

## **GÊNERO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM DESAFIO HERMENÊUTICO À LUZ DO SILÊNCIO ENQUANTO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

### **GENDER AND FUNDAMENTAL RIGHTS: SILENCE AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS**

Arilson Garcia Gil<sup>1</sup>  
Maurício Andreiuolo Rodrigues<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O fenômeno de gênero tem sido analisado por diversos ângulos científicos. O Direito tem um papel relevante ao procurar examinar a questão de gênero sob a ótica dos Direitos Humanos. A Constituição Federal de 1988 não fez menção ao tema, sendo que diante de tal omissão bem como do ineditismo do problema, a interdisciplinariedade tem uma função primordial na construção dos conceitos e sua delimitação histórica. Cabe ao estudioso do Direito o desafio de enfrentar o instituto do gênero através dos métodos de interpretação da Constituição, especialmente à luz da ideia jurídica do “silêncio”, do “não dito”, visando a reconhecer e assegurar máxima gama de direitos fundamentais a essa nova necessidade social visceralmente arranjada com os vetores dos direitos fundamentais da humanidade.

**Palavras-chave:** gênero. Direitos Humanos. Constituição. Interpretação. Silêncio.

#### **ABSTRACT**

The gender phenomenon has been analyzed from different scientific angles. Law has an important role in seeking to examine the gender issue from the perspective of human rights. The Federal Constitution of 1988 made no mention of the subject, what makes interdisciplinarity a primordial role in the construction of concepts and their historical delimitation. Law must embrace the challenge of interpreting gender through the Constitution, using the idea of

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela UNESP. Mestre e Doutorando pela PUC/SP e pela UCLM – Espanha. Arilson Garcia Gil é Procurador do Estado de São Paulo desde 2006. Professor da Universidade Paulista desde 2008.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela UERJ. Mestre em Direito pela UERJ. Doutorando pela PUC/SP. Procurador regional da República desde 1997. Foi procurador do Estado de São Paulo (1994-1996).

“silence” as well as of “unsaid”, aiming the maximum range of fundamental rights to this new social need viscerally arranged with the vectors of the fundamental rights of humanity.

**Keywords:** gender. Human Rights. Constitution. Interpretation. Silence.

## 1 INTRODUÇÃO

A humanidade tem passado por um período revolucionário extraordinário no tocante à questão de gênero. Todos os campos das ciências têm se debruçado sobre o novo desafio. A medicina, a psicologia, a antropologia, a sociologia, a filosofia.

A rivalidade de gênero ultrapassou o binômio relativamente bem denominado, apesar de não equacionado, homem-mulher, revelado na década de 60, principalmente através dos movimentos feministas e suas fases evolutivas. Em torno da década de 90 do século passado a questão do gênero rasgou horizontes inéditos na direção dos movimentos LGBTQIAPN+, criando novas necessidades ainda não contempladas pelos direitos fundamentais.

A angústia está em perceber o silêncio que distancia o texto constitucional de 1988 dessa realidade de situações sociais tão relevantes quanto fundamentais, postas não somente no Brasil; mas em todo o mundo, a girar em torno dos problemas relativos ao gênero e seus desdobramentos, que vão, por exemplo, desde os direitos de liberdade aos direitos da seguridade social.

É notar, como premissa, que a Constituição Federal não usou a expressão "gênero" em nenhum de seus dispositivos. O motivo justificável está na novidade do tema enquanto problema juridicamente relevante. É que a questão de gênero para além da rivalidade a envolver homens e mulheres é fruto recente de marcos históricos fincados pelos movimentos LGBTQIAPN+

A missão do Direito é estruturar normativamente o sistema sobre o qual tais conflitos têm ocorrido e na medida do possível planejar modelos preventivos, tudo com o objetivo de preservar não somente a subsistência do ser humano, mas a sua máxima integridade, limitando direitos, impondo prestações, outorgando deveres.

É nesse diálogo entre gênero e direitos fundamentais que se há de notar uma radical transformação social à qual deve fazer par o conjunto de direitos fundamentais partilhados pelo texto da Constituição de 1988, quando prevalece um silêncio a clamar luz e voz.

A proposta do presente trabalho é apresentar num ambiente de interdisciplinaridade algumas questões conceituais a envolver o fenômeno de gênero, imbricando sobre eles a estrutura jurídica dos direitos fundamentais. Depois disso, o objetivo é testar se as ferramentas constitucionais têm ou não envergadura para sustentar esse novo bem como legítimo direito fundamental, diante do silêncio da Constituição.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GÊNERO - UMA CONVERGÊNCIA NECESSÁRIA E URGENTE**

Há certos momentos da história da humanidade em que uma ruptura radical não passa despercebida. O filósofo da ciência Thomas Khun explica de modo magistral essa dinâmica disruptiva, quando uma realidade suplanta outra através do processo da mudança dos paradigmas. Segundo Khun, um sistema é estável na medida em que pode ser justificado por um modelo qualquer, denominado paradigma. Quando o paradigma que sustenta o sistema não tem mais o poder que lhe é depositado para monitorar, coordenar nem legitimar seus elementos, exsurge uma anomalia e com ela a necessidade de convocar outro paradigma que lhe sirva de alicerce. Aí o rompimento dos paradigmas, fruto de uma transformação estrutural, radical, relevante e inovadora.

É o que ocorre com o fenômeno contemporâneo de gênero, fruto da observação dos cientistas sociais a partir do final do século XX até os dias atuais, decorrência histórica das conquistas dos integrantes dos movimentos LGBTQIAPN+.

Se o dilema de gênero a envolver os conflitos entre homens e mulheres tem sido tratado cotidianamente, o mesmo não se pode dizer dos conflitos a cercar outra camada do fenômeno de gênero, mais recente, contemporânea e em gestação. Diferente da rivalidade dos sexos, há um novo paradigma social, cultural, deslocando as necessidades de certas pessoas para a proteção do direito do reconhecimento social de suas identidades, para além do gênero biológico.

É preciso atualizar o conceito pré-jurídico de gênero para abarcar pessoas

desprotegidas, invisíveis aos direitos fundamentais. É imperativo revelar novos direitos fundamentais afetos a novas realidades transformadoras.

## **2.1 VISÃO GERAL SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA SEMINAL RELAÇÃO COM O FENÔMENO DE GÊNERO**

Os Direitos Fundamentais têm sido construídos, destruídos e também reconstruídos ao longo do tempo. Assim como a natureza do ser humano exige o convívio social, pressupondo o relacionamento mútuo como um dado essencial à sua sobrevivência e evolução, os Direitos Fundamentais exigem marcos históricos para uma contextualização realista a partir da qual há de se partir para adiante, mover avante, saltar à busca de novas conquistas favoráveis ao ser humano, pessoa natural, que convive com outros, historicamente.

Os direitos fundamentais têm fundamento no processo histórico de transformação da sociedade e, por conseguinte, no processo jurídico que o acompanhou. Tanto é assim que há uma correlação usual entre os direitos fundamentais e o advento das Constituições enquanto normas fundamentais na organização dos Estados de Direito na modernidade.

A Constituição enquanto norma jurídica estruturante serviu para fundamentar as bases históricas do Estado Moderno em alicerces jurídico-normativos, estando entre eles a previsão bem como proteção dos direitos fundamentais, altamente reluzentes no século XXI com suas premissas em movimento.

A premissa da historicidade dos Direitos Humanos tem uma dupla consequência, trazendo a lume fatos socialmente relevantes que, tendo ocorrido em certas épocas, serviram de alavanca para a mudança de paradigmas e, daí, para a revelação de direitos e deveres que até ali não haviam sido juridicizados ou positivados.

Pelo polo negativo, a historicidade dos Direitos Fundamentais afasta de certa maneira a possibilidade de outorgar um caráter abstrato a uma gama de direitos, não se lhes aplicando um modelo mental acrítico ou meramente hipotético. Os direitos humanos estão axiologicamente demonstrados em fatos históricos como uma absoluta necessidade que precisa ser suprida sob o ângulo mais caro da própria sobrevivência da humanidade, literalmente.

Advém desta premissa, qual seja, a de que os direitos humanos são um imperativo à conservação da humanidade, um subproduto de certa maneira sofisticado, que é a igual

necessidade de garantir que o ser humano tenha a possibilidade de se transformar, seja enquanto indivíduo, comunidade, sociedade, apontando diretamente para a construção dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são, portanto, o conjunto de direitos aos quais a Constituição outorga a máxima relevância diante dos valores que trazem imediatamente consigo. São elencados de forma expressa ou não; portanto, são positivados no ordenamento jurídico, agasalhando uma série de características que corroboram bem como clarificam o seu grau de importância. Os direitos fundamentais estão tipificados no Título II da Constituição Federal de 1988, podendo ser encontrados por todo o texto da Constituição.

Como pressuposto, a fundamentalidade deve basear-se na pessoa humana e sua integridade.

## **2.2 GÊNERO ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL FUNDAMENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

O fenômeno de gênero é diversas vezes recente. Sob a ótica dos movimentos feministas e suas conquistas, a questão remonta ao início do século XX, sendo que foi reforçando seus contornos no decorrer das décadas subsequentes, especialmente a partir da segunda metade do século passado.

Sob a ótica do direito à identidade de gênero, o movimento encontra marco temporal no final da década de 60 e vem sendo consolidado desde então, através de conquistas relevantes, principalmente no ordenamento internacional, que tem revolucionado o olhar histórico-científico em campos extrajurídicos, como na saúde, por exemplo, em que OMS tem remodelado radicalmente certas regras.

Todavia, há um hiato a ser preenchido pelos estudiosos do direito quando o tema volta à juridicização da problemática de gênero enquanto direito fundamental, apesar do punhado de características que movimentam a hermenêutica dos direitos fundamentais, como se pode ver, por exemplo, na dimensão transindividual da titularidade, estendendo efeitos para além da pessoa imediatamente contemplada ou protegida, entre outros tão relevantes

Diante de uma novidade ainda em construção, recorrer à interdisciplinariedade é quesito obrigatório para compreender não somente as causas profundas da novel realidade

social, como também as consequências jurídicas que se há delas extrair, visando à consecução dos vetores que mantêm acesa a ideia dos direitos fundamentais. Daí a relevância de enfrentar conceitos inéditos para a ciência jurídica.

### **2.3 GÊNERO DOS ANTIGOS OU SEXISMO – PERCEPÇÃO DE UMA ANOMALIA**

No senso comum, o sexo vislumbrado em decorrência do nascimento define o gênero masculino ou feminino de uma pessoa.

Os fatores que determinam o sexo designado no nascimento estão relacionados à combinação de cromossomos X ou Y. Cada espermatozóide tem um cromossomo X ou Y. Todos os óvulos têm um cromossomo X. Quando o espermatozóide fertiliza um óvulo, seu cromossomo X ou Y se combina com o cromossomo Y do óvulo. Uma pessoa com cromossomos XX geralmente tem órgãos reprodutivos femininos, sendo designada pelo senso comum como pertencente ao sexo feminino. Uma pessoa com cromossomos XY geralmente tem órgãos reprodutivos masculinos, sendo designada também pelo senso comum como pertencente ao sexo masculino.

Gênero é uma classificação em função do sexo biológico (hormônios e cromossomos) decorrente do nascimento, dividindo-se binariamente em masculino e feminino. A convenção social moldada pela tradição intergeracional acordou sobre a existência binária de gêneros, masculino a vincular homens e feminino a vincular mulheres, levando exclusivamente em linha de consideração o sexo biológico da pessoa, ou seja, aquele outorgado com o nascimento.

### **2.4 GÊNERO DOS CONTEMPORÂNEOS OU IDENTIDADE DE GÊNERO – UMA VIRADA DE PARADIGMA**

O conflito de gênero usualmente notado pela disputa de poder entre o homem do sexo masculino e a mulher do sexo feminino foi deslocado e amplificado, passando a envolver demandas mais complexas diante da multiplicidade de necessidades jamais sistematizadas pela sociedade civilizada.

A crise de paradigma se instalou historicamente a partir do final da década de 60, sendo que ainda está ocorrendo na atualidade presente, no primeiro quarto de século XXI. No dia 28

de junho de 1969, a polícia prendeu com uso da força frequentadores de um conhecido bar LGBTQIAPN+ de Nova York, o Stonewall Inn, na região do East Village. Junho se tornou o Mês do Orgulho LGBTQIAPN+. No dia 17 de maio de 1990 a OMS excluiu a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID). No dia 25 de maio de 2018, a OMS removeu o transtorno de identidade de gênero da Classificação Internacional de Doenças (CID).

A transgeneridade não é um distúrbio mental para os parâmetros da medicina contemporânea, que cuidou de afastar o caráter patológico desse fenômeno social de diversas formas. Não há mais CID que comporte tal classificação. No campo da psicologia, há muitos anos está em vigor vedação expressa ao tratamento da “cura gay” (Resolução CFP 01/99). As ciências sociais se debruçaram sobre o tema, tendo sido responsáveis pela revolução dos conceitos quando analisou os diversos movimentos históricos de revolução cultural-comportamental.

O que não é senso comum e tem acarretado enorme controvérsia ou revolução é que a designação de um sexo biológico pode ou não coincidir com o modo como uma pessoa se apresenta, representa ou se identifica perante si bem como perante o mundo social. O ponto polêmico é que não há coincidência entre o sexo designado a uma pessoa e a sua identidade de gênero.

No centro do debate que vem do século XX está a batalha para construir os efeitos jurídicos necessários, suficientes bem como adequados à revelação de que não havendo relação de causa e efeito entre o sexo designado e a identidade de gênero, cabe à pessoa interessada em reconhecer-se em si mesma como tal o direito de estabelecer o seu papel social de gênero, autodeterminando o gênero com o qual se identifica.

É a partir deste contexto histórico que se pode constatar a anomalia, novas descobertas, a emergência de novos paradigmas. Novidades históricas, fatos novos, estimulando a crítica da teoria e sua evolução. Porque se trata de direitos fundamentais, toda e qualquer interpretação há de avançar na busca da máxima efetividade, sendo vedado o retrocesso.

Nesse ponto é que Thomas Kuhn dá sequência ao seu modelo de revolução científica e, com ela, o advento de novos paradigmas:

“Seja como metáfora, seja porque reflita a natureza da mente, essa experiência psicológica proporciona um esquema maravilhosamente simples e convincente do processo de

descoberta científica. Na ciência, assim como na experiência com as cartas de baralho, a novidade somente emerge com dificuldade (dificuldade que se manifesta através de uma resistência) contra um pano de fundo fornecido pelas expectativas. Inicialmente experimentamos somente o que é habitual e previsto, mesmo em circunstâncias nas quais mais tarde se observará uma anomalia. Contudo, uma maior familiaridade dá origem à consciência de uma anomalia ou permite relacionar o fato a algo que anteriormente não ocorreu conforme o previsto. Essa consciência da anomalia inaugura um período no qual as categorias conceituais são adaptadas até que o que inicialmente era considerado anômalo se converta no previsto. Nesse momento completa-se a descoberta. (KUHN, 2018, p. 142)

Contemporaneamente, entende-se por gênero um conjunto de fatores que identifica e diferencia homens das mulheres. O gênero masculino ou feminino tem o condão de diferenciar socialmente uma pessoa não em razão do sexo biológico decorrente do nascimento, mas sim em razão de padrões históricos, culturais, políticos, atribuídos aos homens bem como às mulheres.

O núcleo do fenômeno de gênero exterioriza um papel social, um status societatis, a ser preenchido pelo animal social que é o ser humano. E, como todo espaço social é mutável, dinâmico, o gênero que nele está compreendido também é suscetível a variações, podendo ser construído e desconstruído face às relevâncias que o estimulam a tanto.

Levando em consideração o papel social que uma pessoa entende ocupar no meio social, isto é, levando em linha de consideração a autopercepção que uma pessoa tem de si própria no corpo vivo da sociedade, fala-se na identidade de gênero enquanto identificação do indivíduo com o papel social dinamicamente outorgado aos seres humanos, seja masculino, feminino ou outro qualquer.

## **2.5 IDENTIDADE DE GÊNERO – POSSÍVEL CLASSIFICAÇÃO**

Com vistas a gerar máxima aderência entre o fenômeno de gênero na versão contemporânea e sua assimilação sob o enfoque do binômio identificação-identidade, é comumente aceito replicar que o gênero vem sendo classificado em Cisgênero, Transgênero e Não binário, onde se denominam cisgêneros aqueles que se identificam com o gênero (sexo) em que nasceram; se autodenominam transgêneros aqueles que não se identificam com o gênero

(sexo) com que nasceram; e não binários, aqueles que não se identificam nem como cisgêneros, nem como transgêneros ou transitam em ambos.

O transgênero rivaliza o gênero biológico decorrente do nascimento, não se identificando com ele. É o caso, por exemplo, de uma pessoa do sexo masculino (gênero biológico) se identificar, se perceber, se reconhecer como uma pessoa do sexo feminino (gênero social). O contrário também pode servir de exemplo. Neste caso, uma pessoa que nasceu com sexo feminino se identifica com o papel masculino. Transgênero é a pessoa que não identifica o seu papel social, a sua apresentação enquanto indivíduo social, com o gênero biológico (masculino, feminino) que lhe foi atribuído desde o nascimento. Há aqui uma dissonância entre o gênero social e o gênero biológico.

O cisgênero é aquele que converge a sua representação social identitária com o sexo de nascimento (gênero biológico). É o caso, por exemplo, da pessoa que nasceu com o sexo feminino, identificando-se como uma mulher. O contrário igualmente acontece: uma pessoa de sexo masculino (gênero biológico) se percebe socialmente no papel de homem. Cisgênero é a pessoa que se identifica com o gênero biológico (masculino, feminino) que lhe foi atribuído desde o nascimento.

O não-binário, como a própria denominação sugere muito apropriadamente, é aquele cuja representação identitária de si transita entre o papel social do homem e da mulher, de modo que independente do gênero biológico decorrente do nascimento, não se identifica nem num nem noutro padrão social ou mantém sobre ambos indiferença suficiente para desconsiderar tais status sociais.

## **2.6 ORIENTAÇÃO SEXUAL – NOVA VISÃO**

A orientação sexual está direcionada para a forma através da qual uma pessoa se comporta e exterioriza afeto, sentimento e desejo afetivo. Na história social recente a orientação sexual ladeava a classificação de gênero, numa imbricação recíproca entre os dois conceitos, advindo dessa fusão a ideia-força de que gênero e orientação sexual significavam exatamente o mesmo fenômeno binário que distinguia os papéis sociais num paradigma ordinário: sexo masculino e sexo feminino.

Apesar de não existir unanimidade, é usual compreender a possibilidade de cinco

orientações sexuais diferentes. De acordo com a autonomia pessoal, há heterossexuais, homossexuais, bissexuais, assexuados e pansexuados. O cruzamento de hipóteses entre os modelos de gênero e os modelos de orientação sexual são um estudo à parte, não sendo pretensão do presente trabalho exaurir o tema. No entanto, no nível dos exemplos, uma pessoa transexual pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual, o mesmo podendo se vislumbrar com as pessoas cisgênero.

Na orientação sexual o mote está atrelado à atração que catalisa o desejo sexual de uma pessoa por outra, não havendo relação necessária entre os diversos fenômenos, tanto que uma mulher transgênero, isto é, uma pessoa que tem o sexo masculino por força do nascimento (gênero biológico) mas que se identifica no papel social de uma mulher, pode tender a qualquer das modalidades de orientação sexual, inclusive à assexualidade, entre centenas de outras.

## **2.7 IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL – INÚTIL CORRELAÇÃO**

A identidade de gênero se desinteressa bem como despreza *a priori* o sexo biológico enquanto parâmetro de distribuição dos diversos papéis sociais exercidos pelas diferentes pessoas no convívio em sociedade. O efeito disto está na ausência de correlação *a priori* entre a identidade de gênero e a orientação sexual, uma vez que a identidade de gênero é fiel à identificação pessoal, enquanto a orientação sexual é uma investigação relativa à atração de uma pessoa por outra.

A identidade de gênero diz respeito aos modos (sociais) pelos quais uma pessoa que traz um gênero biológico (sexo) desde o nascimento se identifica com o seu gênero (social), reconhecendo-se um homem, uma mulher, ambos ou nenhum desses gêneros, independente de seu sexo, tratando-se de uma questão de autonomia pessoal quanto à forma pela qual a pessoa se percebe, opta por viver e é reconhecida socialmente no seu papel.

O senso comum tem abusado da ignorância, do preconceito ou da inércia cultural, confundindo o termo com o conceito de sexo ou sexualidade, num anacronismo histórico da humanidade. Há uma realidade historicamente ultrapassada, em que o gênero era adequado a normas, atitudes e papéis sociais relativos ao homem ou à mulher. Houve uma revolução de paradigmas no curso do tempo. A ideia de gênero se modificou, sendo fundamental atualizar

tais conceitos e a partir daí reconhecer que, ao final, o fenômeno de gênero revela uma construção social de poder, indo além de uma visão binária.

A revolução de costumes promoveu uma ruptura de paradigmas, distanciando a questão da identidade de gênero daquela referente às orientações sexuais, descobrindo novas possibilidades para esses fenômenos socialmente importantes.

Em síntese, de um lado tem-se a identidade de gênero caracterizando os modos através dos quais uma pessoa se apresenta socialmente à luz do gênero com o qual se identifica. De outro lado tem-se a orientação sexual caracterizando o modo como uma pessoa se relaciona sexualmente com outras.

A conclusão é que a identidade de gênero não está vinculada necessariamente à orientação sexual, o que demonstra a enorme necessidade das pesquisas interdisciplinares, no olhar atento dos estudiosos dos direitos fundamentais.

## **2.8 IDENTIDADE DE GÊNERO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O SILÊNCIO DA CONSTITUIÇÃO**

Acima fizemos uma visada panorâmica sobre a estrutura dos direitos fundamentais, sendo evidente a aderência da problemática do fenômeno da identidade de gênero à dinâmica de tais direitos. Exemplo disto está na fundamentação histórica a ser extraída de ambos. Outro exemplo é a transpessoalidade dos efeitos das conquistas realizadas. Além disso, é possível inserir o fenômeno de gênero entre os direitos fundamentais da primeira ou da quarta geração.

Como se pode concluir, o tema é polêmico na forma bem como no conteúdo. Porém, os principais conceitos foram clarificados. A atualização das categorias acima – gênero, identidade de gênero, ideologia de gênero, orientação sexual – deixa concluir que apesar da enorme importância que têm, é na identidade de gênero, desde o conceito até os efeitos, que se guarda, em princípio, a necessidade de proteção jurídica suficiente e adequada, no quilate dos direitos humanos fundamentais.

O Direito não ofereceu proteção necessária, suficiente e adequada à complexidade trazida pela mudança de paradigmas sociais, culturais, políticos, todos produzidos a partir do fenômeno de gênero. O direito público efetuou algumas modificações pontuais. O direito penal também tem procurado recrudescer condutas típicas bem como penas. O direito privado tem

buscado ferramentas com o objetivo de fortalecer a diversidade de gênero. Não é suficiente.

A constatação é que os números de agravamento vêm subindo pesquisa a pesquisa. Além disso, a legislação tem se limitado à dicotomia homem-mulher, enfatizando tão e somente as inúmeras infrações praticadas contra as mulheres, pouco tendo sido produzido em relação ao fenômeno contemporâneo de gênero.

A Constituição brasileira não tratou o tema. Há um silêncio a preencher. Eis a angústia e seu desafio.

### **3 SILÊNCIO E LINGUAGEM: O SILÊNCIO COMO MÉTODO HERMENÊUTICO**

#### **3.1 PARA DESVELAR A LINGUAGEM POTENCIAL DA CONSTITUIÇÃO**

Diante do silêncio da Constituição sobre uma definição do fenômeno “gênero” e das implicações que referido silêncio conduz à (in)efetividade dos direitos fundamentais, o artigo propõe o estudo da relação entre silêncio e linguagem: as funções que o silêncio exerce como método de interpretação.

Para referida análise, o silêncio é apresentado como elemento essencial na linguagem para a evolução do Ser ao ouvir, refletir e comunicar-se.

Tais premissas possibilitam o estudo do silêncio como método de interpretação para desvelar a linguagem potencial da Constituição com a finalidade de elaboração da definição constitucional de gênero, bem como demonstrar sua evolução e/ou mutação no contexto jurídico, ou, ainda, demonstrar a impossibilidade de tais tarefas pelo Direito.

#### **3.2 LINGUAGEM, SILÊNCIO E CONSTITUIÇÃO**

Os sistemas constitucionais contemporâneos são, como regra, compostos por Constituições escritas. É certo, portanto, que adotam a “formulação linguística como ponto inicial e limite externo da atividade interpretativa” (TAVARES, 2018, p. 186), ou seja, o trabalho interpretativo da Constituição parte da análise de fórmulas linguísticas em busca de significados.

Porém, não se confundem os enunciados escritos com as normas jurídicas e, assim, a letra da lei não prescinde da análise do seu conteúdo semântico. As normas podem ser resultado da interpretação de qualquer dos elementos que formam o todo normativo do discurso

constitucional, de qualquer enunciado que constitua o sentido ou significado de uma ou várias disposições constitucionais ou fragmento delas (DÍAZ REVORIO, 2016, p. 12).

E o discurso constitucional que adveio da evolução do constitucionalismo trouxe uma nova linguagem para as Constituições, tal como descreve Monica Herman Caggiano, uma linguagem que adota “uma textura diferenciada na construção das normas, sendo volumoso o número de preceitos de confecção aberta” (2011. p. 17). Essa textura diferenciada possibilita a evolução das Constituições diante de mudanças políticas, sociais, econômicas, dentre outras. Ainda, o caráter indeterminado de muitos preceitos constitucionais é aplicado de forma intencional pelo constituinte para mitigar os conflitos pela falta de acordo no momento da elaboração da Constituição (DÍAZ REVORIO, 2016, p. 14). De fato, muitas vezes o constituinte prefere silenciar a trazer solução expressa de determinada questão para que no futuro, sendo possível o acordo, seja dada a adequada solução.

Sobre a relevância do contexto para o entendimento da linguagem adotada pela Constituição, e, assim, para entender seus silêncios, há a análise feita por Luiz Alberto David Araújo e Antonio Moreira Maués sobre a “linguagem do não confronto” adotada pela Assembleia Constituinte para elaboração da CF de 1988. Em razão do contexto de transição entre ditadura e democracia vivido no Brasil na época, foi necessário utilizar uma linguagem constitucional para evitar (ainda que apenas adiar) conflitos, razão pela qual as situações em que enfrentavam soluções não consensuais foram silenciadas e, por vezes, mantidas suas soluções para uma futura lei infraconstitucional (2016, p. 64).

### **3.3 O SILÊNCIO COMO POTENCIALIDADE EM HEIDEGGER**

Sobre o silêncio, Martin Heidegger questiona (2012, p. 119):

“O homem fala por pretender indicar e comunicar alguma coisa ou o homem fala por ser aquele que pode calar-se e ficar em silêncio, no silêncio morar no vazio? O que isso significa? Será, então, que em última análise, a origem da essência da linguagem está em poder calar-se e guardar silêncio? O silêncio será apenas algo negativo, não falar, e meramente um dado externo, a ausência de som, a calada? Ou será que o silêncio é algo positivo e mais profundo, e toda fala não é senão o não-silêncio, o já não e ainda não se calar?”

O silêncio é uma forma de expressão da linguagem. E, mais do que isso, a relação entre fala e silêncio é a forma essencial da linguagem. Fala e silêncio não são opostos, mas sim pressupostos recíprocos.

Esse caminho percorrido no pensamento e na linguagem não se constrói de forma livre e efetiva se, antes da fala e do enunciar, não houver o silêncio e a reflexão como origem do próprio pensamento e da linguagem. Do contrário, o ser apenas repetiria aquilo que já está posto, aquilo que já foi pensado por outrem. Antes da fala deve haver silêncio e para compreensão daquilo que se fala exige-se o silêncio.

A relação entre o pensamento, a linguagem, o Ser e o homem é descrita por Heidegger como a restituição da Essência do homem ao Ser (como algo que lhe foi entregue pelo próprio Ser), pois, no pensamento, o Ser se torna linguagem, sua casa, sua habitação (1967, p. 24). Assim, o caminho a ser percorrido parte do pensamento e não do agir, pressupõe a reflexão e não a ação pura e simples. A ação, ou melhor, a reação pura e simples sem o silêncio prévio para ouvir, pensar, refletir, afasta o Ser da sua linguagem, da sua casa, da sua essência.

Por isso Heidegger aponta que “talvez a linguagem exija muito menos pronunciamentos precipitados do que, muito mais, o devido silêncio” (1967, p. 362). Compreende-se que fala e silêncio são essenciais à linguagem e à comunicação, sendo o silêncio estreitamente ligado à origem da linguagem e sem o silêncio não há ato de pensar ou escutar. Assim, silêncio também é ato de indicar e comunicar, tão relevante quanto à fala.

O homem fala por ser aquele que pode calar-se e ficar em silêncio, pois a transcendência paradoxalmente impõe uma liberdade ao homem (FOGEL, 2017, p. 47-48), a de ter aptidão para ser solicitado pela própria vida, para, mesmo ao silenciar, se abrir aos estímulos para pensar, analisar e agir (falar) a seu próprio e livre modo de ser. Não tivesse essa aptidão para calar-se e pensar, o homem não teria, igualmente, a aptidão para falar. E manter o silêncio não significa morar no vazio, pelo contrário, significa potencialidade em pensar e escutar para o posterior agir humano (e não mero reagir inumano).

Sem o silenciar, não há o falar, não há o escutar, não há o pensar. Todos esses pontos originam e se encontram em um só processo: a linguagem. O silêncio não é simplesmente o oposto ao falar, aliás é pressuposto ao falar. O silêncio é algo positivo, interno ao homem, mas

que, mesmo sem produzir som, participa da comunicação. É algo mais profundo, ligado à essência da linguagem, uma potencialidade.

Para aproveitar a potencialidade da linguagem (e da vida através da comunicação), deve-se estar aberto e disposto a ouvir o silêncio, ou, nas palavras de Heidegger, o Ser como a “força silenciosa do possível” (1967, p. 349).

Ouvir o silêncio é ir além do falado, do enunciado. É concentrar-se, analisar meticulosamente o pensamento, o raciocínio e fatores que possam os ter influenciado para o resultado falar, enunciar. E mais, ouvir o silêncio é também vislumbrar o que não foi dito, apesar de decorrer logicamente daquele raciocínio expressado. É examinar toda a potencialidade da linguagem e suas possibilidades dentro da comunicação e não apenas aquilo que está posto, falado ou escrito. É desvelar o que não está visível no ato pronto e acabado.

Com efeito, a linguagem e a comunicação têm uma relação de origem e de essência com o silêncio e, sendo a linguagem a “morada do ser”, o silêncio é também potencialidade para o indivíduo, para sua existência, para sua evolução (ou involução na ausência de silêncio ou de pensamento); o silêncio é também potencialidade para a comunicação do indivíduo em suas relações sociais e, assim, também para o Direito.

### **3.4 TEORIA DO SILÊNCIO CONSTITUCIONAL DE LAURENCE H. TRIBE**

Laurence Tribe busca aplicar a ideia de silêncio ao Direito Constitucional através de uma sintática do não dito (“Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence” - 1982).

O autor inicia seu estudo pela indicação de que uma das espécies do silêncio constitucional é o silêncio eloquente. Como exemplo, Tribe cita o silêncio dos defensores dos direitos civis em uma vigília silenciosa em uma biblioteca com regra de segregação racial, o que configuraria um silêncio eloquente, uma “presença silenciosa e reprovadora” nas expressões da Suprema Corte americana (1982, p. 516).

Porém, o silêncio não se resume a esta categoria (eloquente) e deve-se analisar a construção de novos padrões na interpretação jurídica pela sintaxe do silêncio constitucional.

Tribe (1982, p. 524) indica na referida “sintaxe do não dito” que o silêncio pode apresentar dois tipos de significado: como fatos jurídicos operativos e como elementos de um contexto histórico das leis vigentes.

O silêncio pode ser fato jurídico operativo extraído de normas constitucionais externas e não de determinações internas sobre o significado que vários silêncios podem apresentar. Nesses casos, não se configura um silêncio da própria Constituição, mas um silêncio ou uma inércia do Congresso, do Poder Legislativo. Aqui, o critério que determina a interpretação do silêncio não é interno, ou seja, intrínseco ao próprio silêncio e ao contexto em que ele ocorreu a demonstrar sua forma de interpretação. A visão que adota o silêncio eloquente o interpreta por um critério interno com significado de que a intenção daquele silêncio é excluir determinado fato da incidência da norma jurídica.

Já o silêncio como fato jurídico operativo é determinado por critérios externos extraídos das normas constitucionais, não sendo importante o tipo do silêncio propriamente dito. Assim, onde cláusulas constitucionais requerem o consentimento do Congresso para prática de determinado ato pelo Presidente da República, por exemplo, o silêncio do Congresso deve ser interpretado conforme seu significado legal (constitucional), ou seja, um operativo controlador do fato (no exemplo, a não autorização para a prática do ato pelo Presidente da República).

Em continuação à “sintaxe do não dito”, o silêncio pode apresentar-se como elemento de um contexto histórico das leis vigentes. Para a interpretação adequada e atualizada das normas jurídicas é necessária a análise do contexto histórico no qual o Poder Legislativo optou pelo silêncio ou pela inércia.

Na obra “The Invisible Constitution”, Tribe (2008, p. 53) reforça a importância da análise contextual do silêncio da Constituição. Assim, embora nada no texto constitucional determine que os intérpretes devem examinar a história da Constituição, é certo que todo seu texto e sua estrutura devem ser compreendidos neste contexto histórico sobre eventos e atitudes que podem auxiliar a explicar os objetivos buscados pelos constituintes no processo de elaboração da própria Constituição e de suas emendas.

Tais “silêncios contextuais” (TRIBE, 1982, p. 529), podem ser relevantes para interpretação em duas situações. Primeiro quando há um precedente judicial que interpreta a própria linguagem da lei de determinada forma sem oposição do Poder Legislativo que silencia

sobre referida interpretação judicial e, na sequência, o próprio Legislativo adota a mesma linguagem em lei subsequente – o que leva à conclusão de que aquela interpretação judicial foi aceita pelo Legislativo e vale também para a nova lei. Segundo quando há a rejeição prévia ou simultânea pelo Poder Legislativo de proposta para alteração da linguagem utilizada ou de outra proposta legislativa que teria adotado a própria interpretação de uma norma que um litigante alega posteriormente.

Até aqui o que Laurence Tribe trata no seu artigo “Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence” diz respeito ao silêncio que decorre do Poder Legislativo. Tais regras, apesar de não direcionadas ao silêncio constitucional propriamente dito, podem auxiliar na sua identificação ao delimitar os tipos de silêncio normativo.

Aliás, como o próprio Tribe (1982, p.531) alerta, nenhuma das regras de identificação e interpretação do silêncio são previstas expressamente na Constituição americana. Aqui sim, haveria o silêncio constitucional propriamente dito. Seria o silêncio constitucional sobre as normas de construção do significado daquilo que o Congresso não falou.

Quanto ao silêncio constitucional propriamente dito, Tribe (1982, p. 532) indica que a questão central do tema não é apenas interpretar o silêncio constitucional isoladamente, mas a justaposição de uma norma constitucional expressa em uma área com a ausência de norma em um campo adjacente.

Para esclarecer sua questão, Tribe indica duas previsões da Constituição americana: uma sobre poderes implícitos (que não será analisada por não haver ligação com o tema deste trabalho) e outra previsão sobre o reconhecimento de direitos fundamentais não previstos expressamente na Constituição.

A segunda disposição constitucional citada por Tribe (1982, p. 533) para reconhecimento de silêncio constitucional propriamente dito e sua aplicação é a nona emenda, que prevê: "the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people". Neste caso, o sentido do silêncio constitucional muda em relação ao caso de poderes implícitos, ou seja, enquanto a décima emenda leva à interpretação de que o silêncio relacionado a poderes nacionais significa proibição, a nona emenda indica que o silêncio relacionado a direitos não é uma proibição (“shall not be [so]

construed” – eles não devem ser assim interpretados), muito pelo contrário, é uma determinação para que sejam identificados direitos não enumerados expressamente na Constituição.

Sobre a análise contextual da nona emenda em relação ao silêncio, Tribe (1982, p. 533) relembra que sua propositura foi uma resposta de Madison aos argumentos de Hamilton e outros que defendiam que os direitos não expressamente previstos na Declaração de Direitos necessitariam ser cedidos por parte do governo, ou seja, necessitariam de expressa previsão em lei. Conclui-se, portanto, que o contexto histórico demonstra que a interpretação deste silêncio constitucional não deve ser proibitiva, mas sim ampliativa.

Em continuação, Laurence Tribe (1982, p. 533) esclarece que a construção que atribui um específico sentido ao silêncio constitucional será necessariamente indeterminada e incompleta. Será indeterminada pois envolve escolhas não especificadas integralmente pela Constituição para decidir como interpretar a norma constitucional em questão (como a análise do contexto histórico, p. ex.). E será incompleta pois da construção derivam instruções que não podem ser aplicadas sem que outras escolhas sejam feitas e referidas escolhas podem ser restringidas pela própria Constituição e esta não determina de forma conclusiva sobre tais restrições (escolhas sobre quais direitos não enumerados podem ser reconhecidos, p. ex.).

Para finalizar a “sintaxe do não dito”, Tribe (1982, p. 534) indica que o silêncio desfruta de uma característica compensadora, qual seja, sua determinação potencial. De fato, em comparação com a fala, há várias maneiras de expressar a fala e muito o que pode ser dito, porém, apenas uma maneira de silenciar. Assim, as regras potenciais e infinitas de construção (e meta-regras de construção daquelas regras) podem ser rapidamente reduzidas quando se lida com o silêncio, desde que seja aceita a responsabilidade de declarar explicitamente as regras que especificam os efeitos legais que tais silêncios apresentam, independentemente dos entendimentos ou intenções compartilhadas (ou não) que aqueles silêncios podem ser conjecturados para reflexão.

Isso não significa, porém, que a construção do silêncio constitucional tenha que ser uma atividade passiva de apenas declarar aquilo que os constituintes intentavam com a Constituição, mas que a aceitação da responsabilidade acima descrita autoriza uma construção ativa que proclame a linguagem constitucional de princípios que se acredita que ela defende da melhor forma possível, mas nunca além disso (“beyond that point, we must seek what solace

we can from Wittgenstein's reprieve: 'Whereof one cannot speak, thereof one must be silent'" – TRIBE, 1982, p. 535).

Com efeito, em "Soundings and Silences" Tribe (2016b, p. 26) demonstra a dinâmica existente entre o silêncio constitucional e o tempo que pode levar ao reconhecimento de novos direitos fundamentais ou mesmo declarar ou alterar o próprio conteúdo de direitos fundamentais já consagrados.

Como exemplo, Tribe cita o precedente *Griswold v. Connecticut* de 1965, no qual a Suprema Corte americana decidiu que não constitui crime o uso de contraceptivos por pessoas casadas para aproveitar o sexo sem risco de gravidez apesar do silêncio constitucional. Reconhece-se, portanto, o direito à liberdade reprodutiva, mais tarde estendido a pessoas não casadas (precedente *Eisenstadt v. Baird*, 1972), bem como eventualmente ampliado desde a contracepção até o aborto (*Roe v. Wade*, 1973). Em 24 de junho de 2022, no julgado *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, a Suprema Corte reverteu o entendimento de *Roe v. Wade* na questão do aborto.

#### **4 SILÊNCIO CONSTITUCIONAL: CONCEITO, CRITÉRIOS RACIONAIS E HERMENÊUTICOS POSSÍVEIS COM VISTAS À IDEIA DE GÊNERO**

O desafio proposto nesse trabalho passa pela interpretação da Constituição diante de transformações sociais que rompem paradigmas e atingem conceitos pré-jurídicos (p. ex., o critério de identificação pelo sexo biológico) utilizados no texto constitucional correspondente ao paradigma vigente quando de sua elaboração em 1988 e que, diante de novas realidades transformadoras, exigem atualização para abarcar pessoas desprotegidas por não identificadas como titulares de determinados direitos fundamentais.

De fato, o texto da Constituição Federal de 1988 em nenhum momento utilizou a palavra "gênero". Adotou expressões "o homem e a mulher" no contexto da família (artigo 226, §3º e §5º) e "o homem ou a mulher" em contextos patrimoniais e previdenciários (artigos 183, 189 e 201).

Não obstante, ao se referir à dignidade como seu princípio fundamental, a Constituição Federal afasta-se de expressões como "homem e mulher" para indicar a "pessoa humana" ou apenas a "pessoa" como seu titular (artigo 1º, III), como se vê também no contexto da família

(artigo 226, §7º) e no contexto de proteção aos idosos (artigo 230).

Assim, diante do silêncio constitucional sobre o fenômeno “gênero” e da utilização de expressões como “homem e mulher”, “pessoa” e “pessoa humana”, é possível desvelar da força silenciosa do possível (HEIDEGGER, 1967, p. 349), ou seja, da potencialidade do silêncio constitucional, a adoção da identidade de gênero?

Relembre-se que não se confundem os enunciados escritos com as normas jurídicas e que as normas podem ser resultado da interpretação de qualquer dos elementos que formam o todo normativo do discurso constitucional (DÍAZ REVORIO, 2016, p. 12). Para tanto, necessário também vislumbrar o que não foi dito, apesar de decorrer logicamente daquele raciocínio expressado, como também já analisado. Tribe (1982, p. 534) indica referida dinâmica de interpretação ao tratar da determinação potencial do silêncio relacionada à responsabilidade de declarar explicitamente as regras que especificam os efeitos legais que tais silêncios apresentam.

Vê-se do todo normativo da Constituição de 1988 o reconhecimento da “pessoa humana” ou apenas da “pessoa” no toante ao titular do direito fundamental à dignidade. Não há, portanto, uma dignidade definida em termos binários (homem e mulher), ainda que fosse para reforçar a igualdade entre eles. Há, efetivamente, o reconhecimento de uma dignidade ao ser humano. Ainda que não se fale em gênero, é certo que a liberdade e a autonomia representadas pelo gênero são essenciais à dignidade da pessoa humana.

Portanto, não se demonstra adequada a interpretação do tema através da identificação do silêncio eloquente que excluiria, por fato jurídico operativo interno à própria norma, o reconhecimento da ideia de gênero, pois o texto constitucional utilizou-se de expressões como “homem e mulher”, com a aparente adoção de uma visão binária sobre o tema.

Ainda que se admitisse a adoção de uma visão binária e pautada no critério sexo biológico pela Constituição de 1988, haveria, com a transformação social, a (des)construção dos direitos fundamentais pois o texto constitucional tal como posto restringiria o conteúdo essencial desses direitos (seus próprios destinatários).

É fato, porém, que a mudança de paradigma pode ser verificada na sociedade e não pode ser ignorada pelo intérprete da Constituição. O silêncio é a potencialidade para que a Constituição possa incorporar essa mudança de paradigma.

Assim, pode ser vislumbrado no tema um silêncio como elemento do contexto

histórico das leis vigentes (TRIBE, 1982, p. 529) com posterior mudança de paradigma. Com efeito, na época de elaboração do texto constitucional era embrionário o movimento social que iria, décadas mais tarde, apontar para a concepção de gênero.

E mais, ainda no âmbito contextual, no Brasil tínhamos a relação entre o silêncio constitucional e as interpretações judiciais quanto ao termo gênero e às expressões “com a perspectiva de gênero”, “questões de gênero” e “equidade de gênero”, na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), em seus artigos 5º e 8º, II, VII, VIII e IX. Não se trata, obviamente, pretender interpretar a Constituição por meio de normas legais, mas sim a existência de um contexto que reforça o reconhecimento jurídico do gênero tanto pelo Poder Legislativo (que aprovou a Lei Maria da Penha), como pelo Poder Judiciário (que não declarou a adoção pela lei da perspectiva de gênero inconstitucional).

A definição de gênero, apesar do silêncio constitucional, passa a ser pressuposto para o exercício de direitos fundamentais. É possível desvelar da linguagem constitucional uma definição de gênero com a adoção do termo "pessoa humana" como destinatária dos próprios direitos fundamentais. A construção do sentido normativo de "pessoa humana" na perspectiva de gênero passa por uma análise contextual e interdisciplinar e que deve levar em consideração a mutabilidade e a evolução das definições identidades verificadas no meio social.

Do ponto de vista jurídico, há um silêncio enquanto fato operativo externo à própria norma constitucional (TRIBE, 1982, p. 524) diante da inércia do Poder legislativo brasileiro em reconhecer e definir, ainda que de forma abstrata, as premissas da identidade de gênero.

Por um lado, pode ser essencial a manutenção desse silêncio da lei para não restringir o intérprete o âmbito de aplicação da definição de gênero. Como visto, Laurence Tribe (1982, p. 533) esclarece que a construção que atribui um específico sentido ao silêncio constitucional será necessariamente indeterminada e incompleta. Vê-se, no contexto brasileiro, que a Constituição Federal de 1988, após reconhecer como seu fundamento a “dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, III), prescreve como um de seus objetivos fundamentais “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, IV).

Trata-se de normas de construção do sentido ao silêncio constitucional, indeterminadas e incompletas e que, como visto, possibilitam uma construção ativa que proclame a linguagem constitucional de princípios que se acredita que ela defende da melhor forma possível, mas

nunca além disso (TRIBE, 1982, p. 535).

Por outro lado, a ausência de premissas legais mínimas para definição de gênero pode levar à ineficácia dos direitos fundamentais por interpretações restritivas. Ainda sobre a construção do sentido do silêncio constitucional, uma cláusula semelhante à nona emenda à Constituição Americana citada por Tribe (1982, p. 533) pode ser encontrada no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Confirma-se, por esta cláusula, a dinâmica existente entre o silêncio constitucional e o tempo que pode levar ao reconhecimento de novos direitos fundamentais ou mesmo declarar ou alterar o próprio conteúdo de direitos fundamentais já consagrados (TRIBE, 2016b, p. 26). Por isso, interpretações restritivas da identidade de gênero como um direito fundamental não são compatíveis com a justaposição ao silêncio da norma constitucional prevista no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho analisou questões conceituais do fenômeno de gênero imbricando sobre elas a estrutura jurídica dos direitos fundamentais.

Identificou-se haver um silêncio constitucional sobre o tema.

Da análise contextual, foram identificadas duas questões principais da relação entre gênero, direitos fundamentais e silêncio: a identidade de gênero como direito fundamental e a historicidade na interpretação do silêncio e dos direitos fundamentais.

Elaborada referidas bases conceituais, foi examinado se as ferramentas constitucionais têm ou não envergadura para sustentar esse novo bem como legítimo direito fundamental, diante do silêncio da Constituição.

Para tanto, foram descritos os critérios racionais e hermenêuticos extraídos do silêncio constitucional com sua aplicação à ideia de gênero.

Foi verificado que não se demonstra adequada a interpretação do tema através da identificação do silêncio eloquente que excluiria o reconhecimento da ideia de gênero com a aparente adoção de uma visão binária pelo texto constitucional (“homem e mulher”).

Propõe-se que a definição de gênero, apesar do silêncio constitucional, é pressuposto para o exercício de direitos fundamentais com a adoção do termo "pessoa humana" como destinatária dos referidos direitos.

Apresenta-se um silêncio enquanto fato operativo externo à própria norma constitucional diante da inércia do Poder legislativo brasileiro em reconhecer e definir, ainda que de forma abstrata, as premissas da identidade de gênero. Pode ser essencial a manutenção desse silêncio da lei para não restringir o intérprete o âmbito de aplicação da definição de gênero, porque a construção que atribui um específico sentido ao silêncio constitucional será necessariamente indeterminada e incompleta. Porém, a ausência de premissas legais mínimas para definição de gênero pode levar à ineficácia dos direitos fundamentais por interpretações restritivas incompatíveis com a norma constitucional prevista no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal.

Diante das premissas concluídas pelo trabalho, vê-se que a construção do sentido normativo de "pessoa humana" na perspectiva da identidade de gênero passa por uma análise contextual e interdisciplinar, que deve levar em consideração a mutabilidade e a evolução das definições de identidades verificadas no meio social, com uma perspectiva ampliada dos destinatários dos direitos fundamentais.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAUÉS, Antônio Moreira. Linguagem, Constituição e lei: a Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, ano 14, n. 19, p. 63-74, jan./jul. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: 5ª edição, 2016.



**Vol. 22, nº 2, (2023). Pág. 34 - 58**

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BALERA, Wagner. **Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: Conceito Editorial, 2ª edição, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x Constitucionalismo: um navio à deriva?.  
**Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 1, p. 5-42, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra, Portuga: Livraria Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Interpretación de la Constitución y juez constitucional.  
**Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 37, ano X, p. 9-31, jan.jun. 2016.

FOGEL, Gilvan Escuta, silêncio, linguagem. **Aufklärung. Revista de Filosofia**, vol. 4, núm. 2, set.set., 2017, pp. 47-58. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/arf/article/view/35900>>. Acesso em: 12.04.2023.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e verdade**. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Sobre o humanismo**. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

KIMMEL, Michael. **A Sociedade de Gênero**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2022

KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TRIBE, Laurence Henry. Soundings and Silences. **Michigan Law Review Online**, Michigan, v. 115, n. 26, 2016. Disponível em: <[https://repository.law.umich.edu/mlr\\_online/vol115/iss1/3/](https://repository.law.umich.edu/mlr_online/vol115/iss1/3/)>. Acesso em: 12.04.2023.

\_\_\_\_\_. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 57, n. 4, mar. 1982. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol57/iss4/1>>. Acesso em: 12.04.2023.