

CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTIFOBIA À LUZ DO IDEAL DA RAZÃO PÚBLICA EM JOHN RAWLS

LGBTIFOBIA CRIMINALIZATION IN THE LIGHT OF
THE PUBLIC REASON IDEAL IN JOHN RAWLS

CRIMINALIZACIÓN LGBTIFOBIA A LA LUZ DE LA
RAZÓN PÚBLICA IDEAL EN JOHN RAWLS

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Constructo do Estado Democrático de Direito; 3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ado) nº 26 e o mandado de injunção (mi) nº 4733; 3.1. Tramitações das ações; 4. Teoria de John Rawls; 5. Considerações

RESUMO:

Sob uma perspectiva jurídico-investigativa, pretende-se investigar as perspectivas teóricas de John Rawls e confrontá-las com o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 que foi julgada em sessão conjunta com o Mandado de Injunção (MI) nº 4733 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que criminalizou a LGBTIfobia. Para isso, apresenta-se a tramitação da ação com partes integrantes dos votos. Em seguida, expõem-se os conceitos de pluralismo, tolerância liberal e razão pública da teoria de John Rawls para, ao final, verificar se esses conceitos estão presentes e são pertinentes à análise do caso. A pesquisa vale-se da revisão bibliográfica com dados primários (análise das ações) e dados secundários (que são artigos e teorias pertinentes ao caso).

Como citar este artigo:

BOMFIM, Rainer,
SALLES, Viktória,
BAHIA, Alexandre.
Criminalização da
LGBTIFOBIA à luz do
ideal da razão pública
em John Rawls.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 33, 2020,
p. 77-98.

Data da submissão:
17/12/2019

Data da aprovação:
27/05/2020

1. Universidade Federal de Ouro Preto - Brasil
2. Universidade Federal de Ouro Preto - Brasil
3. Universidade Federal de Ouro Preto - Brasil

ABSTRACT:

From a juridical-investigative perspective, we intend to investigate the theoretical perspectives of John Rawls and confront them with the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Default (DAD) n° 26 that was judged in joint session with Warrant Injunction (WI) n° 4733 by the Supreme Federal Court (SFC) that has criminalized LGBT-Ifobia. For that, the lawsuit procedure is presented with parts of the votes. Then, the concepts of pluralism, liberal tolerance and public reason of John Rawls's theory are exposed to, finally, verify if these concepts are present and pertinent to the analysis of the case. The research is based on a bibliographical review with primary data (legal actions analysis) and secondary data (which are articles and theories pertinent to the case).

RESUMEN:

Desde una perspectiva legal-investigativa, tiene la intención de investigar las perspectivas teóricas de John Rawls y confrontarlas con el juicio de la Acción de Inconstitucionalidad del Derecho de Incumplimiento (ADO) No. 26 que fue juzgada junto con el mandato judicial (MI)) No. 4733 de la Corte Suprema Federal (STF) que criminalizó la fobia a LGBTI. Para ello, se presentan los procedimientos con las partes integrales de los votos. Luego, presentamos los conceptos de pluralismo, tolerancia liberal y razón pública de la teoría de John Rawls para verificar finalmente si estos conceptos están presentes y son relevantes para el análisis del caso. La investigación utiliza la revisión de la literatura con datos primarios (análisis de acción) y datos secundarios (que son artículos y teorías pertinentes al caso).

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Constitucional; Criminalização da LGBTIfobia; Pluralismo; Tolerância Liberal.

KEY WORDS:

Constitutional Law; Criminalization of LGBTIphobia; Pluralism; Liberal Tolerance.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Constitucional; Criminalización de la LGBTIfobia; Pluralismo; Tolerancia liberal.

1. INTRODUÇÃO

Com a recente criminalização da LGBTIfobia¹ pelo julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n° 26 em sessão conjunta com o Mandado de Injunção (MI) n° 4733 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) abrem-se questionamentos acerca do exercício da Razão Pública neste órgão jurisdicional. Para a compreensão desse tema, sob uma perspectiva jurídico-investigativa (GUSTIN, DIAS, 2015, p. 25), parte-se da teoria de John Rawls como um marco central da análise da Razão Pública no contexto do Estado Democrático de Direito.

A pesquisa é justificada por envolver a questão da atuação contra majoritária do STF e também por ser um *locus* de discussão de questões de fundamental importância para a sociedade, voltada para debates de natureza pública e por ter um assunto em que os dados são públicos (RAWLS, 1997, p. 93).

Diante desse recorte metodológico, apresenta-se a tramitação da ação com partes integrantes dos votos. Em seguida, expõem-se os conceitos de pluralismo, tolerância liberal e razão pública da teoria de John Rawls para ao final verificar se esses conceitos estão presentes e são pertinentes a análise do caso. O texto vale-se da revisão bibliográfica com dados primários (análise das ações) e dados secundários (que são artigos e teorias pertinentes ao caso)².

2. CONSTRUCTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A atual compreensão do Direito no paradigma de Estado Democrático é construída por um longo caminho, desde as revoluções liberais dos séc. XVIII e XIX, passando pelo Estado de Bem-Estar Social do séc. XX (SILVA; BAHIA, 2015). As mudanças paradigmáticas de compreensão sobre o papel do Direito – e do Estado, sociedade, etc. – podem ser representadas pelas diferentes concepções acerca do direito de igualdade, um direito fundamental que possui especial relevância nas discussões que

buscamos fazer aqui.

No Estado Liberal, a igualdade era vista como isonomia, isto é, “todos são iguais perante a lei”, devendo ser o Estado, pois, cego às diferenças sociais, econômicas, de classe, gênero ou cor ao criar leis atribuindo direitos e obrigações a todos. No entanto, apesar da afirmação universalizante de igualdade, o fato é que a legislação diferenciava pessoas por gênero, dinheiro e cor, por exemplo, ao atribuir a uns e não a outros o direito de voto. Na seara da autonomia privada, a liberdade e a igualdade davam a oportunidade da livre empresa e possibilitavam que empregado e empresa pudessem “negociar livremente” jornadas de trabalho exaustivas e baixos salários. A crítica aos limites do Estado Liberal faz surgir o Estado de Bem-Estar Social que busca “materializar” a igualdade, de forma que ela, além de isonomia (agora ampliada) possa também significar igualdade material (equidade).

O Direito é construído para que não seja cego às diferenças de acesso, em questões sociais e econômicas que garantem uma “vida boa” a todos. A igualdade como equidade implica na criação de diferenças jurídicas que compensem diferenças materiais. No entanto, sua proposta homogeneizadora também cria problemas, uma vez que o Estado passa por cima da diversidade social, por vezes de forma tecnocrática e sem ouvir os interessados nas políticas. Assim é que o atual paradigma busca retomar os dois sentidos anteriores de igualdade (isonomia e equidade) e acrescenta mais um: a diversidade, é dizer, para algumas situações o Direito não deve trabalhar de forma nem a ser cego às diferenças e nem para a sua eliminação; ao contrário, deve agir para valorizar/preservar a diversidade (BAHIA, 2017).

Quando se trata da diversidade de orientação sexual e de gênero, a compreensão dos três sentidos de igualdade é extremamente importante, particularmente se o tema é tratado em países como o Brasil, recordista absoluto de crimes contra a minoria LGBTI³ a despeito do que dizem a Constituição e uma série de Normas Internacionais às quais o país se submete (BAHIA; BOMFIM, 2017).

3. AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) Nº 26 E O MANDADO DE INJUNÇÃO (MI) Nº 4733

O Partido Popular Socialista (PPS) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) em face do Congresso Nacional, com fundamento no art. 5º, incisos XLII, XLI, LIV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Na oportunidade, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) impetrou Mandado de Injunção Coletivo (MI. n. 4.733) também ao STF, em face do Congresso Nacional, de tal forma a requer a criminalização de todas as formas de LGBTIfobia.

A ADO nº 26 (BRASIL, 2019a) buscou equiparar a LGBTIfobia ao racismo, sendo que o racismo constitui-se ideologia que prega a superioridade de um grupo em face de outro, não sendo apenas discriminação em face da cor da pele, mas sim em relação ao gênero, na qual inserem-se então a homofobia e a transfobia, mediante a aplicabilidade da Lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989), que versa sobre a discriminação em razões de raça, religião, cor, etnia ou procedência nacional⁴.

O argumento do PPS para que o STF venha reconhecer e decidir sobre a edição de lei específica para o caso em comento, baseia-se no princípio da igualdade, uma vez que se há legislação que pune de forma vertical a discriminação étnica-racial, deve haver também a que puna a discriminação por orientação sexual, haja vista que o texto constitucional dispõe que a “[...] lei punirá qualquer atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, conforme prevê o art. 5º, inciso XLI da CFRB/1988.

As duas ações enfrentam problemas com relação a um princípio constitucional, qual seja o princípio da reserva legal expresso no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que determina que não haverá crime sem lei que antes o defina, ou seja, nenhuma criação de tipo penal deverá ser feita sem que haja edição de lei para tanto.

Importante mencionar que nas duas ações o que se pede não é criminalização da homofobia e transfobia por meio da analogia, mas sim, pede-se que seja efetivada a criminalização mediante a atividade legislativa, o que não fere o referido princípio, haja vista que a medida para equipará-lo ao racismo trata-se apenas de ação provisória até que haja a efetivação mediante a criação de lei pelo Legislativo.

3.1. Tramitações das ações

Ambas as ações tramitaram no STF, sendo que o MI nº 4.733 (BRA-

SIL, 2019b) foi distribuído em 10 de maio de 2012, e a ADO nº 26 (BRASIL, 2019a) no dia 19 de dezembro de 2013, tendo movimentações distintas antes da decisão de 13 de junho de 2019.

Dessa maneira, várias entidades requereram participar do julgamento como *amicus curiae*. De tal forma que na ADO nº 26 (BRASIL, 2019a) foram aceitas a maioria das entidades como *amicus curiae*, com exceção da Associação Eduardo Banks.

Em relação ao MI nº 4.733, tendo ainda como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, em 24 de outubro de 2019 teve decisão monocrática pelo seu não conhecimento. Em sede de recurso, a ABGLT interpôs Agravo Regimental, pelo qual se manifestou a Procuradoria Geral da República:

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo, para que se conheça do mandado de injunção e se defira em parte o pedido, para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/1989 ou, subsidiariamente, determinar aplicação dos dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica. (BRASIL, 2018).

Em 17 de agosto de 2016, o ministro relator da ação foi substituído, passando a ser então o Ministro Edson Fachin que, após recebido o parecer da Procuradoria Geral da República (PGR), passou a conhecer o presente Mandato de Injunção intimando as partes para novas manifestações, momento no qual novamente a PGR se manifestou acerca da demanda se posicionando por seu provimento em parte.

A ADO nº 26 (BRASIL, 2019a) teve como relator desde o início o Ministro Celso de Mello, as movimentações no mérito da ação só foram ocorrer no ano de 2018, onde foi decidido pelo julgamento em conjunto com o MI. n. 4.733 (BRASIL, 2019b), todas as anteriores consistiam em ingressos na demanda via *amicus curiae* e demais atos procedimentais.

O julgamento de ambas as demandas se iniciou no dia 13 de fevereiro de 2019, onde foram ouvidas as partes devidamente representadas, com voto do relator da ADO. n. 26 (BRASIL, 2019a) Ministro Celso de Mello, que votou pelo provimento em parte da demanda, discordando do pedido de pretensão reparatória em face do Estado bem como discor-

dando do pedido de que o STF “legislasse” sobre a matéria. O julgamento foi suspenso após o voto do relator e foi retomado no dia 21 do mesmo mês. Assim como o relator, os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso votaram pelo conhecimento em parte da demanda, nesse sentido, julgando-a parcialmente procedente (BRASIL, 2019a). No tocante ao MI. n. 4.733 (BRASIL, 2019b), o ministro relator, Ministro Edson Fachin votou pela procedência parcial do mandado, e votaram no mesmo sentido os ministros Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. O julgamento das duas ações foi novamente suspenso, com retomada no dia 23 de maio de 2019.

No julgamento do dia 23 de maio o ministro Marco Aurélio não reconheceu a omissão legislativa por parte do Congresso Nacional (BRASIL, 2019a). Quanto aos demais votos, tanto na ADO. n. 26 (BRASIL, 2019a) quanto no MI. n. 4733 (BRASIL, 2019b), a ministra Rosa Weber e o ministro Luiz Fux acompanharam os votos dos respectivos relatores. O julgamento foi novamente suspenso.

Retoma-se no dia 13 de junho de 2019, essa por sua vez, data de decisão final. A decisão deu provimento parcial à ADO nº 26 por maioria de votos, conferindo à mesma eficácia geral e efeito vinculante, nos seguintes termos:

[...] a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na

dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. (BRASIL, 2019a).

Importante mencionar que as várias especulações e afirmativas acerca de lideranças religiosas quanto à alegação de ferimento ao direito de pregar, a decisão também deixou em evidência que a criminalização da LGBTIfobia em nada prejudicará esse direito, haja vista que possuem esse direito resguardado constitucionalmente, do qual podem pregar e celebrar seus cultos de forma livre, professando suas convicções baseadas em livros e códigos sagrados independentemente de estarem ou não em espaço público ou privado, com a condição de que tais pregações e discursos não façam incitação à discriminação e hostilidade para com essa minoria. Quanto ao enquadramento no conceito de racismo, a decisão trouxe:

[...] 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão

do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. [...] Plenário, 13.06.2019. (BRASIL, 2019a).

Em relação ao MI nº 4.733:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Plenário, 13.06.2019. (BRASIL, 2019b).

O voto do Ministro Marco Aurélio seguiu diferente da maioria, o mesmo não reconhecia a mora e a omissão legislativa do Congresso Nacional e tão pouco que o mandado de injunção era o instrumento correto para solicitar os pedidos (BRASIL, 2019b). Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a conduta da homofobia e transfobia não poderiam ser enquadrados no crime de racismo pelo Judiciário, haja vista que isso deve ser feito pelo Legislativo. O Ministro Dias Toffoli seguiu o entendimento, se posicionando de forma contrária. No entanto, os votos foram vencidos pela maioria e as demandas foram providas.

Desta forma, ficou decidido que a LGBTIfobia constitui-se em espécie de racismo, devendo ser enquadradas como tipo penal definido na Lei do Racismo – Lei nº 7.716/1989 – até que o Congresso Nacional possa editar lei acerca da matéria de forma especificada. A mora e a omissão legislativa também ficaram reconhecidas. Um dos fundamentos presentes tanto na pretensão das demandas quanto no voto do Min. Celso de Mello é que as decisões aqui citadas nada mais fazem do que dar seguimento àquilo que o STF decidiu no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS em que declarou a existência de um *Racismo Social* que deve ser combatido⁵⁻⁶.

4. TEORIA DE JOHN RAWLS

John Rawls (2000), em sua obra *Liberalismo Político*, afirma que no período moderno houve três grandes processos históricos que influenciaram a construção da sua concepção da filosofia moral e política. O primeiro deles é a Reforma do séc. XVI, que fragmentou aquilo que se entendia como Unidade Religiosa e, a partir de então, inicia-se o pluralismo religioso (RAWLS, 2000a, p. 30). Este é considerado, para o autor, aquele que alimenta os outros tipos de pluralismo para, então, se tornar uma característica permanente nas culturas a partir do séc. XVIII (RAWLS, 2000a, p. 30).

Outras questões que foram apontadas pelo autor foram os movimentos de centralização dos Estados modernos, junto ao surgimento da ciência moderna – apesar de que, insiste, foi a Reforma que moldou de forma mais profunda o que ele chama de “espírito da modernidade”⁷ (RAWLS, 2000a, p. 30). Assim, com a existência de diversas religiões dentro de um mesmo Estado-nação começaram as questões sobre as diversas possibilidades da sua convivência dentro da mesma sociedade (RAWLS, 2000a, p. 30).

Segundo Rawls, o pluralismo não deve ser encarado como algo não desejável ou um desastre, mas como “o resultado natural das atividades da razão humana sob instituições livres e duradouras” (RAWLS, 2000a, p. 30). Rawls toma a modernidade como acontecimento que rompeu com uma visão de mundo unificada, coerente e baseada na autoridade, instaurando um pluralismo de visões morais, religiosas e filosóficas que configura a condição incontornável das democracias contemporâneas (SILVA, 2014, p. 235). Rawls objetiva, com a proposição de uma teoria, trazer uma concepção política de organização das bases da sociedade e também das próprias (inter)relações entre esses cidadãos, de tal que forma que, dentro dessa concepção, consiga abranger os defensores das mais diversas e divergentes concepções de mundo, que podem ser racionalmente contraditórias entre si.

Assim, na mesma obra, o autor questiona como seria possível “existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais que se encontram profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis entre si?”⁸ (RAWLS, 2000a, p. 7).

A resposta apresentada pelo autor é o pluralismo e a tolerância liberal, sendo que o primeiro é a existência de diversas e diferentes concepções contraditórias entre si que convivem na mesma sociedade. De tal maneira, que esse pluralismo⁹ é entendido como definitivo, pois que resultou de um processo de desenvolvimento da sociedade, que não pode ser suprimido nem pela violência ou pela opressão¹⁰ (RAWLS, 2000b, p. 181) e, ao se assumir o pluralismo deve tê-lo como parâmetro e, também, promovê-lo enquanto política. Por sua vez, a tolerância liberal é uma projeção política da sociedade que deve ser seguida pela população dentro do espaço de tomada de decisão, como é explicado:

A tolerância liberal pode ser compreendida com um ideal político de uma sociedade democrática por duas perspectivas: (1) **como um ideal que concerne às instituições que compõem a estrutura de base da sociedade e que são responsáveis pelas decisões políticas fundamentais** e (2) **como um ideal das pessoas na condição de cidadãos, de representantes eleitos e de juízes no sentido de exercerem uma responsabilidade deliberativa em algum espaço público de tomada de decisão.**

Nesse sentido, a tolerância liberal informa que uma comunidade política deve **ser capaz de acomodar as diversas concepções de bem viver completamente contraditórias, mas, ainda sim, razoáveis dentro de uma sociedade.** A coexistência entre os indivíduos que possuem perspectivas profundamente diferentes sobre o bem viver pressupõe a liberdade de ação individual como fundamento da autonomia política em sociedades plurais. (CAMILLOTO; CAMILLOTO, 2017, p.28-29) (sem grifos no original).

Desta forma, esses dois conceitos acima articulados devem subsidiar a ação da Razão Pública¹¹, que é o dever moral para que os cidadãos que tenham doutrinas abrangentes tenham de justificar na arena pública suas concepções, que podem ou não ser generalizadas dentro de uma sociedade democrática justa (RAWLS, 2000a, p. 175). Como apresenta o autor:

A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status de cidadania igual. O motivo de sua razão é o bem do público: o que a concepção política de justiça exige da estrutura básica de instituições da sociedade, e dos propósitos e fins que devem servir. A razão pública, então, é pública de três

maneiras: como a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu assunto é o bem do público e questões de justiça fundamental; e sua natureza e conteúdo são públicos, sendo dados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade, e conduzidos abertos a serem vistos com base nisso (RAWLS, 1997, p.93).

De tal maneira que o autor estrutura a razão pública em preceitos basilares:

- (1) as questões políticas fundamentais às quais se aplica; (2) as pessoas a quem se aplica (funcionários do governo e candidatos a cargo público); (3) seu conteúdo como dado por uma família de concepções políticas razoáveis de justiça; (4) a aplicação dessas concepções em discussões de normas coercitivas a serem decretadas na forma de lei legítima para um povo democrático; (5) a verificação pelos cidadãos de que os princípios derivados das suas concepções de justiça satisfaçam o critério de reciprocidade (RAWLS, 2000a, p. 175).

A razão pública é exercida para a justificação daquelas ideias em espaços institucionalizados de debate público, o que o autor chama de fórum político público, que tem sua divisão em 3 partes: (i) no discurso dos funcionários de governo (ou que representam este), enquanto pertencentes ao Legislativo e ao Executivo; (ii) no discurso de candidatos a cargos públicos e de seus chefes de campanha; (iii) no discurso e decisões dos juízes nas suas discussões, sobretudo daqueles que compõem um tribunal supremo, visto que atuam como salvaguarda da constituição (RAWLS, 2000a, p. 175).

Assim sendo, para preservar a pluralidade de sujeitos no intuito de reconhecer as diversas formas de vida boa, tanto a comunidade de sujeitos, como a estrutura básica da sociedade devem agir conforme a moralidade política e em cooperação (RAWLS, 2002, p. 652).

A partir do exercício da razão pública, fundamentada na tolerância, a estabilidade da sociedade poderá ser mantida (PETRONI, 2012, p. 82), sendo que as instituições públicas, por meio da centralidade de poder e do uso da coerção normativa devem se responsabilizar pela eliminação das desigualdades com base em uma justificação pública e que seja reconhecida pela comunidade.

Neste contexto, Rawls atribui o exercício da razão pública ao fórum

político público institucionalizado, em um contexto de legitimidade democrática, ou seja, com base em um conjunto de direitos fundamentais e da justiça social que possam ser aceitos por todos e publicizados, aos cidadãos pelos espaços institucionalizados (PETRONI, 2012, p. 103).

Portanto, quando o objeto discursivo for à garantia de tais liberdades e dos direitos fundamentais, o uso da coerção normativa somente será legítimo se for proferido publicamente e justificável perante aos cidadãos de maneira razoável.

Logo, a razão pública, segundo o liberalismo político de Rawls, viabiliza o uso da coerção em matéria constitucional ao buscar a equidade para as pessoas morais em uma sociedade em cooperação, em razão dos princípios constitucionais e da justiça social enquanto argumentos de justificação substancial.

Assim, a estabilidade da sociedade seria mantida diante de uma justificativa normativa, bem como as instituições públicas iriam tolerar as diversas concepções de bem e promover a pluralidade de sujeitos ao sustentar suas razões em busca das garantias sociais.

Nesse sentido, ressalta-se que a razão pública possui limites e não se aplica a todas as questões políticas, mas apenas às que envolvam fundamentos constitucionais e questões de justiça básicas (RAWLS, 1997, p. 94). Assim, a estrutura básica ao fundamentar suas decisões deve justificar aos membros da sociedade suas razões de forma razoável e justa, tendo por base os princípios substantivos de justiça escolhidos na posição original, bem como os princípios fundamentos iguais ao praticar a razão pública (RAWLS, 1997, p. 9-10).

Tais fundamentos constitucionais estão ligados aos princípios que estruturam o governo e o processo político, bem como os direitos básicos e liberdades de cidadania. Já as questões de justiça básica seriam questões de justiça distributiva, relacionadas à liberdade de movimento e igualdade de oportunidades, bem como as bases do autorespeito (RAWLS, 1997, p. 13).

Diante disso, a estrutura básica da sociedade possui duas importantes funções, quais sejam:

No primeiro papel que estrutura as especificidades e assegura os direitos e liberdades fundamentais iguais dos cidadãos e institui apenas procedimentos políticos. No segundo, esta-

belece as instituições secundárias de justiça social e econômica apropriadas aos cidadãos como livres e iguais (RAWLS, 1997, p. 14, tradução nossa).

Assim, o Poder Público não deve ser neutro e tolerar as desigualdades sociais existentes em uma sociedade injusta, devendo promover a equidade quando a igualdade de oportunidades não for praticada pelos membros da sociedade ao deixarem de cooperar com a comunidade. Essas construções são feitas e realizadas no espaço da razão pública. De tal forma que:

No caso de aplicação da razão pública pelo Judiciário, cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, e os juízes não podem invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade geral, nem suas doutrinas religiosas ou filosóficas, tampouco podem citar valores políticos de modo indiscriminado. Devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública (...). Observe o que o autor completa a respeito: “O papel do tribunal nisso é parte da publicidade da razão e constitui um aspecto do papel amplo, ou educativo, da razão pública” (...). (BONFIM; PEDRON, 2017, p. 215).

De tal forma que o Tribunal deve ter como base os valores sociais e políticos da razão pública no ato da construção da decisão (BONFIM; PEDRON, 2017, p. 214) e sua decisão será revestida de autoridade sobre questões políticas consideradas fundamentais para aquela construção democrática da sociedade em que deve se pautar pela interpretação adequada da constituição (RAWLS, 2000a, p. 175).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente aos conceitos apresentados, inicialmente, ressalva-se que como é uma ação de matéria constitucional de competência do Supremo Tribunal Federal (que tem a função de salvaguardar a constituição), este mostra-se como um espaço de “fórum político público institucionalizado”, em que seus agentes devem respeitar a Razão Pública¹².

Dessa forma, a decisão que criminaliza a LGBTIfobia dada na ADO. n. 26 e no MI. n. 4733 é uma questão fundamental (violência contra um

grupo determinado de pessoas) em que a violação de liberdades fundamentais (como é o exercício da sua autonomia privada) inviabiliza o critério de reciprocidade e, dentro desse espaço institucional, teve, no caso concreto analisado, a participação de diversos interessados no julgamento das ações com concepções completamente contraditórias entre si, de tal maneira a garantir um debate qualificado dentre aqueles que são “interessados”, que exerceram no julgamento o papel de “amicus curie”. De igual modo, que o espaço de dar e receber razões foi construído, mesmo que os ministros já tenham levados seus votos prontos¹³, de forma que o debate institucionalizado foi realizado entre proponentes, PGR, “amici curiae” e os onze Ministros. A decisão reflete o fato do pluralismo, tal como acima trabalhado com Rawls e da igualdade como diversidade: faz parte de uma conquista do constitucionalismo que nos reconheçamos, ao mesmo tempo, como iguais e como diversos.

Assim, tem-se que foi respeitado o pluralismo (inclusive com a presença de entidades religiosas que se manifestaram contrariamente à criminalização), pois, mesmo com a decisão, ainda se tem a possibilidade da coexistência de doutrinas morais completamente contraditórias entre si, sendo que a conduta criminalizada não impede o exercício da liberdade de expressão, mas criminaliza práticas de discurso de ódio. O legado da Reforma, de reconhecer que a sociedade não é um bloco monolítico quanto a questões morais é, justamente, a garantia para que violações à integridade física ou moral de alguém por razões de orientação sexual e de identidade de gênero não possam ser toleradas. Parece contraditório, ao revés, ver alguns representantes do legado da reforma protestante demandando um pseudo-direito à ofensa ou pior: um pseudo-direito a tratar o outro como menos possuidor dos mesmos direitos que a maioria, quando aquele movimento do séc. XVI defendia, justamente, a tolerância com o diferente no sentido de que o “diferente” pudesse existir na plenitude de sua “diferença”.

Do mesmo modo que numa sociedade plural devem se permitir as diversas formas de respeito e afeto sem que isso se torne motivo para agressões e mortes, visto que a liberdade dos sujeitos se relacionarem entre si e com os outros (com as suas concepções morais de bem viver) é um aspecto fundamental para o seu livre desenvolvimento, resguarda-se que concepções completamente contraditórias possam existir desde que

sejam razoáveis (que é a possibilidade de justificação daquelas condutas na arena pública) e não firam a liberdade alheia.

Dessa forma, a criminalização da LGBTIfobia foi julgada por oito favoráveis e três contrários, em que houve a fundamentação das razões como uma forma de justificação pública e legítima. Neste sentido, a existência de fundamentos determinantes das decisões como forma de verificar as razões adotadas pelo STF no ato é entender que as estruturas dessas instituições estão abertas e coerentes com os princípios de uma sociedade democrática.

Retomando Rawls, é preciso remarcar que a ideia de “tolerância liberal” é um ideal político de qualquer sociedade moderno-ocidental e que ela existe, justamente, para que as instituições possam resguardar os direitos de forma contramajoritária. Sendo o Parlamento o lócus por excelência de discussão das diversas concepções de vida boa, ele, no entanto, funciona pelo princípio majoritário, de forma que, não havendo acordos (concessões recíprocas), a vontade da maioria sempre prevalece. Logo, cabe aos Tribunais a função de exercer o contraponto à maioria quando para resguardar o direito de “igual respeito e igual consideração” à minoria. Foi o que fez o STF, como buscamos mostrar, ao criar mecanismos para que a diversidade seja reconhecida e protegida contra a violência.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre. Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, p. 481-506, 2017.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; BOMFIM, Rainer. Estado brasileiro e normas internacionais: análise sobre a viabilidade do ajuizamento da denúncia de homotransfobia institucionalizada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Izabela Hendrix**, v. 18, p. 54-66, 2017.

BOMFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 214, p. 203-223, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p203. Acesso dia 22 jul. 2019.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A efetivação do direito fundamental à igualdade e os casos paradigmáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre orientação sexual. **III Congresso Interdisciplinar de Pesquisa, Iniciação Científica e Extensão**. Belo Horizonte: Izabela Hendrix, 2018. v. 3. p. 422-436. Disponível em: <http://izabelahendrix.edu.br/pesquisa/anais/PginasdeAnais201821.p.422p.436.pdf> Acesso dia 22 jul. 2019.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ouvidoria LGBTI e o silêncio institucional: considerações sobre as “escolhas” que revelam formas de exclusão. *Sexualidade & Política: Revista Brasileira de Políticas Públicas LGBTI+*. V.1., n. 1.2019.

Disponível em: <https://revista.todxs.org/2019/08/23/sexualidade-politica-revista-brasileira-de-politicas-publicas-lgbti-v-1-no-1-2019/>

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. População LGBTI, A inconstitucionalidade por omissão: o dever de criminalizar a LGBTIfobia no Brasil. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 5, n. 02, p. 160, 4 mar. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/249/131> Acesso dia 22 jul. 2019.

BOMFIM, Rainer; SILVA, Jessica de Paula Bueno; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. População LGBTI, Repúblicas e a Institucionalização do Preconceito na Cidade de Ouro Preto. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 5, n. 02, p. 160, 4 mar. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/227> Acesso dia 22 jul. 2019.

BOMFIM, Rainer; VALADARES, Bárbara; RECH, Letícia. A violência contra a mulher: análise sobre a realidade ouro-pretana e a criação do projeto de extensão Ouvidoria Feminina Athenas. **ALEMUR**, v. 3, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/alemur/article/view/904/1420>. Acesso dia 22 jul. 2019.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, p. 369, 06 jan. 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Relator: Min. Celso de Mello, 13 jun. 2019. Brasília, DF: STF: 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277**. 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 05 mai. 2011. Brasília, DF: STF: 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkxmaby>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Relator: Min. Edson Fachin, 01 mar. 2018. Brasília, DF: STF: 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4275%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4275%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aju5rhv>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 4733**. Relator: Min. Edson Fachin, 13 jun. 2019. Brasília, DF: STF: 2019b. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 14 jun. 2019.

CAMILLOTO, Bruno; CAMILLOTO, Ludmilla. Tolerância Liberal e Pluralismo: uma crítica a heteronormatividade. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi** v. 4, n.1, janeiro-junho, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

PETRONI, Lucas Cardoso. **Liberalismo político: uma defesa**. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-13032013-123653/pt-br.php>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. São Paulo: Editora Ática, 2000a, p. 30.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita Maria

Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. The Idea Of Public Reason: Postscript. In: BOHMAN, James; REHG, Willian. **Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics**. Massachusetts: Mit Press, 1997. p. 93-131.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

SILVA, Diego Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Necessidade de Criminalizar a Homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 60, p. 188, 2015.

VECCHIATTI, P. **A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 6, n. 01, p. e247, 14 jul. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/247>

'Notas de fim'

1 Como já foi apresentado em outras oportunidades: “A homofobia é uma atitude hostil, rude e/ou agressiva com pessoas homossexuais (...). Quando se expande o conceito para a LGBTIfobia se expande tais ações para as travestis, transexuais, intersexuais, bissexuais ou aqueles que são “confundidos” com esses grupos e são alvos de tais atitudes. Quando se trata da vida sexual das sujeitas e dos sujeitos o comportamento ou expressão de gênero que não se enquadra com aquela hetero-cis-normativo – que é imposto pela sociedade moderna –, seja esse considerado uma relação de vida privada ou pública (tendo em vista que as manifestações das relações sexuais são consideradas atos privados, entretanto a manifestação de afeto pode ser um ato público e via de regra as violências são nos espaços públicos), deve, numa sociedade livre, plural e democrática ser exercidos sem formas delimitadoras, impositivas ou tratamentos diferenciados daquelas estabelecidas como padrão. Dessa maneira, trata-se de uma questão de Igualdade Material entre as sujeitas e os sujeitos, pois se deve ter o tratamento igual e sem diferen-

ciação dos indivíduos por conta da sua identidade de gênero ou orientação sexual (...). Entretanto, o que ocorre é diferente, pois os indivíduos eleitos por aqueles fora do seu padrão (ou não) sofrem LGBTIfobia por expressarem seus afetos e carinhos em locais públicos, sendo que tal agressão tem que ser entendida como um fenômeno complexo e variado (...) que perpassam a subjetividade dos indivíduos agressores (por se sentirem no direito de agredir) e, diretamente, daqueles que sofrem (e morrem) com aquela agressão que lhes é dirigida. De tal forma, que essa complexidade de tais ações violentas também deve ser interpretada nas implicações sociais que acarretam. Uma vez que tal violência contra a população LGBTI pode se caracterizar por um sentimento de medo, aversão e repulsa, mas também, de uma forma mais branda, se manifesta com um caráter social que são marcadas por atitudes de desprezo, isolamento, silenciamento, ocultação entre outros, sendo essa uma forma de temer e categorizar o outro que não se identifica com o padrão de sexualidade e orientação sexual imposto (...).” (BOMFIM; BAHIA, 2019, p. 218-219).

2 Ressalta-se que por um recorte metodológico, não será objeto deste estudo a questão da legitimidade do STF para atuar como julgador ativo se é ou não ativismo judicial (ou mesmo judicialização da política). A questão tratada é a descrição da tramitação do julgamento e sua adequação com a teoria de John Rawls, dentro dos conceitos tratados.

3 A violência pode ser percebida em diferentes lógicas, ações, etapas ou momentos. De toda sorte que nem todo comportamento humano é violento, ele pode se tornar violento na medida em que adquire formas opressivas e intimidadoras perante aquele outro a quem se dirige aquele ato. Pierre Bourdieu (2002) cunhou tal comportamento sendo a violência simbólica”, de modo que os indivíduos passam a naturalizar ou mesmo aceitar aquelas condutas sociais, mesmo que aquilo o atinja diretamente ou seja violento. O próprio meio ou a sociedade legitima algum comportamento aquele é parte deste(s) e como consequência pode formar alguns modelos e instituí-los o entendimento da vida social, de tal forma que incorporam aqueles comportamentos violentos como “normais” (BOMFIM; VALADARES e RECH, 2018, p. 78), como pode ser um comportamento naturalizado que dentro daquele contexto não se considera violento, entretanto se mostra extremamente nocivo, como exemplo tem o caso de comportamento LGBTIfóbico de estudantes de república na cidade de Ouro Preto ao excluir algum por sua orientação sexual ou identidade de gênero por não se adequar aquele perfil da casa. (BOMFIM; SILVA; BAHIA, 2019, p. 169). Em 2017, o relatório produzido pelo Grupo Gay da Bahia mostrou que 445 LGBTI morreram no Brasil vítimas da LGBTIfobia, sendo que foram 387 assassinatos e 58 suicídios (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018). Nota-se um aumento de 30% em relação a 2016, quando foram registradas 343 mortes (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018). Até o dia 31 de dezembro de 2018 foram registrados 163 travestis, homens trans e mulheres trans morta/os, segundo levantamento diário da ANTRA. (BOMFIM; SILVA; BAHIA, 2019, p. 160).

4 O PPS pediu: a) que a homofobia e a transfobia sejam enquadradas no conceito de racismo, e venha ser reconhecidas como atos atentatórios a direitos e liberdade fundamentais; b) que seja reconhecido o estado inconstitucional da mora do Congresso Nacional em face da não aprovação de lei que criminalize especificamente a homofobia e a transfobia, uma vez que já se passaram mais de 25 (vinte e cinco) anos de promulgação da Carta Magna e levando em consideração que o Projeto de Lei nº 122/2006 já está há mais de 13 (treze) anos em discussão em aprovação; c) a fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional edite norma ou caso entenda como desnecessário, que exerça sua função atípica de legislar e considere como crime a homofobia e a transfobia; d) a fixação da responsabilidade civil do Estado, incluindo os parlamentares omissivos, em face da responsabilidade objetiva do art. 37, §6º da CF/88 (BRASIL, 1988), para todos as vítimas de agressões e violência homofóbica e transfóbica em face da omissão inconstitucional; e) em caso de não equiparação ao racismo ou previsão de crime pelo STF, que possa o referido Tribunal reconhecer o estado inconstitucional de mora objetiva do Congresso Nacional e que possa o mesmo ser comunicado.

5 O “racismo social” é definido como a utilização de estigmas que atentam contra os princípios que se organizam da sociedade humana, baseada na respeitabilidade, na dignidade do ser humano e no seu direito a convivência pacífica no meio social. Como se traz: “O crime de racismo, portanto, tem um cunho sociopolítico no qual o bem jurídico tutelado são todas as manifestações de inferioridade de um grupo de indivíduos a outro grupo. Manifestações essas que são motivadas pelas mais diversas formas de discriminação em virtude de origem étnica, religiosa, confessional, antropológica, biológica. Em verdade, conforme se recolhe do voto do ministro Celso de Mello no julgamento do HC 82.424/RS, o racismo tutela o vínculo comum da espécie humana: “Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.” (SILVA, BAHIA, 2015, 197)

6 Como traz Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2019, p. 34): “(...) tendo o STF afirmado que racismo é toda ideologia que pregue a inferioridade um grupo relativamente a outro (HC nº 82.424/RS), consagrado assim o conceito de “racismo social” para que o racismo não se tornasse “crime impossível” ante o Projeto Genoma ter acabado com a crença forte até então de que a humanidade seria composta de “raças biologicamente distintas entre si”, percebe-se que a homofobia e a transfobia são espécies do gênero racismo, donde devem ser criminalizadas da mesma forma. O crime de discriminação “por raça”, nesse acepção social do termo “racismo”, em interpretação evolutiva (porém literal, dentro dos limites semânticos do termo “raça”), já abarcaria a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero.”

7 Adota-se, dentro desse ensaio, o conceito de modernidade como aquele adotado por John Rawls na referida obra, entretanto não se mostra como o conceito adotado pessoalmente pelos autores em trabalhos que dialogam com outras teorias que, presumidamente, questionam o início, duração e conceituação da própria modernidade.

8 Adverte-se que “doutrina abrangente não pode servir de base, de fundamentação pública para a concepção de justiça social, e se esta só é possível e legítima se obter a aceitação por parte das doutrinas abrangentes e de seus defensores, conclui-se que uma concepção de justiça social não pode ser, ela própria, uma doutrina abrangente” (DANNER, BAVARESCO, 2010, p. 16).

9 O pluralismo é trazido por Camilloto e Camilloto (2017, p.26) como: “Segundo Rawls, o fato do pluralismo reside na ‘existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes incompatíveis entre si’ (...). Acrescenta que ‘uma pluralidade de doutrinas abrangentes incompatíveis entre si é o resultado normal do exercício pelos cidadãos de sua razão no seio das instituições livres de um regime democrático constitucional’ (...). Uma construção democrática de sociedade, com finco na ideia de justiça social, não se coaduna com a homogeneidade ou unidade dos cidadãos, requerendo a diversidade de modos de ser e estar no mundo, ou seja, a pluralidade de concepções abrangentes de mundo. (...) O pluralismo seria, portanto, o resultado e o exercício do direito de liberdade.”

10 A título de reflexão, qual (ou se) é o fator limitante desse pluralismo que – para garantir a sua existência – tem que se garantir enquanto não passível de questionar existência? É possível ser plural, sem garantir a existência do outro plural que questione a sua existência? A resposta, longe de ser conclusiva, mas uma afirmação no âmbito da arena pública que flexibilize o fato do pluralismo é, em si, totalizante, pois carrega consigo o desejo que não exista aquela diferença no outro, que lhe é tão cara dentro de uma sociedade democrática liberal. Então, conclui-se que uma doutrina que questione ou exclui o pluralismo não é razoável dentro desta sociedade.

11 “O conceito de razão pública (public reason) está intimamente ligado ao fundamento de uma sociedade democrática justa. A razão pública se apresenta na teoria da justiça como imparcialidade como elemento central de sua composição, seja para aplicação no âmbito institucional, no ato da decisão das instituições públicas que são

regulamentadas por uma Constituição democrática, seja no ato individual, da pessoa ao professar seus valores e realizar a defesa de seus interesses de maneira a exercer seu dever de civilidade. Para sua própria existência, essa razão necessita da virtude política, que é imprescindível para a construção de instituições políticas justas. Exercitar o ato de dar e pedir razões, não somente de dar e aceitar razões, mas de cobrar, fiscalizar e verificar a legitimidade de dada decisão com base na justificação pública das instituições democráticas é parte do dever de civilidade e constitui papel central da razão pública. Do ponto de vista normativo constitucional, a construção do sentido normativo para as práticas sociais deve ser feita através do uso da racionalidade que passa pelo crivo da intersubjetividade.” Completam ainda: “A razão pública capacita a democracia constitucional a reconhecer direitos e a legitimar a formação política das instituições públicas. Ela se configura como a razão dos cidadãos, que, como corpo coletivo, exercem o poder político uns sobre os outros ao aprovar leis e emendar sua Constituição, aplicando-se somente a questões que envolvem os elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica (...)” (BONFIM; PEDRON, 2017, p. 211)

12 Embora haja posições contrárias, como de Bruno Camilloto que o tendo em vista o atual exercício de construção do debate considera que o Poder Judiciário não é um caso exemplar de razão pública (CAMILLOTO, 2017).

13 Como traz BONFIM, PEDRON (2014, p. 221): “A regra é que os Ministros não dialogam, não há oposição de razões no ato decisório, o que conduz a uma decisão que se compõe pelo conjunto de votos individuais, ou ainda, por um solipsismo metodológico que o próprio Rawls (2011), em O Liberalismo político, já deixou para trás.” E, ainda continuam: “Rawls abre-nos as portas para pensarmos a insuficiência desse modelo de decisão institucional, cabendo em outra oportunidade a apresentação de novos estudos e conclusões para a (re)construção da atividade jurisdicional nos tribunais, principalmente no STF, sobre as bases de uma teoria democrática” (BONFIM, PEDRON, 2017, p. 222).