

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO E TEORIA QUEER

BRIEF CONSIDERATIONS ON THE THEORY OF ADEQUATE RESPONSE TO THE CONSTITUTION AND QUEER THEORY

Lucas Teixeira Dezem (UNAERP)¹

Caio Vasconcelos Oliveira (UNAERP)²

Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega (UNAERP)³

RESUMO

O presente estudo se dedica em analisar a teoria da resposta adequada à constituição, notadamente desenvolvida por Lênio Streck, de modo a conceituá-la, trazendo em seu bojo informações históricas sobre a construção de constituição que tem pouca efetividade no que tange os direitos fundamentais. De outra banda, a pesquisa trouxe em comento a teoria queer como aparato científico para compreender como a identidade humana se performa e necessita de mecanismos jurídicos fortes e capazes de construir e defender uma sociedade plural e justa. Para isso adotou-se o método dedutivo e empírico, sendo que a pesquisa se debruçou em livros, artigos científicos, doutrina, legislação e algumas jurisprudências. Deste estudo resultou-se considerações ainda preliminares que indicam que a constituição possui grandes níveis de dificuldade efetividade, principalmente no que tange a diversidade e pluralidade humana.

Palavras-chave: Gênero e Sexualidade. Queer. Processo Coletivo. Direitos de minorias.

¹ Graduado pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), possui especialização em Direitos Humanos pela Universidade Focus, mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Doutorando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Atualmente é bolsista Capes. E-mail: lucastd19@hotmail.com

² Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Municipal de Franca (2.014). Pós-graduado (Lato Sensu) em Direito Previdenciário (2.015) pela Faculdade Legale (Faleg) e pós-graduado (Lato Sensu) em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho (2.016) pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Em 2.018 concluiu especialização em Direito Médico-hospitalar (pós-graduação Lato Sensu) pela Escola Paulista de Direito. Em 2020 ingressou no Mestrado (pós-graduação Stricto Sensu) em Saúde e Educação na Universidade de Ribeirão Preto. Em 2022 ingressou no Doutorado (pós-graduação Stricto Sensu) em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto.

³ Mestre em Direito Civil e Doutora em Direito Empresarial pela PUC SP, professora titular da Universidade Federal de Goiás, e no Programa de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto. Pesquisadora bolsista produtividade do CNPq, fez estágio pós doutoral na Universidade de Coimbra. E-mail: mcvidotte@gmail.com

ABSTRACT

This study is dedicated to analyze the theory of adequate response to the constitution, notably developed by Lênio Streck, in order to conceptualize it, bringing in its core historical information about the construction of constitution that has little effectiveness regarding the fundamental rights. On the other hand, the research brought into comment the queer theory as a scientific apparatus to understand how the human identity is perforated and needs strong legal mechanisms capable of building and defending a plural and fair society. To this end, the deductive and empirical method was adopted, and the research was based on books, scientific articles, doctrine, legislation, and some jurisprudence. This study resulted in preliminary considerations that indicate that the constitution has great levels of difficulty in being effective, especially when it comes to human diversity and plurality.

Keywords: Gender and Sexuality. Queer. Collective Process. Minority Rights.

INTRODUÇÃO

Os estudos sobre diversidade humana, envolvem diversas questões sociais e políticas, diversos pensadores se debruçam sobre esta temática. Neste contexto, surge, em 1990, um campo teórico chamado de teoria queer que tem como objetivo ser uma forma de analisar as diretrizes e estudos dos movimentos sociais relacionados as diretrizes sociais e performances dos corpos. Como uma das principais bases teóricas para as reflexões aqui propostas, Judith Butler, de maneira geral, analisa as relações do gênero sob a perspectiva dos reflexos sociais e de poder nos quais os corpos encontram-se.

A respeito da inefetividade de direitos e garantias fundamentais, adotou-se o estudioso Lênio Streck, notadamente referenciado pela teoria da resposta adequada à constituição, o qual desenvolve os problemas e os limites da realização/efetividade de direitos dentro de uma sociedade extremamente complexa como a do Brasil.

Sobre estas perspectivas construí-se aquilo que chamamos como direito de ser e estar. Compreendendo como sendo uma garantia que encampa a defesa de existir e de ocupar os mais diversos espaços.

Esta pesquisa objetiva-se em investigar ambas as teorias acima e realizar reflexões sobre o tema exposto. Não se trata de uma pesquisa exauriente, muito pelo contrário, espera-se que este trabalho seja lido e instigue o leitor a pensar sobre diversas formas de efetividade dos direitos, de modo a debater e ou concordar com os pressupostos até aqui indicados.

Deste modo, o trabalho está estruturado em duas seções, a primeira conceituando a teoria da resposta adequada à constituição, já indicando algumas críticas sobre a efetividade de algumas garantias fundamentais e, em segundo momento, pontuar algumas contribuições relacionados a teoria queer e suas narrativas.

A relevância deste assunto encontra fundamentação nos efeitos teóricos e práticos advindos da marginalização e silenciamento de algumas identidades, principalmente no tocante a falta de reconhecimento dos poderes estatais para coibir os elevados índices de homicídio causados por conta de preconceito a estas subjetividades. Além disso, nota-se cada vez mais necessária a discussão sobre os direitos que permitem a construção da identidade humana. Discutir sobre os fenômenos multifacetados que constroem e permitem que as subjetividades humanas existam no seu grau mais elevado de diversidade, é comprometer-se com o pluralismo de ideias, costumes e identidades.

Sendo assim, o presente trabalho pretende debruçar-se na interdisciplinaridade para encontrar algumas considerações sobre seus objetivos. Neste sentido, utiliza-se da linguagem como mecanismo de efetivação e reconhecimento da própria identidade e da identidade do outro. Se somos constituídos “no” e “pelo” discurso, é necessário se olhar para as abordagens gramaticais e verificar que estas também são formas de institucionalizar e reconhecer algumas subjetividades. Como resultado, espera-se que este estudo contribua com uma maior amplitude e efetividade dos direitos fundamentais, notadamente aqueles relacionados sobre a defesa das mais diversas identidades.

1. TEORIA DA RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO EM STRECK

A proposta de Streck, como aparato teórico, defende, em grande síntese, que como os mecanismos de defesa e manutenção dos direitos fundamentais podem ocorrer em países que possuem um alto grau de inefetividade. A proposta utilizada pelo estudioso Lenio Luiz Streck (2017, p. 37) está inserida no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo que possui como objetivo verificar como se realiza no nível da teoria do Estado e da Constituição, sugerindo um resguardo dos atos judiciais sobre a discricionariedade e ao ativismo social (STRECK, 2017, p.68-69).

Desta forma, se cria uma matriz teórica capaz de oferecer elementos para que as decisões judiciais se apresentem como respostas corretas e, ao mesmo tempo, adequadas à Constituição, considerando tais respostas como verdadeiro direito fundamental do cidadão (STRECK, 2017, p. 647).

Na teoria da decisão, a resposta correta indica e ressalta que no dever fundamental de justificação das decisões, aqui ressalta a aplicação do artigo 93 da Constituição Federal de 1988 . Essa afirmação indica que “existe uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementariedade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais” (STRECK, 2017, p.688).

Importante destacar que a tese suscitada e defendida por Streck, sustenta-se nas teorias estudadas por Gadamer e Dworkin. Por conseguinte, quando Dworkin indica que o magistrado deve renunciar a convicções políticas “[...] não é porque estes princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’ como enunciados assertóricos ou categorias” (STRECK, 2017, p. 521). De outra forma, Dworkin indica que os limites que devem consignar as decisões judiciais deve se observar aos limites constitucionais e não as crenças pessoais de quem decide. A esta forma de pensar, em resumo, dá-se o nome de teoria da integridade. Ao analisar esta teoria Dworkin (2014, p. 118-119) utiliza-se da metáfora do juiz Hércules: “[...] a integridade e a equidade [equanimidade] irão balizar a justiça e a sabedoria de várias maneiras”, ou seja, “a integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre” (DWORKIN, 2014, p. 118-119). De outro modo, “Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem” (DWORKIN, 2014, p. 118-119).

Segundo Streck (2017, p. 521-522), Dworkin compreendeu que a problemática reside entre a relação sujeito e objeto, de forma que a metáfora de Hércules comprova a possibilidade de exercer o domínio sobre o sujeito. A teoria da integridade de Dworkin (2014, p. 260) aponta que ao verificar direitos e deveres, os magistrados observar a concepção da justiça e do devido processo legal, para que seja possível a melhor interpretação do exercício jurídico. Assim, a integridade é “[...] a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, de como os juízes decidem os casos difíceis nos tribunais [...]” (DWORKIN, 2014, p.

260). Conforme elucida Motta (2014, p. 118-119): “supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado”. Portanto o principal argumento é que “cada juiz, assumindo o seu papel de ‘um romancista da corrente’, deve ler o que os outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente” (MOTTA, 2014, p. 119). Como cada magistrado “formou uma opinião sobre o ‘romance coletivo’ escrito até então; nesses termos, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um parceiro de um complexo empreendimento em cadeia” (MOTTA, 2014, p. 119).

Assim sendo, Dworkin (2014, p. 260) ensina que o romance em cadeia precisa de uma construção de capítulos relacionado a uma história jurídica. Revelando, desta forma, que o empreendimento em cadeia, assuma um verdadeiro obstáculo ao subjetivismo do magistrado, devendo este manter a coerência jurídica. Significativo a diferenciação entre decisão e a escolha, sendo que decisão, para Dworkin (2014, p. 260) seria um ato de responsabilidade política, já a escolha seria uma atividade relacionado a ordem prática. Para Streck (2017, p. 526) a defesa de uma decisão judicial que não possua discricionariedade estão alinhadas com a defesa de um Estado Democrático de Direito. Referenciado, Elias Diaz, Lênio (2017, p. 39) indica que a definição de Estado Democrático de Direito “remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais”. De modo que por meios pacíficos e livres, a sociedade possa produzir níveis concretos de igualdades e liberdades. “O qualificativo “democrático” vai muito além de uma simples reduplicação das exigências e valores do Estado Social de Direito e permite uma práxis política e uma atuação dos poderes públicos” (STRECK, 2017, p. 39). De forma a manter a exigência dos direitos e liberdades fundamentais.

Desta forma, Oliveira (2005, p. 12) indica:

Nessa ordem de idéias, há que se notar a premente função social do Estado e do Direito, na órbita transformadora do Estado Democrático de Direito. Assim, com Canotilho e Vital Moreira, pode-se dizer que quando se fala em função social do Estado e do Direito, afirma-se que a Constituição, com a adoção do Estado Democrático de Direito, consagrou o princípio da

democracia econômica, social e cultural, mediante os seguintes pressupostos deontológicos: a) constitui uma imposição constitucional dirigida aos órgãos de direção política da administração para que desenvolvam atividades econômicas conformadoras e transformadoras no domínio econômico, social e cultural, de modo a evoluir-se para uma sociedade democrática cada vez mais conforme os objetivos da democracia social; b) representa uma autorização constitucional para que o legislador e demais órgãos adotem medidas que visem alcançar, sob a ótica da justiça constitucional, as vestes de uma justiça social; c) implica na proibição de retrocesso social, cláusula implícita à principiologia do Estado Democrático de Direito e d) apresenta-se como instrumento de interpretação, obrigando todos os poderes constituídos a interpretarem as normas a partir dos comandos do princípio da democracia econômica, social e cultural

Ou seja, a importância social do Estado e do Direito, com a tutela do Estado democrático do Direito, consagra princípios da democracia econômica, social e cultural, como meio de perseguir os pressupostos acima destacados. Ressalta-se que a intervenção do Direito no Estado democrático de Direito, revela-se como precípua no interior do Estado, notadamente no que se fala de “esferas de tensão” entre os outros poderes. Desta forma, destaca-se como verdadeira crítica de que o Estado carece de mecanismos que acesso amplo do judiciário para requerer os direitos colocados pela própria constituição.

Neste diapasão, Oliveira (2005, p. 13) revela que a Constituição Federal de 1988 não merece tal crítica, uma vez que o constituinte estabeleceu forma possíveis de dar efetividade ao texto constitucional. Exemplifica: “mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º), a manutenção do controle difuso de constitucionalidade (art. 97), bem como a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103)” (OLIVEIRA, 2005, p. 13). Apesar disso, o estudioso ressalta que no Brasil, esses avanços estão imersos no sentido comum teórico, relembra o caso do “mandado de injunção – instituto importantíssimo para dar efetividade aos preceitos constitucionais, principalmente no que tange aos Direitos fundamentais -, que foi transformado pelo STF em verdadeira ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária” (OLIVEIRA, 2005, p. 13). Em relação a esta, é plausível destacar que no Brasil, a dogmática jurídica não consegue tornar útil para dar efetividade ao texto constitucional, já que há uma notável falta de entendimento dos próprios institutos (REALE; ANTISERI, 1991, p. 584). De outra forma:

Com efeito, um dos maiores problemas enfrentados pelo governo brasileiro – senão o maior deles – é o da falta de recursos para implementar as políticas públicas necessárias para tornar mais inclusiva nossa sociedade. Porém, apesar de serem noticiados sucessivos crescimentos em nossa economia - com o conseqüente aumento de divisas - todo esse dinheiro deixa o país, através do pagamento dos altíssimos juros acumulados por nossa infundável dívida externa. Tal fato impossibilita que nossa população desfrute das benesses propiciadas pelo propalado “crescimento”, continuando a ser massacrada nas filas dos hospitais; saboreando o fel de uma educação que já beira as piores do planeta; além dos crescentes problemas com a criminalidade etc.. Todos estes fatos parecem de notória evidência. Contudo, o que causa espanto é que o art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevê/previa que após um ano da promulgação da Constituição – portanto em 1989 – deveria ter sido realizada uma auditoria do endividamento externo brasileiro para que se soubesse, exatamente, quanto pagamos de juros e o quanto conseguimos diminuir do principal. Pois bem, DEZOITO ANOS APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, ainda não foi sequer instituída a comissão mista prevista pelo caput do referido dispositivo. A comunidade jurídica, por seu turno, aceita esta realidade passivamente, sendo que parece evidente a caracterização de uma omissão inconstitucional passível de ser sanada pela via da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CF). Note-se que os benefícios trazidos pela implementação do retrocitado dispositivo são evidentes. De fato, basta volver os olhos para os exemplos da Europa do segundo pós-guerra – principalmente a Alemanha – que negociou suas dívidas de forma a conseguir amortizar os juros que pagava, sendo que em menos de sete anos já havia pago as dívidas advindas da destruição proporcionada pela 2ª Guerra Mundial. Este fato, todavia, não causa a “angústia do estranhamento” (Streck) nos juristas (e cidadãos) brasileiros. Em razão disso, continuamos a pagar (sem saber ao certo) os altíssimos juros cobrados pelos rentistas, que desfrutam de nossas riquezas, enquanto parte de nossa população é exterminada, ora pela fome, ora pela violência crescente que assola nossas metrópoles, causas diretas da concentração de renda e da segregação social historicamente praticada no Brasil e que, a evasão de nossas divisas, só vem a contribuir para seu aumento! Anota-se que, recentemente, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental visando tornar efetivo o referido dispositivo.

Ao descrever o Direito, o positivismo cobiça a neutralidade na forma como se delibera. No entanto, a crítica hermenêutica do direito indica que só seria possível crer nesta forma de decidir se admitisse que o positivismo se inicia de um ponto de partida zero, o que é impossível, já que se tem um ponto de partida, não teria como falar em um ponto zero. Desta forma, “há uma antecipação de sentidos que inexoravelmente interpela qualquer tipo de interpretação. Esta antecipação é a pré-compreensão (Vorverständnis) da qual nos fala Heidegger” (STRECK, 2017, p. 227). Para Streck (2017, p. 254) o real problema dos estudos positivistas é que não estão analisando com a decisão, de modo que os positivistas afastam a teoria de que exista uma resposta correta conforme o caso.

Assim, seria necessário na democracia nacional a coesão de interpretações e atos decisórios do magistrado alicerçados no texto constitucional e não em uma forma de

convicção pessoal do julgador, assim sendo a resposta correta e certa constitui um dos direitos fundamentais do cidadão. Por conseguinte, é necessário ressaltar que “a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças” (STRECK, 2017, p. 15), De modo que se coloca como antagonico : uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos” (STRECK, 2017, p.15).

Assim, pontua Streck (2017, p. 15):

Hermeneuticamente, esta ‘baixa constitucionalidade’ estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito). Um dos fatores que colabo(r)aram para a pouca importância que se dá à Constituição deve-se ao fato de que as Constituições brasileiras, até o advento da atual, sempre haviam deixado ao legislador a tarefa de fazer efetivos os valores, direitos ou objetivos materiais contidos no texto constitucional, que, com isso, se transformava, porque assim era entendida, em mero programa, uma mera lista de propósitos.

E, ainda:

Desse modo, toda vez que surge uma nova lei, os operadores do Direito, inseridos nesse habitus tão bem definido por Bourdieu - se tornam órfãos científicos, esperando que o processo hermenêutico-dogmático lhes aponte o (correto) caminho, dizendo para eles o que é que a Lei diz (ou “quis dizer”)... No interior deste habitus engendra-se uma espécie de “síndrome de Abdula”, que faz com que a expressiva maioria dos Juristas não se dê conta de sua força e de seu papel no processo de construção do discurso jurídico. Metaforicamente, essa “síndrome” pode ser explicada a partir de um conto de Ítalo Calvino. (...) Pela história, Alá ditava o Corão para Maomé que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em um determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Este fato escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá. Não há exagero em fazer uma analogia desta história com o que ocorre no cotidiano das práticas jurídicas. Assim como o personagem Abdula não tinha consciência de seu poder (e de seu papel), os operadores jurídicos também não sabem de sua força. Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo campo jurídico, sofrem desta “síndrome de Abdula”. Consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas – reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que detêm o skeptron, é dizer, a fala autorizada. Não se consideram dignos de dizer o verbo. Perderam a fé em si mesmos. Resignados, esperam que o processo hermenêutico lhes aponte o caminho da-verdade, ou seja, a “correta interpretação da lei”! Enfim, esperam a fala-falada, a revelação-da-verdade (STRECK, 2017, p.256) .

Sendo assim, impõe a crítica de que a atividade jurídica se atente para que o destaque que a hermenêutica não é apenas um método, é um modo de ser. Deve-se

reconhecer que é na atividade interpretativa que se abre espaço para uma crítica que valide e estabeleça modos e formas de efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

2. TEORIA QUEER

Surge em 1990, um campo teórico denominado de teoria *queer* com a pretensão de ser uma forma de analisar as diretrizes e estudos dos movimentos sociais sobre o tema. Como base teórica para as reflexões aqui propostas trazemos os aportes da estudiosa dos temas *queer*, Judith Butler. Cujas peculiaridades, nesse assunto, é elaborar suas pesquisas com o objetivo de analisar as relações do gênero sob a perspectiva dos reflexos sociais e de poder nos quais os corpos se encontram. Assim, trouxemos à análise alguns aspectos da teoria *queer* pretendendo um olhar da perspectiva do direito, colocando essas manifestações político sociais sob o enfoque dos direitos fundamentais, notadamente o direito à liberdade, à igualdade e à dignidade.

A teoria queer surgiu nos Estados Unidos, na década de 90, com a confluência dos estudos culturais e pós-estruturalistas franceses. A palavra queer é de origem inglesa e era utilizada como meio de insulto a quem se comportava de maneira extravagante, fora do padrão socialmente naturalizado, fora do comum. Era empregada para referir-se aos “zeros econômicos, o imigrante, o ladrão, o bêbado, o indigente, o pedinte, o enfermo, o homossexual, a lésbica – a ralé” (LEOPOLDO, 2017, p.13). De forma geral, o termo “queer” era utilizado para falar sobre aquilo que foge do padrão de normalidade. “Queer é tudo isso: é estranho, raro, esquisito” (LOURO, 2017, p. 30). Mas o queer é mais do que isso. Guacira Lopes Louro (2017, p.30) ensina que “Queer é, também, o sujeito da sexualidade desviante-homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, drags. É o excêntrico que não deseja ser integrado e muito menos tolerado” O queer tem também um viés ideológico. “Queer é um jeito de pensar e de ser que não aspira ao centro e nem o quer como referências; um jeito de pensar que desafia as normas regulatórias da sociedade, que assume o desconforto da ambiguidade, do entre lugares, do indecível. Queer é um corpo estranho que incomoda perturba, provoca e fascina” (LOURO, 2017, p. 30). O queer é político.

Paul B. Preciado (p. 58, 2009) escreve sobre o processo de resignificação do termo “queer”. Preciado escreve com que a palavra *queer* era utilizada para se referir a um insulto. Neste sentido, “queer servia para nomear aquele ou aquilo que, por sua

condição de inútil, malfeito, falso ou excêntrico, questionava o bom funcionamento do jogo social”. Era utilizado para significar todo aquele que, por algum motivo específico de sua identidade, não pudesse ser imediatamente reconhecido como os padrões do binarismo de gênero: homem x mulher. “A palavra queer não parece tanto definir uma qualidade do objeto a que se refere, quanto indicar a incapacidade do sujeito que fala de encontrar uma categoria no âmbito da representação que se ajuste à complexidade do que ela pretende definir” (PRECIADO, 2009, p. 58). Neste sentido, o termo *queer* está bem associado a representação linguística do que uma simples qualificação. Em outras palavras, “o que chamo de Queer é um problema para o meu sistema de representação, é um distúrbio, uma estranha vibração no meu campo de visibilidade que deve ser marcada com a injúria” (PRECIADO, 2009, p. 58). Desta forma, é necessário olhar para o *queer* como um mecanismo de significação dos corpos. “Na sociedade vitoriana, que defendia o valor da heterossexualidade como eixo da família burguesa e base da reprodução da nação e da espécie, queer servia para nomear também aqueles corpos que escapavam à instituição heterossexual e suas normas” (PRECIADO, 2009, p. 58). Ou seja, os corpos *queer* eram aqueles que, por conta das suas formas de relação e produção do prazer, questionavam o universo e as diferenças entre o feminino e o masculino. “Eram queer os invertidos, a bicha e a lésbica, a travesti, o fetichista, o sadomasoquista e o zoófilo. O insulto queer não tinha um conteúdo específico: pretendia reunir todos os sinais do abjeto” (PRECIADO, 2009, p. 59).

Na realidade a palavra *queer* era mais utilizada como baliza do reconhecimento da identidade: “aquele que chamava o outro de queer se situava a si mesmo sentado confortavelmente em um sofá imaginário da esfera pública em uma troca comunicativa tranquila com seus iguais heterossexuais enquanto expulsava o queer para além dos confins do humano” (PRECIADO, 2009, p. 59). O queer estava fora dos espaços públicos e de convívio social. O queer estava constantemente condenado ao sigilo e a vergonha de manifestar sua identidade.

Neste sentido, é possível inferir que se trata de uma linguagem dinâmica, de modo que o seu sentido não se resume apenas um significante, existindo uma mudança de sentido ao termo queer. Desta forma, o conceito oferecido a teoria do termo queer, em meados da década de 80 era para se referir de maneira pejorativa às pessoas

homossexuais, principalmente em um contexto do surgimento da AIDS, doença até então considerada prerrogativa de pessoas que tinham práticas homossexuais. Importante mencionar que a teoria queer, justamente por ser referenciada como uma teoria disruptiva a norma dominante, era chamada por algumas vezes como teoria cu, teoria viada, puta teoria, teoria deslocada, entre outros nomes que referenciavam seu caráter disruptivo e subversivo (PRECIADO, 2009, p. 62).

O objetivo central da teoria queer é o estranhamento como instrumento político. Parte da concepção da existência de uma minoria diversa e que busca a liberdade e do ideal de pertencimento social. A manifestação do ser é forma de causar o estranhamento nos indivíduos cujo comportamento se adequa aos padrões considerados “normais”. Desta forma, os estudos queer debruçam-se principalmente sobre a leitura antropológica das relações sexuais e de gênero. No entanto, ela permite e auxilia as diversas abordagens contextualizadas para estranhas áreas, como a que se define neste ensaio.

Desta forma, a proposta da teoria queer não é de se criar um “terceiro sexo” ou ir “além dos gêneros”. A ideia é que ela se aproprie das disciplinas relacionadas ao saber e ao poder sobre os sexos, de modo que se observe a rearticulação e os desvios das tecnologias sexopolíticas específicas capazes de produzir corpos tido como “normais” e “desviantes”. De uma forma antagônica ao que se propõe as teorias feministas, a teoria queer não possui a pretensão de fixar em identidades naturais (homem/mulher) ou sobre práticas sexuais (heterossexual/homossexual). A teoria queer trata sobre a diversidade de corpos que se contrapõe aos regimes que os constrói como “normais” ou “anormais”. O que está em pauta é a reflexão de como se é possível resistir ou desviar das normas de subjetivação sexopolíticas. (Preciado, 2003, p. 16)

Portanto, a teoria queer propõem-se em utilizar o termo queer como uma prática de vida que questiona as normatividades socialmente impostas, não trazendo um conteúdo identitário específico ou fixo, mas sim um conteúdo relacionado a identidade por meio de instrumentos revolucionários, com viés político e herdado dos estudos feministas e anticoloniais: “O movimento queer é pós-homossexual e pós-gay. Já não se define com respeito à noção médica de homossexualidade, nem tampouco se conforma à redução da identidade gay a um estilo de vida acessível dentro da sociedade de consumo

neoliberal” (PRECIADO, 2009, p. 65). Por conseguinte, trata-se de um movimento pós-identitário, onde o queer não é apenas uma identidade, mas um movimento crítico aos processos de exclusão e marginalização ocasionados pela manifestação de algumas subjetividades. “O movimento queer não é um movimento de homossexuais nem de gays, mas de dissidentes sexuais e de gênero que resistem às normas impostas pela sociedade heterossexual dominante, atento também aos processos de normalização e exclusão internos à cultura gay” (PRECIADO, 2009, p. 65). Desta forma, o movimento queer trata de abarcar temáticas como: “marginalização das caminhoneiras, dos corpos transexuais e transgêneros, dos imigrantes, dos trabalhadores e trabalhadoras sexuais...” (PRECIADO, 2009, p. 65).

Neste sentido, a teoria *queer* reconhece “os limites das diversas siglas e nomeações que buscam novas/novo normatizações/reconhecimento para os corpos”, investigando formas de categorias sociais fixas ou dadas, como os próprios pressupostos universais de homem e mulher (TORRES, 2016, p. 47). Desta forma, a definição de “gênero” opera como um estudo em investigação, além de servir como ferramenta política, notadamente, durante a “segunda onda” do movimento feminista, entre 1967 e 1975. Neste momento é importante destacar que John Money, psicólogo da década de 1950, já fazia distinções claras entre os aspectos psicológicos (gênero) e as características biológicas (atributo genital), conforme escreve Cyrino (2013, p.2).

Após este rompimento do conceito de gênero com as questões biológicas, os estudos sobre ele começaram a serem feitos nas diferenças sociais entre os sexos, destaque para os estudos feministas, inspiradas por Simone de Beauvoir (1949) e dentre outras. De forma uma geral, os estudos feministas se dividem em três grandes momentos. As duas primeiras ondas de estudos feministas se concentravam muito nas mulheres brancas de classe média. Já o feminismo de “terceira onda”, momento em que surge os estudos de Judith Butler, por volta de 1990, começa-se a discutir sobre os próprios modelos que o movimento feminista trazia em seu bojo. De forma que, sem deixar de considerar os primeiros estudos, é problematizado as teorias feministas. Neste sentido, passa-se a contestar as categorias binárias de gênero, bem como a dualidade posta entre a temática do “sexo e gênero” (LOURO, 2014, p. 20). Por conseguinte, Butler estabelece em suas pesquisas interlocução com Beauvoir, indicando limites para estudos do gênero

que, conforme Butler (2000, p. 45): “pressupõem e definem por antecipação as possibilidades das configurações imagináveis e realizáveis de gênero na cultura”. Ou seja, se em Beauvoir temos que “não se nasce mulher, torna-se”, Butler (2000, p. 27) escreve que “não há nada em sua explicação [de Beauvoir] que garanta que o ‘ser’ que se torna mulher seja necessariamente fêmea”. Em uma tentativa de retirar a naturalidade do gênero, Butler propõe significativas críticas as teorias feministas da época.

Louro (2014, p.25) ensina que é por meio das feministas anglo-saxãs que o gênero é diferenciado do sexo e o objetivo dessa diferenciação reside no fato de afastar o determinismo biológico existente dentro da terminologia do “sexo”, restando claro que o aspecto social existente dentro da diferenciação sexual. Desta forma, “gênero” passa a ser compreendido como uma construção simbólica e cultural que está em constante transformação conforme o tempo e espaço. Já o “sexo” é definido como algo natural, fazendo referências aos atributos fisiológicos e anatômicos. Neste sentido, os aspectos sexuais são entendidos e apresentados como um dado social alheio a um processo histórico (LOURO, 2014, p. 26). De outra forma, “embora as distinções anatômicas sejam geralmente dadas no nascimento, os significados a elas associados são altamente históricos e sociais” (Weeks, 2000, p. 40).

Por conseguinte, Butler, em seus estudos, propõe justamente esse questionamento entre sexo e gênero, rechaçando as teorias que relacionam a genitália do indivíduo com a construção do gênero atribuído, vejamos: “dado corporal sobre o qual o construto do gênero é artificialmente imposto” (BUTLER, 2000, p.152-153). Isto porque, para a autora, “a diferença sexual não é meramente um fato anatômico, pois a construção e a interpretação da diferença anatômica é, ela própria, um processo histórico e social” (CARVALHO, 2010, p. 236). Por conta disso, Butler (2000, p. 26) escreve que “nesse caso, não a biologia, mas a cultura se torna o destino”, ao dizer sobre a definição do que seria “gênero”. Desta forma, nos pressupostos de estudo da autora, o sexo não é apenas uma entidade natural, dada pela biologia, mas também indicava um item cultural e discursivo, conforme o gênero. Escreve a pesquisadora: “talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma” (BUTLER, 2000, p. 25).

Nesta alçada, é preciso destacar também um padrão normativo muito comum que é o da cisnormatividade. De forma geral, os sujeitos que se reconhecem em conformidade com o gênero que lhes foi atribuído em seu nascimento, de acordo com seu órgão biológico, são considerados cisgênero (*cis*, do latim, “do mesmo lado”). Já um indivíduo que não se reconhece conforme o gênero que foi designado de acordo com sua genitália, são chamados de pessoas transgênero. Sobre isso, Letícia Lanz conceitua cisgênero como sendo “a pessoa que se encontra bem ajustada ao rótulo de identidade de gênero (mulher ou homem) que recebeu ao nascer em função do seu órgão genital (macho ou fêmea)”. Por conseguinte, “indivíduos cisgêneros estão de acordo, e normalmente se sentem confortáveis, com os códigos de conduta (incluindo vestuário) e papéis sociais atribuídos ao gênero a que pertencem”. Diferentemente das pessoas transgênero que “se sentem desajustados em relação aos rótulos de gênero que originalmente receberam ao nascer” (LANZ, 2015, p. 403).

Como esta pesquisa preocupa-se em trazer algumas definições sobre a temática, é válido mencionarmos que o termo “transgênero” é chamado também de: não-cisgêneros, integrantes da população T ou “trans”. Letícia Lanz (2015, p. 70) prefere a utilização do termo “transgeneridade”, justamente pelo vocábulo ser mais abrangente e quanto as identidades de gênero-dissidentes ou ‘transidentidades’, compreendida como sendo aquelas identidades – palavra grafada no plural para apontar a existência de multiplicidade- que rompem com o binarismo de gênero. Mais uma vez, por binarismo, compreendemos o “conjunto de normas de regulação e controle baseado em estereótipos, atributos culturais, atitudes, identidades e expressões, papéis, funções e expectativas sociais de desempenho” (LANZ, 2015, p. 43).

Sobre a temática da terminologia da palavra “transgênero”, destacamos a Opinião Consultiva número 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata sobre identidade de gênero, alteração de prenome e reconhecimento dos direitos patrimoniais advindos das relações homoafetivas:

Quando a identidade ou expressão de gênero de uma pessoa é diferente daquela tipicamente associada ao sexo atribuído no nascimento. As pessoas trans constroem sua identidade independentemente de tratamento médico ou intervenções cirúrgicas. O termo trans é um termo genérico usado para descrever as diferentes variantes de identidade de gênero, cujo denominador comum é a não-conformidade entre o sexo atribuído no nascimento da pessoa e a identidade de gênero tradicionalmente atribuída a ele.

Uma pessoa transgênera ou *trans* pode se identificar com os conceitos de homem, mulher, homem trans, mulher trans e pessoa não-binária, ou com outros termos como *hijra*, terceiro gênero, dois espíritos, travesti, *fa'afafine*, *queer*, *transpinoy*, *muxé*, *waria emeti*. A identidade de gênero é um conceito diferente de orientação sexual (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, p.18, tradução nossa)⁴

Dito isso, é importante destacar neste momento que as pesquisas sobre transgeneridade perpassa por diferenciações a respeito identidade de gênero e orientação sexual. Desta forma, evidenciamos aqui o documento da Organização das Nações Unidas – ONU- intitulado de *Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law* que recomenda aos Estados o cumprimento dos cinco passos:

1) Proteger as pessoas da violência homofóbica e transfóbica; 2) Prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante às pessoas LGBTI em detenção através da proibição e punição de tais atos, garantindo que as vítimas sejam socorridas; 3) Revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo todas as leis que proíbem a conduta sexual privada entre adultos do mesmo sexo; 4) Proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero; e 5) Proteger as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica para as pessoas intersexo e LBGT (ONU, 2013b).

Desta forma, faz se necessário a determinação da diferença entre identidade de gênero e orientação sexual, apesar de ambas surgiram de um aspecto comum que seria a sexualidade humana. Nesta perspectiva, para Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 13) ambos os conceitos não devem se misturar, uma vez que as “pessoas transgênero são como as cisgênero, podem ter qualquer orientação sexual: nem todo homem e mulher é ‘naturalmente’ cisgênero e/ou heterossexual”. Esta afirmação surge justamente da conotação da existência de uma matriz heterossexual e cisgênera que estabelece uma

⁴ “Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como *hijra*, *tercer género*, *biespiritual*, *travesti*, *fa'afafine*, *queer*, *transpinoy*, *muxé*, *waria* y *meti*. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.” A respeito das identidades de gênero mencionadas no referido documento, alguns termos designam um terceiro gênero reconhecido em determinadas culturas, geralmente nãoocidentais, apresentando-se nem como homens, nem como mulheres, como por exemplo as *hijras* no Sul da Ásia (Índia, Bangladesh e Paquistão), as *muxes* no México, as *fa'afafine* em Samoa, as *warianas* Indonésia e as *transpinoynas* Filipinas”

norma determinante da relação entre sexo biológico, gênero e desejo, conforme apontado por Butler (2016).

De forma resumida, a orientação sexual é utilizada para indicar a quem o indivíduo destina seu desejo, de outro modo, diz respeito a quem a pessoa se sente afetivamente ou sexualmente atraído. Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 12) ensina que a orientação sexual “se refere à atração afetivossexual por alguém de algum/ns gênero/s”. Por conseguinte, o transexual poderá ser homossexual, heterossexual, bissexual, pansexual ou até assexual a depender da orientação que compreender. De maneira simples, a psicanalista Letícia Lanz (2016, p. 25) explica “sexo é que se tem entre as pernas (órgão genital). Gênero é o que se tem entre as orelhas (ego/pensamento). E orientação é o que se quer entre os braços (com quem quer estar)”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, é possível considerar algumas considerações até aqui. Destaca-se que, munindo-se da teoria da resposta adequada à constituição, verifica-se uma verdadeira crise na efetividade de algumas garantias fundamentais, deste modo, coloca-se como crítica a atividade jurídica, de modo que esta deveria se atentar mais para o método e não apenas uma forma de ser. Importante considerar que, diante de tudo que foi colocado, é de relevância o reconhecimento de que é na atividade interpretativa que se abre espaço para uma crítica que valide e estabeleça modos e formas de efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, é possível inferir que os direitos de ser e estar estão intimamente relacionados com a construção da identidade humana e de suas performances dentro dos ambientes sociais ou privados. A autodeterminação da identidade, dentro de um viés social e político, enfrenta grandes dificuldades no que tange a fatores que são socialmente construídos e constantemente reproduzidos pela sociedade. Neste momento, podemos citar o binarismo; a cisgeneralidade; o culto ao falocentrismo; e todas as demais pré-definições que ocorrem por conta desses normas de condutas que se tornam uma espécie de marcos regulatórios dentro e fora do direito.

REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. New York, Routledge, 2006.

_____, Judith. **Corpos que pesam**: sobre os limites discursivos do “sexo”. In: LOURO, Guacira Lopes. O corpo educado: pedagogias da sexualidade. 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 151-172.

_____, Judith. **Desdiagnosticando o gênero**. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 95-126, 2009. Disponível em: . Acesso em: 25/08/2021.

_____, Judith. **Relatar a si mesmo**: crítica da violência ética. Tradução de Rogério Bettoni. 1.ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

_____, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. 12.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

_____, Judith. **Os atos performativos e a constituição do gênero**: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. Caderno de Leituras, Edições Chão da Feira, n.78, p. 1-16, jun. 2018.

_____, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

_____, Judith; PRECIADO, Paul B. **A vida não é a identidade!** A vida resiste à ideia da identidade. Entrevista concedida à revista Têtu, n. 138. Trad. Luiz Morando, 2008.

HARAWAY, Donna. **Manifesto ciborgue: ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX**. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). Antropologia do ciborgue. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Dogmática Crítica e Limites lingüísticos da lei**. In: Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Jacinto

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS, 2014

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

_____, Beatriz. Entrevista a Jesús Carrillo. In **cadernos pagu**. Campinas, Núcleo de Estudos de Gênero Pagu, 2007. v.28. p.375-405

_____, Paul B. **"Queer"**: história de uma palavra. Trad. Luiz Morando, 2009. Disponível em: <https://resistaorp.blog/2018/04/12/queer-historia-de-uma-palavra/>. Acesso em: 25/08/2021

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa**: uma introdução aos Estudos Transgêneros. 1.ed. Curitiba: Editora Transgente, 2015.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o sexo**: corpo e gênero dos gregos a Freud. Trad. Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LAURENTI, Theresa (1994). **As tecnologias do gênero**. In Heloísa Buarque de Hollanda. (Org.), **Tendências e impasses: O feminismo como crítica da cultura** (pp. 206-242). Rio de Janeiro: Rocco.

LOURO, Guacira Lopes. **Teoria Queer**: Uma Política Pós-Identitária para a Educação. In: Revista Estudos Feministas. V.9 n.2 Florianópolis, 2001.

_____, Guacira Lopes. **Pedagogias da sexualidade**. In: LOURO, Guacira Lopes (Ed.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 7-34.

_____, Guacira Lopes. **Heteronormatividade e Homofobia**. In: **Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas**. Org. Rogério Diniz Junqueira. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001871/187191por.pdf>. Acesso em: 25/08/2021.

_____, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**: uma perspectiva pós-estruturalista. 16.ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **VINTE ANOS DE CONSTITUIÇÃO**: Uma exploração hermenêutica dos dilemas para a concretização do texto constitucional. Revista de Direito de Franca, 2008. Disponível em:

<<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/38/21>> Acesso em: 25/08/2021.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed. rev. e atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. Lenio Luiz. **Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma**. In. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2006.

_____. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

_____. **Não é rigor comparar leis com ovos, mas, sim, com caixas de ovos!**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-set-17/senso-incomum-nao-rigor-comparar-leis-ovos-sim-caixas-ovos>> . Acesso em: 25/08/2022.

_____. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2017b.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11ª ed., Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Submetido em 13 de outubro de 2022

Aceito em 22 de outubro de 2022