constituir-se como um sistema autônomo frente aos demais, as comunicações oriundas da Suprema Corte, nos casos pandêmicos analisados, apresentam clara *irritação* proveniente das posições conjunturais do sistema político.

## APÊNDICE I

| CARRER "LIBERAL" VOTING PERCENTAGE BY ISSUE* |                       |                |                                 |                           |                              |                    |                       |                         |                            |
|--|-----------------------|----------------|---------------------------------|---------------------------|------------------------------|--------------------|-----------------------|-------------------------|----------------------------|
|  | Governement Indicator | Year Confirmed | Criminal Procedure <sup>1</sup> | Civil Rights <sup>2</sup> | First Amendment <sup>3</sup> | Union <sup>4</sup> | Economic <sup>5</sup> | Federalism <sup>6</sup> | Federal Taxes <sup>7</sup> |
| Clarence Thomas                              | Republican            | 1991           | 22.4%                           | 25.0%                     | 32.2%                        | 30.8%              | 46.2%                 | 47.4%                   | 58.7%                      |
| Ruth Bader Ginsburg                          | Democrat              | 1993           | 62.3%                           | 70.0%                     | 69.4%                        | 72.2%              | 56.6%                 | 60.6%                   | 80.6%                      |
| Stephen Breyer                               | Democrat              | 1994           | 55.6%                           | 69.7%                     | 55.8%                        | 77.1%              | 50.0%                 | 67.7%                   | 79.4%                      |
| John Roberts**                               | Republican            | 2005           | 31.1%                           | 42.4%                     | 50.0%                        | 41.2%              | 44.5%                 | 73.2%                   | 90.9%                      |
| Samuel Alito                                 | Republican            | 2006           | 18.6%                           | 38.8%                     | 39.0%                        | 31.3%              | 42.4%                 | 68.4%                   | 81.8%                      |
| Sonia Sotomayor                              | Democrat              | 2009           | 66.9%                           | 70.7%                     | 67.7%                        | 61.5%              | 50.0%                 | 63.0%                   | 100.0%                     |
| Elena Kagan                                  | Democrat              | 2010           | 62.5%                           | 71.9%                     | 68.0%                        | 66.7%              | 50.0%                 | 75.0%                   | 80.0%                      |
| Neil Gorsuch[d]                              | Republican            | 2017           | 0.0%                            | 50.0%                     | 100.0%                       | No cases           | 33.3%                 | No cases                | No cases                   |
| Brett Kavanaugh                              | Republican            | 2018           |                                 |                           |                              |                    |                       |                         |                            |

<sup>1</sup>**Criminal Procedure** = A higher number means pro-defendant votes in cases involving the rights of persons accused of crime, except for the due process rights of prisoners.

<sup>2</sup>**Civil Rights** = A higher number means more votes permitting intervention on First Amendment freedom cases which pertain to classifications based on race (including Native Americans), age, indigence, voting, residence, military, or handicapped status, sex, or alienage.

<sup>3</sup>**First Amendment** = A higher number reflects votes that advocate individual freedoms with regard to speech.

<sup>4</sup>**Union** = A higher number means pro-union votes in cases involving labor activity.

<sup>5</sup>**Economic** = A higher number means more votes against commercial business activity, plus litigation involving injured persons or things, employee actions concerning employers, zoning regulations, and governmental regulation of corruption other than that involving campaign spending.

<sup>6</sup>**Federalism** = A higher number means votes for a larger, more empowered government in conflicts between the federal and state governments, excluding those between state and federal courts, and those involving the priority of federal fiscal claims.

<sup>7</sup>**Federal Taxes** = A higher number means more votes widening the government's ability to define and enforce tax concepts and policies in cases involving the Internal Revenue Code and related statutes.

\* WIKIPEDIA. *Ideological leanings of United States Supreme Court justices*. Planilha adaptada com base nos dados da página. Retirado de: [https://en.wikipedia.org/wiki/Ideological\\_leanings\\_of\\_United\\_States\\_Supreme\\_Court\\_justices](https://en.wikipedia.org/wiki/Ideological_leanings_of_United_States_Supreme_Court_justices)

\*\* Chief Justice

## REFERÊNCIAS

DEPARTMENT OF JUSTICE. *Executions Scheduled for Four Federal Inmates Convicted of Murdering Children*. 15 de junho de 2020. *Press Release: 20-545*. Retirado de: <https://www.justice.gov/opa/pr/executions-scheduled-four-federal-inmates-convicted-murdering-children> Acesso em: ago. 2020.

GODINHO, Marcelo; DUARTE, Fernanda. *Notas Sobre a Suprema Corte Norte-americana*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro. n. 20. p. 41-59. 2007.

HORBACH, Carlos B. *Qual é a utilidade da sustentação oral nos tribunais?* Revista Consultor Jurídico. 2014. Retirado de: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-09/analise-constitucional-qual-utilidade-sustentacao-oral> Acesso em: ago. 2020.

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. Tradução realizada a partir do original *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. E-book. São Paulo: Martins Fontes. 2016

MENDONCA, Daniel; GUIBOURG, Ricardo. *A Odisseia Constitucional: Constitución, Teoría y Método*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PINTO, José G. B. C. *O Writ of Certiorari*. *Revista Jurídica Presidência da República*. Brasília. v. 9. n. 86. Ago/set de 2007. p. 87-103.

REIS, Wanderlei J. *O Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte dos Estados Unidos*. Retirado de: <https://jus.com.br/artigos/23590/o-supremo-tribunal-federal-e-a-suprema-corte-dos-estados-unidos> Disponível em: 28/07/2020

THE ASSOCIATED PRESS. 23 Ohio death row inmates test positive for COVID-19 Retirado de: <https://www.wlwt.com/article/23-ohio-death-row-inmates-test-positive-for-covid-19/33483170> Acesso em: ago. 2020.

TUCCI, José R. C. Tradição da Suprema Corte dos EUA é quebrada pela Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*. 2020. Retirado de: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/paradoxo-corte-tradicao-suprema-corte-eua-quebrada-covid-19> Acesso em: ago. 2020.

WIKIPEDIA. *Unsuccessful nominations to the Supreme Court of the United States*. Retirado de: [https://en.wikipedia.org/wiki/Unsuccessful\\_nominations\\_to\\_the\\_Supreme\\_Court\\_of\\_the\\_United\\_States](https://en.wikipedia.org/wiki/Unsuccessful_nominations_to_the_Supreme_Court_of_the_United_States) Acesso em: ago. 2020.

WIKIPEDIA. *Ideological Leanings of United States Supreme Court Justices*. Retirado de: [https://en.wikipedia.org/wiki/Ideological\\_leanings\\_of\\_United\\_States\\_Supreme\\_Court\\_justices](https://en.wikipedia.org/wiki/Ideological_leanings_of_United_States_Supreme_Court_justices) Acesso em: ago. 2020.

WILLIAMS, Richard L. A Suprema Corte Norte-americana. Tradução de Ricardo Arnaldo Malheiros. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. 1984. Retirado de: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1179> Acesso em: ago. 2020.