



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

O PARADOXO DA INCLUSÃO DAS POPULAÇÕES *QUEER*: A PERFORMANCE
CONTRA-MAJORITÁRIA E HEGEMÔNICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Guilherme Campos Fonseca

Brasília

2022

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Guilherme Campos Fonseca

O PARADOXO DA INCLUSÃO DAS POPULAÇÕES *QUEER*: A PERFORMANCE
CONTRA-MAJORITÁRIA E HEGEMÔNICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito, elaborada sob a orientação do Prof. Dr. Douglas
Pinheiro.

Brasília
2022

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Guilherme Campos Fonseca

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Douglas Antonio Rocha Pinheiro (Orientador)

Universidade de Brasília

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa (Avaliador)

Universidade de Brasília

Profª. Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra Dalledone (Avaliadora)

Universidade de Brasília

Brasília, 21 de setembro de 2022.

AGRADECIMENTOS

Antes de poder questionar os paradoxos do direito e seus mecanismos de controle social, fui primeiro dragado por essa capital fincada no planalto, cujas formas retas e, não obstante, curvas foram sempre um reforço constante da promessa moderna. Nas vastidões espaçadas desse cerrado, estiveram sempre presentes símbolos monumentais do poder que me evocavam, e ainda evocam, momentos de admiração pela sua grandiosidade; pelo ridículo do seu contraste; e pelo cômico que é eventualmente notá-los à espreita numa madrugada na volta para casa.

Brasília assim se construiu para mim. Construiu-se principalmente pelo direito. Foram as relações que encontrei, principalmente, nessa Universidade de Brasília que me possibilitaram e possibilitam desconstruir essa cidade e suas proximidades tão distantes. Não como segunda, mas primeira casa, a UnB ocupou a maior parte dos meus dias nos primeiros anos da graduação e foi experiência viva da desconstrução. Essa Universidade foi e tem sido a principal origem da umidade que o cerrado das relações secas de Brasília costuma recusar. A todas essas pessoas que caminharam comigo ao longo desses anos, almoçaram, conversaram, beberam, trocaram e riram, agradeço pela experiência hipnótica que é Brasília pela UnB.

Não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, em que pese a conhecida advertência negativa de Umberto Eco em *Como Fazer Uma Tese*. Mas o mau gosto de agradecer ao Douglas me é necessário. Meu orientador neste e em outros trabalhos da graduação, Douglas me apresentou a uma percepção questionadora daquilo que talvez seja o conceito mais presente em nossas vidas, e contudo, pouco compreendido: o tempo. Sem isso, esse trabalho e tantas outras reflexões minhas não seriam possíveis. Em *A Arte Queer do Fracasso*, Jack Halberstam narra a lógica dos sucessos desenhada por uma hegemonia, que invariavelmente lega os excluídos ao fracasso, para sugerir esse fracasso como representação do verdadeiro sucesso. Nessa monografia todos os fracassos são devidos ao Douglas. Agradeço a ele por também me lembrar que o conhecimento pode ser espontâneo e oral, ficando, na maioria das vezes, não registrado e perdido (ou achado) na memória. Assim foi enquanto eu escrevia as páginas a seguir e havia de tentar citar uma conversa nossa. Com a licença do semiólogo, portanto, agradeço ao Douglas por ter feito mais do que devia, pela amizade sincera e inesperada.

Ao Samuel, agradeço por ser. Saber Brasília pelo clichê da frieza e distância das relações me fez jamais esperar cumplicidade tão sincera ao longo desses anos. Mas foi o que encontrei ainda

nas primeiras semanas da graduação. Por esses anos, o tempo não se dividiu, pelo contrário, se fez confluir tanto, do que só posso agradecer por me fazer lembrar tolerável a loucura da existência. Agradeço pelas nossas longas tardes na cantina da faculdade; pelas discussões pretensamente profundas e por aquelas absolutamente fúteis; pelos delírios culinários de final de semana e pelos almoços de domingo; pelos filmes de Cannes e cinema *trash*; pelas viagens impensadas e por aquelas planejadas; por sua sensibilidade. Agradeço ao Samuel porque é ele, porque sou eu.

À Gabriela agradeço pela presença. Alguém que, assim como eu, chegou na vastidão dessa cidade com um círculo de afetos incompleto, ainda por ser desenhado. Agradeço pelos cafés da manhã; pelas festas; pelas caronas; por nossas conversas e desabaços; pela compreensão e pelo cuidado; pelas angústias compartilhadas; por sua lealdade. Ter encontrado familiaridade tão facilmente como encontrei com você foi fundamental para que essa Universidade me fosse possível. Agradeço à Gabriela por ser comigo dois não mais que um, sem se confundir.

Agradeço aos amigos de Itajubá, que sempre se entusiasmaram com esse projeto de Tiêta e me apoiaram na mudança para o planalto: Dani Rosa, por nossa amizade em movimento, que se remenda como *kintsugi*; Pedro Gama, por ter sido o primeiro entusiasta da UnB e por ter me acolhido nos momentos mais difíceis; Thais e Alicia Del Picchia, pela amizade que me deixa dolorido de dar risada.

Agradeço ainda ao Edson Sousa, por ter me apresentado o Cine Brasília e me emprestado tantas vezes seu tempo e conhecimento literário em longas conversas e cafés; à Marina Camargos pelos almoços de domingo, nossas idas ao cinema e pelo humor sempre inteligente; à Jezebel pela amizade leve, companheira e disposta; à Carol pelas histórias e perrengues compartilhados; à Maria Lindoso, pelas profícuas discussões e pelos ensinamentos de processo civil; às amigas e aos amigos Larissa Pontes, Thiago Silveira, Amanda Nunes, Maria Eduarda Farah, Nikolly Milani, Michael John Lewis, Jana Carrilho, Sergio Garcia, Anna Luísa Guimarães e Vitor Damásio, por terem desenhado para mim as quadras de Brasília nesses últimos anos.

Aos meus pais, Elizabeth e Luiz Antonio, e ao meu irmão Leonardo, que me ajudaram nesse trajeto como souberam e puderam.

Por fim, agradeço ao Professor Dr. Alexandre Bernardino Costa e à Professora Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra Dalledone, que tão gentilmente aceitaram oferecer suas críticas e percepções sobre esse trabalho.

"O tribunal tem o único propósito de conservar a sociedade na situação atual e para isso persegue e executa tanto aqueles que se encontram acima do nível comum e querem elevá-lo, os chamados criminosos políticos, como também aqueles que se encontram abaixo, os chamados tipos criminosos."

(Liev Tolstói, em Ressureição)

RESUMO

O presente estudo busca identificar em que medida o STF reforça padrões sociais hegemônicos nas próprias decisões que, *a priori*, são contra-hegemônicas. Com isso, se propõe uma dúvida sobre a atuação Corte em seu aspecto contra-majoritário. Assim, partindo de uma perspectiva derridiana de desconstrução do direito, com apoio nos questionamentos sobre a dualidade entre gênero e sexualidade de Judith Butler, a análise que se propõe busca identificar o que, ou quem, poderia estar o STF excluindo através de suas decisões para conservar o direito posto, ao mesmo tempo em que chancela — ou assimila? — determinadas condutas ou pessoas. Esse questionamento, que poderia servir de instrumental para vários grupos minoritários, foi utilizado segundo uma perspectiva *queer* para minorias gênero e sexo-diversas. Assim, a fim de identificar de forma prática elementos discursivos que indicassem o paradoxo entre a atuação contra-majoritária do STF e sua posição hegemônica, foram selecionados os acórdãos de julgamento dos seguintes casos: (i) ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275, relativa à impossibilidade de homens que fazem sexo com outros homens (HSH) doarem sangue; (ii) ação direta de inconstitucionalidade nº 5.543, sobre a possibilidade de alteração do prenome de registro por pessoas transexuais; e (iii) ação de descumprimento de preceito fundamental nº 132 e ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, julgadas em conjunto, relativas à possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. A análise dessas decisões será baseada na proposição de duas categorias: da comparação e da passabilidade. A categoria da comparação servirá para identificar a realização de comparações de modos de vida *queer* direta ou indiretamente com a vida hegemônica, como que buscando uma aproximação entre eles. Já a passabilidade, categoria que conceitualmente é bastante próxima da comparação, serve para questionar a assimilação de apenas certos modelos relacionais pela hegemonia de acordo com o grau de proximidade que eles tenham junto à pretensa normalidade hegemônica. A aplicação dessas categorias permitiu observar que o tribunal reforça padrões hegemônicos mesmo quando decide favoravelmente às minorias *queer*. Isto é, apesar das decisões em todos os casos selecionados terem resultado em um desfecho favorável às minorias gênero e sexo-diversas diretamente afetadas, houve o que se chama de reforço da lógica da inclusão pela exclusão. Ou seja, ao permitir a inclusão de um segmento da população *queer*, a Corte rechaça outros tantos que considera estranhos e divergentes em excesso da normalidade hegemônica. Com isso, apesar de garantir direitos a uma determinada categoria social através de sua atuação contra-majoritária, o STF excluiu, ou fundamentou a exclusão, de outros grupos. Essa identificação torna possível questionar a forma que se operam as bases do constitucionalismo inclusivo na Corte, já que ela parece reforçar lógicas excludentes. Assim, defendendo-se desconstruir e radicalizar o direito, é preciso que novas concepções mais abertas de sociedade e, portanto, constitucionalismo sejam promovidas.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; LGBT; *queer*; constitucionalismo inclusivo.

ABSTRACT

The present study seeks to identify the extent to which the Supreme Federal Court reinforces hegemonic social patterns in the very decisions that, *a priori*, are counter-hegemonic. By this, a doubt is proposed about the Court's action in its counter-majority aspect. Thus, starting from a Derridian perspective of deconstruction of law, supported by Judith Butler's questions about the duality between gender and sexuality, the analysis proposed seeks to identify what, or who, the STF could be excluding through its decisions to preserve the law, while at the same time including — or assimilating? — certain conducts or persons. This questioning, which could serve for various minority groups, was used from a queer perspective for gender and sex-diverse minorities. Thus, in order to identify, in a practical way, discursive elements that indicate the paradox between the Court's counter-majority action and its hegemonic position, the judgment decisions of the following cases were selected: (i) direct unconstitutionality action n. 4,275, concerning the impossibility of men who have sex with men (MSM) to donate blood; (ii) direct unconstitutionality action n. 5.543, on the possibility of transsexual people changing the registered first name; and (iii) action for violation of fundamental precept n. 132 and direct unconstitutionality action n. 4,277, judged together, regarding the possibility of same sex marriage. The analysis of these decisions was based on the proposition of two categories: comparison and passability. The category of comparison was used to identify the realization of comparisons of queer ways of life directly or indirectly with hegemonic life, as if seeking an approximation between them. Passability, on the other hand, a category that is conceptually quite close to comparison, serves to question the assimilation of only certain relational models by the hegemony according to the degree of proximity they have to the alleged hegemonic normality. The application of these categories allowed us to observe that the court reinforces hegemonic patterns even when it decides in favor of queer minorities. That is, although the decisions in all selected cases resulted in a favorable outcome for the directly affected gender and sex-diverse minorities, there was what is called a reinforcement of the logic of inclusion through exclusion. That is, by allowing the inclusion of a segment of the queer population, the Court rejects many others that it considers strange and divergent in excess of hegemonic normality. With this, despite guaranteeing rights to a certain social category through its counter-majority action, the Supreme Federal Court excluded, or justified the exclusion, of other groups. This identification makes it possible to question the way in which the bases of inclusive constitutionalism operate in the Court, since it seems to reinforce excluding logics. Thus, defending the deconstruction and radicalization of the law, it is necessary that new, more open conceptions of society and, therefore, constitutionalism be promoted.

Keywords: Fundamental Rights; LGBT, queer, inclusive constitucionalism.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. Constitucionalismo hegemônico.....	16
1.1 A Construção da Experiência Hegemônica.....	16
1.2. Desconstruir, Radicalizar, Incluir.....	23
2. Comparação: uma hierarquia oculta.....	30
2.1. ADI 5543 e a Doação de Sangue por Homens que fazem Sexo com Homens (HSH)....	31
2.2. ADI 4275 e a Alteração do Prenome e Gênero por Pessoas Trans no Registro Civil....	36
2.3. ADPF 132 e ADI 4277 e o Reconhecimento da União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo.....	39
3. Passabilidade: a assimilação do possível.....	43
3.1. ADI 5543 e a Doação de Sangue por Homens que fazem Sexo com Homens (HSH)....	44
3.2. ADI 4275 e a Alteração do Prenome e Gênero por Pessoas Trans no Registro Civil....	46
3.3. ADPF 132 e ADI 4277 e o Reconhecimento da União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo.....	51
Conclusão.....	54
Referências.....	57

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo principal conduzir uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal na garantia de direitos fundamentais a grupos de minorias sexo e gênero diversas. Essa explicitação inicial se faz logo impositiva, especificamente quanto ao intuito de crítica à Suprema Corte, para que se possa elaborar uma colocação necessária a seguir.

A elaboração dessa monografia se dá num momento de notória instabilidade democrática no Brasil. O constitucionalismo brasileiro, a despeito de avanços relevantes nas últimas décadas, marcado principalmente pela conquista e garantia de direitos fundamentais às minorias, tem sofrido ataques constantes, de dentro e de fora do Direito. Derrida (2007, p. 56) já indicava que a politização da justiça parecia mesmo ser interminável. Porém, mais importante ainda, indicava que ela jamais deveria ser total, inclusive por uma impossibilidade inerente à própria construção do direito. Ocorre que os "territórios de jurídico-politização" (DERRIDA, 2007, p. 57) que outrora pareciam avançar para a desconstrução do Direito nas "zonas marginais" (DERRIDA, 2007, p. 57) em busca da justiça, parecem ter sofrido uma resistência retrocedente nos últimos anos. Assim, apesar dessa monografia se restringir a uma análise dos direitos de minorias sexo e gênero diversas, não passam despercebidas as críticas de retrocessos para aquelas que são zonas de luta marginais históricas, como a dos trabalhadores¹ e das mulheres², por exemplo.

É essa instabilidade retrocedente, que pode inclusive ser compreendida como uma forma de movimento desconstituente (PAIXÃO, 2017), que tem afetado o país nos últimos anos. Ela tem se feito presente no judiciário, da primeira instância ao Supremo Tribunal Federal, assim como no legislativo e no executivo, o que torna imprescindível esse esclarecimento, cujo objetivo é muito simples: reafirmar o pacto pela garantia de direitos às minorias brasileiras a partir da Constituição de 1988. Trata-se da defesa da concepção de um constitucionalismo inclusivo (PINHEIRO, 2019), plural e aberto para o futuro (VARGOVA, 2007, p. 420). Por isso, por mais crítica e desabonadora que seja a análise de uma decisão ou fundamentação do Supremo Tribunal Federal, o que se propõe é, nas palavras emprestadas de DERRIDA (2007, p. 87), "fundar uma nova ordem de leitura, um outro Estado, por vezes sem o fazer ou para não o fazer."

¹ Nesse sentido, ver Paixão (2017).

² A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5581 foi considerada, por exemplo, surpreendente pela fuga decisória em tema tão caro aos movimentos feministas. Nesse sentido, ver Ruibal (2020).

Portanto, embora esse estudo parta de uma perspectiva contra-hegêmica, ele reforça os preceitos de um constitucionalismo democrático, segundo o qual a crítica ao judiciário não se traduz na defesa de projetos autoritários de supressão do Estado Democrático de Direito. Ao contrário, o que se defende, em suma, é radicalizar a democracia constitucional (CHUEIRI, 2013).

Isso porque a Constituição não é apenas um texto (CHUEIRI, 2013, p. 26), mas a norma fundante da ordem jurídica porvir, cujo objetivo, em poucas palavras, é impor limites a qualquer soberania absoluta (CHUEIRI, 2013, p. 26). O constitucionalismo ocidental na sua formação clássica surgiu majoritário, destinado a reivindicar direitos burgueses durante as monarquias absolutistas (PINHEIRO, 2020, p. 101). Esse inconformismo que buscava a limitação do poder reinante tomou lugar principalmente pelas revoluções inglesa, no século XVII, e francesa, no século XVIII (PINHEIRO, 2020, p. 101). Houve também manifestações de inconformismo do lado de cá do atlântico, em espaços nos quais já se vislumbrava uma movimentação constitucional contra-hegemônica a partir de uma perspectiva minoritária, como a étnico-racial, no caso da revolução haitiana de 1823 (QUEIROZ, 2021).

Em uma democracia, o constitucionalismo também se destina a impor limites, mas, nesse caso, à soberania popular (CHUEIRI, 2013, p. 33). É através dessa premissa que o constitucionalismo contemporâneo é compreendido como uma prática jurídico-política destinada a servir como "contraponto à democracia a fim de se garantir direitos às minorias e aos vulneráveis." (PINHEIRO, 2019, p. 201). O Supremo Tribunal Federal, portanto, enquanto Corte Constitucional, tem a função de garantir direitos fundamentais às diversas minorias sociais que integram a sociedade brasileira, independentemente da vontade das majorias. O pressuposto aqui, adotado na formulação de PINHEIRO (2019), é que a Constituição na contemporaneidade não pode ser lida de forma a permitir concepções totalizantes, preconceituosas e excludentes de sociedade, apenas porque as majorias assim o querem.

Isso significa, de forma realista, que os direitos fundamentais das minorias, garantidos pela Constituição, mas não efetivados pela ordem legislativa, não podem repousar indefinidamente no *porvir* estabelecido na Constituição. Isso porque o legislador são as majorias. Assim, sendo o exercício de direitos fundamentais a configuração mais clara de urgência de um pleito constitucional, eles reclamam amparo imediato da instituição de Estado responsável pela garantia da ordem constitucional, o STF. Logo, a tarefa primordial do STF há de ser a garantia de direitos fundamentais, cuja justiça demanda o imediatismo que lhe é inerente (DERRIDA, 2007, p. 51). A

Constituição, nessa tarefa, deve ser o horizonte, que como lembra DERRIDA (2007, p. 51), é palavra grega que "é ao mesmo tempo a abertura e o limite da abertura, que define ou um progresso infinito, ou uma espera."

Nesse horizonte constitucional, a espera ganha inevitavelmente contornos políticos, em razão da sua própria natureza. A Constituição brasileira de 1988 não ignorou essa possibilidade, do que resultou a criação do mandado de injunção, previsto no inciso LXXI³ do artigo 5º. Mas por um longo período o próprio mandado de injunção se tornou inócuo, como que à espera também, em virtude da adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese dos efeitos não concretistas (PINHEIRO, 2019, p. 210).

Essa situação mudou com o passar dos anos, especialmente no âmbito dos direitos das minorias sexuais. O judiciário passou a ser visto, não só no Brasil, como a alternativa restante a esses movimentos que já contabilizavam fracassos recorrentes na sua busca por direitos através do legislativo e do executivo (PINHEIRO, 2021, p. 2.917). Assim, embalados talvez por um movimento de discussão internacional perante as Cortes de Justiça sobre os direitos de minorias sociais (VIEIRA; EFREM, 2020, p. 1.102), destacadamente sobre grupos sexo-diversos,

os ministros do Supremo já decidiram sobre uma série de questões polêmicas ou moralmente sensíveis, como as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, em razão da ADI 4277 e da ADPF 132, julgadas em maio de 2011; a constitucionalidade de dispositivos da Lei Maria da Penha, através da ADC 19, julgada em fevereiro de 2012; a dispensa de representação da vítima em casos de lesões corporais de natureza leve, em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, com a ADI 4424, julgada na mesma data, em fevereiro 2012; a "antecipação terapêutica do parto" – ou o aborto – de fetos anencéfalos, com a ADPF 54, julgada pelos ministros em abril de 2012; a criminalização de "pederastia ou outro ato de libidinagem" presente no Código Penal Militar, por meio da ADPF 291, julgada pelos ministros em outubro de 2015; a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar nos casos de mulheres presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, no HC 143641, julgado em fevereiro de 2018; a alteração de registro civil de travestis e transexuais, com a ADI 4275, julgada em março de 2018; e mais recentemente, em junho de 2019, a criminalização da homofobia, por conta da ADO 26 e do MI 4733. (VIEIRA; EFREM, 2020, p. 1.086).

Esse conjunto de decisões simboliza bem a relevância da atuação do STF enquanto intérprete constitucional contra-majoritário no contexto brasileiro. Os direitos garantidos por essas decisões demonstram com firmeza que algumas demandas não podem ficar à espera do legislador.

³"conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;" (BRASIL, 1988).

Fala-se aqui essencialmente de direitos fundamentais, cujo exercício é imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa e da sua própria dignidade.

Mas a questão central que se impõe é saber em que medida o STF reforça padrões sociais hegemônicos nas próprias decisões que, *a priori*, são contra-hegemônicas. Trata-se aqui de duvidar abertamente da Corte. Duvidar porque, enquanto parte integrante do direito, o STF não foge ao papel crucial desse direito, que é conservar a si próprio, a sua ordem e o que ele representa (DERRIDA, 2007, p. 77). Nesse sentido, Derrida (2007, p. 77) é categórico que sobre o direito, "é da natureza de seu próprio interesse pretender excluir as violências⁴ individuais que ameaçam sua ordem." Com base nessa postura de suspeita é que se lança a análise aqui proposta, no intuito de investigar o que, ou quem, poderia estar o STF excluindo para conservar o direito, enquanto chancela — ou assimila? — determinadas condutas ou pessoas.

Esse questionamento caberia para diversas linhas de investigação no âmbito das decisões do STF. Os mais diversos grupos minoritários e vulneráveis poderiam realizar o mesmo questionamento a partir das decisões que, *a priori*, lhes garantiram acesso a direitos fundamentais. Não é, contudo, o objetivo desse trabalho exaurir essa análise. Com isso, a linha de investigação a ser seguida irá buscar analisar a problemática segundo a perspectiva das pessoas sexo-diversas.

Para tanto, foram selecionados três casos paradigmáticos, que servirão para ilustrar o comportamento do Supremo nessa tarefa de garantidor de direitos fundamentais. Os casos são: (i) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, relativa à impossibilidade de homens que fazem sexo com outros homens (HSH) doarem sangue; (ii) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, sobre a possibilidade de alteração do prenome de registro por pessoas transexuais; e (iii) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, julgadas em conjunto, relativas à possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Todos esses casos, além de envolverem alguma minoria sexo-diversa, têm em comum o fato de terem resultado em um julgamento positivo ou favorável à demanda geral desses grupos.

⁴ O termo violência para Derrida aqui se relaciona com o termo *Gewalt* emprestado de um texto de Walter Benjamin, que serve para conceituar a violência enquanto autoridade. Numa forma sintética e ilustrativa do próprio título de seu livro, *Gewalt* pode ser entendido como "o domínio ou a soberania do poder legal, a autoridade autorizante ou autorizada: a força de lei." (DERRIDA, 2007, p. 73). Sobre as marginalidades especificamente, Derrida ainda indica que elas significam "também que uma violência ou um terrorismo ou outras formas de sequestro estão em ação. Os exemplos mais próximos de nós deveriam ser buscados nas leis sobre o ensino e a prática das línguas, a legitimação dos cânones, a utilização militar da pesquisa científica, o aborto, a eutanásia, os problemas de transplantes de órgãos, de nascimento extra-uterino, a bioengenharia, a experimentação médica, o "tratamento social" da Aids, as macro ou micropolíticas da droga, dos "sem-teto" etc." (DERRIDA, 2007, p. 57).

Esse elemento foi essencial para a seleção. O objetivo, como explicado, é observar qual lógica opera no Supremo Tribunal Federal quando a Corte está, ao menos em tese, agindo de forma contra-hegemônica ou contra-majoritária.

Para operacionalizar essa identificação, a análise dos casos será feita a partir de duas categorias de análise: comparação e passabilidade. Diferentemente de uma análise individualizada de cada caso, o intuito é que essas categorias sirvam a demonstrar elementos comuns nos casos selecionados que possam melhor mapear o modo de decidir do STF nessas situações.

Sendo assim, não será possível conduzir uma análise aprofundada de um determinado método hermenêutico de garantia de direitos fundamentais, ainda que essa seja uma linha de investigação profícua. Apesar disso, a leitura dos acórdãos sob o prisma das categorias escolhidas irá perpassar por alguns desses métodos, ante a notória recorrência da aplicação de alguns deles pelo STF. O princípio da proporcionalidade, por exemplo, está sempre presente, ainda que como topos jurídico nas discussões brasileiras sobre direitos fundamentais. Assim, apesar da presente monografia não se dedicar a analisar a aplicação desse método especificamente, será preciso questionar a formulação e aplicação desse e de outros instrumentos hermêuticos pelo STF, ainda que de forma indireta, em virtude do protagonismo destes no Brasil nos debates acerca da garantia de direitos fundamentais.

O intuito, de modo geral, é também observar se, na aplicação desses instrumentos hermenêuticos de garantia de direitos fundamentais presentes na retórica constitucional brasileira, o tribunal consegue, na sua atuação contra-majoritária, operá-los pela lógica da subalternidade. Em outras palavras, pela contraposição do texto constitucional a essas decisões judiciais, durante a operação das categorias, buscar-se-á entender os mecanismos utilizados pelo STF na concretização dos enunciados normativos de direitos fundamentais para grupos marginalizados.

Para tanto, essa monografia irá se organizar da seguinte forma: no primeiro capítulo serão lançadas as bases teóricas para a desconstrução das decisões selecionadas, bem como o substrato do constitucionalismo contemporâneo inclusivo para a proposição das categorias de análise. Na sequência, no segundo capítulo, os três casos serão analisados sob o prisma da categoria da comparação; depois, no terceiro capítulo, também será feita a análise desses casos sob o prisma da categoria da passabilidade. Por fim, em conclusão, os resultados da aplicação das duas categorias serão interpretados segundo o constitucionalismo inclusivo para lançar alguns questionamentos

sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como sobre as particularidades jurídico-argumentativas das decisões que envolvem minorias sexo-diversas.

1. CONSTITUCIONALISMO HEGEMÔNICO: A INCLUSÃO PELA EXCLUSÃO

1.1. A construção da experiência hegemônica

O estudo conduzido nessa monografia analisa decisões que trataram de aspectos que, apesar de essenciais e definidores da personalidade, permanecem numa esfera ainda privada da vida social. Isso poderia sugerir que a construção de um ordenamento social, como é o direito, não fosse se ocupar demasiadamente disso. Não é o que ocorre. Conforme as próprias decisões que serão analisadas ao longo dessa monografia demonstram, as expressões de gênero e sexualidade são alvo de atenção constante do direito. A definição de um paradigma que pudesse ser considerado o padrão hegemônico de referência em face do qual seriam identificadas nas periferias as condutas desviantes é algo que se apresenta na forma que se conhece hoje desde o século XIX (PRECIADO, 2011, p. 13).

O objetivo desse primeiro subitem é traçar na construção do texto constitucional algumas representações do padrão hegemônico que buscaram justamente garantir a existência desse paradigma normalizador de gênero e sexualidade. Para isso, serão expostos alguns conceitos chave que nortearam o trabalho de forma geral, como o gênero e a sexualidade, bem como os instrumentos de controle sócio-jurídico sobre eles. Na sequência, no segundo subitem serão lançadas as bases teóricas sobre as quais serão articuladas as análises discursivas das decisões do Supremo Tribunal Federal em prol de um constitucionalismo mais inclusivo e que evite reforçar vieses hegemônicos.

Essa defesa do constitucionalismo inclusivo para pessoas gênero e sexo-diversas retoma, inevitavelmente, o questionamento sobre a dualidade desses dois termos. Essa dualidade foi o que Butler (2003) questionou ao recusar a concepção social comum de que o sexo é algo natural, dado biologicamente, enquanto o gênero é socialmente construído. Adotando conceitos derridianos (RODRIGUES, 2012), Butler (2003, p. 26) propõe a desconstrução dessa dualidade, a fim de questionar a aparente predestinação cultural do gênero na sociedade.

Para Butler (2003), o gênero não pode ser uma categoria que simplesmente decorre do sexo, de modo que a própria distinção entre esses dois conceitos não está dada e pode variar de acordo com as narrativas existentes. Ao tecer suas críticas à teoria feminista, Butler (2003) ainda apontou para a necessidade de questionar, sob a lógica da desconstrução, os vínculos traçados entre a dicotomia gênero e desejo, cuja naturalidade também não está dada como parece ser.

Já antecipando conclusões de uma teoria *queer*, Butler (2003, p. 25) não se exime de sugerir que talvez nenhum dos dois conceitos dominantes, sexo e gênero, pudessem ser considerados operadores naturais. Isto é, ambos seriam discursivos, apontando que a distinção entre eles poderia inclusive ser nenhuma (2003, p. 25).

Compreender esse anseio pela compreensão fluida entre esses conceitos é fundamental para questionar ao longo das análises formuladas a seguir a insistente imobilização, ou construção separada, deles. Butler (2003) faz isso ao considerar que o sujeito não é uno e o ato de ser de um gênero é, na realidade, como um efeito e, portanto, uma expressão da identidade do indivíduo, não ele como um todo. A identidade de gênero, assim, não se revela somente por essas expressões de gênero, mas ela é algo vivo, um efeito da vivência do indivíduo que se constitui através da sua performatividade (BUTLER, 2003).

Apesar disso, na organização social contemporânea, o gênero enquanto identidade que decorre da sexualidade se constituiu como categoria central de compreensão da sociedade, de modo que nem mesmo se cogita a existência individual ou coletiva fora dele (BUTLER *apud* GOMES, 2017, p. 87). Saber ao que se converte essa categorização aparentemente tão absoluta quando se insere no âmbito do direito é um dos objetivos desse trabalho.

Em um contexto individual, essa categorização pode aparecer através do estabelecimento de regras que regulam os comportamentos dos indivíduos. É o caso, por exemplo da proibição da prática de atos considerados homossexuais, a vedação ao serviço militar para pessoas gênero e sexo-diversas, a vedação para que pessoas trans pratiquem esportes pela categoria de gênero a que pertencem e se reconhecem, a proibição das cirurgias de transgenitalização, a vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo etc. Todos esses exemplos se extraem em alguma medida do âmbito particular da vida individual de pessoas sexo e gênero-diversas. Mas não é preciso muito para observar que todos eles repercutem inevitavelmente na realidade coletiva, inclusive na das pessoas que compõem o padrão social hegemônico. A principal dessas repercussões e que também serve de justificativa para a força regulatória do direito sobre os corpos é a necessidade de proteção da lógica reprodutiva, presumida como algo inescapável para qualquer corpo, seja do gênero ou sexualidade que for (PINHEIRO, 2020, p. 115).

Essa lógica reprodutiva não é o único critério que servirá para operar as inclusões e exclusões no convívio social pelos padrões normalizados, mas ele é a causa fundante do pacto hegemônico. A partir da sua concepção é possível identificar nas realidades diversas, conforme são

aquelas em que vivem as pessoas gênero e sexo-diversas, quais as características que as afastam ou as aproximam dessa temporalidade social focada na reprodução. São características moldadas segundo a organização relacional heteronormativa, se pautando, por exemplo, pela estabilidade continuada de relacionamentos, em oposição aos encontros casuais (HALBERSTAM, 2020, p. 111-112).

As regulações do direito hegemônico se constroem, portanto, a partir dessa premissa e buscam restringir, ou excluir, as lógicas relacionais que não se baseiem nessa temporalidade reprodutiva (FREEMAN, 2007, p. 61). Assim, apesar de gênero e sexualidade serem vulgarmente tratados como temas restritos à vida privada e individual, o direito se preocupa com destaque da manutenção dessa ordem hegemônica de vivência social (FREEMAN, 2005; PINHEIRO, 2019; PINHEIRO, 2020; BUTLER, 2019; HALBERSTAM, 2020).

Essa preocupação é chamada por Butler (2019, p. 144) de biopolítica, definida pelos

poderes que organizam a vida, incluindo aqueles que expõem diferencialmente as vidas à condição precária como parte de uma administração maior das populações por meios governamentais e não governamentais, e que estabelece um conjunto de medidas para a valoração diferencial da vida em si.

Na análise conduzida nesse estudo, a biopolítica se adequa como conceito que representa a força e a insistência do direito contemporâneo ocidental em regular corpos através de gênero e sexualidade, na tentativa de normalizá-los e normatizá-los para construir uma normalidade homogeneizante (PRECIADO, 2011, p. 13). Assim, vivências que se desviem da heterossexualidade, por exemplo, passam a ser condutas desviantes. A heterossexualidade, nessa perspectiva, deixa de ser uma mera prática sexual e se converte num "regime político que faz parte da administração dos corpos e da gestão calculada da vida no âmbito da biopolítica." (WITTIG *apud* PRECIADO, 2011, p. 12).

Mas a biopolítica não se restringe aos efeitos exógenos às minorias gênero e sexo-diversas. Isso porque essas próprias comunidades minoritárias sofrem os impactos da concepção hegemônica, já que diante da negativa reiterada de acesso ao sistema, elas enxergam na possibilidade de assimilação com a hegemonia a única opção de reconhecimento (PINHEIRO, 2020, p. 122). Exemplo disso foi o surgimento das chamadas organizações homófilas nos Estados Unidos (JAGOSE, 1996, p. 30), que se pautavam por uma busca pela identificação com a normalidade, ou seja, com os heterossexuais e suas formas de relacionamento. Movimentos como esse rejeitavam

quaisquer grupos que, apesar de minoritários, pudessem representar uma dificuldade ainda maior na assimilação junto à hegemonia heterossexual (JAGOSE, 1996, p. 33).

Apesar disso, outros movimentos em defesa de minorias sexuais surgiram, destacadamente a partir da década de 1960⁵, com perspectivas diferentes e mais liberacionistas (PINHEIRO, 2020, p. 122). Esses novos movimentos, baseados na lógica do orgulho, não buscavam a assimilação, mas se impunham como um questionamento incômodo da normatividade heterossexual hegemônica (PINHEIRO, 2020, p. 122). Ainda assim, nem mesmo a proliferação desses ideais foi capaz de acabar com pensamentos como aqueles defendidos pelo movimento homófilo, que acabariam se constituindo numa espécie de estratégia de inclusão bancada principalmente por movimentos gênero e sexo-diversos mais privilegiados, notadamente o dos homens homossexuais.

Isso ficou marcado na história constitucional brasileira durante a elaboração da Constituição de 1988, cuja participação do movimento homossexual se expressa por uma explícita proposta de inclusão através da exclusão de outros grupos sexualmente diversos. Essa lógica de inclusão-exclusão se operacionaliza na prática através da hierarquização das diversidades sexuais (RUBIN, 2017, p. 83-85) e retomando a lógica assimilacionista homófila.

Essa é a lógica que identifica a construção da narrativa em defesa dos direitos dos homossexuais durante as discussões na Assembleia Nacional Constituinte, ilustrada pela manifestação de João Antônio Mascarenhas, representante do grupo Triângulo Rosa. Mascarenhas iniciou sua fala afirmando que a reivindicação do movimento para o texto constitucional era que fosse incluída a "expressa proibição de discriminação por orientação sexual. Orientação sexual engloba heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade."(BRASIL, 1987, p. 165). Apenas esse trecho já bastaria para demonstrar o querer assimilacionista, hierarquizante e excludente presente nas contribuições oferecidas pelo próprio movimento homossexual nas discussões. Mas ao seguir em sua manifestação, fica ainda mais explícita a lógica excludente reforçada pelo movimento homossexual na constituinte, talvez como estratégia para tentar um reconhecimento mínimo que, para o movimento, cabia aos homossexuais e bissexuais primeiro. Para isso, Mascarenhas assume o papel de discriminado, mas hierarquiza as vivências e se coloca em posição distinta daquela dos outros grupos ainda mais marginalizados:

⁵ O movimento de Stonewall, iniciado em 28 de junho de 1968 após uma invasão policial ao bar Stonewall Inn em Nova York é considerado o principal marco dos movimentos de liberação gay no mundo.

Sobre a questão da discriminação, gostaria de citar alguns exemplos, porque a discriminação normalmente não é sentida senão pelo discriminado. É comum fazerem uma falsa identificação entre o homossexual e o travesti-prostituto. O Jornal do Brasil, que é um dos jornais mais respeitados do País, põe assim: "Operação pudor: polícia prende prostitutas e travestis". Em seguida, vem no corpo da notícia onde os travestis já não são mais travestis. Primeiro eles não eram travestis, eram travestis-prostitutos. Realmente, a qualificação deles não era importante. No caso, era a prostituição, não o fato deles se vestirem de mulher. Prostitutas, continuam no corpo da notícia, como prostitutas. E os travestis-prostitutos passam a ser, pura e simplesmente, os homossexuais. O leitor desavisado lê aquilo e termina pensando que homossexual é travesti-prostituto. O que é uma coisa horrorosa. E é uma coisa que fica muito clara para nós, porque há o preconceito do repórter além da discriminação. Eles continuaram chamando as mulheres de prostitutas. Eles não passaram a chamar as mulheres de as heterossexuais. Se não houvesse discriminação, se os travestis-prostitutos passam a ser homossexuais, as prostitutas deveriam ser heterossexuais. Entretanto, isso não acontece. (BRASIL, 1987, p. 166).

A crítica de Mascarenhas, presente na gênese do texto constitucional, ilustra bem a presença perene do argumento excludente. Isso porque, embora ela se construa a partir de uma premissa válida, que é o questionamento sobre o uso do termo homossexual como um adjetivo relacionado com situações socialmente reprováveis ou degradantes, ela reforça um nítido incômodo da generalização comum entre as travestis e os homossexuais. A fala de Mascarenhas não deixa escapar que esse é o problema central, inclusive pela percepção que gera ao "leitor desavisado" (BRASIL, 1987, p. 166). Assim, a despeito do caráter pretensamente contra-hegemônico para fazer valer os direitos dos homossexuais, a crítica reforça a exclusão das travestis da discussão sobre a narrativa constitucional⁶.

Mas foram as forças exógenas aos grupos minoritários e representantes da hegemonia na constituinte que recusaram mesmo a proposta do Triângulo Rosa e optaram pela exclusão total das minorias gênero e sexo-diversas. Considerar essas motivações constituintes tem um apelo relevante, já que movimentos conservadores costumam buscar autoridade para interpretações restritivas nos debates de elaboração do texto constitucional. Como será visto no segundo subitem desse capítulo, a discussão do constitucionalismo inclusivo precisa forçar o rompimento com essa vinculação insistente do texto constitucional apenas ao passado (VARGOVA, 2007, p. 418-419). Argumentos como esse retomam uma autoridade do passado para reivindicar uma posição de legitimidade

⁶ Essa lógica praticada por grupos subalternos em busca de reconhecimento pela hegemonia não se restringe a um movimento específico, como o dos homossexuais, por exemplo. Ela também está presente no agir estratégico de outros grupos minoritários, conforme pode ser verificado nas próprias discussões da ANC. Em uma manifestação do INABRA - Instituto Nacional Afro-Brasileiro, por exemplo, na pessoa do Sr. Natalino C. de Melo, tem-se o seguinte: "Segunda, eu, como negro, não me considero minoria, sou maioria marginalizada, social, política e economicamente. Não aceito, por exemplo, a agregação dos negros brasileiros às minorias, até por que esta vinculação de negro à minoria tem uma conotação colonialista e racista, colocar o negro, por exemplo, ao lado do homossexual. Se me perguntarem: você é contra a discriminação ou vai praticar a discriminação? Não, até porque dentro do contexto da raça negra quero que alguém me prove se nos navios negreiros, nos quilombos, nas senzalas, existia a prática do homossexualismo, que desconheço no meio da nossa raça." (BRASIL, 1987, p. 141).

original do texto constitucional ao mesmo tempo que inviabiliza interpretações abertas para o futuro (VARGOVA, 2007, p. 418-419). Essa concepção rígida e pouco lógica para um texto marcado pela promessa de futuro (CHUEIRI, 2013, p. 27) tende a representar um fechamento textual intransponível para minorias de forma geral.

A ANC, por exemplo, debateu a inclusão da categoria "orientação sexual" no rol de proteções constitucionais⁷. A possibilidade causou incômodo e ficou conhecida pela manifestação do constituinte Salatiel Carvalho (PFL/PE), membro da igreja Assembleia de Deus, que defendeu a exclusão absoluta dos homossexuais enquanto sujeitos de direitos:

Agora, se vem uma terceira opção, eu acho que aí a Constituição não tinha nada que dar cobertura a esta terceira opção, quando V. Ex.^a afirma que esta expressão “não dará cobertura constitucional a comportamentos anormais”, evidentemente, está implícito na sua colocação o homossexualismo, já que essa expressão foi incluída no anteprojeto como solicitação dos grupos homossexuais no Brasil; está implícita, então, na declaração de V. Ex.^a que homossexualismo não é uma anormalidade, o que para mim é uma anormalidade. De forma que esta é a razão e vejo até aí, na colocação desta expressão, na permanência deste termo “orientação”, que ninguém será prejudicado por orientação sexual, eu vejo até que isso é uma porta aberta para que no futuro os grupos homossexuais possam reivindicar, exatamente, os mesmos direitos do homem e da mulher, os mesmos direitos, inclusive, da própria família e aí, talvez, seja até uma porta aberta para que tenhamos no futuro, por que não, a legalização de uniões homossexuais, já que nossa Constituição vai dar cobertura, exatamente, a que ninguém será prejudicado por orientação sexual. E eu vejo essa solicitação também como um passo inicial para que possamos, amanhã ou depois, inclusive, ter um confronto com as próprias leis, com as próprias normas que vão definir a preservação da moral, da ética, dos bons costumes. Até porque, amanhã ou depois, nos próprios meios de comunicação, ou em qualquer aspecto em que os homossexuais se sentirem prejudicados, eles terão cobertura constitucional para garantir que seus direitos sejam respeitados. Só que na ótica dos homossexuais, os direitos que eles entendem como seus podem ser prejudiciais à formação da própria família, podem ser prejudiciais, inclusive, à formação e à educação. (BRASIL, 1987, p. 187-188).

A manifestação de Salatiel Carvalho é marcada essencialmente pelo argumento de temporalidade, com o intuito principal de preservar a lógica de reprodutivismo futuro, bem como para reafirmar a biopolítica do direito. Ele primeiro antevê a possibilidade arriscada de abertura do texto constitucional com o reconhecimento das pessoas homossexuais enquanto "normais". Isso daria o amparo inequívoco para que homossexuais pudessem reivindicar direitos iguais ao sinal de qualquer discriminação enfrentada. Mas, além disso, Carvalho já se preocupava com um problema

⁷ O Grupo de Libertação Homossexual Triângulo Rosa do Rio de Janeiro "solicitou de alguns intelectuais, principalmente antropólogos, um parecer quanto ao uso da expressão orientação sexual. Foram contatadas algumas pessoas: Edward MacRae (USP), Elizabeth Souza Lobo (USP), Eunice Durham (USP), Gilberto Velho (Museu Nacional/UFRJ), Luiz Fernando Dias Duarte (Museu Nacional/UFRJ), Luiz Mott (UFBA), Manuela Carneiro da Cunha (USP), Maria Luiza Heilborn (Museu Nacional/UFRJ), Mariza Corrêa (Unicamp), Néstor Perlongher (Unicamp) e Peter Fry (Museu Nacional/UFRJ), entre outros" (CÂMARA, Cristina. Cidadania e orientação sexual: a trajetória do grupo Triângulo Rosa. Rio de Janeiro: Academia Avançada, 2002, p. 98-99).

maior: a possibilidade de homossexuais pleitearem "os mesmos direitos, inclusive, da própria família e aí, talvez, seja até uma porta aberta para que tenhamos no futuro, por que não, a legalização de uniões homossexuais [...]." (BRASIL, 1987, p. 187-188). A ameaça antevista por Salatiel Carvalho representava uma abertura para um ataque futuro ao "império dos normais" (PRECIADO, 2011, p. 13), contra o qual ele e o movimento evangélico na constituinte buscavam se proteger e proteger a sociedade.

A última década mostrou que nem mesmo a articulação de constituintes como Salatiel Carvalho foram capazes de conter discussões sobre os avanços dos direitos fundamentais de minorias gênero e sexo-diversas. Tanto o é assim que em 2011 o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Mas, apesar disso, dentre os votos divergentes⁸, o Ministro Ricardo Lewandowski optou por retomar as motivações de 1987 no intuito de lembrar e alertar a Corte acerca da motivação original do texto que, como visto, era oposta à garantia de direitos aos homossexuais. Como destacou o Ministro,

[...] nas discussões travadas na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. (BRASIL, 2011, p. 104)

Essa não foi a posição vencedora daquele julgamento. Apesar disso, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski integra o acórdão desse caso. Assim, o que merece destaque e será objeto de análise nos próximos capítulos, é saber o que revelam essas fundamentações nitidamente hegemônicas — presentes não só nos votos vencidos — no contexto de um julgamento em que se analisa a garantia de direitos fundamentais de uma minoria.

O objetivo é saber o que essas marcações hegemônicas revelam para a posteridade das decisões da Corte, já que a configuração textual dos acórdãos do STF não permite distinguir de forma definitiva a razão de decidir que deveria vincular o direito futuro (VIEIRA; EFREM FILHO, 2020, p. 1.095). Em outras palavras, é dar destaque para uma análise mais detida da totalidade do texto decisório, partindo da premissa de que "a forma como o STF 'decide' formalizar e publicar

⁸ Os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski divergiram da maioria dos Ministros, mas optaram por aditar seus votos durante o julgamento para construir uma unanimidade com relação ao dispositivo do acórdão de julgamento, fazendo constar, contudo, algumas divergências particulares na ementa do acórdão e em seus votos.

o resultado de seu labor [fundamentar e decidir] diz muito sobre o tipo de autoridade que invoca." (VIEIRA; EFREM FILHO, 2020, p. 1.096).

Mas questionar a forma como o STF decide e seus fundamentos também passa por questionar a forma como se lê a Constituição. Mais do que uma lei comum, a Constituição representa a amálgama de poder presente na sociedade e estabelece os mecanismos pelos quais a própria hegemonia se constitui enquanto grupo dominante (CURIEL, 2013, p. 29). Questionar padrões hegemônicos a partir dela, portanto, não é simples, mas também não é impossível. A Constituição de um país acumula discursos distintos, simbolismos e diversas formas de relações de poder (CURIEL, 2013, p. 31). Ela contém em si a regulação do fator temporal que se constituiu na idade moderna como aspecto essencial para a concepção da vida em sociedade (ANDERSON *apud* CURIEL, 2013, p. 32). A experiência moderna, ao desenvolver as concepções de passado, presente e futuro, influenciou o direito a regular a incidência do tempo sequencial na vida em comunidade (ANDERSON *apud* CURIEL, 2013, p. 32), que na nossa expressão contemporânea adquiriu status de discussão constitucional. A Constituição, portanto, além de dispor de normas sobre o funcionamento do Estado, seus poderes e instituições, regula diversos aspectos relacionais entre os indivíduos de um povo, como sexo, raça, classe e sexualidade (CURIEL, 2013, p. 32-33).

1.2. Desconstruir, radicalizar e incluir

A Constituição brasileira, portanto, tem em sua construção a regulação das temporalidades sociais. Uma vez fixada essa premissa, cabe perquirir qual o instrumental teórico possível para operá-la de forma contra-hegemônica, num sentido que se insere no além texto e represente uma verdadeira prática de constitucionalismo inclusivo por seus intérpretes.

Se se entende que a Constituição foi construída de determinada forma, assim como o direito que ela constitui e representa, operar sua desconstrução é, portanto, operar a justiça (DERRIDA, 2007, p. 27) e o porvir que ela representa (CHUEIRI, 2013, p. 27). A justiça, que permanece em DERRIDA (2007) como conceito carente de definição precisa, é considerada ela própria indeseconstruível, servindo para provocar no direito o alargamento da dimensão dos acontecimentos futuros (DERRIDA, 2007, p. 54). Isso significa que o porvir da justiça só é possível na medida em que o acontecimento "excede ao cálculo, as regras, aos programas, às antecipações etc." (DERRIDA, 2007, p. 55).

Adotar essa a desconstrução do texto constitucional é adotar sua abertura para o futuro, enquanto uma promessa, cujo reflexo também se abre no presente e impede a formação de um círculo fechado em si próprio (CHUEIRI, 2013, p. 27). Por isso, Derrida (2007, p. 12) já antevia que pesquisas que adotassem o estilo desconstrutivo terminariam por sugerir problemáticas do próprio direito, da lei ou da justiça. Isso porque a premissa de abertura constitucional indicada por Chueiri (2013) leva a um ímpeto contínuo de desconstrução do direito em busca da justiça como experiência aporética (DERRIDA, 2007, p. 30), seja dentro ou além dele (CHUEIRI, 2013, p. 28). O direito, então,

[...] é essencialmente desconstruível, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis (e esta é a história do direito, a possível e necessária transformação, por vezes a melhora do direito), ou porque seu fundamento último, por definição, não é fundado. Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico. (DERRIDA, 2007, p. 26).

O direito, portanto, num quadro democrático, deve estar sempre sujeito à desconstrução, diante da concepção de que a "democracia pressupõe o reconhecimento da irredutibilidade da promessa quando, no momento messiânico, *it can come / ça peut venir*" (DERRIDA *apud* CHUEIRI, 2013, p. 28).

Mas para isso, contudo, é preciso lembrar do que o direito representa na ordem social e o seu propósito interno de funcionamento. Conforme Derrida (2007, p. 7), "o direito é sempre uma força autorizada." Por essa razão, ele carrega consigo uma tendência homogeneizante de conservação própria, com o objetivo claro de "excluir as violências individuais que ameaçam a sua ordem" (DERRIDA, 2007, p. 77). Essas violências podem assumir muitas formas, mas têm uma simbologia crucial quando se originam de "zonas secundárias ou marginais" (DERRIDA, 2007, p. 57). Isso não significa que elas sejam propriamente exteriores ao direito, já que na verdade funcionam como uma ameaça interna (DERRIDA, 2007, p. 81), o que talvez as torne ainda mais indesejadas. O principal aspecto aqui é que essa violência "não consiste, essencialmente, em exercer sua potência ou uma força brutal para obter tal ou tal resultado, mas em ameaçar ou destruir determinada ordem de direito" (DERRIDA, 2007, p. 81).

A desconstrução, portanto, não opera pela lógica da hegemonia. Ela força a politização jurídica, no anseio de que "cada avanço da politização obriga a reconsiderar, portanto a reinterpretar,

os próprios fundamentos do direito, tais como eles haviam sido previamente calculados ou delimitados." (DERRIDA, 2007, p. 56).

Isso significa reconhecer que direito e política não se traduzem em consenso sobre o conteúdo do direito, mas que o direito constitucional deve servir como espaço de exercício jurídico da política (GOMES, 2017, p. 138). Reconhecer a impossibilidade de consenso pode significar a abertura para "o exercício de um dissenso expansivo." (GOMES, 2017, p. 138). Assim, desconstruir o texto constitucional, bem como as decisões que nele se fundam, é também questionar os critérios de escolha promovidos pelo direito (GOMES, 2017, p. 122).

Essa desconstrução constitucional que se propõe perpassa também pela desconstrução das temporalidades normativas, isto é, daquilo que é a normalidade posta (PRECIADO, 2011; HALBERSTAM, 2020). Para isso, é preciso pensar

Não apenas descentrar como uma inversão, mas muito mais, a anulação do centro, a demonstração de que o centro não é fixo ou imutável, com o abandono de uma pretensão de significado transcendental. Ler o que o texto diz e o que ele recalcou. E é também esse o motivo pelo qual escolhi a visão de Derrida sobre o fenômeno jurídico, já que trabalhar nas margens, descentrar o texto ocidental é tarefa fundamental de uma proposta decolonial. (GOMES, 2017, p. 123)

Proceder dessa maneira envolve uma desconstrução ativa do texto constitucional, num sentido prático-textual do termo. É, por exemplo, o que faz Gomes (2017, p. 134-135) ao questionar os termos "homens e mulheres", presentes em diversos dispositivos constitucionais que, a princípio, sugerem que a ordem jurídica reconheceria as pessoas a partir do sexo. Ou ainda que esse sexo seria "uma circunstância naturalmente dada." (GOMES, 2017, p. 134). Em suma, a criação de uma "ficção de que somos um povo composto de '*homens e mulheres*' como se tais fossem circunstâncias naturais e não produções discursivas da performatividade de corpos e discursos." (GOMES, 2017, p. 135).

Assim, a desconstrução serve para questionar o que é dado por natural para também questionar, com isso, os próprios fundamentos do direito (DERRIDA *apud* GOMES, 2017, p. 125). Com isso, o intuito é verificar quais são os *inumanos* excluídos, que não se encaixam, quando se define o *humano* universal (GOMES, 2017, p. 130). Isso porque a normatização temporal estabelecida de forma hegemônica impõe não apenas uma heterossexualidade presumida, mas principalmente obriga a submissão total a essas regras normalizadoras (BUTLER *apud* GOMES *et al.*, 2022, p. 1.108).

Conforme Butler (2019) essas populações excluídas são delimitadas segundo uma demarcação ulterior. No caso das minorias sexo-diversas, a formação se dá por uma população que se distancia do padrão estigmatizante de gênero e, com isso, desafia a concepção social das subjetividades enquanto blocos uniformes (GOMES *et al.*, 2022, p. 1130). Essa população *inuma* ou *anormal* costuma ser excluída por se recusar à lógica da temporalidade dominante principal, sendo relegadas a uma espécie de fracasso social (HALBERSTAM, 2020, p. 109). Desafiar o modelo tradicional de construção da família através do direito, portanto, é buscar desconstruir a base fundante da sociedade normativa, ainda que isso tenha o intuito de ampliar a inclusão social (HALBERSTAM, 2020, p. 110-112). Pessoas sexo-gênero diversas, ou *queer*, trazem nesse contexto um desvio ao plano de desenvolvimento da política heteronormativa (JAGOSE, 1996, p. 39), que se faz representar principalmente pela figura positiva da criança do futuro (EDELMAN *apud* HALBERSTAM, 2020, p. 155). É nesse espaço de "heterofuturidade" (HALBERSTAM, 2020, p. 112) que "o sujeito *queer* fica entre o otimismo heterossexual e a realização." (HALBERSTAM, 2020, p. 155).

Esse não-espço, ou entre-espço, ocupado pelas pessoas *queer* é inevitavelmente marcado por uma outra temporalidade. Diferentemente da temporalidade reprodutiva da hegemonia (PINHEIRO, 2020, p. 116), impregnada pela heterofuturidade (HALBERSTAM, 2020, p. 110-112), o espaço *queer* é muitas vezes marcado pela morte ou pela não existência social.

Para Butler (2019, p. 75), as populações excluídas também são marcadas enquanto uma "população socialmente morta, supérflua ou intrinsecamente indigna de viver e, portanto, não passível de luto." Daí se extrai uma marcação temporal praticamente inversa e bastante simbólica quando comparada àquela inserida na lógica normativa hegemônica. O indício do fim, da morte, mas sem o direito ao luto, serve de exclusão, mas também como punição ao sugerir o fim absoluto e silencioso de determinado segmento social. Há, nesse cenário, o que Butler chama de "distribuição tática da precariedade" (2019, p. 78). Uma distribuição que ocorre de forma desigual e está diretamente ligada às concepções dominantes da sociedade, que ditam segundo os padrões hegemônicos quais vidas "não são passíveis de luto ou que são dignas apenas de um luto marginal e episódico e, nesse sentido, já estão perdidas em parte ou completamente e, portanto, merecem menos proteção e apoio." (BUTLER, 2019, p. 78).

Reconhecer a precariedade enquanto um espaço de luta significa, portanto, reconhecer essa distribuição desigual e questioná-la (BUTLER, 2019, p. 79-80). Pode parecer contraditório, à

primeira vista, inserir a reivindicação pelo direito ao luto na seara de direitos para que minorias *queer* possam viver suas vidas. Mas esse pleito escancara quais "são as vidas que já não são consideradas vidas, ou são consideradas vidas apenas parcialmente vividas, ou vidas já terminadas e perdidas antes mesmo de qualquer abandono ou destruição explícita". (BUTLER, 2019, p. 145). No direito, especificamente, a vida passível de luto pode ser considerada como aquela que

[...] pode ser valorizada, e valorizada ao longo do tempo, então apenas uma vida passível de luto vai ser candidata ao apoio social e econômico, à habitação, à assistência médica, ao emprego, ao direito de se expressar politicamente, às formas de reconhecimento social e às condições para a atuação política. (BUTLER, 2019, p. 145).

Assim, lutar "na precariedade, a partir dela e contra ela" (BUTLER, 2019, p. 80) também é um exercício de busca da justiça e, portanto, de desconstrução do direito (DERRIDA, 2007, p. 27). Trata-se de uma perspectiva mesmo necessária para a crítica que se propõe nesse estudo, sendo imprescindível "avaliar criticamente as estruturas que valorizam a própria vida de modos diferentes." (BUTLER, 2019, p. 147). Partir desse pressuposto, é, portanto, considerar que

O objetivo de uma política democrática não é simplesmente estender o reconhecimento igualmente a todas as pessoas, mas, em vez disso, compreender que apenas modificando a relação entre o reconhecível e o irreconhecível (a) a igualdade pode ser entendida e buscada e (b) "o povo" pode se abrir para uma elaboração mais profunda.

[...].

Paradoxalmente, conforme certas formas de reconhecimento são estendidas, a região do irreconhecível é preservada e expandida adequadamente. A conclusão é que essas formas explícitas e implícitas de desigualdade, que algumas vezes são reproduzidas por categorias fundamentais, tais como inclusão e reconhecimento, têm que ser encaradas como parte de uma luta democrática temporariamente aberta. (BUTLER, 2019, p. IV).

Essa abertura, que se liga diretamente a abertura hermenêutico-constitucional, deve servir na perspectiva *queer* não para propor "algum tipo de fantasia de um outro lugar, mas alternativas existentes para sistemas hegemônicos." (HALBERSTAM, 2020, p. 2013). Deve também servir para "contestar, e de modo não apenas teórico, os protocolos constitucionais, a própria carta que rege a leitura em nossa cultura" (DERRIDA, 2007, p. 88-89).

Em outras palavras, trata-se da retomada do constitucionalismo enquanto uma teoria de governo limitado (CHUEIRI, 2013, p. 30), inclusive quanto à soberania popular. A Constituição, nesse sentido, não pode ser lida sob lentes restritivas apenas do direito constituído, mas deve ser compreendida enquanto texto que "nela retém o poder constituinte e desta forma nos constitui,

radicalmente, como comunidade política." (CHUEIRI, 2013, p. 26). Essa concepção radical da Constituição significa também lembrar que viver em comunidade não é uma escolha (BUTLER, 2019, p. 80), do que se impõe uma obrigação moral de entender o que acontece com o outro (BUTLER, 2019, p. 81). É essa tensão entre o poder constituinte representado no texto constitucional que deve permitir o olhar da promessa, do porvir, em face dos poderes constituídos e do direito construído; deve permitir sua tradução à ideia da Constituição inclusiva (CHUEIRI, 2013, p. 29). Assim,

[...] é a partir da aplicação da própria Constituição, a partir da concretização dos direitos nela previstos, que se pode atualizar e revigorar sua potência, sua carga revolucionária, no Estado Constitucional Democrático. A potência revolucionária da Constituição aparece quando ela é aplicada, quando ela é também decisão política fundamental. (CHUEIRI, 2013, p. 34).

Essa leitura aberta e radical da Constituição para as pessoas *queer* se vê representada de forma bastante prática na função contramajoritária que se espera do judiciário no constitucionalismo contemporâneo (PINHEIRO, 2019, p. 216-217). Essa postura deve ocorrer dentro dos limites constitucionais, mas não de uma forma imobilizadora, a qual insista em deixar discussões desse sentido única e exclusivamente para a agenda do poder legislativo (PINHEIRO, 2019, p. 216-217). Isso porque, durante esse período, o resultado prático é que "determinadas pessoas do presente se convertam em verdadeiras ausências na identidade do sujeito constitucional" (PINHEIRO, 2019, p. 216-217); e que o constitucionalismo inclusivo passa a ser inócuo e ameaçado em sua própria existência, já que cabem às maiorias hegemônicas redigirem as normas que as autolimitam (PINHEIRO, 2020, p. 110).

Essa atuação contramajoritária, contudo, não pode ser insuspeita, sob o risco de possibilitar exclusões e precarizações ocultas, mas fortemente presentes. Para tanto, é preciso retomar as dúvidas das temporalidades normativas, a fim de que seja também objeto de um constitucionalismo inclusivo a atuação do judiciário quando ela é pretensamente positiva. O intuito é duvidar para entender a quem se nega espaço quando a maioria hegemônica aceita determinada temporalidade até então desviante, no que talvez se oculte uma tática para que essa hegemonia, "mesmo perdendo, ainda saia vitoriosa." (PINHEIRO, 2020, p. 117).

Assim, um constitucionalismo inclusivo deve ter em conta que as temporalidades são distintas e não necessariamente convergentes (PINHEIRO, 2019, p. 2019). Para isso, a

Constituição deve ser lida de forma a contemplar em seus enunciados normativos aberturas para a concretização de diferentes subjetividades, que podem ou não se sobrepor (PINHEIRO, 2019, p. 2019). Por ser inclusivo, o texto constitucional deve permanecer como algo inacabado, em constante estado de abertura, sabendo-se que

[...] perdas e ausências são inerentes ao constitucionalismo, e não apenas às suas experiências fracassadas, razão por que a identidade do sujeito constitucional é sempre incompleta e passível de reconstruções, bem como os sentidos, as compreensões e as categorias dos enunciados normativos não são todos imediatamente evidentes quando da promulgação constitucional, o que explica porque alguns deles só vêm à tona quando presentes as condições de sua presentificação; (PINHEIRO, 2019, p. 218).

2. COMPARAÇÃO: UMA HIERARQUIA OCULTA

A primeira categoria de análise dos acórdãos selecionados para esse estudo é a da comparação. O objetivo é desvendar eventuais hierarquizações ocultas produzidas pelas decisões entre as condutas sexual e gênero diversas (RUBIN, 2017, p. 83-85). Isto é, sugerindo uma lógica de contenção de danos, essa categoria serve para retomar o questionamento sobre como a hegemonia pode ganhar mesmo quando faz concessões (PINHEIRO, 2020, p. 117).

Esse tipo de observação não é inédita e ganhou destaque crescente a partir de análises contra-hegemônicas sobre a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 e na ADI 4277 sobre a constitucionalidade do reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo (PINHEIRO, 2020; VIEIRA; EFREM FILHO, 2020). Nesse caso, a própria pretensão do movimento homossexual foi traçada segundo uma perspectiva de comparação com a vida heterossexual, em "uma tentativa de desautorizar sua pretensa promiscuidade e de demonstrar sua capacidade de manter relações monogâmicas de longo prazo." (PINHEIRO, 2020, p. 117).

A proposta de análise nesse capítulo, contudo, não se volta às estratégias utilizadas pelos movimentos que agitaram as diversas pautas minoritárias perante o Supremo nos últimos anos. O foco de análise é especificamente sobre a construção discursiva nos acórdãos de julgamento, a fim de investigar os termos utilizados pelo próprio Supremo no teor das suas decisões. A leitura da fundamentação adotada pelos Ministros, assim como dos debates travados durante o julgamento e registrados no inteiro teor dos acórdãos, servirão para identificar momentos textuais que invisibilizam outras temporalidades e existências, em detrimento daquelas que são mais próximas da realidade hegemônica (PINHEIRO, 2020, p. 122).

Verificar a comparação de condutas, portanto, pode funcionar segundo uma lógica dupla. De um lado, é possível comparar modos de vida *queer* direta ou indiretamente com a vida, ou a temporalidade, hegemônica, no intuito de buscar uma aproximação entre eles. Por outro lado, é possível comparar os modos de vida *queer* entre si, a fim de estabelecer aquele que mais se aproxima da normalidade hegemônica e, portanto, pode ser mais facilmente assimilado. Essa segunda forma de comparação, contudo, ganha contornos bastante próprios e serve para inaugurar uma nova categoria de análise, que será vista no próximo capítulo sob o nome de passabilidade. Sendo assim, o presente capítulo se restringirá apenas à primeira forma de análise, mas que, como ficará nítido, não se furta de uma ligação íntima com a noção de passabilidade.

Em todos os acórdãos analisados através dessa categoria, foi possível verificar momentos representativos da comparação entre as condutas consideradas anti-hegemônicas e a suposta normalidade. Essa comparação por vezes aparece explicitamente, mas, de forma geral, parece haver uma preocupação dos Ministros em evitar esse tipo de exposição. Isso ocorre especialmente nos votos que integram o inteiro teor desses acórdãos, já que, por serem um documento escrito enviado para a composição do acórdão após a finalização do julgamento, eles podem passar por algumas revisões e modificações textuais consideráveis. Por essa razão, alguns dos trechos mais reveladores da comparação podem ser encontrados nos debates travados no plenário, que também são registrados no inteiro teor dos acórdãos.

Apesar disso, conforme observaram Vieira e Efrem (2020, p 1.096), mesmo nesses casos o teor das informações pode ser modificado ou suprimido sem maiores justificativas, sendo comum encontrar falas de Ministros suprimidas com a advertência de "cancelado". Esse quadro de "unidade forjada" (VIEIRA *et al.*, 2020, p 1.096) dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal torna ainda mais relevantes os termos que estão estampados em seu inteiro teor, já que se presume uma postura ativa da Corte em permitir que determinados termos apareçam da forma como aparecem. Por essa razão, os debates orais ou a leitura dos votos conforme registrado nas sessões de julgamento filmadas não foram objeto da análise, justamente no intuito de reforçar a dúvida em relação à forma que o STF resolve passar para a posteridade os fundamentos da sua decisão.

2.1. ADI 5543 e a Doação de Sangue por Homens que fazem Sexo com Homens (HSH)

No acórdão de julgamento da ADI 5543, relativa à possibilidade de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens (HSH), a discussão estava relacionada a dispositivos de uma portaria do Ministério da Saúde e de uma Resolução da ANVISA que, em síntese, impediam a doação de sangue por HSH que tivessem relação sexual com outro homem no período de 12 (doze) meses anteriores à doação. A discussão envolveu diversas questões técnicas sobre as especificidades dos exames disponíveis para a detecção de Infecções Sexualmente Transmissíveis (IST) e, mais especificamente, quanto ao período de janela imunológica desses exames. Em seu voto, o Ministro Edson Fachin, relator do caso, declarou a inconstitucionalidade integral dos dispositivos impugnados, no que foi seguido pela maioria. Restaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. As posições

defendidas pelos Ministros vencidos, mais notadamente os Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, demonstram um caráter bastante reforçador da comparação, seja entre as condutas *queer* e as condutas hegemônicas, ou entre elas e outras espécies de condutas desviantes que, para os Ministros aparentemente, poderiam convergir de forma analógica para uma mesma argumentação.

Um dos primeiros a apresentar divergência no julgamento, antes mesmo de votar, o Ministro Marco Aurélio fez uma observação que indicou bem o tom da compreensão da questão para um dos lados do debate. Segundo o Ministro,

De duas, uma: ou se conclui que, ao invés de **ressentimento**, tem-se **preconceito**, no que há alusão aos homossexuais, e fulminamos o dispositivo, ou revelamos que, nesse conflito entre o interesse individual e o coletivo – destinatários das transfusões de sangue –, deve prevalecer o interesse coletivo. (BRASIL, 2020, p. 63, grifos do autor).

O Ministro parece propor, portanto, o debate através do binômio ressentimento-preconceito e sugere à Corte buscar razão para decidir em algo além da abertura constitucional para a garantia de direitos. Seria preciso questionar talvez a motivação do pedido. Isto é, saber se o que se diz preconceito na norma em questão, não é mero ressentimento da minoria (des)considerada. Esse pequeno trecho já oferece uma base importante para a comparação. Reconhecer o preconceito na norma é reconhecer uma exclusão injusta, que merece ser desconstruída. Mas reconhecer ressentimento dos homossexuais⁹ em face da norma soa como reforçar sua justeza, sua retidão. Soa como questionar a ousadia de homossexuais em se compararem à hegemonia apta a doar sangue.

Durante os debates do julgamento, os Ministro Alexandre de Moraes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski travaram um diálogo nos seguintes termos¹⁰:

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Lewandowski, permite-me? Ministro Fux, eu retirei os doze meses, porque, em verdade, **se os doze meses são discriminatórios em relação a homens que fazem sexo com homens, também são discriminatórios em relação a homens que fazem sexo com várias mulheres.** [...].

⁹ No julgamento da ADI 5543 houve algumas ponderações sobre qual categoria minoritária estaria sendo alvo da discriminação, isto é, se homossexuais ou alguma que fosse mais abrangente. Prevaleceu a segunda hipótese, conformada pela sigla HSH, a qual significa "homens que fazem sexo com homens" e inclui homens que não se reconhecem enquanto homossexuais.

¹⁰ Os trechos suprimidos nessa citação se resumem genericamente a uma discussão técnica que perpassou o julgamento acerca da definição do dispositivo que era propriamente impugnado pela ação, a fim de definir com clareza sobre qual deles o STF estaria julgando a constitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Desculpe, eu estou entendendo, na verdade, que o que parece ofensivo e atentatório à dignidade da pessoa humana é essa expressão que diz respeito aos homossexuais, ou às relações homossexuais, mas, se nós dermos uma interpretação conforme a essa alínea "d", dizendo que, ao invés de se entender...

[...]

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - **Sim, onde se lê "relações homossexuais", leia-se condutas de risco. É isso!**

[...]

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - **Porque nós temos que proteger a sociedade de alguma forma. Aí, a conduta de risco é quem tem piercing, tatuagem, quem foi preso por mais 72 horas. É isso, são condutas de risco!**¹¹

[...]

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - **Eu mesmo não posso doar sangue e não me sinto discriminado. Eu estou proibido de doar sangue. Então, não é porque eu sou...** agora nós temos que ser *data venia* consequentes, tem que ter resultado, não estamos no plano acadêmico. Substituir a expressão ou retirar uma expressão e deixar a sociedade desprotegida, eu acho perigoso.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como disse o ministro Ricardo Lewandowski, temos que ser consequencialistas. Vamos pensar na decisão a ser tomada, antes de derrubar uma política pública que vem sendo observada e, até aqui, com resultados positivos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, como nós não podemos acrescentar - dou toda a razão ao Ministro Marco Aurélio -, eu entendo que o inciso XXX consagra a vedação da doação em razão de prática sexual de risco, e as autoridades sanitárias não fazem a transfusão sem examinar o material. Depois da morte do Henfil, não se faz mais isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – **Aí se diz: "Há discriminação quanto aos homossexuais", mas não há quanto àqueles que consomem drogas, não há quanto àqueles que se dedicam à prostituição.**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas há uma autodeclaração.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas por que potencializar o fato de se excluir a doação pelo homossexual, durante o período de doze meses, a partir do momento que tenha mantido relação com outra pessoa do mesmo sexo, o masculino?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque eu entendo que a conduta de risco tem um sentido mais genérico e menos inconstitucional do que a orientação sexual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Foi o que disse: Precisamos, Presidente, ter presente a dualidade "preconceito e ressentimento". O ressentimento não pode ser potencializado a ponto de se jogar por terra uma política pública que foi estabelecida a partir de estudos técnicos. E não fizemos perícia, neste processo que está em mesa para julgamento, para decidir de forma diversa, mesmo porque não poderíamos fazê-lo, pois não somos legisladores positivos. (BRASIL, 2020, p. 93-99, grifos do autor).

No trecho acima, o Ministro Alexandre de Moraes estabelece um vetor relevante de comparação quando fundamenta a exclusão da expressão "doze meses" em virtude do seu suposto

¹¹ A esse respeito, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto vista, responde à analogia feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski da seguinte forma: "O referido dispositivo destoa dos demais incisos do mesmo artigo, na medida em que os outros casos de inaptidão temporária à doação de sangue levam em consideração comportamentos de risco concreto, como a prática de sexo em troca de dinheiro ou drogas (inciso I), a relação sexual com parceiros ocasionais ou desconhecidos (inciso II) e a realização de piercing, tatuagem ou maquiagem definitiva (inciso VII)." (BRASIL, 2020, p. 148).

caráter genérico de discriminação. A fala do Ministro sugere que o problema seria maior do que a exclusão apenas dos HSH, pois representaria a exclusão também de "homens que fazem sexo com várias mulheres." (BRASIL, 2020, p. 93). Esse fundamento lembra que existe uma experiência hegemônica que serve de referencial mesmo nos debates das questões que dizem respeito apenas¹² a uma minoria relativamente delimitada.

Nesse mesmo debate, o Ministro Ricardo Lewandowski oferece ainda outros pontos de conexão direta com o critério da comparação. Em primeiro, o Ministro diz concordar com o que havia entendido ser a proposta do voto do Ministro Alexandre de Moraes, isto é, tomar "relações homossexuais" por um termo substituível por "condutas de risco". Não era essa a proposta do Ministro Alexandre de Moraes¹³, mas chama a atenção que o Ministro Ricardo Lewandowski assim a tenha compreendido e com ela concordado, reiterando a ideia algumas vezes ao longo dos debates. A substituição, na compreensão do Ministro, ocorreria através da técnica de interpretação conforme à Constituição, ou seja, condutas de risco não seria exatamente um sinônimo de relações sexuais, mas uma alternativa para não declarar a inconstitucionalidade completa do dispositivo. Ocorre que, semanticamente, essa proposta carrega um significado talvez pior do que o que se teria anteriormente à ação direta, além de oferecer uma margem muito grande para aplicações hegemônicas e excludentes do precedente.

Em segundo, o Ministro Ricardo Lewandowski também trabalha a lógica do medo, no anseio protetivo de uma sociedade vulnerável. Contudo, é preciso pontuar que os Ministros já haviam, naquele momento, discutido largamente a existência de múltiplos testes de detecção de ISTs, as janelas imunológicas possíveis para a captação dos resultados, as chances de falsos negativos e positivos, as entrevistas de doação, a presunção de boa-fé e a teleologia constitucional de uma sociedade empática e caridosa. Assim, tratar a sociedade hegemônica e normalizada como

¹² Em pesquisa por portais de notícias não foram encontrados quaisquer relatos de reclamações individuais ou de movimentos organizados que argumentassem a discriminação de homens que fazem sexo com mulheres. No mais, em que pese a existência de normas que vedem a doação de sangue por indivíduos que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais, a discussão perante o Supremo Tribunal Federal estava voltada para a constitucionalidade da existência de um dispositivo que, além desse, vedasse especificamente a doação de sangue por HSH.

¹³ Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes julgava a ação parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e, pela técnica de interpretação conforme, excluir da alínea 'd' do inciso XXX do artigo 25 da Resolução Colegiada 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária a expressão 'e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco'. Portanto, o Ministro Alexandre de Moraes propunha uma solução valendo-se da interpretação conforme à Constituição com redução de texto, enquanto o Ministro Ricardo Lewandowski havia compreendido que a proposta envolvia a utilização desse instrumento hermenêutico na sua forma sem redução de texto, mas com atribuição de interpretação exclusiva à norma.

a parte vulnerável no caso soa como uma subversão do conceito. Através dessa lógica, o Ministro compara as condutas para hierarquizá-las, considerando a expressão sexual dos HSH ora como algo similar a simbologias estéticas ordinárias, ou até fúteis, como *piercings* e tatuagens; ora como similar a situações drásticas, como a de pessoas presas por mais de 72 horas. Esse posicionamento ainda foi reforçado pelo Ministro Marco Aurélio, especialmente quanto à essa segunda linha de comparação, para tomar a expressão sexual dos HSH como análoga ao consumo de drogas ou à prostituição e por isso não discriminatória.

Em terceiro, seguindo na comparação, o Ministro Lewandowski se propõe a medir a situação por sua própria realidade. Para tanto, o Ministro retoma as duas expressões anteriores da comparação. Destaca o cuidado necessário com a possível substituição do termo contido no dispositivo impugnado, para que não se deixe a sociedade desprotegida. Depois justifica esse fundamento, reforçando, ainda que indiretamente, o binarismo do ressentimento proposto pelo Ministro Marco Aurélio, propondo a si próprio de exemplo: diz o Ministro que, apesar de não poder doar sangue, não se sente discriminado -- ou ressentido? --, mas logo esclarece que não se enquadra ele, o Ministro, no grupo dos HSH.

Essa posição do Ministro Ricardo Lewandowski ainda retornou no que ficou registrado no acórdão como "Debate II". Nessa segunda oportunidade, o Ministro reitera a proposta de substituição de "relações homossexuais" por condutas de risco". Além disso, reforçando sua visão extremamente entremeada pela comparação hierarquizante, ainda que decorram de situações bastante distintas, o Ministro aponta a violência do estupro, impeditiva da doação de sangue pela vítima, como símbolo da não discriminação dos HSH.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, se o Ministro Luiz Fux - de certa maneira, na esteira do que vinha assentando o Ministro Alexandre de Moraes - desse **uma interpretação conforme aos dispositivos impugnados para que se lesse "condutas de risco" onde se lê "relações homossexuais", eu o acompanharia sem nenhum problema**, se fosse essa a posição. [...]. Há uma série de pessoas que se inserem nesse grupo de risco. E, a rigor, não há proibição de doação de sangue como se tem aventado aqui, mas simplesmente uma quarentena temporária. Aliás, esses dois atos normativos chamam esta janela de inaptidão. Esse é o termo técnico. Inaptidão temporária, ninguém está proibindo ninguém. Se alguém entrou nesse grupo de risco, ficará impedido por um certo tempo de doar sangue. [...]. Então eu diria o seguinte: **Eu acompanho o Ministro Alexandre de Moraes e o Ministro Luiz Fux se eles estiverem dando interpretação conforme aos dispositivos impugnados, substituindo essa expressão "relações homossexuais", que está causando uma certa espécie, por "conduta de risco"...** [...].

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Considerar por arrastamento também outras. Por arrastamento, nós podemos substituir, deixar apenas o *caput*, considerando-se as condutas de risco. **Por exemplo, quem sofreu a prática de estupro, evidentemente está sendo discriminado.** (BRASIL, 2020, p. 102-105, grifos do autor).

O Ministro não parece, portanto, encontrar muita dificuldade em realizar comparações de conduta distantes, inclusive entre relações consentidas e não consentidas. Tudo isso, de forma geral, em nome da proteção da sociedade. Esse anseio é constantemente reforçado, numa insistência sugestiva de uma temática de medo (MISKOLCI, 2007). Com isso, mesmo os debates extensos sobre as limitações técnicas e os avanços dos testes de detecção de ISTs parecem não surtir qualquer efeito para reduzir essa preocupação de ameaça.

Curiosamente simbólica e talvez sintetizadora de tudo isso seja a afirmação do Ministro Lewandowski, que pode revelar o que dá causa a essa comparação perene, quando diz: "**Eu mesmo não posso doar sangue e não me sinto discriminado. Eu estou proibido de doar sangue. Então, não é porque eu sou...**" (BRASIL, 2020, p. 93-99, grifos do autor). As reticências que marcam o silêncio da frase que o Ministro não terminou em plenário revelam, ao contrário, uma presença explícita e hegemônica. Ao se tomar como medida, o julgador expõe o paradigma hegemônico do próprio judiciário. Com essa presença ficam ainda mais marcadas as ausências que, diferentemente das reticências, são ditas a todo momento. Mas são ditas pela comparação, segundo a narrativa hegemônica, beneficiada pela ausência de "tradutores das ausências (mulheres, negros, pessoas sexo-diversas, por exemplo)" (PINHEIRO, 2019, p. 219).

2.2. ADI 4275 e a Alteração do Prenome e Gênero por Pessoas Trans no Registro Civil

A ADI 4275 discutia, a partir da Lei de Registros Públicos, não só a possibilidade, como os requisitos para que pessoas trans pudessem requerer a alteração do prenome de nascimento e do gênero no registro civil. A discussão foi marcada, principalmente, por três grandes temas: o uso do termo transexuais ou transgêneros¹⁴; a afirmação da prescindibilidade de realização de cirurgia de transgenitalização para caracterização da transexualidade ou transgeneridade; a necessidade, ou não, de decisão judicial para a alteração do prenome.

¹⁴ O consenso foi pelo uso do termo "transgêneros", no intuito de abarcar uma maior diversidade de gênero e sexualidades. As questões sobre os termos utilizados para rotulação das minorias gênero e sexo-diversas, contudo, é bastante profícua. Para mais, ver Machado (2008), Jesus (2012), Berenice (2006) e Cabral *et al.* (2005).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, julgava a ação procedente para permitir a alteração do prenome e gênero no registro civil, desde que as pessoas trans não submetidas a cirurgia de transgenitalização cumprissem os seguintes requisitos: "(i) idade mínima de 21 anos; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto" (BRASIL, 2018, p. 16).

O Ministro Edson Fachin, contudo, foi o primeiro a apresentar divergência e propôs em seu voto "reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil." (BRASIL, 2018, p. 40). Essa posição prevaleceu e, conforme restou assentado na ementa do acórdão, ela foi sintetizada sob o conceito da autoidentificação. Restaram vencidos o Ministro Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

A abordagem patológica da transexualidade se fez presente em vários dos votos apresentados nesse julgamento. Nem mesmo os votos concordantes com a linha vencedora, que em tese prestigiaram uma perspectiva de maior independência das pessoas trans, se furtaram disso. É o caso do voto da Ministra Rosa Weber, por exemplo, que em quase sua integralidade é fundado nessa concepção patológica, apesar de se afiliar ao voto do Ministro Edson Fachin. Essa discussão sobre o caráter patológico da transexualidade perpassa diferentes áreas das ciências sociais e biológicas¹⁵, mas serviu no julgamento como um marcador relevante da comparação. Se uma existência é patológica, é porque outras não o são.

Lembrar disso faz soar com mais clareza as preocupações externadas pelo Ministro Luiz Fux em um aditamento do seu voto, no qual o magistrado reforça repetidamente o binarismo de gênero e até mesmo jurídico. O Ministro pontua que o paradigma social é o das pessoas cisgênero, da lógica reprodutiva, e que as inclusões se dão pela comparação que, em algumas questões pelo menos, pode resultar na superação das diferenças. Mas isso apenas às vezes, já que logo em seguida o Ministro sugere que a pessoa transexual nunca estará no mesmo lugar de direitos que a pessoa cisgênero. É o que fica exposto em um trecho do voto quando o Ministro Luiz Fux afirma que

¹⁵ Nesse sentido: COACCI, 2020; BAGAGLI, 2016; BENTO *et al.*, 2012; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2002; CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2013; CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2018.

(...) via de regra, **não existe um “orgulho trans” ou um sentimento de pertencimento a um terceiro gênero**. Assim, não parece leviano supor que o transexual não quer ser visto como tal, mas sim como ele próprio se vê. **Pretendem sua inclusão social, como os demais indivíduos (chamados cisgêneros), de modo que, uma vez alterado o registro, sua identidade sexual biológica possa ser socialmente superada o quanto possível.** [...].

A retificação do gênero, como visto, que já vem sendo admitida para transexuais que se submeteram à cirurgia de redesignação, acarreta consequências jurídicas diversas. A existência de regimes jurídicos diferentes para homens e mulheres em algumas searas (previdenciária, prisional, desportiva, assistencial etc) demanda uma análise mais sensível do intérprete. No entanto, como não há um **terceiro regime jurídico**, a menção à transexualidade não contribui para dirimir tais questões. Salvo nos **casos em que a diferenciação se funda em aspectos genéticos ou reprodutivos**, parece razoável sugerir que o regime jurídico acompanhará a identidade de gênero agora já refletida no registro civil.

Em outras palavras, é razoável supor que o transexual masculino provavelmente não gozará de licença maternidade, somente se aposentará após cumpridos os limites de 65 anos e 35 de contribuição e realizará serviço militar obrigatório. Essas e outras situações serão dirimidas oportunamente, sem que a averbação do termo ‘transexual’ no registro civil contribua para esclarecer qual o regime aplicável." (BRASIL, 2020, p. 100-101, grifos do autor).

Patologização da transexualidade e reprodutivismo são dois pontos que parecem, portanto, perpassar as principais preocupações da Corte nesse caso. São pontos que na lógica heteronormativa surgem bastante conectados e ao mesmo tempo incompatíveis. É o que se extrai de argumentos como os expostos no trecho acima, em que o Ministro Luiz Fux afirma o caráter incompatível da transexualidade com a lógica reprodutiva, de forma a não admitir o direito à licença maternidade, por exemplo. Trechos como esse poderiam passar por irrelevantes, já que não se prestam a discutir o objeto da ação propriamente. Mas seria ingênuo supor que as razões que integram uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade possam ser consideradas dispensáveis. Ainda mais quando se considera o modo de construção dos acórdãos do STF, que torna imprecisa a identificação das razões vinculantes das decisões da Corte, seja para o ordenamento jurídico como um todo, seja para si própria (VIEIRA *et al.*, 2020, p 1.096).

Assim, é possível depreender da fundamentação desse trecho, especialmente dos termos utilizados, um reforço do comportamento heteronormativo, que responde à lógica crononormativa do futurismo reprodutivo (PINHEIRO, 2020, p. 117). Trata-se da preocupação com a criança do futuro (EDELMAN *apud* PINHEIRO, 2020, p. 117), mas não apenas com aquela que ainda vai nascer, como também com a que já se constitui na promessa da continuidade da hegemonia. Para essa criança a normalidade deve ser uma só, isto é, aquela em que a mãe transexual nem sequer existe ou mesmo reclama por direitos.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio, em um aditamento do seu voto, entoa a preocupação sobre o infante ao dizer que um dos perigos da proposta do Ministro Edson Fachin, que dispensava a necessidade de qualquer decisão judicial para a alteração do prenome, era justamente colocar as crianças sob risco:

A segurança jurídica, parece-me - aqui com a devida vênia ao Ministro Fachin -, **ocorre não só em relação ao transgênero, mas em qualquer alteração de prenome, quando mantém-se a necessidade de decisão judicial** e, volto a dizer, sem qualquer requisito, só com os requisitos que a lei exige para qualquer alteração.

E há mais um problema aqui, que a lei argentina regulamentou: **a questão dos menores de idade**. Nós teríamos aqui também que analisar. E os menores de idade? Se, eventualmente, o posicionamento de ir diretamente ao cartório prevalecer, os menores de idade poderão alterar? Com a decisão judicial, como me referi anteriormente, acredito que sim, dependendo do contexto. **Ah, mas os menores de idade poderão alterar?** E a lei argentina assim adotou: com a autorização dos pais. Mas me parece também que, para uma maior segurança jurídica do próprio menor de idade, um procedimento de jurisdição voluntária seria adequado. (BRASIL, 2020, p. 45).

A decisão final da Corte, portanto, ainda que positiva, é vasta em demonstrar comparações que reforçam a normatividade da hegemonia. Isso ocorre principalmente através do constante lembrete de que a transexualidade ainda é vista majoritariamente de forma patológica, em detrimento de uma conduta normal e saudável que se pressupõe ser a cissexualidade. Também é vista como uma ameaça ao binarismo sexual e jurídico, cujos efeitos devem ser contidos, controlados e conformados à realidade hegemônica. A decisão confirma, assim, "uma perspectiva dêitica na exegese dos direitos humanos de transexuais, que poderia ser assim resumido: Transexuais, tenham direitos, mas longe de mim ou crianças." (GOMES et al., 2022, p. 1119).

2.3. ADPF 132 e ADI 4277 e o Reconhecimento da União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo

A ADPF 132 e a ADI 4277, julgadas em conjunto, discutiam a possibilidade do reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, pela regra do artigo 1.723 do Código Civil, à luz, principalmente, do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal ("Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento).

O Ministro Ayres Britto, relator de ambas as ações, as julgou procedentes para aplicar ao artigo 1.723 do Código Civil a técnica de interpretação conforme à Constituição, a fim de "excluir

qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como 'entidade familiar', entendida esta como sinônimo perfeito de 'família.'" (BRASIL, 2011, p. 49). O acórdão de julgamento conforme publicado registra que as ações foram julgadas procedentes por unanimidade. Mas, como é possível perceber da própria ementa do acórdão e da leitura dos votos, não houve consenso absoluto na Corte, existindo divergências significativas por parte dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso.

Conforme apontam Vieira e Efrem (2020, p. 1.089), é comum que o STF opere nesses casos que envolvem minorias sexuais e gênero diversas uma "gramática do sofrimento". No caso em questão, essa gramática é operada segundo a lógica da afetividade. Assim, a todo momento, a preocupação parece ser garantir a homossexuais e lésbicas a possibilidade de expressar sua afetividade nos termos da hegemonia, tirando-lhe o sofrimento dessa exclusão. Nesse sentido, o acórdão de julgamento é claro ao reforçar esses dois paradigmas convergentes, isto é, da afetividade enquanto conformação heteronormativa, para "julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva". (BRASIL, 2011, p. 6).

A afetividade é, nesse caso, o conceito chave que norteia toda a comparação. Tanto é que o termo consagrado pelo STF na discussão do caso explicitamente o contém: "união homoafetiva" (BRASIL, 2011, p. 5). A tônica nesse aspecto é reforçar o casamento como única maneira de legitimação das relações *queer* na lógica hegemônica, requerendo-lhes inclusive a publicidade da relação, de modo a excluir uma infinidade de outras relações gerenciadas de modos diversos (PINHEIRO, 2020, p. 118). Mais do que regular relações gerais entre duas pessoas, a decisão regula afetos. Assim, a heterossexualidade como fundamento relacional que subjuga mulheres em relações de casamento cuja centralidade se foca no homem heterossexual (CURIEL, 2013, p. 48) passa a servir de parâmetro equalizador para as relações entre homossexuais e lésbicas.

A comparação fica exposta de forma literal, por exemplo, em um trecho do voto do Ministro Ayres Britto, em que ele trata as afetividades hegemônicas e *queer* como antônimos, algo contrapostas:

Com esta elucidativa menção à terminologia [homoafetividade] em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o **antônimo** da heteroafetividade, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. (BRASIL, 2011, p. 23)

Quando o certo – data vênua de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que **a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família**. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e **constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade**. (BRASIL, 2011, p. 42-43).

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, reforça que essa afetividade é limitada, restringida, possui regras e deve seguir um padrão hegemônico estabelecido segundo o paradigma da heterossexualidade:

O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a **conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais**." (BRASIL, 2011, p. 53-54).

"É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana; **permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição**. (BRASIL, 2011, p. 68)

Ou seja, a Corte se dispõe a criar "um mundo do tipo 'vale-tudo' (desde que tudo permaneça inalterado)" (HALBERSTAM, 2020, p. 93). Inalterado a ponto de estancar qualquer arroubou de desconstrução radical que busque o reconhecimento constitucional de formas de relacionamento menos convencionais, menos hegemônicas. Foi o que aconteceu em 26/06/2018, quando o Conselho Nacional de Justiça resolveu que

[a] sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união "poliafetiva". (BRASIL, 2016, p. 2).

Nesse mesmo sentido, mais recentemente, essa mesma posição foi ratificada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.045.273/SE¹⁶, em que se pleiteava o

¹⁶ O recurso foi autuado em segredo de justiça e o Supremo Tribunal Federal disponibiliza apenas parte do acórdão de julgamento. O voto do Ministro Edson Fachin e do Ministro Alexandre de Moraes foram publicitados pelo site

reconhecimento *post mortem* de duas uniões estáveis simultâneas, uma heterossexual e a outra homossexual. Nesse caso, a união homossexual contava de forma geral com as mesmas características da união heterossexual. Ambas haviam durado mais de uma década, eram marcadas pelo compartilhamento de plano de saúde, cartão de crédito e outras despesas e contas¹⁷. A companheira do falecido, contudo, foi quem buscou o reconhecimento da união perante a justiça primeiro e obteve sucesso. Ao companheiro, que tentou o reconhecimento na sequência, restou o fracasso. O tribunal sergipano reconheceu explicitamente a existência dos requisitos necessários à configuração de união estável, mas negou-lhe o direito em virtude do reconhecimento anterior pela companheira heterossexual. No STF a decisão restou mantida ao argumento de que

(...) o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, **independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos**. (BRASIL, 2020b, p. 2, grifos do autor).

Ou seja, de forma ilustrativa, na interpretação do mesmo dispositivo constitucional que garantiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Supremo se fechou para interpretações constitucionais abertas e contra-hegemônicas. Por mais que o relacionamento homossexual contasse com características similares às da união heterossexual, bastou verificar a ordem de chegada perante o judiciário para reforçar a proeminência da relação heterossexual sobre a homossexual.

A Corte optou por reafirmar uma concepção restrita do dispositivo que, a julgar pela forma como foi interpretado na ADPF 132 e na ADI 4255, não seria possível. Assim, ao impedir o reconhecimento de outras formas de relação, primeiro daquelas marcadas por temporalidades essencialmente diferentes e depois daquelas coincidentes, o Supremo inseriu um limite na fronteira da desconstrução constitucional, como que relembrando o paradigma relacional da hegemonia.

Consultor Jurídico (Conjur), disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-19/finalizado-julgamento-nega-reconhecimento-uniões-simultaneas>. Acesso em 13/09/2022.

¹⁷ Essas informações foram obtidas a partir dos registros públicos do julgamento do recurso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OuF9rCHCpMM>. Acesso em 13/09/2022.

3. PASSABILIDADE: A ASSIMILAÇÃO DO POSSÍVEL

A segunda categoria de análise é a da passabilidade que, como visto, guarda consigo traços próximos da comparação. O termo, contudo, se desenha com um contorno diferente, principalmente a partir da sua articulação pelos estudos transfeministas, que buscaram compreender como a sociedade hegemônica exige das pessoas trans a performatividade do gênero dentro da lógica binária (GOMES *et al.*, 2022, p. 1.100). Esse conceito retoma a discussão lançada por Butler (2003) acerca dos conceitos de sexo e gênero enquanto uma dualidade operada pelo binômio naturalidade e da construção social, respectivamente. O que sugere Butler (2003, p. 26) é que gênero não decorre do sexo, de modo que a própria diferenciação entre esses dois conceitos parece algo bastante arbitrário. Isto é, "talvez sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma" (BUTLER, 2003, p. 25).

A passabilidade, portanto, para as pessoas trans se revela como um critério de adequação à hegemonia. A pessoa trans desejável e que pode ser reconhecida enquanto sujeito de direitos é aquela que se submete aos padrões cisnormativos. Em outras palavras,

[...] [u]ma pessoa trans tem passabilidade quando parece ser um homem ou mulher cis, ou seja, quando performa de maneira tida como congruente com a identidade masculina ou feminina e com ela os elementos que subjetivamente alocam-na a determinado registro imagético. (GOMES *et al.*, 2022, p. 1112)

Assim, se na comparação a hierarquização da transexualidade era feita principalmente em face da cissexualidade, no intuito de considerar a primeira uma condição patológica, na passabilidade a hierarquização é essencialmente interna. Ou seja, é buscar dentre as condições consideradas patológicas no grupo de pessoas sexo e gênero-diversas qual é aquela que pode ser considerada a mais próxima da realidade hegemônica, isto é, a mais passável.

Mas o termo, tomado de empréstimo dos estudos transfeministas, acaba servindo a uma lógica comum dominante para fornecer substrato para diversos critérios de exclusão. Assim, todas as minorias *queer* — transexuais, travestis, transgênero, lésbicas, homossexuais, intersexuais etc — estão sujeitas a aplicação conformadora desse critério. O objetivo em suma é o mesmo, verificar quais os limites da assimilação, isto é, o quanto aquela minoria determinada se adequa ao modo de vida hegemônico. É por esse critério que se torna possível afirmar a heterossexualidade compulsória no modelo normativo construído de sociedade, pois o que se requer através dele é que

"mesmo que não sejamos heterossexuais, pelo menos estejamos enquadrados dentro das normas tidas como heterossexuais." (GOMES *et al.*, 2022, p. 1.108).

3.1. ADI 5543 e a Doação de Sangue por Homens que fazem Sexo com Homens (HSH)

Na ADI 5543, como visto, o Ministro Marco Aurélio, ao delimitar suas primeiras discordâncias do relator, enxergou a questão posta em julgamento sob o binômio do ressentimento e do preconceito (BRASIL, 2020, p. 63). A contraposição a esse argumento desconfiado, que parece mais revelar o ressentimento hegemônico do que o contrário, foi a ideia de caridade, que perpassou grande parte da discussão.

O Ministro Fachin buscou promover uma abordagem bastante inclusiva em seu voto, mas não deixa de ser significativo observar como a noção de empatia é um fio condutor constante na argumentação do Ministro:

Compartilhando da fundamentação doutrinária e da aplicação jurisprudencial por esta Corte da Teoria do Impacto Desproporcional, concluo que a política restritiva prevista no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois acaba tal limitação, a despeito de intentar proteção, **impondo impacto desproporcional sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou as parceiras destes ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue.** (BRASIL, 2020, p. 45, grifos do autor).

Em síntese Senhora Presidente, o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA: [...] d) fazem a República Federativa do Brasil derribar o que ela deveria construir – uma **sociedade livre e solidária** – art. 3º, I, CRFB. (BRASIL, 2020, p. 55-56, grifos do autor).

Na fundamentação do voto do Ministro Edson Fachin há uma preocupação presente de afirmar concepções constitucionais mais inclusivas, com um realce da importância que deve ser dada à manifestação da sexualidade como categoria de direito fundamental. Apesar disso, o Ministro adota como linha lateral e recorrente em sua fundamentação as noções de empatia e caridade. Esses fundamentos parecem se dirigir muito mais à hegemonia posta do que à minoria em questão. A construção narrativa do trecho acima grifado, por exemplo, já na parte conclusiva do voto, dá destaque a doação de sangue: a proibição da manifestação da sexualidade pelos HSH é um impacto do ato de doar sangue, isto é, decorre dele, que é o ato principal.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, que se somou a maioria capitaneada pelo voto do Ministro Edson Fachin, encampou a lógica da caridade em um aditamento ao seu voto inicial:

Por outro lado, Senhora Presidente - quer dizer, diante desses excessos, diante de tudo quanto já expôs o Ministro Edson Fachin, à luz dos princípios constitucionais agora reforçados pela Ministra Rosa Weber e pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso -, eu entendo que também devemos analisar esse tema à luz do ideário da nossa nação, que é a nossa Constituição Federal. E a Constituição Federal, ela se propõe a criar um País em que haja uma **sociedade solidária**.

[...].

Então, eu entendo, Senhora Presidente, que se nós nos adstringirmos à prática das condutas de risco, nós estaremos, aqui, neste Tribunal, sem necessidade de indagar da nossa capacidade institucional, plasmando **uma decisão que, ao mesmo tempo, ela é justa e caridosa, fazendo também uma caridade justa**. (BRASIL, 2020, p. 87-88, grifos do autor).

Em sua fundamentação, contudo, o Ministro Luiz Fux desenvolve a noção de caridade por outros campos, além daqueles primeiro colocados pelo Ministro Edson Fachin. Com isso, além de servir para fomentar a formação de uma sociedade solidária, a decisão que garantisse o direito aos HSH seria triplamente correta, por ser justa, caridosa e realizar uma caridade justa. Com isso, é possível depreender que o Ministro considera o pedido justo e digno de guarida constitucional; considera que a decisão é caridosa, pois antevê as repercussões positivas para a sociedade brasileira, na qual os estoques de sangue estão sempre abaixo do necessário¹⁸; e considera a decisão uma caridade justa, pois demonstra a benevolência com os HSH, que passam a ser finalmente admitidos a participarem da sociedade solidária.

Assim, o fato de parte da narrativa construída pelo posicionamento vencedor no julgamento da ADI 5543 ter se pautado na empatia, solidariedade e caridade não é, por si só, um indício direto de construção da passabilidade. Contudo, essa concepção que baseia a linha argumentativa da caridade sugere fortemente uma justificação que não se volta para a minoria protegida (os HSH), mas aos grupos hegemônicos. Isto é, para os HSH a discussão se pauta pela proteção ao direito do exercício da sexualidade como dimensão integrante da vida humana. Mas para as hegemônias, os votos lembram e destacam o caráter solidário e caridoso das consequências que virão da afirmação do direito pleiteado pelos HSH, a doação de sangue. Assim, costuram-se dois fundamentos principais numa decisão que é por si só caridosa aos HSH, mas também permite a caridade aos

¹⁸ Nesse sentido: CNN, 2022: *Bancos de sangue de 16 estados e do DF estão com estoques baixos ou críticos*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/bancos-de-sangue-de-estados-estao-com-estoques-baixos-ou-criticos/>. Acesso em 13/09/2022.

demais, oferecendo uma entrada na vivência hegemônica. Em outras palavras, a passabilidade dos HSH é afirmada principalmente pela lembrança da utilidade, que justificaria a tolerância da conduta desviante.

3.2. ADI 4275 e a Alteração do Prenome e Gênero por Pessoas Trans no Registro Civil

No julgamento da ADI 4275, a passabilidade ganhou seus aspectos mais explícitos, que remetem a sua própria formulação transfeminista, conforme indicado por Gomes e York (2022). A discussão presente no acórdão de julgamento se construiu majoritariamente em torno do termo "retificação", denotando, portanto, a necessidade de correção do nome e do gênero. O termo, contudo, acabou não sendo utilizado na ementa do acórdão, na qual se preferiu o termo "alteração". Mas o uso de "retificação" é capaz de indicar, por si só, os aspectos patologizantes quase intrínsecos à discussão perante o STF. A esse respeito,

Como a pesquisadora e ativista transfeminista Caia Coelho (2020) argumenta: a retificação administrativa de nome e gênero é um remendo à lógica cisgênera e uma sofisticação da uma violência do Estado que marca a vida das pessoas trans. Realizar a retificação, de certo modo, seria reconhecer que até aquele momento seu nome e seu gênero foi aquele que consta nos registros do Estado e isso seria violento. (COACCI, 2020, p. 1206)

A presença da patologização nesse julgamento trouxe à tona a discussão sobre a necessidade da cirurgia de transgenitalização para o reconhecimento da transexualidade. Todos os votos defenderam a dispensabilidade dessa cirurgia, mas isso não ocorreu sem que houvesse uma hierarquização entre pessoas trans que tivessem passado pelo procedimento cirúrgico e as que optassem por não fazê-lo. O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, apesar de concordar com a prescindibilidade da cirurgia, introduz um posicionamento nitidamente hierarquizante, ao afirmar que

O critério morfológico, embora carente de mitigação, ainda é **parâmetro relevante para a identificação de cidadãos**. Nos casos em que não realizada a cirurgia de transgenitalização, a alteração do assentamento deve ser precedida da verificação de **critérios técnicos aptos a comprovar a transexualidade**. (BRASIL, 2018, p. 14, grifos do autor).

Isso porque a existência de critérios técnicos que possam definir de forma estrita a transexualidade, servindo como comprovação para ela, pressupõem um terceiro legitimador da identidade gênero-sexual alheia. Com isso, pessoas trans que não atendam ao chamado critério morfológico não poderiam livremente se autoidentificar. Ao mesmo tempo, a hierarquização estimula a transgenitalização para fins de facilitação desse reconhecimento, sem considerar que a cirurgia, quando indesejada, se converte em verdadeira adequação violenta e assimilacionista à hegemonia.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux, apesar de concordar com a dispensa da cirurgia enquanto critério exclusivo para determinação da transexualidade, reforçou sua preponderância ao pontuar que

[...] [a] **submissão do paciente a intervenções estéticas e cirúrgicas adicionais, bem como sua compleição física e biotipo favorecem a adequação do corpo biológico ao gênero a que se identifica o sujeito.**

Ainda prevalece a orientação jurisprudencial de que a cirurgia de redesignação sexual constitui a etapa final do Processo Transexualizador e habilita o sujeito a alterar seu registro civil. No entanto, é possível identificar precedentes em que se admite a retificação do registro de transexuais que não se submeteram à cirurgia, como os do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir transcritos. (BRASIL, 2018, p. 107, grifos do autor).

Essas concepções, entretanto, representam signos da lógica estética binária e insistem numa definição pré-concebida de identidades de gênero e sexuais que, apesar disso, reivindicam espaços distintos dos hegemônicos. Considerar que a transgenitalização e outras cirurgias estéticas *favorecem* uma *adequação* denota propósitos hierarquizantes que se afirmam em detrimento de vivências que, nessa lógica, optariam por uma existência desfavorecida e não adequada.

Com base nesse entendimento, o Ministro Marco Aurélio então sugeriu quais seriam as outras formas de reconhecimento da transexualidade. Essas formas não dizem respeito ao indivíduo na esfera da sua autoidentificação propriamente, mas servem como verdadeiros mecanismos práticos para avaliar a passabilidade trans:

A alteração do assentamento de pessoa não submetida à transgenitalização deve ser condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos – cumpre esclarecer, neste ponto, não estar em jogo a maioridade civil, alcançada, nos termos do Código Civil de 2002, aos 18 anos, mas, sim, a maturidade adequada para a tomada de decisão; e (ii) **diagnóstico médico de transexualismo**, consoante os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, **por equipe**

multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. (BRASIL, 2018, p. 15, grifos do autor).

O terceiro legitimador da identidade gênero-sexual alheia se multiplica e se apresenta por um grupo de profissionais que simbolizam o caráter patológico da experiência trans para o Ministro. O arremate, nesse ponto, consegue representar bem a dimensão da violência sugerida à pessoa trans. De um lado, a pessoa trans que realizou a cirurgia de transgenitalização, considerada a trans legítima; do outro lado, a pessoa trans não operada, isto é, aquela que insistiria no corpo errado. Para ambas, a comprovação da transexualidade, ou transgeneridade, seria obrigatória. Para a primeira, isso se daria através da comprovação da realização da cirurgia. Já para a segunda, na falta da comprovação genital, seria imposta uma sequência de exames, diagnósticos e avaliações. A autoidentificação, portanto, se resumiria ao pontapé inicial da jornada sobre a qual dali em diante a pessoa trans iria ser a pessoa com menos controle.

Apesar de ter sido relativamente bem acolhida pela Corte, essa não foi a proposta vencedora. Prevaleceu, ao final, o voto do Ministro Edson Fachin, o qual manifestou esforço em não produzir hierarquizações como base fundamente da decisão. Mas o caso, portanto, apesar do resultado positivo para as pessoas trans, que passaram a poder alterar o prenome e o gênero perante o registro civil sem a necessidade de decisão judicial, não deixou de reforçar o binarismo de gênero ou a patologização da vida trans. Esses reforços e seus efeitos podem inclusive ser observados em casos concretos, em que a aferição da passabilidade foi ainda mais acentuada.

A ADI 4275 foi proposta em 2009 e teve seu julgamento iniciado em 2017, com conclusão em março de 2018. Em 2014, foi autuado perante o STF, o recurso extraordinário (RE) número 845779, de Santa Catarina. Esse recurso tem origem em uma ação indenizatória proposta por uma mulher trans que foi impedida de usar o banheiro feminino de um shopping pelos seguranças do local. Sem poder utilizar o banheiro, a mulher não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas e acabou as fazendo nas próprias vestes no espaço público do estabelecimento.

Apesar da sentença ter julgado o pedido inicial procedente e condenado o shopping ao pagamento de indenização por danos morais, o tribunal catarinense reformou a decisão para julgar o pleito improcedente. Entre os fundamentos do acórdão, destacam-se a alegação de ausência de comprovação de comportamento discriminatório contra a proponente por parte do shopping, bem como a inexistência de dano à sua personalidade, mas mero incômodo ou aborrecimento. No

Supremo Tribunal Federal o recurso teve repercussão geral reconhecida ainda em 2014 nos seguintes termos:

Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. (BRASIL, 2014, p. 1).

O julgamento desse recurso teve seu início em novembro de 2015, mas foi interrompido por pedido de vista do Ministro Luiz Fux. Mais de 7 (sete) anos depois, o recurso ainda não foi liberado para julgamento pelo Ministro. As questões que envolvem a discussão presente nesse RE talvez permitam compreender a demora em seu julgamento, bem como as questões da passabilidade.

Gomes *et al.* (2022, p. 1101-1102) conduziram uma análise ilustrativa nesse sentido sobre os debates travados durante a primeira sessão de julgamento, já que os votos escritos ainda não foram liberados pelos Ministros. A análise das discussões em plenário costuma ser capaz de captar com maior naturalidade o que os Ministros realmente pensam, mas é plenamente possível que, ao término do julgamento desse recurso, os votos sejam reescritos ou mesmo alterados.

Apesar disso, as falas registradas durante aquela sessão demonstram a percepção geral de alguns Ministros sobre a situação e denotam com clareza a força da passabilidade em suas argumentações. A lógica principal com pessoas trans costuma ser a do reforço da binariedade de gênero. Isto é, o que preocupa nas discussões é, de forma bastante concentrada, a estética. Essa preocupação não é nova, como pôde ser observado no julgamento da ADI 4275. A percepção da performatividade de gênero e sexualidade é, portanto, a tradução desse critério estético que sofre uma notória padronização hegemônica (Gomes *et al.*, 2022, p. 1101-1102).

Assim, retomando a lógica do temor, os Ministros buscam definir, antecipadamente, quais seriam os critérios de distinção para a afirmação da mulher trans enquanto mulher real. Para isso, a passabilidade opera-se explicitamente: a mulher trans só é mulher se parecer uma mulher cis. É essa passabilidade, que se converte em equivalência, que determina se a mulher trans pode ser assimilada pela hegemonia ou não. Essa condição é determinante, pois, em caso positivo, a mulher trans poderá então acessar certos direitos, como, por exemplo, o de usar o banheiro que entende como adequado (Gomes *et al.*, 2022, p. 1101-1102). Ao mesmo tempo, a mulher trans que não tem passabilidade, ou seja, que não equivale à mulher cis, não pode ser assimilada. Ela é um terceiro

corpo, que não parece com nada que a hegemonia é ou conhece, e por isso tem menos -- ou não tem -- direitos.

O critério estético, logo, é a epítome de afirmação da passabilidade para a hegemonia. A discussão sobre o uso de banheiros por pessoas trans torna evidente que o judiciário considera a performatividade de gênero e sexualidade um elemento relevante de decisão e capaz de servir para mitigar o direito desses indivíduos, como no que se refere a sua autodeterminação (Gomes *et al.*, 2022, p. 1101-1102). Mas isso não significa que a aplicação desse critério ocorra sempre da mesma maneira. Em sua análise sobre o comportamento do STF, Gomes *et al.* (2022, p. 1.129) observaram que

No plano geral, das ações constitucionais de eficácia *erga omnes*, ele é progressista; no plano das ações individuais, ele tende a espoliar os direitos daqueles que não performatizam o seu gênero de forma binária e cisnormativa. Isso demonstra que a proximidade do membro do sistema de justiça com o corpo transexual é um fato que altera a forma como ele/a interpreta e aplica direitos, e isso precisa ser levado em conta. (GOMES *et al.*, 2022, p. 1129).

Isso porque é bastante recorrente na retórica dos Ministros durante o julgamento o uso de formulações transfóbicas, que tratam travestis como se fossem homens que se vestem de mulheres, ou ainda mulheres no corpo de um homem (GOMES *et al.*, 2022, p. 1.111). É assim que ao menos parte dos membros Corte se revelam como "favoráveis a direitos LGBTI+ em tese, mas a possibilidade de obrigarem outras pessoas a se aproximar e dividir banheiros com transexuais é uma medida que os deixa em dúvida." (GOMES *et al.*, 2022, p. 1120). Esse reforço notório do requisito da passabilidade trans para a aceitação hegemônica se traduz na constante vigilância da performatividade dos corpos. Contudo, essa vigilância afronta a dimensão fundamental dos direitos dessas pessoas, ignorando que "travestis e transexuais são sempre sujeitos/as de direito, não apenas quando performam gênero de determinada maneira." (GOMES *et al.*, 2022, p. 1.129).

Portanto, por mais que passabilidade seja capaz de representar uma dimensão relevante sobre a existência de pessoas gênero e sexo-diversas, para alguns grupos ela é essencial. Às pessoas trans, tanto a inclusão, como a exclusão, pela passabilidade tende a operar por um sistema de assimilação hegemônica violento e traumático. De um lado, pode exigir cirurgias e instrumentalizá-las como mero passe de reconhecimento. Do outro, pode negar e relegar para ainda mais longe do convívio social as pessoas trans que não se compreendam segundo parâmetros binários estigmatizados pela hegemonia social. Assim, dizer que performance de gênero não deve servir

para identificar sujeitos de direito não é pautar a discussão pela indiferença a esse respeito. Pelo contrário, é introduzir na conversa a questão do gênero e da sexualidade com assunto primordial da vivência humana em sociedade.

3.3. ADPF 132 e ADI 4277 e o Reconhecimento da União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo

As ações que discutiram a constitucionalidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo podem parecer, a princípio, uma caminhada de abertura da normatividade hegemônica para modelos diversos de relacionamentos (PINHEIRO, 2019, p. 117). Mas a análise da fundamentação construída pelo STF, das repercussões do julgamento, bem como dos casos seguintes que discutiram temas *queer*, tornam esse cenário menos otimista.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo, como viria a ser regulamentado pelo CNJ posteriormente¹⁹, é marcado pela estratégia do movimento homossexual que buscava "desautorizar sua pretensa promiscuidade e de demonstrar sua capacidade de manter relações monogâmicas de longo prazo." (PINHEIRO, 2020, p. 117). Esse objetivo acaba se sobrepondo a qualquer pretensão maior que buscasse um reconhecimento amplo de outros modelos relacionais a partir da Constituição. Há uma submissão ao modelo majoritário considerado como "natural e superior – uma naturalização que, por exemplo, ainda tenta diferenciar, entre casais homoafetivos, os papéis de parceiro ativo e passivo." (PINHEIRO, 2020, p. 113-114). Essa estigmatização, comumente marcada por papéis sexuais, repercute perante o convívio hegemônico de muitas formas, tendendo a servir como forma de reconhecimento de um casal análogo ao heteroafetivo. Assim, a divisão desses papéis pode ser entendida pela realidade normativa como uma conformação possível à lógica marido e mulher. Os marcadores sociais nesse sentido são similares: para o parceiro ativo enquanto homem, mantenedor, dominante e protetor; para o parceiro passivo enquanto a mulher, cuidadora do lar, submissa e vulnerável.

¹⁹ Em 2013, através da Resolução n 175, de 14/05/2013, o Ministro Joaquim Barbosa, então presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tornou vedado às autoridades cartorárias competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754#:~:text=RESOLVE%3A-,Art.,corregedor%20para%20as%20provid%C3%A2ncias%20cab%C3%ADveis>. Acesso em: 13/09/2022. Essa resolução viria a ser necessária, uma vez que o acórdão de julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 tratavam apenas do instituto da união estável.

O Supremo, ao analisar a questão das uniões homoafetivas, encampou esse argumento assimilacionista e hierarquizante. Observou nele a facilitação pela passabilidade, que poderia oferecer à sociedade a justificativa ideal para a aceitação da união estável entre pessoas do mesmo sexo: estaria sendo formada uma família; uma família análoga à tradicional; uma família aceitável. Dois trechos do voto do Ministro Luiz Fux ilustram repetidamente essa questão:

É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana; **permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição** (BRASIL, 2011, p. 68, grifos do autor).

Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; **a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família.** (BRASIL, 2011, p. 79, grifos do autor).

A aceitação de um modelo homossexual de família que seja análogo ao tradicional responde, para o Ministro, a um objetivo maior e mais nuclear da sociedade que, nesse caso, é a própria afirmação da família mononuclear enquanto instituição. Para tanto, indica-se o conceito de função social da família, ilustrado pela função protetiva aos seus integrantes, mas que aparece logo após de uma analogia à função social da propriedade. Nessa formulação não parece haver, a princípio, nada que impeça outros desenhos familiares por pessoas sexo e gênero-diversas, já que em todos eles é possível defender o propósito de proteção comum de seus integrantes. Mas eis então presente no voto o requisito de formação dessa família nos mesmos termos que as heterossexuais hegemônicas.

Nesse argumento reside a questão embrionária que levaria o CNJ e o STF a negarem arranjos distintos de famílias no futuro. Assim, o reconhecimento da família formada por casais homoafetivos serve, na realidade, a um propósito estabilizador que busca conter transformações sociais no núcleo de sustentação da hegemonia. Exigir de pessoas que organizam suas relações sexuais ou não de formas diversas o mesmo padrão de organização levado pela normalidade hegemônica deveria soar como contrassenso, mas é algo tomado por natural na decisão do STF.

Com isso, o Supremo permaneceu privilegiando o "padrão linear, produtivo e reprodutivo" (FREEMAN *apud* PINHEIRO, 2021, p. 2.910), para impor essa estrutura aos chamados casais

homoafetivos, ao mesmo tempo em que exclui temporalidades *queer* que vislumbram outros modelos relacionais e de parentesco (HALBERSTAM, 2020, p. 109). Na prática, a decisão não permite uma concepção do casamento que não seja a heteronormativa, produzindo apenas uma incorporação ao instituto (PINHEIRO, 2020, p. 121). Assim, ao pretender a isonomia ao reforçar no acórdão o necessário caráter contínuo, público e duradouro (BRASIL, 2011, p. 5) para que essas uniões sejam reconhecidas, o Supremo tenta ocultar que

[...] restringir o conceito de tal instituto a um reconhecimento jurídico de relacionamento de longo prazo entre duas pessoas que se amam encobre o papel do casamento enquanto dispositivo político-legal, por meio do qual o Estado invade, define e regula a sexualidade, o desejo e a intimidade dos cidadãos – criando um círculo protetivo fora do qual práticas sexuais não-normativas são privadas de igual tratamento (WARNER, 1999, p. 128). (PINHEIRO, 2020, p. 117)

Portanto, a passabilidade se afirma como um critério guia para a fundamentação e decisão dos Ministros especialmente em casos envolvendo minorias sexo e gênero-diversas. A sua identificação, contudo, não é sempre tão explícita, fazendo com que o tema não seja muito analisado no Brasil enquanto um conceito sócio-jurídico (GOMES *et al.*, 2022, p. 1.102). Apesar disso, o reconhecimento do uso desse conceito enquanto critério de decisão e sua investigação insistente é relevante, pois serve para revelar as estratégias de exclusão pela inclusão praticadas por discursos hegemônicos que se pretendem inclusivos.

CONCLUSÃO

A análise das decisões selecionadas do Supremo Tribunal Federal permitiu observar a prevalência, ainda que indireta, de um viés hegemônico na construção narrativa da fundamentação dos acórdãos. Assim, apesar dessas decisões poderem ser consideradas avanços na garantia de direitos às minorias gênero e sexo-diversas, elas não o fizeram sem produzir alguma forma de autocontenção social futura. Isto é, a própria decisão delimitou parâmetros relacionais de controle, explícitos e ocultos, cuja resistência tende a ser testada em momentos posteriores de utilização do precedente para a tentativa de reconhecimento de direitos fundamentais a outros grupos. Assim, a inclusividade do momento jurídico representado pelo paradigma contra-hegemônico de decisões como a da união entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, se converte em um topos de reafirmação da hegemonia, justificando a exclusão de modelos relacionais poligâmicos. Ou seja, o momento constitucional contra-hegemônico, na realidade, guarda em si a subversão da inclusividade, servindo para repelir condutas e vivências consideradas mais dissidentes do padrão hegemônico naquele momento de aparente contra-hegemonia.

Essa lógica cria uma espécie de jogo de inclusão pela exclusão, que se opera pela aproximação à centralidade hegemônica daqueles comportamentos que, atendendo à comparação e à passabilidade, podem ser mais facilmente assimilados pela experiência de vida hegemônica. Ao mesmo tempo, ocorre um afastamento dessa centralidade das condutas cuja comparação distante e a ausência de passabilidade as tornam demasiadamente estranhas para o padrão hegemônico. Esse jogo de aproximação e afastamento, contudo, não é estático. A própria aplicação das categorias que o definem não é estática. Isso significa que a condução de pautas cada vez mais abrangentes e reivindicadoras de direitos para minorias gênero e sexo-diversas tende a forçar a exposição de anomalias sociais produzidas pela homogeneização do direito. Esse movimento pode ocorrer segundo formulações mais abrangentes, como é o caso da teoria *queer*, ou mais restritivas, como foram os movimentos homófilos, que se adequaram à lógica desse jogo.

A exposição dessas anomalias pauta a discussão social e acaba por demandar uma conformação jurídica para preservar a própria ordem hegemônica. Para o direito, a construção normativa da inclusão pela exclusão não ocorre por formas gerais e definitivas. Assim, aquilo que é assimilado e incluído decorre do resultado de reivindicações constantes que, pela força que adquirirem, se impõem como realidade. Aquilo que é excluído através dessa inclusão anterior é a

conduta considerada mais desviante ou mais *queer* que afirma um distanciamento intolerável à hegemonia. Mas conforme essas condutas excluídas pareçam mais próximas da experiência hegemônica e, mais importante, sirvam para excluir e afastar alguma outra conduta ainda mais desviante, mais provável será sua inclusão.

Contudo, uma perspectiva de constitucionalismo inclusivo, que sirva de base para a desconstrução do direito em casos envolvendo minorias gênero e sexo-diversas, não pode operar por essas categorias. A teoria *queer*, nesse sentido, não pode servir apenas como conceito teórico abstrato facilitador da compreensão do não hegemônico. O seu papel é fornecer os fundamentos para um método de decisão e compreensão da realidade que seja aberto para outros modos relacionais e vivências alternativas ao sistema hegemônico (HALBERSTAM, 2020, p. 31).

Essa perspectiva crítica não pode, contudo, ser dissociada das razões sistêmicas que estão na base fundantes da lógica protetiva da hegemonia, que considera a família enquanto uma instituição funcionalista, cuja função é comparável a da propriedade. Por essa razão, é comum que tentativas de propor modelos alternativos de sociedade fundados numa concepção *queer* sejam com frequência tomados por utópicos e ingênuos, ou ainda, infantis e imaturos (HALBERSTAM, 2020, p. 84). Mas, sustentar esse modelo relacional em que os vínculos existem apenas com aqueles que estão próximos e de forma limitada, é se guiar por uma ética "paroquial, comunitária e excludente" (BUTLER, 2019, p. 67). É confirmar a invisibilização de experiências não hegemônicas que, por não serem notadas na proximidade do cotidiano, não são dignas de respeito (GOMES *et al.*, 2022, p. 1.130).

Assim, a virada *queer* no constitucionalismo inclusivo, destinada a questionar essa concepção, não pode se intimidar por sua aparente rebeldia, mas deve reafirmar seu caráter disruptivo e até chocante (HALBERSTAM, 2020, p. 160-161). Reconhecer que a experiência não hegemônica é marcada pela diferença, por perdas e ausências incomuns à vida considerada normal, é o caminho para permitir um constitucionalismo inclusivo coletivo que esteja aberto aos mais diversos modelos relacionais e suas temporalidades (PINHEIRO, 2019, p. 208).

O judiciário, nesse sentido, deve servir como aliado na recusa em adotar as premissas hegemônicas que enxergam as subjetividades individuais como componentes de blocos uniformes (PRECIADO, 2011), evitando reforçar a lógica dualista entre sexualidade e gênero enquanto identificações absolutas das pessoas (BUTLER, 2003). Fugir dessa lógica é possibilitar a legitimação da interpretação constitucional de grupos minoritários gênero e sexo-diversos quando

reivindicam seus direitos, reforçando o protagonismo constitucional de todos os cidadãos e grupos enquanto co-interpretés da constituição (HÄBERLE, 1997, p. 13), inclusive daqueles que, a princípio, estão excluídos da ordem social hegemônica. Assim, se quem vive e tem sua vida regulada, explícita ou implicitamente, pela Constituição a interpreta e a instrumentaliza para a reivindicação de seus direitos, a discussão deve ir além da perspectiva hegemônica, para ampliá-la para novas concepções sobre esse sujeito (GOMES, 2017, p. 139).

REFERÊNCIAS

BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. A diferença trans no gênero para além da patologização. *Revista Periódicus*, v. 1, n. 5, p. 87–100, 16 jul. 2016.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 559–568, ago. 2012.

BRASIL. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. *ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de Julgamento. In: *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de Julgamento. In: *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132*, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de Julgamento. In: *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275*, 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de Julgamento. In: *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543*, 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de Julgamento. In: *Recurso Extraordinário 1045273*, 2020b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de Repercussão Geral. In: *Recurso Extraordinário 845779*, 2014.

BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

_____. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.

CABRAL, Mauro; BENZUR, Gabriel. Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad. *Cadernos Pagu*, 24, 2005, p. 283-304.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 58, 2013. p. 25-36.

COACCI, Thiago. A queima dos laudos: controvérsias e reconfigurações dos saberes e direitos trans na ADI 4275. *Direito e Práxis*, v. 11, n. 2, p. 1188-1210, 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1652/2002., 6 nov. 2002.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota técnica sobre processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans. Nota técnica sobre processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans. Brasília, set. 2013. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Nota-t%C3%A9cnica-processo-Trans.pdf>. Acesso em: 10/09/2022.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução 01/2018. Brasília, 29 jan. 2018.

CURIEL, Ochy. *La nación heterosexual: análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Brecha lésbica y en la frontera, 2013.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone Moyses. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

FREEMAN, Elizabeth. Time Binds, or, Erotohistoriography. *Social Text*. Estados Unidos, v. 23, n. 3 e 4, set./dez. 2005, p. 57 - 68.

GOMES, Camilla de Magalhães. *Tênis travesti: as relações entre gênero, raça e direito na busca de uma hermenêutica expansiva do “humano” no Direito. Tese (doutorado)*. Brasília: PPGD, UnB, 2017.

GOMES, Mário Soares Caymmi; YORK, Sara Wagner; COLLING, Leandro. Sistema ou Cistema de justiça: quando a ideia de unicidade dos corpos trans dita as regras para o acesso aos direitos fundamentais. *Direito e Práxis*, v. 13, n. 2, 2022, p. 1097-1135, 2022.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HALBERSTAM, Jack. *A arte queer do fracasso*. Recife: CEPE, 2020.

HOWES, Robert. João Antônio Mascarenhas (1927-1998): pioneiro do ativismo homossexual no Brasil. *Cadernos AEL*, 10(18/19), 2010, p. 290-309.

JAGOSE, Annamarie. *Queer Theory: An Introduction*. 1ª Edição. Estado Unidos: NYU Press, 1996.

MACHADO, Paula S. Intersexualidade e o “Consenso de Chicago”: as vicissitudes da nomenclatura e suas implicações regulatórias. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 23(68), 2008, p. 109-124.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social – reflexões sobre o casamento gay. *Cadernos Pagu*, n. 28, janeiro-junho de 2007, p. 101-128.

PAIXÃO, Cristiano. A Reforma Desconstituente: Terceirização Generalizada. In: *O golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência*. RAMOS, Gustavo / Gustavo Teixeira Ramos et al. (coords.). — Bauru: Canal 6, 2017, p. 67-82.

PINHEIRO, Douglas. O constitucionalismo espectral: presença, tempo e narrativa à luz de Roque Larraquy. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 3, 2019, p. 199-224.

_____. As temporalidades queer e os limites de um constitucionalismo crononormativo. In: MARTINS, Argemiro; ROESLER, Claudia; PAIXÃO, Cristiano (org.). *Os tempos do direito: diacronias, crise, historicidade*. São Paulo: Max Limonad, 2020, p. 109-124.

_____. Duplamente queer: filme-ensaio brasileiro, narrativas dissidentes e direitos insurgentes. *Direito e Práxis*. v. 12, n. 04. Rio de Janeiro, 2021, p. 2899-2925.

PRECIADO, Paul B. Multidões queer: notas para uma política dos “anormais”. *Estudos Feministas*, v. 19, n. 1, p. 11-20, jan.-abr. 2011.

QUEIROZ, Marcos; JUPY, Lucas. A revolução haitiana no ensino de direito no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, n. 20, mai-ago 2021, p. 88-108.

RODRIGUES, Carla. Performance, gênero, linguagem e alteridade: J. Butler leitora de J. Derrida. *Sexualidad, Salud y Sociedad REVISTA LATINOAMERICANA*. n. 10 - abr. 2012 - p. 140-164.

RUBIN, Gayle. *Políticas do Sexo*. Trad.: Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Ubu, 2017.

RUIBAL, Alba. A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: Inovação na interação entre movimento social e Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 2, 2020, p. 1166-1187.

VARGOVA, Mariela. Dialogue, pluralism, and change: the intertextual Constitution of Bakhtin, Kristeva, and Derrida. *Res Publica*. Liverpool, v. 12, n. 4, dezembro 2007.

VIEIRA, Adriana Dias. EFREM FILHO, Roberto. O rei está nu: gênero e sexualidade nas práticas e decisões no STF. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 02. Rio de Janeiro, 2020, p. 1084 - 1136.