

“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**

"WHAT A DIFFERENCE FIVE YEARS MAKES"!

**A CRITICAL ANALYSIS OF THE CASE 303 CREATIVE LLC V. ELENIS AND
THE LGBTQIA+ MOVEMENT'S STRUGGLE FOR JUSTIFICATION IN
CONSTITUTIONAL COURTS**

Daniel Piñeiro Rodriguez¹

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. 3.A injusta dominação do passado reclama espaço no presente – a luta constante por justificação da comunidade LGBTQIA+. Considerações Finais. Referências.

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. Ao final, à luz da teoria de justiça como não-dominação, de Rainer Forst, adota-se uma postura crítica, salientando 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.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Foi aluno de doutorado visitante na Goethe Universität Frankfurt durante o semestre de inverno de 2023, tendo frequentando o Colóquio de Teoria Política liderado pelo Prof. Dr. Rainer Forst. Procurador Federal (PGF/AGU). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4176485226937857>. E-mail: pineiro.rodriguez@gmail.com

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. 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 este 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*², apreciado em 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 Philips, proprietário e confeiteiro do estabelecimento há mais de 20 anos, ostentava convicções religiosas contrárias a uniões de pessoas do mesmo sexo. Muito embora o julgamento tenha

² 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, 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf>. Acesso em 19 mai. 2024.

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.³ Haveria, isto 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*.⁴ Na realidade, a Corte fez o oposto: pela primeira vez na história, garantiu que estabelecimentos públicos tenham o direito constitucional de recusar-se a servir, em razão de crenças religiosas, membros de uma determinada classe protegida por lei. E 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), 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-*

³ 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, 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf. Acesso em 19 mai. 2024.

⁴ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660
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*”.⁵ 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: na sua visão de mundo, o casamento deveria ser reservado apenas à união de um homem e de 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 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 em estabelecimentos públicos 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.⁶ 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 de maneira tal que expressariam a visão que ela e sua empresa, a *303 Creative*, têm sobre a celebração do

⁵ Todos os trechos de decisões citados são apresentados em tradução livre do autor.

⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660
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 a da *303 Creative*”.⁷

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. E foi seguindo essa linha de raciocínio que o J. G invocou diversos precedentes em que compreende ter sido corretamente assegurado esse direito, inclusive o histórico precedente *Boy Scouts of America v. Dale*.⁸

James Dale era praticante do escotismo desde 1978 – à época contanto 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 era 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 exigiria 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’”.⁹

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

⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Boy Scouts of America v. Dale**. Decision n. 99-699. 28 de junho 2000. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep530/usrep530640/usrep530640.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660
mercado das ideias”, pois, “de tempos em tempos”, afirmou J. Gorsuch, “governos neste país
têm buscado testar esses princípios fundamentais”.¹⁰ 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.”¹¹

J. Gorsuch afirmou que 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.¹²

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”¹³

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*”.

¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

¹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

¹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

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*,¹⁴ julgado em 1977 e 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”.¹⁵

A partir da leitura do voto que angariou maioria no Tribunal, a *pergunta central* a ser respondida na resolução do caso seria a seguinte: poderia o Estado forçar alguém a abandonar sua consciência e oferecer serviços que expressem *não* a sua própria mensagem, mas a “mensagem preferida do Estado?”¹⁶ Antes de avançar na análise do voto dissidente, porém, é preciso *questionar esse questionamento*: 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, Professor da *Lund University*, na Suécia, o J. Gorsuch alterou o eixo central da discussão ao ignorar que a principal peticionária *não* era a Sra. Smith, mas sim a *303 Creative LLC*. Isso é relevante porque a lei do Estado do Colorado impõe à *empresa* 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: “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

¹⁴ 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 1977. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep432/usrep432043/usrep432043.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660 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”.¹⁷

Eis, portanto, um dos principais pontos que demarca a divergência entre os dois polos desse julgamento: enquanto a maioria focalizou a liberdade de 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 ao cabo, por condutas – e são às *condutas* que se dirige a regulação estatal.

2. O VOTO DISSIDENTE DA J. SONIA SOTOMAYOR:

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”.¹⁸

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, e 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

¹⁷ 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.

¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660
“grupos historicamente marcados por um *status* de segunda classe não sejam privados de bens ou serviços em condições iguais”.¹⁹

O exemplo trazido pelo voto dissidente elucidava 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 efeito *incidental*, pois a regulação do Estado “é neutra em relação ao conteúdo”.²⁰

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.²¹

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, relembrando como a parcial declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Direitos

¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660

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”.²² E 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”²³.

A referência, aqui, é ao precedente *Loving v. Virginia*²⁴, julgado pela mesma Corte nos anos sessenta. O caso dizia respeito a Mildred Jeter, uma mulher negra, e Richard Loving, um homem branco, recém-chegados ao Estado de Virginia após celebrarem 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 afirmou 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-

²² 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.

²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **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.

²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Loving v. Virginia**. Decision n. 395. 12 de junho 1967. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep388/usrep388001/usrep388001.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660 raciais. Na visão do órgão julgador, “o fato de Ele ter separado as raças” demonstraria que “Ele não pretendia que as raças se misturassem”.²⁵

Muito embora a Suprema Corte tenha proferido, em 1967, entendimento unânime em favor dos Lovings, o caso deixa claro que a luta de minorias sociais é – e sempre será – uma luta dinâmica e discursiva por *justificações*. Neste início do século XXI, porém, entra em campo uma potente influência midiática digital, capaz de propagar aquilo que Ute Sacksofsky²⁶ 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”²⁷. 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 subordinariam 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’”.²⁸

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

²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Loving v. Virginia**. Decision n. 395. 12 de junho 1967. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep388/usrep388001/usrep388001.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

²⁶ SACKSOFSKY, Ute. Wenn Rechtfertigungen brüchig werden. Verfassungsgerichte in der Diskriminierungsbekämpfung am Beispiel der Geschlechterordnung vor dem Bundesverfassungsgericht, p. 604 – 631. FORST, Rainer; GÜNTHER, Klauus (org.). **Normative Ordnungen**, Berlin, 2021.

²⁷ 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]. 2023Jul;14(3):1874–903. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2023/78331> Acesso em 19 mai. 2024.

²⁸ 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.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660
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*” (grifei).²⁹

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 Forst³⁰, 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”; ou seja, todos os que podem ser *simbolicamente associados como “sujeitos negros, queer, femininos, colonizados e subalternos”*.³¹ Há, porém, 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”³², isto 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”.³³ Portanto, para que se tenha uma ordem justa, de pessoas livres e iguais, é preciso que essa sociedade seja erguida “com base em

²⁹ 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.

³⁰ FORST, Rainer. **Noumenale Republik**: kritischer Konstrutivismus nach Kant. 2021.

³¹ FORST, Rainer. **Noumenale Republik**: kritischer Konstrutivismus nach Kant. 2021, p. 84.

³² FORST, Rainer. **Noumenale Republik**: kritischer Konstrutivismus nach Kant. 2021, p. 84.

³³ FORST, Rainer. **Justificação e crítica**: perspectivas de uma teoria crítica da política. Trad. (Denilso Luis Werle). São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 51.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660
procedimentos de justificação institucionalizados”, em que “nenhum lado possa simplesmente projetar suas razões sobre o outro; antes, deve se *justificar discursivamente*”.³⁴

O espaço institucional para a busca da “justificação exemplar” é o das Cortes Constitucionais; é nelas que se encadeia “uma metalinguagem reflexiva e regulatória do próprio Judiciário”³⁵, a partir da qual se dá publicidade ao entendimento *mais razoável* – nunca único – sobre os valores políticos de justiça consagrados em determinada Constituição.³⁶ Isso significa que aos membros de um Tribunal Constitucional *não* é facultado usar 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 comunidade a ser contemplada pela justiça? A primeira questão da Justiça, afirma Forst, é a questão do *poder*.³⁷

É por isso também que os deveres da justiça não devem ser reduzidos a deveres “humanistas” ou “humanitários”, sob pena assim 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*”.³⁸

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”³⁹:

³⁴ FORST, Rainer. **Justificação e crítica**: perspectivas de uma teoria crítica da política. Trad. (Denilso Luis Werle). São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 51.

³⁵ ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A caminho do constitucionalismo global: por uma antropofagia hermenêutica. ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo; TEUBNER, Gunther (Et. Al). **Constitucionalismo global**. 2022, p. 27.

³⁶ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 279.

³⁷ FORST, Rainer. **Justificação e crítica**: perspectivas de uma teoria crítica da política. Trad. (Denilso Luis Werle). São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 38.

³⁸ 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]. 2023Jul;14(3):1874–903. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2023/78331> Acesso em 19 mai. 2024.

³⁹ 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]. 2023Jul;14(3):1874–903. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2023/78331> Acesso em 19 mai. 2024.

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 comercial⁴⁴ 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.⁴⁰

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no entanto, não constitui fenômeno isolado; é, ao contrário, 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, mas sem com isso 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”.⁴¹

Assim, frente à aproximação da “vitória do irracional”, corre-se o risco real de ingressar em 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.

⁴⁰ 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]. 2023Jul;14(3):1874–903. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2023/78331> Acesso em 19 mai. 2024.

⁴¹ FORST, Rainer. The rule of unreason. Analyzing (anti-)democratic regression. **Constellations**, n. 30, p. 217–224, 2023, p. 217. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12671>. Acesso em: 19 mai. 2024.

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660

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.⁴² 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 pensamento “progressista” como àqueles de pensamento 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 “negar e combater o direito à justificação entre iguais”, como afirma Forst, a alternativa que resta a nós, progressistas, é a aposta no progresso, aqui entendido como a constante cobrança pelo “*aprimoramento social e político das relações de justificação*”.⁴³ 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. ABBOD, Georges; CAMPOS, Ricardo; TEUBNER, Gunther (Et. Al). **Constitucionalismo global**. 2022.

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.

⁴² FORST, Rainer. The rule of unreason. Analyzing (anti-)democratic regression. **Constellations**, n. 30, p. 217–224, 2023, p. 219. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12671>. Acesso em: 19 mai. 2024.

⁴³ FORST, Rainer. The rule of unreason. Analyzing (anti-)democratic regression. **Constellations**, n. 30, p. 217–224, 2023, p. 218. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12671>. Acesso em: 19 mai. 2024.

Revista **Cadernos UNDB**, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660
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, 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 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. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**. Decision n. 76-1786. 14 de junho 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 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 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. Trad. (Denilso 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.

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. **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

Revista Cadernos UNDB, São Luís, v. 7, n.1, jun/jul, 2024 . ISSN 1981-0660
Suprema Corte dos EUA. **Rev Direito Práx** [Internet]. 2023Jul;14(3):1874–903. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2023/78331> Acesso em 19 mai. 2024.

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