

.....

A LUTA POR JUSTIFICAÇÃO DO MOVIMENTO LGBTQIA + NAS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DO CASO 303 CREATIVE LLC V. ELENIS E OUTROS PRECEDENTES¹

.....

*THE STRUGGLE FOR JUSTIFICATION OF THE LGBTQIA+
MOVEMENT IN CONSTITUTIONAL COURTS: AN ANALYSIS OF
THE CASE 303 CREATIVE LLC V. ELENIS AND OTHER CASES*

Daniel Piñeiro Rodriguez²
Plínio Gevezier Podolan³

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Caso 303 *Creative Llc Et. Al. V. Elenis* (sob as lentes do J. Neil Gorsuch). 2. O voto dissidente da J. Sonia Sotomayor e outros casos. 3. A injusta dominação do passado reclama espaço no presente: a luta constante por justificação da comunidade LGBTQIA +. Considerações finais. Referências.

1 - O presente trabalho é fruto de substanciais contribuições inéditas feitas pelo coautor à produção originalmente publicada em “Caderno UNDB – Estudos Jurídicos Interdisciplinares” (Rodriguez, 2024).

2 - Doutorando e Mestre em Direito pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Foi doutorando visitante na *Goethe Universität Frankfurt* durante o semestre de inverno de 2023, = momento em que teve a oportunidade de frequentar o Colóquio de Teoria Política liderado pelo Prof. Dr. Rainer Forst. Além disso, atua como Procurador Federal (PGF/AGU). E-mail: pineiro.rodriguez@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5981-7718>.

3 - Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho da 23ª Região. Juiz do Trabalho. E-mail: pliniopodolan@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3509-5401>.



RESUMO: O presente artigo analisa as razões lançadas no caso *303 Creative LLC v. Elenis*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, por maioria, que a lei antidiscriminatória do Estado do Colorado, quando aplicada para proteger casais homossexuais frente à discriminação na oferta de serviços de *web design*, ofende a liberdade de expressão. A análise do precedente realiza o cotejamento dos argumentos utilizados tanto nos votos majoritários quanto nos votos dissidentes, adotando-se, para tanto, uma metodologia analítica, comparando-o com outras decisões de Cortes Constitucionais. Ao final, à luz da teoria de justiça como não dominação, de Rainer Forst, adota-se uma postura crítica, na qual se salienta que a importância dos procedimentos institucionalizados de justificação para a proteção do Estado Democrático de Direito, face ao avanço de forças regressivas do ponto de vista moral.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da antidiscriminação. LGBTQIA +. Luta por justificação. Jurisdição Constitucional. Teoria da Justiça.

ABSTRACT: *The present article analyzes the reasons presented in the case 303 Creative LLC v. Elenis, in which the United States Supreme Court, by majority, found that the anti-discrimination law of the State of Colorado, when applied to protect same-sex couples from discrimination in the provision of web design services, infringes on freedom of expression. The analysis of the precedent involves a comparison of the arguments used both in the majority and dissenting opinions, adopting an analytical methodology for this purpose, and comparing it with other decisions of Constitutional Courts. Finally, in light of Rainer Forst's theory of justice as non-domination, a critical stance is adopted, highlighting the importance of institutionalized justification procedures for the protection of the Democratic State, in the face of the advance of morally regressive forces.*

KEYWORDS: *Anti-discrimination law. LGBTQIA+. Struggle for justification. Constitutional Jurisdiction. Theory of Justice.*

INTRODUÇÃO

“*What a difference five years makes*”. Essa é a única conclusão compartilhada entre os juízes constitucionais da Suprema Corte dos Estados Unidos em um dos julgamentos mais polêmicos dos últimos anos – e cujo desfecho entrou para o rol dos grandes equívocos históricos do Tribunal Constitucional mais influente do mundo. Por maioria, o colegiado entendeu que a lei antidiscriminatória do Estado do Colorado, quando aplicada para proteger casais homossexuais frente à discriminação na oferta de serviços de *web design*, viola a liberdade de expressão.

A frase que abre esse breve comentário foi inicialmente proferida pela Juíza Sonia Sotomayor, cujo voto dissidente faz alusão ao caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm’n* (2018). Naquela oportunidade, a Corte analisou se a confeitaria *Masterpiece Cakeshop*, em Lakewood, no Estado do Colorado, poderia recusar-se a vender bolos de casamentos a casais homossexuais, tendo em vista que Jack Phillips, proprietário e confeitoiro do estabelecimento há mais de 20 anos, ostentava convicções religiosas contrárias a uniões de pessoas do mesmo sexo. Muito embora o julgamento tenha sido desfavorável ao casal Charlie e David, o voto do J. Kennedy limitou os efeitos da decisão à repercussão *inter partes*, pois o caso constituiria uma situação excepcional; convicções de ordem religiosa, afirmou a Corte, não permitiriam reconhecer uma regra geral que autorizasse proprietários de negócios e outros atores da economia e da sociedade a negar acesso igualitário a bens e serviços (Estados Unidos da América, 2018). Haveria, isso sim, uma vedação geral à apresentação de objeções filosóficas e religiosas ao casamento gay, quando o intuito fosse restringir o acesso igualitário de grupos sociais legalmente protegidos.

Cinco anos depois, porém, não foi esse o entendimento firmado pelo mesmo Tribunal, no peculiar caso *303 Creative LLC v. Elenis*. Na realidade, a Corte fez o oposto: pela primeira vez na história, garantiu que estabelecimentos privados com atendimento ao público tenham o direito constitucional de recusar atendimento, em razão de crenças religiosas, a membros de uma determinada classe, ainda que esta seja protegida por lei (Estados Unidos da América, 2023). Assim, para evitar que os fundamentos de justificação utilizados no voto do Juiz Neil Gorsuch, que formou maioria, toquem as margens do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, mostra-se necessário analisá-los à luz das razões apresentadas por Sotomayor. Será feita, portanto, uma análise crítica do precedente, adotando-se como marco teórico a abordagem político-filosófica de Rainer Forst, a qual permitirá apresentar breves considerações finais sobre os perigos da regressão moral nas Cortes Constitucionais.

1. O CASO 303 CREATIVE LLC ET. AL. V. ELENIS (SOB AS LENTES DO J. NEIL GORSUCH)

Antes de iniciar atividades empresariais em um novo ramo comercial – a confecção de *websites* de casamentos –, Lori Smith decidiu precaver-se de possíveis interferências estatais em sua liberdade de expressão, e isso em função de uma legislação específica: a *Colorado Anti-Discrimination Act (CADA)*. Nesse novo ofício, a sra. Smith receava que o Estado do Colorado pudesse obrigá-la a criar “*uma expressão na qual ela não acredita*” (Estados Unidos da América, p.2). É que a sra. Smith não poderia suportar ser compelida a criar sites para casamentos que ela não apoia, em virtude de suas convicções religiosas: de acordo com a sua visão de mundo, o casamento deve ser reservado apenas à união entre um homem e uma mulher.

Uma alteração na lei do Estado do Colorado expandiu o rol previsto pela Lei Federal dos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*), que proíbe a discriminação em estabelecimentos públicos e privados, com base em raça, cor, religião, ou origem nacional. Assim, da mesma forma que a maioria dos entes federados dos Estados Unidos – à exceção de cinco deles – a *Colorado Anti-Discrimination Act (CADA)* também passou a proibir a discriminação com base em critérios de idade, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Submetida a questão à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos, o Juiz Gorsuch salientou em seu voto que a Sra. Smith não teria problemas em oferecer serviços de *website* e *design* gráfico a todos os clientes, independentemente de raça, credo, sexo ou orientação sexual. Entretanto, ela jamais criou expressões que contradigam suas próprias opiniões – a exemplo de produções que incentivem a violência, diminuam outra pessoa ou desafiem suas crenças religiosas (Estados Unidos da América, I, A, p. 2). Assim, invocando o direito fundamental à liberdade de expressão, assegurado pela I Emenda da Constituição dos Estados Unidos, Lori Smith postulou à justiça o direito de não ser compelida a “dizer algo que ela não acredita”.

A forma como o caso de Lori Smith foi levado à Corte chama atenção, em especial pelo esforço em circunscrever sua nova atividade – rememore-se: empresarial – em um âmbito de criação bastante íntimo. Tal como descrito nos autos, todos os textos e imagens dos seus *websites* seriam “criações originais”, “de natureza expressiva”, e seriam produzidos consoante à visão que ela e sua empresa, a *303 Creative*, têm sobre a celebração do matrimônio. Além disso, toda e qualquer pessoa que acessasse esse material saberia que “o *website* é um trabalho de arte original da Sra. Smith e da *303 Creative*” (Estados Unidos da América, 2023, p. 5).

Após rememorar a apresentação do caso, o J. Gorsuch conclui que a sra. Lori Smith planejava desenvolver uma atividade “puramente discursiva” – “*pure speech*” –, fruto de sua liberdade de expressão e, portanto, de fato protegida pela I Emenda. Nessa linha de raciocínio, J. G invocou diversos precedentes nos quais se compreende ter sido corretamente assegurado esse direito, inclusive o histórico precedente *Boy Scouts of America v. Dal* (Estados Unidos da América, 2000).

James Dale era praticante do escotismo desde 1978 – à época contando com oito anos de idade – e permaneceu vinculado ao grupo até os dezoito anos, sendo novamente admitido em 1989, já como membro adulto. Entretanto, em julho de 1990, após um jornal local veicular a informação de que Dale estava como copresidente de uma Aliança Gay/Lésbica, sua filiação ao grupo de escoteiros foi sumariamente revogada. À semelhança do caso de Lori Smith, Dale argumentou que a lei de acomodações públicas de Nova Jersey respaldaria o seu reingresso ao clube. Entretanto, revertendo a decisão da Corte de Nova Jersey, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o grupo de escoteiros, por não constituir um espaço público, mas sim particular, não poderia ser obrigado a manter associados que não compartilhassem os mesmos valores da associação – e o grupo era contrário a “práticas” homossexuais. À época, a Corte considerou os escoteiros “uma associação expressiva”, o que, portanto, atrairia a incidência da I Emenda, que também “protege o direito de um indivíduo de expressar sua opinião, independentemente de o governo considerar seu discurso sensato e bem-intencionado ou profundamente ‘equivocado’” (Estados Unidos da América, 2023, p. 8).

Foi também esse o entendimento majoritário firmado no caso *303 Creative v. Elenis*: seria preciso fazer valer a máxima que impede os Estados de interferirem no “livre mercado das ideias”,

pois, “de tempos em tempos”, afirmou J. Gorsuch, “governos neste país têm buscado testar esses princípios fundamentais” (Estados Unidos da América, 2023, II, p. 7). E avança:

Assim como a Sra. Smith busca se envolver em discurso protegido pela Primeira Emenda, o Colorado busca obrigá-la a fornecer um discurso que ela não deseja expressar. Como observou o Décimo Circuito, se a Sra. Smith oferece *sites* de casamento celebrando casamentos que ela aprova, o Estado pretende “forçá-la a criar sites personalizados” celebrando outros casamentos que ela não aprova [...]. O Colorado busca obrigar esse discurso a fim de “eliminar certas ideias ou pontos de vista do diálogo público” (Estados Unidos da América, 2023, p. 10-11).

J. Gorsuch afirmou que um entendimento diverso implicaria reconhecer legitimidade ao Estado para “forçar todo tipo de artistas, redatores de discursos e outros cujos serviços envolvem discurso a expressar o que não acreditam sob pena de sanção”; permitiria aos governantes exigirem que um diretor de cinema muçulmano produzisse um filme com mensagens sionistas; ou, ainda, permitiria impor a um designer de *sites*, casado com outro homem, o dever de criar *sites* para uma organização que apoiasse publicamente a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo (Estados Unidos da América, 2023, p. 7).

Ao abordar o caso *Masterpiece Cakeshop*, julgado cinco anos atrás, J. Gorsuch registrou que, de fato, os Estados *podem* “proteger pessoas gays, assim como [...] podem proteger outras classes de indivíduos, na aquisição de quaisquer produtos e serviços que escolham, nas mesmas condições oferecidas a outros membros do público”. Entretanto, haveria que se proteger, também, as “vozes” isoladas, como a de Lori Smith, pois um Estado não poderia “cooptar a voz de um indivíduo para seus próprios propósitos” (Estados Unidos da América, 2023, p. 15).

J. Gorsuch sustentou ser difícil acreditar que estivesse analisando o mesmo caso que a J. Sotomayor, concordando em apenas um ponto: “quanta diferença o tempo pode fazer”. Essa frase, no entanto, serve para revisitar precedentes que, na sua visão, demarcavam corretamente um compromisso irrestrito da Corte com a liberdade de expressão, invocando inclusive o caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (1977), no qual o Tribunal protegeu o direito de nazistas marcharem por uma cidade onde viviam muitos sobreviventes do Holocausto. Por fim, Gorsuch lamentou o entendimento da divergência: em sua visão, ela representaria “uma tendência infeliz de alguns em defender os valores da Primeira Emenda apenas quando consideram a mensagem do orador simpática”. E acrescentou: “se liberdade significa algo, significa o direito de dizer às pessoas o que elas não querem ouvir” (Estados Unidos da América, 2023, p. 25).

A partir da leitura do voto que angariou maioria no Tribunal, a pergunta central a ser respondida na resolução do caso seria a seguinte: o Estado pode forçar alguém a abandonar sua consciência e oferecer serviços que expressam não a sua própria mensagem, mas a “mensagem preferida do Estado (Estados Unidos da América, 2023, p. 25)? Antes de fazer avançar a análise acerca do voto dissidente, porém, é preciso questionar esta indagação: por que o voto do J. Gorsuch centrou sua análise integralmente na pessoa da sra. Lori Smith, e não na sua empresa, a *303 Creative LLC*?

Para Eduardo Gill-Pedro(2023), Professor da *Lund University*, na Suécia, o J. Gorsuch alterou o eixo central da discussão ao ignorar que a principal petionária não era a Sra. Smith, mas sim a *303 Creative LLC*. Isso é relevante porque a lei do Estado do Colorado impõe à empre-

sa o dever de não discriminar. A esse ponto, porém, o voto majoritário deu pouca importância, transformando a *303 Creative* em meras “vestes” do indivíduo. Isso fica claro quando o voto majoritário afirma que “os oradores [não] perdem suas proteções da Primeira Emenda ao empregar a forma corporativa para disseminar sua expressão”. De acordo com Gill-Pedro, porém, essa é uma interpretação perigosa, pois “a extensão de direitos fundamentais às empresas pode limitar severamente a capacidade dos Estados de regular essas empresas”, retirando-lhes o dever de aderir às estruturas políticas de responsabilidade e de controle presentes na ordem normativa dentro da qual operam – e de cuja proteção usufruem para lucrar com suas atividades comerciais. Ademais, Gill-Pedro recorda o papel moral desempenhado pelos direitos fundamentais: “se estendermos a proteção dos direitos humanos a entidades corporativas artificiais, corremos o risco da ‘desumanização’ dos direitos humanos” (Gill-Pedro, 2023).

Eis, portanto, um dos principais pontos que demarca a divergência entre os dois polos desse julgamento: enquanto a maioria focalizou a liberdade do discurso, o voto dissidente destacará a parcialidade que essa leitura implica: por mais “expressivas” que sejam as produções de Lori Smith, elas são materializadas, ao fim e ao cabo, por condutas que são passíveis de regulação estatal.

2. O VOTO DISSIDENTE DA J. SONIA SOTOMAYOR E OUTROS CASOS

As lentes com as quais a Juíza Sotomayor analisa o caso são bastante diferentes. Na sua visão, o entendimento majoritário protegeu a conduta da empresa, que deve atrair a incidência da lei antidiscriminatória do Colorado, pois “o ato de discriminar nunca constituiu expressão protegida pela Primeira Emenda” (Estados Unidos da América, 2023).

O voto dissidente destacou que leis antidiscriminatórias apresentam uma dupla finalidade: i) garantir igualdade de acesso a bens e serviços publicamente ofertados; ii) proteger a igual dignidade de todas e todos que participam do mercado comum. Nesse sentido, a lei estadual do Colorado não poderia constituir “regulação de discurso” pelo simples fato de não incidir em discursos, tampouco obrigar ninguém a iniciar atividades comerciais em um determinado ramo de oferta de bens e serviços. Entretanto, “se uma empresa escolhe lucrar no mercado público, que é estabelecido e mantido pelo Estado, o Estado pode exigir que a empresa cumpra uma norma legal de não discriminação”. Isso é particularmente importante para que “grupos historicamente marcados por um *status* de segunda classe não sejam privados de bens ou serviços em condições iguais” (Estados Unidos da América, 2023).

O exemplo trazido pelo voto dissidente elucida bem a questão: “A empresa poderia, por exemplo, oferecer apenas sites de casamento com citações bíblicas descrevendo o casamento como sendo entre um homem e uma mulher”, ou se recusar e incluir a clássica frase “*love is love*” (“amor é amor”). No entanto, “Tudo o que a empresa precisa fazer é oferecer seus serviços sem considerar as características protegidas dos clientes”, ou seja, recusar-se a prestar serviços a casais gays. Se a oferta neutra e igual dos seus serviços gera efeitos sobre sua liberdade de expressão, trata-se de um efeito incidental, pois a regulação do Estado “é neutra em relação ao conteúdo” (Estados Unidos da América, 2023).

Sotomayor apresentou inúmeros exemplos para demonstrar que o campo de incidência das leis antidiscriminatórias é o das condutas, e não dos discursos:

Outro exemplo pode ajudar a ilustrar o ponto. Uma fotógrafa profissional é geralmente livre para escolher seus temas. Ela pode ganhar a vida tirando fotos de flores ou celebridades. O Estado não regula essa escolha. No entanto, se a fotógrafa abre um negócio de fotografia de retratos ao público, a empresa não pode negar a qualquer pessoa, por causa de raça, sexo, origem nacional ou outra característica protegida, o pleno e igual desfrute de quaisquer serviços que a empresa escolhe oferecer. Isso é verdade mesmo que os serviços de fotografia de retratos sejam personalizados e expressivos. Se a empresa oferece fotos escolares, não pode negar esses serviços a crianças multirraciais porque a proprietária não quer criar nenhum discurso indicando que casais inter-raciais são aceitáveis. Se a empresa oferece fotos corporativas, não pode negar esses serviços a mulheres porque a proprietária acredita que o lugar da mulher é em casa. E se a empresa oferece fotos para passaporte, não pode negar esses serviços a mexicano-americanos porque a proprietária se opõe à imigração do México (Estados Unidos da América, 2023).

Outros tantos exemplos poderiam somar-se aos citados. E se o proprietário de um estabelecimento comercial, sendo católico, se recusasse a atender evangélicos, muçulmanos, judeus, espíritas, ateus e vice-versa? E se homens, proprietários de comércio, se recusassem a atender mulheres? Afinal, um homem poderia alegar que, segundo sua convicção pessoal, baseada em crença religiosa, no exercício de sua liberdade de expressão, mulheres são seres “inferiores”, ou são “pecadoras”, ou deveriam ser “submetidas” à vontade dos seus maridos, os únicos que estariam autorizados a praticar atos de comércio e, portanto, acessar e comprar produtos em seu estabelecimento. Seria uma tal liberdade de convicção validada para justificar a restrição ao comércio para esses grupos?

O voto dissidente torna evidente os riscos que a Corte corre ao firmar o entendimento de que a Lei Antidiscriminatória do Colorado viola a liberdade de expressão de Lori Smith, lembrando como a parcial declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Direitos Civis de 1875 – especialmente sobre o igual tratamento em estabelecimentos comerciais – pavimentou o caminho à segregação racial no país: “os estados do Sul revogaram os estatutos de acomodações públicas e os substituíram por leis de Jim Crow [...]”, fazendo com que, na prática, o direito geral de acesso igualitário fosse substituído pelo regime “*separate but equal*” – “separados, mas iguais” (Estados Unidos da América, 2023). Ademais, embora as consequências dessa nova decisão afetem especificamente a comunidade LGBTQIA+, sua lógica poderá ser estendida a outras minorias. Basta lembrar, como fez Sotomayor, que “a oposição ao casamento inter-racial” era frequentemente justificada pela crença de que o “Deus Todo-Poderoso [...] não pretendia que as raças se misturassem” (Estados Unidos da América, 2023).

A referência, aqui, é ao precedente *Loving v. Virginia* (1967), julgado pela mesma Corte nos anos de 1960. O caso dizia respeito a Mildred Jeter, uma mulher negra, e Richard Loving, um homem branco, recém-chegados ao estado da Virgínia após celebrarem seu casamento, em junho de 1958, sob as leis do Distrito de Columbia. No entanto, em outubro de 1958, após alterações legislativas no novo Estado em que fixaram residência, os Lovings foram formalmente acusados perante o Tribunal do Circuito do Condado de Caroline por violarem a recente proibição estatal quanto à celebração de casamentos inter-raciais. Proferida a sentença, o casal foi condenado a um ano de prisão. Entretanto, o juiz de primeira instância suspendeu a decisão pelo período de vinte e cinco anos, sob uma condição: os Lovings deveriam deixar o estado da Virgínia e não retornar, como casal, pelos mesmos vinte e cinco anos. Na tétrica fundamentação da sentença, o juízo afir-

mou que o “Deus Todo-Poderoso criou as raças branca, negra, amarela, malaia e vermelha, e as colocou em continentes separados. E, se não fosse pela interferência com seu arranjo”, não haveria justificação para a existência de casamentos inter-raciais. Na visão do órgão julgador, “o fato de Ele ter separado as raças” demonstraria que “Ele não pretendia que as raças se misturassem” (Estados Unidos da América, 1967). Muito embora a Suprema Corte tenha proferido, em 1967, o entendimento unânime em favor dos Lovings, o caso deixa claro que a luta das minorias sociais é – e sempre será – uma luta dinâmica e discursiva por justificações.

Outro caso que pode servir de exemplo para a reflexão aqui proposta é o *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* (1964). Em virtude da proibição de discriminação do *Civil Rights Act*, de 1964, o proprietário do citado motel, em Atlanta, no estado da Geórgia, alegou que essa lei violava seu direito de liberdade e de propriedade, uma vez que o Estado, mais especificamente, uma lei nacional, não poderia criar óbices para o livre exercício de sua atividade econômica. O óbice alegado, no caso, consistia em obrigá-lo a aceitar hóspedes negros em seu estabelecimento, uma vez que as pessoas negras passaram a ser protegidas, ao menos formalmente, de qualquer tipo de discriminação ou *apartheid*. Em que pese a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos não tenha acolhido a tese do citado motel, o principal argumento jurídico utilizado não foi, necessariamente, o da não discriminação, mas sim sobre o fato de que essa conduta empresarial poderia causar um impacto negativo no comércio da região. Assim, portanto, analisando-se o viés econômico, deu-se prevalência à norma civil de abrangência nacional. Como se depreende, aqui também a controvérsia se cingiu, de um lado, à liberdade de comércio – assim como da liberdade de expressão do proprietário refletida sobre as condutas do seu comércio – e, de outro lado, “o dever de não discriminar” (Estados Unidos da América, 1964).

No início deste século, porém, entra em campo uma potente influência midiática digital, capaz de propagar aquilo que Ute Sacksofsky (2021) denominou como “delírio de gênero” (*Gender-Wahn*): um eco neoconservador de antigas vozes que insistem em afirmar “a existência de ‘diferenças naturais’ para mobilizar uma ‘maioria moral’ da classe trabalhadora branca e ressentida” (Rios, 2023). Trata-se do mesmo movimento, sob novas vestes, que busca excluir, discriminar e subjugar pessoas LGBTQIA +, que sempre ocorreu com o apoio de leis e instituições contemporâneas aos diferentes locais e períodos históricos. É o que rememora Sotomayor em seu voto:

Pessoas LGBT existem desde o início da história humana. E assim como elas sempre existiram, outros procuraram negar sua existência e excluí-las da vida pública. Aqueles que subordinaram as pessoas LGBT frequentemente o fizeram com o apoio da lei. Durante a maior parte da história americana, havia leis que criminalizavam a intimidade entre pessoas do mesmo sexo. *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644, 660-661 (2015). “Gays e lésbicas também foram proibidos da maioria dos empregos governamentais, barrados do serviço militar, excluídos pelas leis de imigração, alvos da polícia e sobrecarregados em seus direitos de associação.” *Id.*, às 661. “Essas políticas funcionavam para criar e reforçar a crença de que homens gays e lésbicas constituíam uma ‘classe inferior’” (Estados Unidos da América, 2023) (tradução nossa).

Com a grande repercussão do caso *303 Creative LLC v. Elenis*, seus reflexos sociais já podem ser notados. Christine Gieger, proprietária do salão de beleza *Studio 8 Hair* em Michigan, anunciou na página do *Facebook* do estabelecimento que deixará de atender clientes transgêneros e *queers*. Na postagem, Gieger afirma que qualquer “humano [que] se identifica como outra coisa

que não um homem ou uma mulher, por favor, busque serviços em um salão para animais de estimação. Você não é bem-vindo neste salão. *Ponto final*” (Miesen, Jodi; Johnson, Jacob, 2023, grifo nosso). Entretanto, cabe novamente questionar qual o “ponto” desse ponto final imaginário, que sempre reclama espaço, mas nunca resiste à interrogação crítica.

3. A INJUSTA DOMINAÇÃO DO PASSADO RECLAMA ESPAÇO NO PRESENTE: A LUTA CONSTANTE POR JUSTIFICAÇÃO DA COMUNIDADE LGBTQIA +

À luz das lições de Rainer Forst (2021), esse seria “o ponto” dos que buscam preservar uma histórica posição de dominância sobre “tudo o que está associado ao Outro da razão, seja isso entendido em termos de loucura, irracionalidade, emoções, afetos, corporeidade ou imaginação”⁴; ou seja, todos os que podem ser simbolicamente associados como “*sujeitos negros, queer, femininos, colonizados e subalternos*” (Forst, 2021, p. 84, grifo nosso).

Nesse âmbito, o direito como produto de uma construção social, histórica e econômica dominante (Warat, 1994, p. 16), ao mesmo tempo em que é instrumentalizado pela posição hegemônica do saber (Carneiro, 2023, p. 40-87) para interditar a possibilidade e coexistência fraterna – fraternidade essa presente na dimensão dos direitos humanos do Outro (Carvalho, 2021, p. 365) –, também pode servir como ferramenta de reação contra-hegemônica. Nesse sentido, há um direito mais profundo – um direito moral –, que nunca deixará de reivindicar espaço: o direito fundamental e moral à justificação. É ele que impulsiona indivíduos historicamente subordinados a reivindicar “igualdade justificatória” (Forst, 2021, p. 84), isso é: o direito de ser digno de justificar e o direito de ser digno de justificação.

Forst define a justiça como “força e grandeza humanas de se opor às relações de dominação arbitrária – às relações entre indivíduos, classes ou grupos que falsamente aparecem como inexoráveis”. O conceito de arbitrariedade é o seu oposto: “é a dominação ‘sem razão’, como uma dominação insuficientemente justificada” (Forst, 2018, p. 51). Portanto, a constituição de uma ordem justa, de pessoas livres e iguais, solicita que a sociedade seja erguida “com base em procedimentos de justificação institucionalizados”, para que “nenhum lado possa simplesmente projetar suas razões sobre o outro; antes, deve se *justificar discursivamente*” (Forst, 2018, p. 51, grifo nosso).

O espaço institucional para a busca da “justificação exemplar” é – ou, ao menos, deveria ser – o das Cortes Constitucionais; é nelas que se encadeia “uma metalinguagem reflexiva e regulatória do próprio Judiciário” (Abboud; Campos, 2022, p. 27), a partir da qual se dá publicidade ao entendimento tido como mais razoável – nunca único – sobre os valores políticos de justiça consagrados em determinada Constituição (Rawls, 2001, p. 279). Isso significa que aos membros de um Tribunal Constitucional não é facultado partir de visões de mundo mais abrangentes, que desviam dos valores políticos eleitos pelo texto constitucional, para julgar casos como o de Lori Smith/ 303 Creative LLC. Quando isso ocorre, a justiça erra o alvo do justo e acerta uma limitada concepção de “bem”, aderente apenas a uma comunidade ética específica. Mas, quem elege a co-

4 - Emmanuel Lévinas, também conhecido como “o filósofo do Outro”, considera o outro uma entidade indiscernível, mas que passou a ser inteligibilizada pela ontologia tradicional. Assim, tornado objeto passivo da razão, suprimiu-se a sua alteridade. Tal alteridade é percebida no “rostro” do outro, que, para o filósofo, ultrapassa a face: “rostro e discurso estão ligados. O rosto fala. Fala, porque é ele que torna possível e começa todo discurso” (Lévinas 1982, p. 79). Esse rosto, no entanto, “não é visto. Ele é o que não se pode transformar num conteúdo, que o nosso pensamento abarcaria” (Lévinas, 1982, p. 78). Desse modo, considerar a alteridade do outro, que espelha o infinito, implica respeitá-lo em sua diferença.

munidade a ser contemplada pela justiça? A primeira questão da justiça, afirma Forst, é o poder (Forst, 2018, p. 38). E, ao tratar de poder, as Cortes Constitucionais, mesmo que colegiadas, não asseguram, só por isso, um consenso jurídico que derive de um pluralismo razoável, sobretudo quando suas composições não guardam correspondência factual com a diversidade social sobre a qual suas decisões reverberam.

Nesse sentido, a racionalidade hegemônica não apenas inferioriza outros saberes, marginalizando-os, tal como acontece com a teoria *queer* (Halberstam, 2020, p. 41), mas também promove uma cultura de epistemicídio (Carneiro, 2023, p. 87), que visa subjugar ou neutralizar grupos socialmente mais vulneráveis. Para além dessa razão hegemônica, não se pode ignorar que toda racionalidade, inclusive a jurídica, pode ser precedida de outra que a sustenta e a contamina, qual seja, uma racionalidade artilosa (Souza, 2020, 263), que mascara o argumento vulgar em jurídico, afetando, a priori, a linguagem e sua significação, para que a finalidade da não discriminação – alçada ao patamar de direito humano – seja contraposta com inferior valoração ao direito de propriedade ou de expressão. A dimensão individual aqui se sobrepõe à dimensão da alteridade (Lévinas, 2020, p. 211).

Aliás, essa estratégia de mudar o foco da análise é, frequentemente, usada para corroer sistemas democráticos que são minados pelo “ur-fascismo” (Eco, 2023, p. 44): um modelo totalizante, mas não necessariamente totalitário, que se entranha nas instituições, mesmo nas autopromovidas democracias, e tem como um dos seus fundamentos o retorno à tradição, o retorno a um supostamente saudoso passado em prol da manutenção de um poder tido como ameaçado.

Nesse sentido, a equivocada decisão da Suprema Corte dos EUA talvez revele, em si mesma, não um mero equívoco. Sua racionalidade, que se reveste de juridicidade, pressupõe “uma dupla e obstinada recorrência discursiva e comportamental [...] que cumpre liquidar o Outro de qualquer modo” (Souza, 2020, p. 88). Como antes mencionado, o voto do Juiz Gorsuch, adotado para a decisão final, deliberadamente não fez uma cisão clara entre a pessoa jurídica, então petionante, e a pessoa física. Construir uma narrativa de proteção a uma empresa equiparando-a a um ser humano representa um recurso jurídico preordenado, com a finalidade de fazer valer sua convicção pessoal à despeito do sistema normativo de proteção às pessoas vítimas de discriminação. Essa decisão não estimula, como agenda social, a inclusão, o acolhimento da diferença, pelo contrário, apenas reforça e legitima a exclusão. Com tal decisão, reforça-se a ideia de que grupos distintos devem ser apartados uns dos outros, em vez de se promover, como é próprio do liberalismo político, um pluralismo razoável (Rawls, 2003, p. 45).

É por isso também que os deveres da justiça não devem ser reduzidos a deveres “humanistas” ou “humanitários”, sob pena de suprimirem “elementos essenciais da justiça social e política”. O voto do Juiz Gorsuch falha nesse quesito, pois não se desonera do ônus argumentativo que carrega ao tentar justificar uma falácia: a “*falácia da caracterização da conduta comercial como liberdade de expressão*” (Rios, 2023, grifos nossos).

Tal falácia facilmente se revela quando se verifica que, para a abertura de qualquer atividade comercial, alguns critérios prévios, definidos pelo Estado, precisam ser seguidos, como licenças sanitárias e ambientais, inspeção local para funcionamento seguro e contra incêndios, registro dos produtos comercializados, entre tantas outras exigências que não podem ser recusadas por objeção de consciência. Essas exigências não visam impedir a atividade econômica, mas

proteger a coletividade de condutas empresariais irregulares ou ilícitas. Dizer que a liberdade de expressão e de comércio é absoluta, não comportando qualquer controle, implica malferir toda a plêiade de normas protetivas contra o arbítrio do indivíduo, admitindo-se um retrocesso.

Espera-se um controle mínimo da atividade comercial privada, a exemplo das disposições de defesa aos consumidores, por se compreender imprescindível proteger a coletividade, assim vista de forma indistinta, ainda que em mitigação à convicção individual de quem abre uma empresa e que não está obrigado a abri-la. Para deixar mais evidente o caráter falacioso do argumento utilizado, o Estado proíbe que se constitua uma empresa cuja finalidade seja o cometimento de crimes. Não se poderia, portanto, considerar dentro da esfera da liberdade empresarial a possibilidade de se abrir uma empresa privada de assassinos, de tráfico de drogas, de tráfico de pessoas, condutas todas proibidas pelo Estado. Tampouco, se poderia admitir uma empresa, como outrora existiu, de escravização e comércio de pessoas negras, a qual poderia, inclusive, fundamentar sua liberdade de comércio numa expressão religiosa⁵. Qual seria, portanto, a razão jurídica a justificar que, sob a escusa da liberdade, uma empresa possa ofender e negar a existência de outras pessoas? Discriminar alguém pela sua condição humana é, em qualquer democracia, considerado um ato ilícito.

Para Roger Raupp Rios, é simplesmente equivocada a conclusão de que “o dever de não discriminar grupos protegidos na oferta pública de serviços infringiria a liberdade de expressão” (Rios; Mello, 2023):

A liberdade de expressão diz respeito à emissão de uma mensagem, não se prestando a proteger condutas ilegais. Há condutas que são expressivas (como queimar a bandeira nacional para expressar pacifismo ou se negar a cantar o hino nacional para expressar repúdio ao racismo); elas não implicam restrição a direitos de quem quer que seja, ainda que desagradem e incomodem a alguns.

Deixar de atender um grupo protegido, ao contrário, ofende o direito de acessar a bens e serviços livre de discriminação ilegal, o direito de igualdade e o direito à proteção da dignidade humana, sem esquecer o impacto diferenciado na própria liberdade de indivíduos pertencentes a grupos subordinados.

Não há que se confundir, portanto, a regulação da conduta comercial¹⁴ com violação da liberdade de expressão. Como se pode perceber sem dificuldade, o dever de oferecer refeições sem discriminação racial (imposição de um agir sem discriminação) não compromete a liberdade de expressão de eventual convicção racista por determinado prestador de serviços racista; o que deflui dessa obrigação é a ilegitimidade de atuar de forma racista no mercado (Rios; Mello, 2023).

O dever de não discriminação se constrói a partir das injustiças do passado que ressoam no presente. Nessa seara, o desafio que se impõe consiste em demonstrar as razões não ditas das decisões judiciais que não apenas podem retroceder na consolidação dos direitos humanos e fundamentais, mas revolver concepções interpretativas que pareciam superadas. Não é demais lembrar que o direito “dá a garantia de que, salvo revolução capaz de pôr em causa os próprios fundamentos da ordem jurídica, o porvir será à imagem do passado, servindo para a lógica da con-

5 - Por séculos, a passagem bíblica que versa sobre a maldição de Cã foi usada como argumento religioso para justificar a escravização dos povos africanos (Gomes, 2022, p. 74).

servação, universalização ou normalização ao ponto de vista dos dominantes” (Bourdieu, 1989, p. 245). Nesse sentido, diferentemente da Suprema Corte dos Estados Unidos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro acertou em reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Sarlet, 2015, posição 3543), isso é, afirmou como vetor hermenêutico e requisito democrático indispensável a necessidade de que observância dos preceitos fundamentais constitucionais não sejam exigidos apenas na relação entre o Estado e o indivíduo, mas também entre particulares. Assim se manifestou o Min. Celso de Mello, em seu voto, na ADO n. 26, que reconheceu a omissão do Estado brasileiro e reconheceu a homotransfobia como crime de racismo:

Regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância ou, até mesmo, com comportamentos de ódio, pois uma de suas características essenciais reside, fundamentalmente, no pluralismo de ideias e na diversidade de visões de mundo, em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva de cidadãos, que se sintam livres e protegidos contra ações promovidas pelo Estado ou praticadas por particulares que lhes restrinjam o pleno exercício de suas prerrogativas e liberdades constitucionais por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero (Brasil, 2020, p. 105).

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no entanto, não constitui fenômeno isolado; é, ao contrário, um reflexo de algo mais amplo, insidioso, e que vem abalando sólidas democracias constitucionais: uma estrutural crise de justificação. Tal crise se faz presente, ensina Forst, quando o “autoentendimento de uma ordem se desloca a ponto de perder seu próprio conceito”, gerando regressões pontuais em relação a certas conquistas democráticas, sem afetar o funcionamento do sistema como um todo. O sintoma mais claro desse fenômeno é a recusa de reconhecimento: quando movimentos claramente segregacionistas passam a ser “compreendidos como democráticos, experimentamos uma crise de justificação que pode levar à regressão” (Forst, 2023, p. 217).

Assim, frente à aproximação da “vitória do irracional”, corre-se o risco real da ascensão de uma nova Era pós-democrática, em que o Estado de Direito é deposto por um novo: o “Estado da Irrazão” (“*The Rule of Unreason*”). Nele, não há apenas perda de qualidade dos processos de justificação das principais instituições sociais e políticas; há, principalmente, “um sério defeito na compreensão de si mesmo e dos outros como sujeitos iguais de justificação. Grupos sociais inteiros são excluídos como irrelevantes do espaço de justificação, que é fechado e distorcido por justificações” que ocultam interesses reservados a ideologias comunitárias, e assim intencionam justificar o injustificável (Forst, 2023, p. 219). Eis o equívoco da maioria formada na Suprema Corte dos Estados Unidos ao julgar o caso *303 Creative LLC v. Elenis*: transformou-se o direito geral de acesso em um injustificável e sombrio direito geral de exclusão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um ditado popular que afirma existir, em qualquer crise, também uma oportunidade. Tal oportunidade, porém, está aberta a todos: tanto àqueles que ostentam um pensamento “progressista” como àqueles cujo pensamento é mais regressivo. Formas virulentas de pensar têm contaminado a cultura de fundo de sociedades hegemônicas a ponto de tornar impossível retornar à situação anterior sem antes deixar, vitimadas pelo caminho, inúmeras conquistas democráticas. Se o cerne da indesejada regressão moral é obstaculizar o direito à igual justificação a todos os

indivíduos, a alternativa que resta a nós, progressistas, é apostar no progresso, isso é, na evolução social e política das relações de justificação – o que deve ocorrer não somente nas ruas, na arte e, de modo amplo, na política, mas também nas Cortes Constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A caminho do constitucionalismo global: por uma antropofagia hermenêutica. ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo; TEUBNER, Gunther (Et. Al). **Constitucionalismo global**. 2022.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgado em: 13 jun. 2019. Publicado em: 06 out. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ado%2026&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 ago. 2024.

CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de racialidade**: a construção do outro como não ser como fundamento do ser. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

CARVALHO, Felipe Rodolfo de. **Outramente**: o direito interpelado pelo rosto do outro. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. Tradução de Eliana Aguiar. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court. **303 Creative LLC et al. v. Elenis et al.** Washington, 30 de junho de 2023. Disponível em https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476_c185.pdf Acesso em: 20 jul 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. Decision n. 16-111. **Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al.** Syllabus: Kennedy J, 4 de junho de 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Boy Scouts of America v. Dale**. Decision n. 99-699. 28 de junho de 2000. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep530/usrep530640/usrep530640.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Heart Atlanta Motel, Inc v. United States**. Decision n. 515. 14 de dezembro de 1964. Disponível em: Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States :: 379 U.S. 241 (1964) :: Justia US Supreme Court Center. Acesso em: 19 ago. 2024.



ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**. Decision n. 76-1786. 14 de junho de 1977. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep432/usrep432043/usrep432043.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**. Decision n. 76-1786. 14 de junho de 1977. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep432/usrep432043/usrep432043.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Loving v. Virginia**. Decision n. 395. 12 de junho de 1967. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep388/usrep388001/usrep388001.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

FORST, Rainer. **Justificação e crítica**: perspectivas de uma teoria crítica da política. Tradução: Denilson Luis Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FORST, Rainer. **Noumenale Republik**: kritischer Konstrutivismus nach Kant. 2021. FORST, Rainer. The rule of unreason. Analyzing (anti-)democratic regression. **Constellations**, n. 30, p. 217–224, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12671>. Acesso em: 19 mai. 2024.

GILL-PEDRO, Eduardo. Protecting the free speech of companies? The US Supreme Court decision in 303 Creative LLC v. Elenis. **Oxford Human Rights Hub**. 2 ago. 2023. Disponível em: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/protecting-the-free-speech-of-companies-the-us-supreme-court-decision-in-303-creative-llc-v-elenis/>. Acesso em: 19 mai. 2024.

GOMES, Laurentino. **Escravidão**: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares, v. 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2022.

HALBERSTAM, Jack. **A arte queer do fracasso**. Tradução: Bhuvli Libanio. Recife: Cepe, 2020.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução: Pergentino Pivatto [et. al]. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Tradução: João Gama. Lisboa: Edições 70, 1982.

MIESEN, Jodi; JOHNSON, Jacob. Traverse City hair salon no longer servicing certain LGBTQ members. **9and10news**. Disponível em: <https://www.9and10news.com/2023/07/11/traverse-city-hair-salon-no-longer-servicing-lgbtq-members/>. Acesso em: 19 mai. 2024.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RIOS, Roger Raupp, MELLO, Estivalet de. A ofensiva neoliberal ao direito da antidiscriminação: a expansão da liberdade protegida no Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte dos EUA. **Rev Direito Práx** [Internet]. 2023, jul;14(3):1874–903. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2023/78331> Acesso em: 19 mai. 2024.

RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. What a difference five years makes! Uma análise crítica do caso 303 Creative LLC v. Elenis e a luta por justificação do movimento LGBTQIA + nas Cortes Constitucionais. **Cadernos UNDB – Estudos Jurídicos Interdisciplinares**, [S. l.], v. 7, n. 1, páginas do artigo, 2024. Disponível em: <https://periodicos.undb.edu.br/index.php/cadernosundb/article/view/212>. Acesso em: 2 ago. 2024.

SACKSOFSKY, Ute. Wenn Rechtfertigungen brüchig werden. Verfassungsgerichte in der Diskriminierungs-bekämpfung am Beispiel der Geschlechterordnung vor dem Bundesverfassungsgericht, p. 604 – 631. In: FORST, Rainer; GÜNTHER, Klaus (org.). **Normative Ordnungen**, Berlin, 2021.

SARLET, Ingo. Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional (e-book). 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Crítica da Razão Idolátrica**: tentação de Thanatos, necroética e sobrevivência. Porto Alegre: Zouk, 2020.

WARAT, Luis Alberto. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: **Introdução geral ao direito moderno**: interpretação da lei – temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

