XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

SILVANA BELINE TAVARES

FABRÍCIO VEIGA COSTA

JOSIANE PETRY FARIA

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

G326
Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Silvana Beline Tavares; Fabrício Veiga Costa; Josiane Petry Faria. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.
Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

Sob a coordenação da professora doutora Silvana Beline Tavares (Universidade Federal de Goiás); professor doutor Fabrício Veiga Costa (Universidade de Itaúna –MG-); professora doutora Josiane Petry Faria (Universidade de Passo Fundo –RS), foi realizado no dia 15 de novembro de 2018 a apresentação dos resultados das pesquisas envolvendo a temática Gênero, Sexualidade e Direito. A criação do GRUPO DE PESQUISA GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO, no Conpedi de Curitiba no ano de 2016, foi um projeto inicialmente criado com o propósito de estimular o debate e a problematização cientifica de temas relacionados às minorias LGBTQI; violência de gênero contra mulheres; invisibilidade das mulheres e homens trans; criminalização das condutas sexuais consideradas desviantes, bem como estudos crítico-epistemológicos relacionados aos direitos humanos de gays, mulheres, trans e outras tantas manifestações livres e dignas da sexualidade, como um estar, não um ser.

Fabrício Veiga Costa, professor do programa de pós-graduação stricto sensu em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna e Flávio Marcos de Oliveira Vaz, mestrando em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, apresentaram artigo cientifico intitulado “Dano moral e homofobia: uma análise da natureza jurídica do dano e dos critérios de quantificação”. Na referida pesquisa discute-se a prática da homofobia como fundamento e referência para a responsabilidade civil objetiva, delimitando-se o objeto de análise no estudo do dano moral individual e coletivo, além de discutir os critérios jurídicos e objetivos para a quantificação do dano moral.

Natália de Jesus Silva Reis, da Universidade Federal do Maranhão, trouxe a pesquisa intitulada “Abertura cognitiva do sistema jurídico e a trajetória pela criminalização da homofobia e da transfobia”, momento em que problematizou, na perspectiva crítica, o debate da criminalização da homofobia e transfobia, como forma de reprodução da naturalização da violência simbólica contra a população de gays, lésbicas, transexuais e travestis, ressaltando-se que o direito continua sendo um espaço de exclusão e invisibilidade da população LGBTQI.

.Heloisa Helena Silva Pancotti, mestranda da Universidade de Marília, trouxe artigo cientifico intitulado “A construção da cidadania das pessoas trans: uma tentativa de

reinserção", oportunidade em que debateu políticas públicas como medida hábil a viabilizar o exercício efetivo da cidadania e dos direitos fundamentais à população trans. Destacou-se, na respectiva pesquisa, a ineficiência da politicas públicas pouco existentes no Brasil, motivo esse que mantém a naturalização da condição de exclusão e marginalidade.

Letícia Nascimbem Colovati, mestranda da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, apresentou trabalho intitulado "A possibilidade de alteração de prenome e gênero sem mudança de sexo pelos trangêneros: uma análise constitucional da ADI 4.275/DF". Na referida pesquisa problematizou-se o debate da inclusão jurídica e direito de igualdade dos transexuais quanto ao direito de alteração do registro civil de nascimento no que atine ao nome civil e gênero, como mecanismo hábil a legitimar a efetividade da dignidade humana da pessoa trans, reconhecendo e legitimando juridicamente sua condição humana sob a ótica da constitucionalidade democrática.

Marina Luz Martinez da Cunha, advogada trabalhista e especialista em Direito do Trabalho da PUC do Rio Grande do Sul, apresentou artigo cientifico intitulado "Questões de gênero: transexualidade e o processo transexualizador ofertado pelo sistema único de saúde no Brasil". Na referida pesquisa cientifica problematizou-se a ineficiência da política pública de saúde coletiva a mulheres e homens trans, oferecida pelo sistema único de saúde no Brasil, demonstrando-se que se trata de sistema estatal que reproduz a violência, exclusão e invisibilidade das pessoas em razão da construção autônoma e digna da sua identidade de gênero.

Caroline Lovison Dori, mestranda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, propõe artigo cientifico intitulado "O registro civil da criança intersex como garantia do direito à identidade", momento em que problematizou o debate acerca do registro civil da criança intersex, debatendo de forma sistemático-interdisciplinar o nome e o gênero atribuído à criança intersex, delimitando o debate sob a perspectiva do princípio da proteção integral e melhor interesse da criança.

Janaína Machado Sturza, mestranda em Direito pela UNIJUI, apresentou artigo cientifico intitulado "É como esperar algo além da morte: uma abordagem sobre as implicações do direito à saúde na vida dos transexuais". Na referida pesquisa foi abordado o desafio individual e coletivo enfrentado por homens e mulheres trans no que atine ao direito fundamental à saúde, delimitando-se o objeto de análise na inexistência e ineficiência de políticas públicas voltadas à prevenção e cuidados com a saúde de pessoas trans.

Cecília Cabalerro Lois, professora do programa de pós-graduação stricto sensu em direito pela UFRJ e Isadora de Oliveira Silva, mestranda em direito pela UFRJ, apresentaram pesquisa intitulada “Um teto todo seu: questionando a neutralidade do direito a partir da perspectiva da mulher enquanto sujeito sublaternizado”. Problematizou-se a utilização da ciência do direito como locus de exclusão, marginalidade e manutenção da desigualdade estrutural que marca sociologicamente homens e mulheres.

Aline Fernandes Marques, mestranda em direito pela Unesc, apresentou trabalho intitulado “A (in)visibilidade das mulheres presas: uma análise do encarceramento de mulheres a partir da categoria de gênero”. Problematizou-se o debate do encarceramento, suas razões e consequências, bem como o diálogo com as questões relacionadas à violência de gênero.

Camyla Galeão de Azevedo, mestranda em direito e políticas públicas da Unicesupa, trouxe artigo cientifico intitulado “A influência da mídia na instrumentalização e coisificação da mulher: uma violação de direitos humanos”. Delimitou-se o objeto da pesquisa no estudo da convenção de direitos humanos de Belém do Pará, como meio de demonstrar que a mídia é um instrumento utilizado como parâmetro para a coisificação, exclusão e marginalidade das mulheres, ditando um perfil de mulher para estampar as campanhas publicitárias: “mulher branca, magra e bem sucedida”, referencial esse que exclui as demais mulheres que não se enquadram no padrão e modelo reproduzido ideologicamente pelos meios de comunicação.

Paula Pinhal de Carlos, professora universitária da Unilassale, expôs o artigo cientifico intitulado “A mulher e sua representação constitucional”. Na respectiva pesquisa discutiu-se a participação feminina na Assembleia Nacional Constituinte, por meio do “lobby do batom”, composto por 26 deputadas federais e movimentos feministas, que apresentaram propostas contempladas pelo texto constitucional, tendo sido 80% das reivindicações acolhidas pelo legislador constituinte, assegurando-se, assim, a legitimidade democrática na construção do texto constitucional.

Michele Ivair Cavalcanti de Oliveira, mestranda em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, apresentou artigo científico intitulado “Breves notas sobre a evolução do papel social da mulher na legislação civil brasileira”. Demonstrou-se que a legislação brasileira reproduziu matrizes patriarcais, ressaltando-se a condição da mulher casada como relativamente incapazes no Código Civil brasileiro de 1916; a condição do homem, que era visto como o chefe de família; o crime de adultério somente poderia ser imputado a mulher. Essa diferenciação jurídica colocou a mulher numa condição de

desigualdade, ressaltando o Estatuto da Mulher Casada e o advento do princípio da isonomia (igualdade), trazido pelo texto da constituição brasileira de 1988 e a lei do divórcio como importantes exemplos que ilustram a igualdade de gênero no direito brasileiro vigente.

Sandra Santos Rosa Screrch, pós-graduada em direito pela IDCC – Londrina -PR-, apresentou artigo cientifico intitulado "Considerações sobre a família como direito fundamental contemporâneo". Na referida pesquisa, apresentou-se um conceito aberto, plural, democrático, sistemático e inclusivo sobre o que é entidade familiar, criticando-se terminologias como "família tradicional", recortando-se o objeto apresentado sob a perspectiva do debate de gênero.

Jéssica Cristianetti e Amanda Netto Brum, doutorandas em direito pela Unisinos, trouxeram à reflexão do tema "Democracia deliberativa e o movimento feminista: contrapúblicos subalternos". Utilizaram a obra de Nancy Fraser como referencial teórico para criticar o conceito de democracia proposto por Habermas, destacando-se a importância do movimento feminista na democratividade dos provimentos estatais, que dialogam direta ou indiretamente com os direitos das mulheres. Os desafios da participação da mulher na política evidenciam o déficit de participação direta das mulheres na democracia deliberativa no Brasil. A composição do parlamento brasileiro, na atualidade, demonstra a exclusão e marginalidade feminina, mesmo sabendo-se que as mulheres sejam maioria em termos quantitativos no país.

Tamires de Oliveira Garcia, mestranda em direito e sociedade da Universidade Lassale, apresentou o tema "Ecofeminismo e os direitos da pachamama na Constituição Equatoriana (2008)". A constituição do Equador reconhece o direito do bem viver, referencial esse utilizado na abordagemdo ecofeminismo como um dos desdobramentos interpretativos do texto constitucional supramencionado. Destacou-se a participação direta do movimento feminismo no Equador na proteção do meio ambiente, já que o movimento ecofeminista equatoriano foi utilizado como referencial para o rompimento com a concepção antropocêntrica na forma de ver, compreender e ler o meio ambiente.

Priscila Kavamura Guimarães de Moura Truran, mestranda em direito agrário da Universidade Federal de Goiás, trouxe a discussão da "FAO, Mulheres Rurais e a Fome". Demonstrou-se que a população rural na América Latina é de 129 milhões de pessoas, sendo 50% mulheres, motivo esse que justifica a escolha do tema. A mulher rural é importante no cuidado da família, na redução da fome no campo, problematizando a referida pesqusia a violência de gênero como um meio de universalizar a exclusão, a desigualdade feminina e a

naturalização da dominação masculina sobre a mulher no campo. Evidenciou-se que o discurso da FAO é claramente colonizador, pois homogeiniza as mulheres rurais, tornando-as invisíveis e excluídas, fortalecendo a opressão e o distanciamento entre homens e mulheres.

Bianca Strücker, mestre em direitos humanos pela Unijui e doutoranda pela URI Santo Angelo, destacou o tema "Nem tão doce lar: família patriarcal contemporânea e influências no feminicídio". Critica conceitos como "família tradicional brasileira" e "família patriarcal colonizadora", pois essas formas de famílias reproduzem a dominação masculina, causando reflexos diretos na violência praticada por homens contra mulheres, além de retroalimentar o sistema de naturalização da opressão vivenciada pelas mulheres. O recorte do tema se deu a partir do estudo do feminicídio, visto como reflexo desse sistema que não acolhe, mas, sim, exclui pessoas do sexo feminino. A pesquisa traz dados quantitativos que demonstram claramente que a cada duas horas no Brasil uma mulher é morta vítima do feminicídio.

Elinay Almeida Ferreira de Melo, mestranda em direitos e políticas públicas do Cesupa –PA- e juíza do trabalho no Estado do Pará, propôs o estudo do "Caso de Lilly Maxwell e o pensamento jurídico contemporâneo de Ronald Dworkin". O debate e a conquista do direito ao voto feminino ilustra a luta do movimento feminismo no mundo, destacando-se o caso de Lilly Maxwell, mulher que nasceu em 1800, de origem pobre, tendo adquirido em 1867, na Grã Bretanha, o direito ao voto. Na leitura construída pela ótica liberal, o voto de Lilly Maxwell foi considerado pelo judiciário da época como nulo, fato esse que levou a pesquisadora a construir uma releitura jurídica do respectivo fato histórico na perspectiva de Ronald Dworkin, enaltecendo o direito à igualdade e dignidade das mulheres.

Ana Claudia Loiola de Morais Mendes, juíza criminal em Brasília e pesquisadora e Adriano Mendes Shulc, trouxeram à baila o debate do "Crime de estupro e as decisões judiciais: valores morais e comportamento da vítima como critérios orientadores na valoração da prova e formação da convicção do intérprete". Problematiza o debate de casos de estupro julgados pelo judiciário do Distrito Federal sob a perspectiva da violência de gênero, propondo um estudo transdisciplinar que enriquece o estudo do tema proposto, além de ultrapassar o debate ideológico e dogmático. Criticam o discurso de criminalização da mulher vítima de estupro, desconstruindo clássicas concepção voltadas a construir a culpa da mulher pela prática do estupro.

Os debates realizados foram suficientes para o despertar da curiosidade epistemológica, além de demonstrar a existência de aporias e da insuficiência da ciência do Direito para responder a todas as indagações que permeiam o debate da violência de gênero.

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares – UFG

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – UIT

Profa. Dra. Josiane Petry Faria

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A ABERTURA COGNITIVA DO SISTEMA JURÍDICO E A TRAJETÓRIA PELA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA

THE COGNITIVE OPENING OF THE LEGAL SYSTEM AND THE TRAJECTORY FOR THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA AND TRANSPHOBIA

Artenira da Silva e Silva [1]
Natália de Jesus Silva Reis [2]

Resumo

Objetiva-se analisar como se opera a abertura cognitiva do Direito a outros sistemas da realidade social, a partir da compreensão da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Ainda, verifica-se se há a possibilidade de esvaziamento de conceitos e terminologias próprias de áreas científicas diversas ao Direito, considerando as demandas por objetividade e generalidade do processo legislativo ordinário. Para tanto, definiu-se por objeto de estudo o intento legislativo pela criminalização das práticas de "homofobia" e "transfobia", reconhecendo a importância do debate semântico para a efetividade de eventual diploma normativo.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas, Abertura cognitiva, Criminalização, Homofobia, Transfobia

Abstract/Resumen/Résumé

The essay intends to analyze how the cognitive opening of the Law operates towarts other systems of social reality, grounded on the understanding of Niklas Luhmann's Theory of Systems.In addition, the study will verify the possibility of emptying concepts and terminologies proper to diverse scientific areas, considering the demands for objectivity and generality of the ordinary legislative process. For this purpose, the object of the study is the legislative intent to criminalize the practices of "homophobia" and "transphobia", recognizing the importance of the semantic debate for the effectiveness of a possible legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of systems, Cognitive openness, Criminalization, Homophobia, Transphobia

---

[1] Professora e pesquisadora no Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto, Portugal.

[2] Bolsista da FAPEMA. Graduada em Direito – UEMA. Especialista em Direito Constitucional – ESTÁCIO/RJ. Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – PPGDIR /UFMA.

INTRODUÇÃO

A construção de preceitos normativos não pode ser considerada uma atividade isolada no mundo jurídico. É preciso reconhecer um contexto e, além disso, promover a compreensão das terminologias empregadas e inseridas nas relações interativas entre sistemas que ordenam a sociedade.

A expansão ou a restrição de conceitos determina não apenas o grau de eficácia social da norma, como também o alcance da integração dos termos e expressões em evidência. A Teoria dos Sistemas indica a conexão entre o encerramento operacional e autônomo dos sistemas sociais – que funcionam conforme linguagem, código, elementos e critérios próprios -, mas que são cognitivamente abertos, por observarem o contexto no qual se inserem, assim como aprendem a partir da reflexão de elementos extraídos do meio ou de outros sistemas.

A comunicação é um conjunto de operações essenciais nesta dinâmica, não se restringindo ao alcance da linguística, transcendendo à seletividade de fenômenos ou fundamentos que garantam a atualização do sistema e à verificação de falhas na compreensão de fatos e expectativas sociais pelos demais organismos sistemáticos.

A questão primária levantada recai sobre o fato de que a violência contra grupos socialmente minoritários é eminentemente um dado do sistema cultural, pois tais situações de preconceito decorrem de reforço pela vida cotidiana, onde o "medo ou os medos organizam o ódio" (SMIGAY, 2002, p. 35); mas cuja terminologia empregada decorre de áreas da medicina, psicologia e psiquiatria. Assim, necessário analisar como tais conceitos poderiam ser incorporados pelo Direito, através de uma abertura cognitiva.

Desta feita, o trabalho divide-se em duas seções: 1. A compreensão do Direto enquanto sistema social, na teoria sistêmica de Luhmann, e como operam as interações cognitivas com a realidade social e os demais sistemas; e 2. A percepção da problemática decorrente da teoria sistêmica e o debate jurídico acerca da tentativa legislativa de criminalizar a "homofobia" e a "transfobia", considerando a inexistência de proteção legislativa específica sobre o tema e o histórico de arquivamento do Projeto de Lei nº 122/2006.

1 O DIREITO COMO SISTEMA SOCIAL: COMPREENDENDO A INSERÇÃO DA ORDEM JURÍDICA NA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

De acordo com a Teoria dos Sistemas, de Luhmann (1992), o mundo contemporâneo encontra-se marcado pela existência de uma sociedade supercomplexa, que se

manifesta através de sistemas – códigos ou estruturas compostas de elementos, princípios e regras próprias de forma a delimitar determinada esfera da sociedade.

A sociedade moderna seria, então, um resultado da "hipercomplexifização social vinculada à diferenciação das esferas do agir e do vivenciar" (NEVES, 1996, p. 94), entendendo por agir, as operações realizadas no âmago de cada um dos sistemas sociais; enquanto o vivenciar define a assimilação seletiva de interesses, estes provenientes do ambiente em que se insere o correspondente sistema.

Ante o exposto, só é possível compreender o Direito como sistema social[1], uma vez considerado que o ordenamento jurídico compõe uma subdivisão ou um subsistema da globalidade que é a sociedade, assimilando, no mesmo exercício cognitivo, que existem outros subsistemas – que, por sua vez, representam domínios diversos da vida social (LUHMANN, 1989) -, à exemplo do sistema econômico, político e cultural, dentre outros.

Cada sistema remete a uma estrutura funcional diferenciada em composição da sociedade, representando construções operacionalmente autônomas (autopoiéticas), com capacidade de autorreferência, isto é, se reproduzem com base em seus próprios códigos e critérios, ainda que estejam condicionados pelos respectivos ambientes a que se referem.

Sendo assim, uma definição clássica para o código-binário ao sistema jurídico seria a interlocução "lícito/ilícito" ("*lawful/unlawful*") (LUHMANN, 1989, p. 139), pela qual serão definidas as noções legais de conformidade, isto é, licitude ou valência do ato humano em seu sentido positivo perante uma sociedade ordenada; e desconformidade, manifesta na ilicitude, no valor jurídico negativo do ato.

Em contrapartida, o sistema político manifesta-se no código binário de "poder/não poder" ("*power/powerlessness"*) (MATTHEIS, 2012, p 641), a partir das concepções de relações do poder político em sua manifestação positiva (poder) ou negativa (não poder).

Conforme o modelo técnico-sistêmico, nota-se que cada sistema é autodeterminado ou fechado operacionalmente, de maneira que a positividade do direito implica na exclusão de qualquer inferência de elementos, pertencentes a outro sistema, que não foram selecionados à composição da esfera jurídica. Este encerramento operativo ("*operational closure*")[2] é o

---

[1] *"[...] the legal system as a social system within the societal system, as a subsystem of society"* (LUHMANN, 1992, p. 1424)

[2] Vale ressaltar que essa autodeterminação operacional se coaduna com o princípio da unidade do ordenamento jurídico, visto que ao visualizar o campo jurídico como uma "totalidade ordenada", se tem por pressuposto "uma norma fundamental à qual possam remontar, direta ou indiretamente, todas as normas do ordenamento" (BOBBIO, 2011, p. 79).

fenômeno que diferencia o sistema do meio, operação esta que só é possível e legítima se respaldada no próprio sistema (LUHMANN, 2010, p. 102).

Destarte, cada sistema autopoiético considera os demais como estruturas concernentes a uma esfera não-sistemática exterior, qual seja o ambiente social. Em síntese, à noção de sistema insurge a premissa de que todos os elementos que não lhe compõem, são necessariamente componentes do ambiente externo. Isto se deve ao fato que tais sistemas encerram limites acerca de suas próprias operações, diferenciando-se dos demais sistemas, bem como impedindo a intervenção direta e transdisciplinar deles entre si.

No entanto, ainda que autônomos e fechados operacionalmente, deve-se observar que, no mundo prático, os sistemas não são planos isolados, mas sim "hierarquias entrelaçadas" ("*tangled hierarchies*"), visto que são cognitivamente abertos, admitindo a transferência seletiva de elementos provenientes da realidade exterior (LUHMANN, 1995).

Decerto, cada sistema propõe um modelo de autorreferência, caracterizado pela capacidade de produção e reprodução-sistémica de conceitos e códigos específicos, orientando as operações particulares destes. De mesmo modo, designa um contato de heterogêneo para com o ambiente exterior, resultando na seletividade dos interesses e expectativas derivados dos demais eixos da sociedade.

A identidade do sistema como tal demanda que as comunicações específicas que regem a funcionalidade de suas estruturas não podem se relacionar fora do sistema, pertencendo exclusivamente àquele lhe deu origem. Logo, em regra, o código "lícito/ilícito" pertencente ao sistema jurídico não pode se confundir com o sistema político regido pelo código "poder/não poder".

Contudo, Luhmann (1992, p. 1431) assevera que o encerramento operacional não implica necessariamente em isolamento empírico, na medida em que se trata de uma estratégia seletiva, a fim de definir os pontos determinantes da identidade do sistema – rede de operações baseadas nas questões internas ("conceituais") –, distinguindo-as das operações comunicativas intersistemáticas, necessárias à contingência de paradoxos e tautologias que o próprio sistema não possa solucionar sem fontes externas pertinentes à sua adaptação e evolução – operações acerca das questões de "interesse".

Com supedâneo nesta acepção, Luhmann (apud NEVES, 1996, p. 94) defende a superação do código moral, à medida em que a estrutura binária deste conferida pelos termos "respeito/desprezo" se tornou fragmentada e incapaz de generalizar expectativas no plano concreto-instrumental. O que foi assimilado pela Teoria Pura de Hans Kelsen (1998), a fim de afastar a Moral do desenvolvimento do sistema jurídico.

Em virtude desta necessidade de conduzir um filtro seletivo à interação entre sistemas, a teoria luhmanniana indica a comunicação como a rede de operações coerentes à adaptação de um sistema, haja vista mediar os limites ou contornos (*"boundaries"*) do organismo autopoiético, fornecendo informações da realidade social ou meio suficientes à correspondência e atualização do sistema e a sociedade.

Ocorre que, o conceito de comunicação na Teoria dos Sistemas se distancia da percepção de Habermas (1989, p. 243 e ss.), que sustenta existir uma concepção ético-procedimental do Direito, em que a modernidade se atrela à hipótese de uma evolução da consciência moral pós-convencional, com base na distinção entre o "agir-racional-com-respeito-a-fins" (agir estratégico) e o "agir comunicativo". Isto porque, para Luhmann (1992, p. 1423), restringir a comunicação à ação comunicativa fadaria à interpretação de um "ator sem corpo e mente"[3].

Contudo, ambos os estudiosos aderem à premissa de que a autonomia do sistema jurídico é vinculada à realização do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, a Constituição, enquanto manifesta conquista histórica evolucionária - concedendo juridicidade à ordem político-social de um Estado -, e sustentáculo da autonomia operacional do Direito.

Ademais, vale frisar que a Constituição, além de definir a organização hierárquica e o fundamento de validade dos demais elementos componentes do sistema jurídico, apresenta-se como "acoplamento estrutural" ("*structural coupling*") (LUHMANN, 1992, p. 1434), uma vez que confere uma interligação entre o Direito e os demais sistemas sociais, conforme a visão luhmanniana; e tendo por gênese um fundamento ético, sob a ótica habermasiana, pois define a ordem democrática de um Estado de Direito.

A Constituição atua, pois, como mecanismo de abertura e seleção da capacidade de aprendizado do sistema legal ou jurídico. Em outros termos, a Carta magna, sendo condição da reprodução autopoiética do direito moderno, determina até que ponto o sistema jurídico pode reingressar ao ambiente exterior sem que haja perda de sua autonomia funcional.

Assim, impede que a estrutura jurídico-normativa seja desconfigurada pela interação com os demais sistemas e códigos-binários. Contudo, sem implicar na pura aplicação do direito alheia à adequação e às necessidades de cunho sociopolítico, econômico e cultural.

Diante destas considerações, a Constituição apresenta-se como mecanismo de prestações recíprocas dentre os modelos políticos, econômicos, culturais, éticos e jurídicos,

---

[3] *"Communication cannot be defined as communicative action because this would require the unthinkable: an actor without body and mind." (LUHMANN, 1992, p. 1423)*

estabelecendo uma relação de superação dos problemas de autorreferência do Direito – a necessidade de corresponder à realidade e a base de legitimação de seu ordenamento normativo.

1.1 A COMUNICAÇÃO E A INTERAÇÃO ENTRE SISTEMAS: A ABERTURA COGNITIVA DO DIREITO

Nos termos da teoria-sistémica, o direito positivo moderno é visto como "um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto" (NEVES, 1996, p. 95); na medida em que se reproduz primariamente a partir de seu código de preferência, porém depende de um processo seletivo de filtragem das expectativas normativas advindas dos elementos extrassistémicos.

Sobre a matéria, afirma Neves (2011, p.136) que "a qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do ambiente", por sua vez, "a qualidade cognitiva serve à coordenação desse processo com o ambiente do sistema".

Sob este aspecto a qualidade normativa do sistema jurídico se manifesta através do fenômeno de autorreferência, mediante a construção de conceitos e operações jurídicas, enquanto a qualidade de cognição do referido sistema se fundamenta na seleção de interesses relevantes à atividade legislativa.

Outrossim, a composição do Direito enquanto sistema autopoiético pressupõe não somente o seu fechamento operacional, por intermédio de um código-meio, mas sim a capacidade de aprendizagem do sistema, sem a qual se torna impossível a adaptação da esfera jurídico-normativa às relações fáticas vigentes na sociedade.

Consoante tal entendimento, vale apontar que a vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por qualquer interesse alheio ao sistema jurídico, seja este econômico, político, cultural, dentre outros. Para tanto, torna-se necessária a adoção de processos seletivos, a fim de filtrar quais interesses são relevantes ao plano do Direito, função esta que incidirá sobre o texto constitucional.

Destarte, a Constituição enquanto acoplamento estrutural dentre o regime jurídico e o político não se comprometerá exclusivamente à regulamentação das operações jurídicas. A interação entre ambos os subsistemas sociais encontra na Constituição um instrumento de coordenação mútua, pelo qual é criada uma autorreflexão das estruturas operacionalmente fechadas, tendo em vista a sua transformação e atualização do ordenamento jurídico.

É, neste sentido, que cabe traçar as normas constitucionais que regem a produção legislativa infraconstitucional como pontos de "*input*" e "*output*", isto é, direciona a relação a

ser desenvolvida entre sistemas e sistema-no-meio, controlando o intercâmbio de informações (*"input"*) e a transferência de elementos do sistema jurídico a outros sistemas e à construção da realidade (*"output"*) (LUHMANN, 2010, p. 63).

Pode-se, portanto, definir que a desenvoltura do sistema jurídico significa uma "autonomia relativa", marcada por aspectos de independência (encerramento operacional) e de dependência (abertura cognitiva), os quais não podem ser fixados casuisticamente, mas devem levar em consideração a consistência do Direito e a preservação de sua força cogente, ou força normativa.

Não obstante, as operações comunicativas devem ser realizadas com base na percepção de duas abordagens, a construção do direito através da jurisprudência, isto é, o desdobramento jurídico de caráter concreto; e o complexo de normas, cuja abstração se destina à conformidade das condutas sociais (LUHMANN, 1992).

Desta feita, a Carta Magna especifica como deverá ser estabelecido o fluxo contínuo de comunicação dentre os sistemas, combatendo a estagnação do Direito e compondo a transformação da própria sociedade. Isto ocorre, pois, a Constituição, como acoplamento estrutural, detém a prerrogativa de selecionar os interesses de maior relevância à ordenação da ordem jurídico-social de um país - ou os elevando ao *status* de norma hierarquicamente superior, ou os destinando à regulamentação infraconstitucional.

Determinada tal característica integrativa da Constituição, nota-se que perante a inexistência de um acoplamento estrutural o sistema jurídico resta impossibilitado de estabelecer comunicações com os demais sistemas, perdendo sua legitimidade.

A existência e manutenção de um sistema jurídico operacionalmente isolado, tão somente capaz de se autorreproduzir em seus próprios elementos e critérios, carente de qualquer ligação ao ambiente extrassistémico, serviria exclusivamente como forma rígida e imutável, garantindo o império das ideologias dominantes (BOURDIEU, 1989).

1.2 O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E A CRIAÇÃO DE SUBSISTEMAS AUTORREFERENTES: OS PODERES CONSTITUÍDOS E SEU PAPEL NA MANUTENÇÃO DA ABERTURA COGNITIVA DO SISTEMA JURÍDICO

A autorreferência de um sistema social, além de requisito imprescindível à caracterização de um sistema autopoiético, é uma determinante da própria unidade operacional e estrutural deste.

De tal modo, contrasta-se ao fenômeno da alopoiese, que consagra a incapacidade de um sistema de se autodeterminar, condicionando a sua reprodução aos critérios, programas e códigos próprios do ambiente em que se encontra inserido.

Há um processo de perda de identidade, em que o respectivo sistema será exclusivamente determinado a partir das influências da realidade fática, bloqueada qualquer diferenciação dentre o sistema e o ambiente social. Nesta seara, não caberá falar em abertura cognitiva do sistema, mas sim na subordinação do sistema aos componentes extrassistémicos.

No âmbito do sistema jurídico, um processo de "alorreferência" (alopoiese) corresponderia a tornar-se incapaz de nortear de forma congruente e generalizada as relações sociais, abstendo-se de orientar expectativas normativas e regular satisfatoriamente as condutas intersubjetivas.

O conflito entre o binômio estabilidade-normatividade do sistema jurídico, relativos à sua capacidade operacional, e a dinâmica entre expectativas-efetividade, elementos relativos à adequação e observância dos ditames normativos à condução efetiva da sociedade, conduzem à sustentação de respostas mais abrangentes ao sistema, conferindo nova percepção de suas estruturas.

Sob a concepção de Bourdieu (1989), os sistemas adquirem a nomenclatura de simbólicos quando exercem a comunicação[4] como instrumentos de integração social, reproduzindo uma ordem social segundo uma cultura ou ideologia dominante. A seletividade dos sistemas, defendida por Luhmann, pretende a superação deste cenário através da designação de mecanismos de fiscalização de consistências das informações vinculadas pelo processo comunicativo.

Há de se relembrar que o acoplamento estrutural garante a validade das informações apreendidas, a partir de disposições constitucionais sobre a produção normativa infraconstitucional e, até mesmo do poder de reforma à Constituição, que representam verdadeiras vedações à incorporação de inclinações e fatos incoerentes à estabilidade jurídica do ordenamento jurídico e à manutenção do Estado Democrático de Direito, a exemplo das cláusulas pétreas – art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988 -, que constituem parâmetro nuclear de defesa da estrutura firmada pelo constituinte.

[4] Vale anotar que a compreensão de Bourdieu (1989) sobre comunicação detém similaridades e distinções à definição de Luhmann. É similar ao tratar da contribuição desta na integração social, porém o teórico francês avalia a comunicação para além da linguística, em prol da investigação da influência cultural na forma de enunciação do discurso ideológico, enquanto Luhmann demanda dos processos comunicativos fins seletivos, de contextualização da realidade à operacionalidade dos sistemas sociais.

Ainda, é imperioso constatar que a intenção em reger a produção normativa ordinária seria justamente estabelecer critérios e filtros operacionais – formais e materiais – à abertura cognitiva do sistema jurídico. Neste ponto, a própria base estrutural do sistema e sua capacidade de autorreferência definem e limitam a construção de subsistemas, que, por sua vez, também mantém tal característica. Pode-se inferir que esta noção, inclusive, seria compatível ao desenvolvimento escalonado de uma hierarquia normativa nos moldes de Kelsen (1998).

2. AS INTERAÇÕES INTERSISTEMÁTICAS E O ALCANCE DAS REFERÊNCIAS TERMINOLÓGICAS: A TRAJETÓRIA LEGISLATIVA QUANTO À CRIMINALIZAÇÃO DA "HOMOFOBIA" E DA "TRANSFOBIA"

A compreensão da rede de sistemas hipercomplexos que constituem a realidade social é interessante ponto de partida para a compreensão de como funcionam os pontos de interseção entre tais sistemas, quais as características primordiais ao funcionamento harmônico entre as operações autônomas e àquelas intersistemáticas, e, principalmente os riscos da perda de identidade de um sistema em face do fenômeno da alopoiese.

Como constatado, a comunicação foi elevada a ponto chave no desenvolvimento da teoria cognitiva entre os sistemas, demonstrando a possibilidade de abertura de um campo estruturante da sociedade a outro.

No entanto, corroborando a própria variável destacada por Luhmann (2010), sua teoria não propõe em si nenhuma informação referente ao contraste destes sistemas, mas sim uma técnica teórica e, apesar de ter discutido o cenário relativo à supressão da comunicação ou operações comunicativas entre sistemas, ao artigo caberá analisar sobre o alcance de eventual comunicação deficiente ou em face de possível esvaziamento de terminologia própria de um sistema na incorporação desta em outro modelo.

É factível revelar que Luhmann (2010, p. 298) destacou que a comunicação também revela o “ato de entender” ou de transferir a consciência, ou a inconsciência, daquilo que se comunicou e, a partir disso, o sistema é responsável por criar seus próprios mecanismos de observação e autocontrole.

Contudo, reconhecendo que as redes de operações autorreferentes e comunicativas acontecem simultaneamente e não necessariamente são realizadas concordantes entre si – já que, em virtude, da simultaneidade os resultados podem ser assimétricos (LUHMANN, 2010) -, faz-se imprescindível tratar, no cerne do sistema jurídico, de construções normativas que pretendem corresponder às mudanças da realidade, porém detém diferentes bases conceituais

ou carecem da incorporação cognitiva devida, resultando em empregos de termos e expressões reduzidas e, por conseguinte, dificuldades na efetividades de dispositivos e diplomas normativos.

2.1 "HOMOFOBIA" E "TRANSFOBIA": CONSTRUINDO BASES CONCEITUAIS E EMPÍRICAS

Em Resolução aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 14 de julho de 2011, recordada a universalidade, interdependência, indivisibilidade e interrelação dos direitos humanos consagrados na Declaração Universal e demais documentos internacionais, expressou-se grave preocupação com os atos de violência e discriminação ao redor do mundo em função de orientação sexual e identidade de gênero.

Um dos pedidos à Alta Comissionado das Nações Unidas para Direitos Humanos foi de que se encarregasse de realizar um estudo sobre as leis e práticas discriminatórias e atos de violências cometidos em tais condições, e que, apesar de citada a extensão e validade da Declaração Universal no próprio documento, fosse apreciada como a norma internacional de direitos humanos poderia ser aplicada para por termo nessas violações de direitos.

No Relatório Mundial de 2017 fornecido pela ONG internacional *Human Rights Watch*, relata-se que a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos teria recebido 725 denúncias de violências, discriminação e outros abusos contra à indivíduos da comunidade LGBT. Os dados ressaltam que o número seria referente apenas ao primeiro semestre do ano precedente.

Resta evidente a existência e perpetuação do estado de violência e, ainda assim, a compreensão dos fenômenos que incitam tais práticas ainda é deficitária. Tal fato pode ser resultante de ideologias que promovam a invisibilidade do debate, camuflando violências cognitivas, a partir de violências expressas e manifestas – até mesmo, físicas. De qualquer maneira, a dificuldade de se tecer conceitos e preceitos efetivos ao combate de atitudes que ferem os direitos fundamentais à igualdade, à incolumidade física, emocional e psicológica, à vida, dentre tantos outros, é inconcebível perante as bases de uma ordem democrática.

Em estudo sobre as relações de poder inerentes à desenvoltura da sexualidade, Foucault (1988, p. 42), trata de momento de nova "especificação dos indivíduos" a partir uma caça às "sexualidades periféricas".

É neste cenário que o homossexual moderno, do século XIX, é caricaturado como personagem (FOUCAULT, 1988) e definido como categoria psicológica, psiquiátrica e médica – homossexualidade ou homossexualismo. Ora, vejamos:

> O homossexualismo passou a existir na CID a partir da 6a Revisão (1948), na Categoria 320 Personalidade Patológica, como um dos termos de inclusão da subcategoria 320.6 Desvio Sexual. Manteve-se assim a 7a Revisão (1955), e na 8a Revisão (1965) o homossexualismo saiu da categoria "Personalidade Patológica" ficou na categoria 'Desvio e Transtornos Sexuais' (código 302), sendo que a sub-categoria específica passou a 302.0 - Homossexualismo. A 9a. Revisão (1975), atualmente em vigor, manteve o homossexualismo na mesma categoria e sub-categoria, porém, já levando em conta opiniões divergentes de escolas psiquiátricas, colocou sob o código a seguinte orientação 'Codifique a homossexualidade aqui seja ou não a mesma considerada transtorno mental'. (LAURENTI, 1984, p. 344).

Ademais, sustenta Welzer-Lang (2001):

> A categoria "homossexual" (não a prática nesta categoria) é recente. E é porque as ciências médicas designam uma categoria desviante que se pode, em seguida, criar seu corolário: a heterossexualidade. Homo/hetero, como homem/mulher, são os pares de oposição que só adquirem sentido quando tomados juntos. (WELZER-LANG, 2001, p. 467)

O heterossexual é estabelecido como a forma natural de sexualidade, gerando a presunção relativa de heterossexualidade – isto é, o indivíduo é inferido como heterossexual, salvo prova em contrário - e tal crença em sua disseminação corre o risco de torna-se o heterossexismo. Isto é, "a promoção incessante, pelas instituições e/ou indivíduos da superioridade da heterossexualidade e da subordinação simulada da homossexualidade" (WELZER-LANG, 2001, p. 647-468), ou, ainda, de subordinação das demais orientações sexuais e concepções relativas à identidade maleável de gênero.

Já em matéria de gênero, o ordenamento brasileiro incorpora a definição de "nome social" e "identidade de gênero" a partir do Decreto nº 8.727/2016, no parágrafo único de seu artigo 1º. Quanto a nome social, denota o dispositivo se tratar de "designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida"; e nos termos de identidade de gênero, "dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento".

Sobre a compatibilidade das conceituações e extensão de sua complexidade, é importante entender que gênero, conforme indica Benjamin (1999, p. 6) é a superação da dicotomia tradicional de sexo biológico – "*gender is the nonsexual side of sex*", isto é, gênero nada tem a ver com órgãos reprodutivos ou genitais, visto ser "a parte não sexual do sexo".

Para o autor, existem uma infinidades de distinções acerca do termo "sexo", e o "sexo genital" ou "visibilidade dos órgãos sexuais" definem quem é homem ou mulher por ser

a forma mais simples de diferenciação, algo que é aproveitado pelo "sexo legal", que, ainda que não definido em códigos, é empregado na prática (BENJAMIN, 1999).

Há, ainda, o "sexo psicológico" que influencia ou determina o "sexo social", visto que, na clássica concepção, se refere a alguém que se sente "preso no corpo errado" ("'*trapped' in the wrong body*") (BENJAMIN, 1999, p. 9). É nesta concepção que se localiza a percepção de transexualidade, distinguindo-a da prática de travestismo ou "cross-dress", visto que a própria identidade do indivíduo não se alinha à noção do "sexo que lhe foi atribuído" *("sex of asignment")*.

Nota-se, em ambos os desdobramentos, que persiste um elemento cultural – o reforço da crença de desvio através da prática cotidiana -, o qual incita os denominados crimes de ódio. Vale notar que a postura de rejeição ou a situação de preconceito como dominação ou subjugação, seja ela real ou imaginária, por motivo de orientação sexual, desencadeia o tratamento de homofobia (SMIGAY, 2002) e, em face da identidade de gênero, transfobia.

2.2 OS PROJETOS DE LEI N. 122/2006, N. 7.582/2014 E N. 515/2017

Em 23 de dezembro de 2014, foi arquivado nos termos do art. 332, §1º do Regime Interno do Senado Federal (arquivamento automático de proposta em tramitação por duas legislaturas), o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 122, de 2006, que pretendia ampliar a Lei nº 7.716/1989, pertinente a crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, a fim de incluir as motivações de "gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero".

Ressalta-se que a intempérie temporal se justifica pela resistência das instituições legislativas perante a temática de direitos sexuais, ao passo que a Comissão de Assuntos Sociais (CAS) afirmou em sede de fundamentação de parecer que aprovava a proposta:

> [...] novas legalidades reclamadas pelos movimentos sociais de mulheres e de LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros) se justificam na insuficiência da prescrição social da heterossexualidade e da classificação tradicional do sexo e do gênero para assegurar direitos universais.
> Por outro lado, **ainda é significativa a resistência contra a conformação dos direitos sexuais.** No Brasil**, os direitos sexuais ainda estão em grande parte restritos ao campo da reprodução, o que retarda o reconhecimento de direitos relativos à diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero**.
> **A homofobia é a principal causa da discriminação e da violência que se pratica contra homossexuais e transgêneros**. O trato com essa discriminação consagrou o termo para significar a **intolerância e o desprezo** por quem demonstre preferências e identidades diferentes da heterossexual. (BRASIL, COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS, 2009) *(grifo nosso).*

Contudo, sustentando tal justificativa e a demanda pela orientação jurídica de instrumentos aptos a coibir as formas de discriminação em prol da orientação sexual e identidade de gênero, destaca-se o andamento do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 7.582/2014 – a fim de definir os crimes de ódios e intolerância -; e o Projeto de Lei do Senado de nº 515/2017 – que recupera os objetivos da PLC nº 122/2006, propondo a criminalização da homofobia em ampliação à legislação existente sobre discriminação racial.

Vale ponderar que o PLC nº 7.582/2014 veicula proposta de definição às expressões "orientação sexual" e "identidade de gênero" no parágrafo único de seu artigo 2º, definindo o primeiro como a "a atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero" e o segundo enquanto "a percepção de si próprio que cada pessoa tem em relação ao seu gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo".

Aos crimes de ódio, por seu turno, a proposta condensa, em seu artigo 3º, o seguinte enunciado:

> Constitui crime de ódio a ofensa a vida, a integridade corporal, ou a saúde de outrem motivada por preconceito ou discriminação em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência. (BRASIL, PLC nº 7.582, 2014)

As construções conceituais vinculadas a este projeto denotam rasa percepção das implicações e das relações de dominação existentes na configuração de tais condutas e violações de direitos fundamentais e, assim, é necessário que seja contemplado o amadurecimento destes dispositivos. A própria definição pautada no Decreto nº 8.727/2016 se mostra mais coerente à compreensão da expressão "identidade de gênero" do que o disposto na formulação supramencionada.

Já no que tange aos crimes de intolerância, a descrição parece se estender por descrições de condutas, sem estipular o critério específico de tais comportamentos e, assim, pode-se verificar a perpetuação de uma violência simbólica de cunho cognitivo, ignorada em prol do reconhecimento de violências a que se tenta coibir. Nestas condições, pode-se até convencionar o código-binário da violência simbólica como "ignorar/reconhecer", tal indica o próprio Bourdieu (1989, p. 15), porém ao explicar como o poder simbólico não reside em sistemas simbólicos, mas é definido pelas relações quase silentes entre os sujeitos e instituições nas reproduções de ideologias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Valendo-se da análise e do arcabouço teórico na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, nota-se que a abertura cognitiva do Direito pressupõe a racionalização de operações comunicativas dentre o sistema jurídico e os demais sistemas, bem como entre a ordem normativa e o meio social, extraindo deste informações compatíveis à manutenção e adaptação do seu funcionamento no interior de uma sociedade hipercomplexa.

A comunicação é cerne da interação intersistêmica e, no cerne do ordenamento jurídico, a Constituição designa a base pela qual se pode configurar o esquema de *input/output*, cujo resultado será a produção normativa no exercício do Poder constituído Legislativo – consagrando produto do sistema autorreferente do Direito e integração e reflexão do sistema jurídico a novas realidades empíricas.

Neste cerne, foi questionada a possibilidade de que esta abertura, através de um processo comunicativo deficitária, conduzisse à esvaziamento de significações próprias de outros sistemas.

No entanto, o que se percebeu no decurso do estudo é que esta abertura cognitiva quanto à temática, propícia à transdisciplinaridade, aglutinando-se saberes de diversas áreas especializadas, é pouco explorada, ou até mesmo ignorada, a exemplo do arquivamento da proposta de "lei anti-homofobia" datada de 2006.

Apesar disto, é possível que os projetos em andamento amadureçam ou que novas iniciativas normativas intentem suprir essa deficiência cognitiva sobre o tema no interior da composição normativa brasileira. Enquanto isto, perpetuam-se as operações de autorreprodução do sistema jurídico e as formas de violência e poder simbólicos subscritos na realidade social em forma de violência institucional.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Harry. **The transexual phenomen**. In: Symposium Publishing [*eletronic eddition*], Düsseldorf, 1999. Disponível em: < http://www.mut23.de/texte/Harry%20Benjamin%20-%20The%20Transsexual%20Phenomenon.pdf > Acesso em: 11 ago. 2018.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil. 1989.

BRASIL. **Decreto n. 8.727,** 28 de abril de 2016. Brasília: Presidência da República, 2016.

_____. **Parecer da Comissão de Assuntos Sociais - CAS sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006**. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. **Projeto de Lei nº 122**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

_____. **Projeto de Lei nº 7.582**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014.

_____. **Projeto de Lei nº 515**. Brasília: Senado, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Alburquerque. 13. Ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HRW, Human Rights Watch. **Relatório Mundial 2017**: Brasil. Disponível em: < https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313303 >. Acesso em: 11 ago. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAURENTI, Ruy. **Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças**. In: Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 18, n. 5, p. 344-347, out. 1984.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petropólis, RJ: Vozes, 2010.

_____.**Law as a social system**. In: Northwestern University Law Review, Illinois, vol. 83, pp. 136-150, 1989.

_____. **Operational clossure and structural coupling**: the differentiation of the legal system. In: Cardozo Law Review (Ed.), New York, vol. 13, pp. 1419-1441, 1992.

_____. **Social Systems**. California: Stanford University Press, 1995.

_____. **The paradoxy of observing systems**. In: Cultural Critique, University of Minnesota Press, Minneapolis, n. 31, The Politics of Systems and Environments, Part II. pp. 37-55, 1995.

MATTHEIS, Clemens. **The system theory of Niklas Luhmann and the constitucionalization of World society.** In: Goettingen Journal of International Law, Goettingen, vol. 4, n. 2, pp. 625-647, 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Luhman, Habermas e Estado de Direito**. In: Lua Nova – Revista de cultura política, São Paulo, n. 37, pp. 93-106, 1996.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Resolution adopted by the Human Rights Council on 14 July 2011. Disponível em: < https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/148/79/PDF/G1114879.pdf?OpenElement>. Acesso em: 11 ago. 2018.

SMIGAY, Karina Ellen Von. **Sexismo, homofobia e outras expressões correlatas de violência**: desafios para a psicologia política. In: Psicologia em revista, Belo Horizonte, v. 8. n. 11, pp. 32-46, 2002.

WELZER-LANG, Daniel. **A construção do masculino**: dominação das mulheres e homofobia. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, a. 9, v. 9, n. 2, p. 460-481, 2001.