

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

SILVANA BELINE TAVARES

DOUGLAS ANTÔNIO ROCHA PINHEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

G326

Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Douglas Antônio Rocha Pinheiro; Silvana Beline Tavares - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-456-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Discriminação. 3. Exclusão de gênero.
4. Movimento feminista. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

Diante do tema “Direito e desigualdades: o papel do Direito nas políticas públicas”, que orientou o XXVI Encontro Nacional do Conpedi, um Grupo de Trabalho (GT) que reflita sobre questões relativas a “Gênero, sexualidades e direito” tem importância fundamental. Afinal, o constitucionalismo, o desenho estatal e a efetivação dos direitos não são neutros em relação às identidades de gênero, à orientação sexual e à vulnerabilidade dos corpos, fazendo com que o desvelamento de seu caráter viriarcal e heternormativo seja um primeiro passo para a construção de relações sociais de inclusão e reconhecimento.

Tal reflexão é ainda mais urgente em momentos de crise econômica e políticas de austeridade. Embora já se tenha afirmado que as crises econômicas deste século geram, no curto prazo, um impacto maior sobre os postos de trabalho ocupados por homens – razão por que se disseminou a expressão he-cession para caracterizar tal recessão – diversos estudos têm comprovado que, no médio e longo prazo, as mulheres são as mais afetadas, tanto na perspectiva do trabalho formal quanto informal.

O motivo disso pode ser encontrado no mercado, no Estado e nas próprias famílias delineadas segundo uma concepção androcêntrica. O mercado, diante da retração dos postos de trabalho, substitui aos poucos a mão-de-obra feminina pela masculina. O Estado reduz sua política de bem-estar social e transfere para as famílias o custo da reprodução e do auxílio às crianças, aos idosos e às pessoas com deficiência. Por fim, as famílias sobrecarregam as mulheres, fazendo-as assumir diversas funções sobrepostas como alternativa de readequação do orçamento familiar.

Nesse mesmo momento histórico, pessoas LGBT’s são privadas de políticas de saúde, de garantia de acesso ao mercado de trabalho, de integridade física, de afirmação da sua própria identidade. O discurso da meritocracia do Estado mínimo, contrário às ações e aos programas sociais que buscam tornar equânimes as vozes da polifonia social, esconde a prática hetero/andro/pigmentocrática reforçada há anos pelos fatores reais de poder. A responsabilidade do Estado por um direito historicamente normativo não se reduz por escassez orçamentário-financeira, principalmente quando ela pode afetar o mínimo existencial das pessoas titulares de direito.

Obviamente, nem todos os corpos sofrem a crise e a recessão do mesmo jeito. A discriminação interseccional, que sobrepõe camadas de exclusão por motivos étnico-raciais, de gênero, de classe, mostra porque é preciso garantir que as várias vozes oprimidas se expressem. Ninguém pode falar pelo subalterno. Assim, a importância do Grupo de Trabalho tem se mostrado cada vez maior: além de serem objeto das pesquisas, cada vez mais mulheres e pessoas LGBT's tem assumido as rédeas dessas próprias pesquisas, apontando falhas nas premissas conceituais, nos marcos teóricos, nas metodologias do direito, além de avançar na construção de um novo “feminist legal”, ou mesmo, de um “queer legal”.

No GT “Gênero, sexualidades e direito I” várias foram as preocupações apontadas que podem ser agrupadas em três linhas. Na primeira delas, a que chamamos “Mulheridades, movimentos sociais e direito”, os trabalhos refletiram sobre a desigualdade e a binariedade institucionalizadas, a importância do movimento feminista para a construção de políticas públicas, as desigualdades de gênero no próprio Poder Judiciário, bem como a seletividade androcêntrica que gera exclusões de gênero em vários subsistemas e, especialmente, no jurídico.

Na segunda delas, denominada “Diversidade, dignidade e direito”, os artigos questionam as políticas de inclusão de pessoas LGBT's no âmbito municipal, a inclusão da pessoa transgênero no mercado de trabalho, a patologização da transexualidade e as consequências dessa estigmatização, o direito de retificação de nome em caso de transexualidade e o processo de discussão imagética do processo identitário de pessoas trans a partir do cinema.

Na terceira e última linha de discussão, intitulada “Gênero, justiça e estruturas de poder”, as apresentações debateram sobre a criminalização pelo gênero, a disseminação não autorizada de imagens na perspectiva feminista, a invisibilização da violência contra a mulher no contexto da prostituição e a violência/discriminação interseccional.

O presente livro, situado no tempo e na história, sempre será um registro das preocupações que tem perpassado a Academia neste momento. Mais que isso, porém, ele espera contribuir no processo efetivo de emancipação de grupos excluídos, provocando o debate argumentativo sobre as questões naturalizadas de exclusão de identidade de gênero e orientação sexual. As subalternas falam – que o direito se abra ao diálogo inclusivo.

Organizadores:

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares - UFG

Prof. Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro - UnB

COMPREENSÃO DO SISTEMA JURÍDICO NA PERSPECTIVA DE NIKLAS LUHMANN: A SELETIVIDADE DO DIREITO NAS QUESTÕES DE GÊNERO E DE SEXUALIDADE

UNDERSTANDING THE LEGAL SYSTEM IN THE PERSPECTIVE OF NIKLAS LUHMANN: THE SELECTIVITY OF THE LAW ON GENDER AND SEXUALITY ISSUES

**Neon Bruno Doering Morais
Natasha Atanasov Suruagy**

Resumo

À luz da teoria sistêmica de Niklas Luhmann e através da metodologia da pesquisa bibliográfica, o presente trabalho tem como propósito investigar a concepção luhmanniana do direito, com enfoque em sua formação e dinâmica, demonstrando para tanto o direito como um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, com a finalidade de solucionar conflitos e de manter as expectativas normativas estáveis. Neste sentido, conectou-se as questões de gênero e de sexualidade com a seletividade do direito em termos luhmannianos, uma vez que o sistema jurídico por funcionar através de critérios próprios, não absorveu todas as demandas do movimento LGBT.

Palavras-chave: Niklas luhmann, Teoria sistêmica, Seletividade do direito, Questões de gênero e de sexualidade, Demandas do movimento lgbt

Abstract/Resumen/Résumé

In view of the systemic theory of Niklas Luhmann and through the methodology of bibliographical research, the present work aims to investigate the Luhmannian conception of law, focusing on its formation and dynamics, demonstrating the law as a functionally differentiated system of society, with the purpose of resolving conflicts and maintaining stable normative expectations. In this sense, gender and sexuality issues were connected with the selectivity of the law in Luhmannian terms, once the legal system, acting by its own criteria, did not absorb all the demands of the LGBT movement.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Niklas luhmann, Systemic theory, Selectivity of law, Gender and sexuality issues, Demands of the lgbt movement

1. INTRODUÇÃO

Interessado por descrever a sociedade moderna, sua extrema hipercomplexidade e com a finalidade de superar os limites dos quais as teorias clássicas haviam chegado, o sociólogo e jurista alemão Niklas Luhmann, em meados dos anos 60 (sessenta), se inquieta e começa desenvolver seus estudos e pesquisas sobre a sociedade mundial, dos quais, este trabalho possui como principal objetivo compreender seus posicionamentos propostos, principalmente, acerca do direito em sua teoria sistêmica.

Segundo Luhmann, o direito não seria primariamente um ordenamento coativo produzido apenas pelo Estado, ou uma mera estrutura normativa, divergindo aqui das concepções predominantes da teoria geral do direito defendidas por muitos estudiosos da ciência jurídica. O autor não escondia sua posição contrária à concepção pragmática normativista da lei – como único instrumento de absorção e resolução de conflitos –, pois, tendo em vista o atual estágio evolutivo da sociedade moderna e sua hipercomplexidade, os modelos tradicionais são insuficientes e devem ser superados.

É bem verdade que, no âmbito das sexualidades e das diferenças gênero, a interpretação literal dos dispositivos legais colabora para invisibilidade dos sujeitos desconformes com a lógica binária – “homem” e “mulher”. Estes, sob o argumento de não serem absorvidos pelo sistema jurídico ou compreendidos pela sociedade, iniciam um processo de luta por emancipação. O objetivo deste trabalho é analisar a teoria Niklas Luhmann, para em seguida estabelecer conexões com o direito e com a abordagem contemporânea de gênero e de sexualidade.

Então, logo depois de analisar a construção de sua sociologia sistêmico-autopoiética, na qual se pretende investigar a concepção luhmanianna do direito – que o percebe como uma estrutura dinâmica com a função de estabilizar as expectativas normativas e de solucionar os eventuais conflitos –, chega o momento de compreender os mecanismos de pressão sobre o sistema jurídico, que atuam por meio de filtros seletivos para absorver (ou não) as variedades de gêneros e de sexualidades. Para a pesquisa, utilizou-se preponderantemente da pesquisa bibliográfica.

2. DIREITO E A SOCIOLOGIA DO DIREITO: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA PERSPECTIVA DE NIKLAS LUHMANN

Almejando descrever a sociedade moderna e sua extrema hipercomplexidade, Niklas Luhmann desenvolve sua própria teoria dos sistemas. Nesta teoria sistêmica, a sociedade moderna, ou sociedade mundial, como ele prefere se referir, Luhmann compreende que toda convivência humana é matizada de forma direta ou indireta pelo direito. Para o autor, o direito é fundamental para todo e qualquer convívio, e necessário para que as diferentes esferas de vida encontrem um ordenamento social duradouro. Desta feita, para toda convivência social, torna-se imprescindível um mínimo de orientação através do direito.

Apesar de Luhmann assinalar a importância do direito para os mais variados e diferentes segmentos da vida, ele reconhece que o instituto não contempla o interesse dos sociológicos. Nas palavras de Luhmann:

Isso torna ainda mais surpreendente que este fato do direito pouco ocupe os sociólogos. Nas universidades, a “Sociologia do Direito” pouco aparece como disciplina, e quando isso ocorre, a tarefa de lecioná-la é assumida mais por juristas que por sociólogos. Falta completamente uma relação entre essa disciplina e o desenvolvimento recente de teorias sociológicas. Tais ligações existem mais com a discussão básica das ciências jurídicas. As pesquisas empíricas no campo da sociologia do direito podem ser contadas nos dedos, se bem que nos últimos anos o interesse tenha aumentado. A sociologia do direito encontra-se em desvantagem na comparação com outras áreas da pesquisa sociológica, como a sociologia da família, a sociologia da organização, a sociologia política, a da estratificação e mobilidade sociais, e a teoria dos papéis. (LUHMANN, 1983, p. 7)

Nos últimos anos, Luhmann constata um aumento gradual do interesse pela sociologia jurídica, contudo, as pesquisas empíricas desenvolvidas nesta área de conhecimento ainda são inexpressivas. Além do mais, ele se posiciona como um crítico severo das interpretações tradicionais da sociologia do direito, porém, impende destacar, que lhes reconhece o feito de terem se afastado do direito natural e de suas normas indubitáveis, para enfrentar a contingência, eventualidade, como o tema central da sociologia do direito.

Para Luhmann as visões tradicionais da sociologia do direito pecam pela ausência de bases teóricas adequadas e de instrumental adequado, o que o fazem questionar, inclusive, se existe uma sociologia sociológica do direito, ou, se a mesma não representa apenas uma atividade secundária de juristas “desejosos por um auxílio na aplicação de sentenças e na facilitação de fundamentações, mas também por um aconselhamento político-jurídico” (LUHMANN, 1983, p. 8). Assimilando os resultados

dos estudos existentes como parciais e superficiais, não consegue dar o respaldo necessário para o fenômeno jurídico contemporâneo.

Convicto que as correntes tradicionais não teriam adquirido um grau de complexidade e abstração suficientes para compreender diversas questões, ressaltando a relação crucial do direito e da sociedade, Luhmann debruçasse sobre a teoria jurídica sistêmica para redescrever esses problemas.

É de verificar que Luhmann se contrapõe a teoria da formação do direito com base nomeadamente na tipologia das normas, e entende que esta tipologia leva a supor a existência de sociedades arcaicas sem direito e resultou em definições formais, como a do dever-ser, pressuposto como o fato básico da vida jurídica (GODOY, 2008). Observe-se:

Luhmann chama atenção para a necessidade de mais ser indagado sobre o seu sentido, a sua função, quais os comportamentos dele decorrentes, propondo-se ir mais fundo, num campo de pesquisa ao mesmo tempo pré-psicológico e pré-sociológico, em busca das origens da singular necessidade de ordenamento, que é satisfeita pelo direito, e das bases das estruturas e dos processos elementares na formação do direito. (GODOY, 2008)

Reconhecida a impossibilidade de construir interpretações universais dentro da sociedade moderna, Luhmann enverada pelo raciocínio do qual a melhor forma de conceber a formação direito, seria através de um trabalho interligado entre a teoria dos sistemas e a sociologia do direito voltada para a pesquisa empírica; e neste sentido que Luhmann vislumbra na teoria dos sistemas o caminho possível para enfrentar questões ignoradas até então pela sociologia do direito.

2.1 VARIABILIDADE ESTRUTURAL E POSITIVIDADE

Luhmann define a sociedade moderna – mundial –, como hipercomplexa, pois, nela existem múltiplas formas do agir e do vivenciar, não sendo possível produzir interpretações globais do mundo. Ou seja, a sociedade mundial é uma sociedade onde há múltiplas maneiras de agir, o que torna a complexidade incontável. Os sistemas surgem justamente com a finalidade de reduzir esta complexidade, nunca para acabar, tendo em vista que as formas de observar o mundo não são estáticas, nem se esgotam no presente, estando aberta a várias outras que possam surgir e que ninguém pensou ainda.

No sentido sociológico, a evolução se configura através da elevação da complexidade social, e o direito se coaduna a este processo como elemento co-determinante – determinando o que se deve ou não fazer –, e co-determinado – vez que as eventuais tensões oriundas do entorno, podem ou não, serem “absorvidas” pelo sistema do direito –, fomentando-o ao adaptar-se às suas necessidades. Por consequência, se a sociedade se torna mais complexa, mais rica em possibilidades, o seu direito deve ser estruturalmente compatível com um número crescente de situações possíveis (GODOY, 2008).

Porém, para Luhmann, uma “complexidade totalmente desestruturada seria o caso limite da névoa original, do arbítrio e da igualdade de todas as possibilidades.” Desta forma, não seria possível a constituição de um Estado de Direito, em uma complexidade totalmente desestruturada, devendo-se excluir, de forma mais ou menos efetiva, muitos comportamentos. Mas, ao mesmo tempo, por esta mesma razão, ele abre possibilidades para outras formas de comportamentos (LUHMANN, 1983, p. 13).

No mais, Teixeira aduz:

A contribuição de Niklas Luhmann no sentido da compreensão do direito na modernidade é fruto de suas reflexões acerca da complexificação social e da contingencialização do agir na sociedade moderna. Luhmann esforça-se por explicar o fenômeno da complexificação social na modernidade e a importância do recurso a mecanismos de seletividade que tornem possível a convivência em um mundo marcado pela multiplicação exponencial das possibilidades de ação. (TEIXEIRA, 2009)

Considerando a crescente complexidade social global, Luhmann analisa a passagem na modernidade para uma perspectiva fundamentada em um construtivismo radical e no processo de diferenciação funcional, no qual originam-se sistemas sociais que se estruturam com base em núcleos diferenciados de comunicação social especializada que formam os sistemas sociais. “Luhmann destaca, nesta conjuntura de fatores, que a modernidade marca o alvorecer da sociedade funcionalmente diferenciada” (VIANA, 2015, p. 20).

2.2 O SISTEMA JURÍDICO

Ao analisar a sociedade moderna e atual complexidade mundial, ensejadora das diferentes instabilidades que ocorrem nos sistemas sociais, tal como no sistema jurídico,

Luhmann percebe que os sistemas operam como instrumentos para enfrentar e reduzir esta complexidade. Onde, através de códigos binários próprios, cada sistema pode selecionar, ou não, as variações existentes do entorno e, por consequência, transformar a complexidade desestruturada, em complexidade estruturada.

Veja-se:

O sistema jurídico aparece como um dos “sistemas funcionais” do sistema social global, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão se comportar, e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de decepcionarem-se. Daí ser o Direito definido, na teoria sociológica luhmanniana, como “generalização congruente de expectativas comportamentais”, generalização essa que fornece “uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades”. (GUERRA FILHO, 1997)

Impende destacar que, a redução de complexidade não implica na eliminação de possibilidades ou em uma supressão de alternativas, visando simplificar a sociedade através de um enquadramento, como se viu no pensamento iluminista. Ocorre o oposto, vez que, o rompimento no tocante a dicotomia sujeito/objeto, já nos leva a um confronto entre o pensamento racionalista e os sistemas autopoieticos sustentados por Luhmann, já que o mesmo não concebe a possibilidade de se fundamentar em um mundo no qual todos os sujeitos observem, de uma mesma maneira, o mesmo mundo (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 40).

Ou seja, o pensamento de que todos estão unidos em prol de um interesse comum não existe em Luhmann, pois não se pode pensar em uma sociedade de uma única forma religiosa, política, moral, etc. A sociedade mundial é uma sociedade onde há múltiplas maneiras de agir, o que torna a complexidade incontrolável e, para reduzir esta complexidade – nunca para acabar –, é que os sistemas vão surgir.

Então, quando se fala em redução de complexidade é no tocante ao aumento de possibilidades por intermédio de uma administração da própria complexidade. O que faz com que a função do sistema jurídico esteja ligada diretamente ao controle das instabilidades, bem como, a garantia das expectativas normativas ao longo do tempo (GALVÃO, 2014).

Como resta demonstrado, pela teoria sistêmica, o direito como sistema social possui como elemento base a comunicação, se formando e reproduzindo através dela. E,

através deste contexto, que Luhmann os define como sistemas autopoieticos. Confira-se:

Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, em que há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização pela relação reiterativa (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser ‘fechado’, do ponto de vista de sua organização, não havendo ‘entradas’ (inputs) e ‘saídas’ (outputs) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que é ‘como o agente que conecta as extremidades do sistema (como se fosse uma gigantesca sinapse) e o mantém fechado, autopoietico. (GUERRA FILHO, 1997)

Ante o exposto, pode-se dizer que os sistemas sociais são autopoieticos em razão de existirem autonomamente, permanecendo produtos de si mesmo, ou seja, seu desenvolvimento dar-se-á através da reprodução dos seus próprios elementos e de sua própria estrutura.

Dessa forma, pode-se afirmar sob a ótica luhmanniana que, todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem um código próprio que lhes confere unidade e fechamento operacional. Ao mesmo tempo em que, esta recursividade de autoreprodução é condição para abertura do sistema às referências e variações do entorno, onde o sistema se relaciona com o ambiente, estabelecendo, para tanto, a forma como esta relação deve ocorrer. Isso significa que, os sistemas autopoieticos operam de modo aberto e fechado, não existindo referência externa sem autorreferência. Com isso, estas formas de reação caracterizam a capacidade de ressonância do sistema, que devem operar segundo seu próprio tipo de comunicação, atentando para suas referências – condições de abertura e fechamento do sistema – ou seja, não podendo agir de uma forma indiscriminada.

2.3 DUPLA CONTINGÊNCIA E EXPECTATIVAS COGNITIVAS *VERSUS* EXPECTATIVAS NORMATIVAS

Ao levar em consideração a atual sociedade moderna e sua hipercomplexidade e contingência, onde são múltiplas as possibilidades – e não cristalizadas a partir de uma

forma normativa superior –, Luhmann define como fundamental um instrumento capaz de estabelecer um ponto base entre as expectativas reciprocamente geradas.

Frente à contingência simples erigem-se estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos – colocando as perspectivas de que à noite segue-se o dia, que amanhã a casa ainda estará de pé, que a colheita está garantida, que as crianças crescerão... Frente à dupla contingência necessita-se outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada: as expectativas. A vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas. Consequentemente, as estruturas de expectativas têm que ser construídas de forma mais complexa e variável. (LUHMANN, 1983, p. 47)

Conforme supracitado, na contingência simples, erguem-se estruturas de expectativas que se apoiam no simples campo da percepção, mais ou menos imunes a desapontamentos. Porém, o mesmo não ocorre no tocante a dupla contingência.

Assim como a comunicação, a dupla contingência é um dos pontos principais da teoria dos sistemas. Para Luhmann, a comunicação pressupõe 3 (três) elementos que ocorrem simultaneamente: informação; dar-a-conhecer; compreensão. Aquilo que se dar-a-conhecer a alguém, jamais será tudo que está em nosso sistema psíquico, bem como, não temos como prever a reação do outro após a nossa comunicação. O grau de indeterminação sempre existe na comunicação, pois nunca poderemos determinar o que ocorrerá em seu bojo. A depender do que se comunica, a comunicação pode ir para inúmeros lados diferentes.

Então, nesta vereda, quando falamos em dupla contingência, tratamos da necessidade de construção de outras estruturas de expectativas, de construções mais complexas e condicionadas.

Impende destacar que, em razão disto, existe uma expectativa gerada por ambos acerca de seus comportamentos e, em outras palavras, trata-se na realidade de uma expectativa gerada sobre a expectativa que o outro tem sobre seu possível comportamento (reflexividade). Neste passo, o sistema jurídico atual, trabalha absorvendo essas incertezas/inseguranças por intermédio da redução de complexidade e estabilização dessas expectativas (GALVÃO, 2014).

É importante entender também a diferenciação entre expectativas cognitivas e expectativas normativas. No plano cognitivo, são tratadas as expectativas que se adaptam à realidade em caso de frustração/desapontamento. Em contrapartida, nas

expectativas normativas ocorrem o oposto, são mantidas mesmo que alguém as transgrida, ou seja, são contrafáticas.

Como exemplifica Luhmann:

No caso de esperar-se uma nova secretária, por exemplo, a situação contém componentes de expectativas cognitivas e também normativas. Que ela seja jovem, bonita, loira, só se pode esperar, quando muito, ao nível cognitivo; nesse sentido é necessária a adaptação no caso de desapontamentos, não fazendo questão de cabelo loiro, exigindo que os cabelos sejam tingidos, etc. Por outro lado espera-se normativamente que ela apresente determinadas capacidades de trabalho. Ocorrendo desapontamento nesse ponto, não se tem a sensação de que a expectativa estava errada. A expectativa é mantida, e a discrepância é atribuída ao ator (no caso, a secretária). Dessa forma as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos. (LUHMANN, 1983, p. 56).

O direito configura-se através das expectativas normativas e se mantém mesmo em casos de desapontamento, não assegurando a observância dos comportamentos dispostos, mas garantindo as expectativas de conduta. Por isso, refere-se ao sistema jurídico como contrafático – mantem-se no tempo –, vez que a generalização da expectativa independe do cumprimento ou não da conduta esperada.

É neste cenário que o direito assume a função de generalização congruente das expectativas normativas, que como bem definiu Campilongo são:

Generalização equivale a dizer que o critério para compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo. Há generalização quando um ordenamento subsiste independentemente de eventos individuais. Apesar de mudanças no ambiente, o sistema está imunizado contra outras possibilidades e permite a manutenção de expectativas. Isso envolve indiferença em relação ao ambiente e à totalidade de expectativas nele existentes e alta sensibilidade para as expectativas estruturadas normativamente. “Congruente” significa a generalização da segurança do sistema em três dimensões: temporal (segurança contra as desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança contra as incoerências e contradições, obtida por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização). Expectativas normativas são aquelas que resistem aos fatos, não se adaptam às frustrações ou, na linguagem de Luhmann, não estão dispostas a aprendizagem. (CAMPILONGO, 2011, p. 19)

Verifica-se que, os dois modos de expectativas não atuam de maneiras isoladas, bem como, para o sistema jurídico conseguir cumprir sua função normativa, deve ao mesmo tempo dispor da estrutura cognitiva.

Ademais, ainda neste mesmo contexto, aduz Galvão:

Assim, o sucesso (e o desafio) da função do sistema jurídico consiste, justamente, na eficiência em selecionar as expectativas comportamentais e fazer com que elas sejam congruentes nas três dimensões de sentido: temporal, social e material/prática. Ou seja, a norma jurídica (conforme/não conforme o direito), deve ser respeitada ao ponto de se manter relativamente invariável no tempo (estabilidade contra-fática - dimensão temporal), através de procedimentos institucionalizados (dimensão social) e exercidos efetivamente pela sociedade, por meio da inter-relação dos seus quatro princípios de identificação: pessoas, papéis, programas e valores (dimensão material). Isso quer dizer, em uma frase: o direito evolui através da tensão entre sua consistência jurídica e adequação social. (GALVÃO, 2014)

Dentre os processos de atualização do direito à realidade social, a luta LGBT por reconhecimento tem funcionado como uma importante fonte de pressão sobre o direito, provocando penetrações pontuais na “membrana” do sistema jurídico.

3. O CÓDIGO BINÁRIO DE LUHMANN E A SELETIVIDADE DO DIREITO NAS QUESTÕES DE GÊNERO E DE SEXUALIDADE

A complexidade de mundo está associada ao processo de transformação social, e foi com o advento da modernidade que as mudanças sociais tornaram-se cada vez mais intensas e profundas. Este processo descontínuo de construção e reconstrução de direitos e valores sociais é característico das sociedades modernas, local onde “as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz das informações recebidas sobre aquelas próprias práticas, alterando, assim, constitutivamente, seu caráter” (GIDDENS, 1990, p. 37-38).

De outro lado, a sociedade moderna, hoje situada dentro de um contexto cultural ocidental, termina por aniquilar relações humanas fraternas e solidárias, o que faz escapar a noção de multiplicidade no mundo (SANCHEZ RUBIO, 2014). Para o autor, a simbologia dos direitos humanos deve ser compreendida através de uma perspectiva emancipadora, possibilitando aos sujeitos significarem e ressignificarem suas realidades e mundos, inclusive no aspecto sexual.

Segundo Barros (2016), a sociedade comporta uma diversidade de manifestações sexuais e de gênero, e estas variações devem ser assimiladas como modalidades de ser. Estas manifestações fazem parte do mundo humano e, por isso, constitui-se como algo inevitável. Para se construir uma lente múltipla de mundos e significados, faz-se necessário que a dinâmica do sistema jurídico contemporâneo legitime direitos relacionados às modalidades de ser, porque

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS, 2003, p. 56).

A situação de desigualdade no sistema jurídico é a responsável pelo surgimento de lutas por reconhecimento e emancipação. Para Sanchez Rubio (2014), o processo de lutas é fundamental para a consolidação dos direitos humanos, por essa razão é imperioso historicizar estes direitos levando em conta as singularidades de sujeitos e grupos. Hoje

Cada diferença sexual, antes vista como desviante, trava o seu combate particular nesta complexa guerra de representações. A trajetória do homossexualismo, percorrendo, na história de sua recepção, nuances que vão do “pecado” e do “crime” à “doença” e ao “estilo de comportamento”, revela uma tenaz luta de representações que, entre avanços e recuos, parece conduzir à sua afirmação como Diferença, e não como Desigualdade (desvio, perversão, doença, crime, pecado). (BARROS, 2010, p. 56)

Antes de abordar a seletividade do direito dentro da perspectiva de Niklas Luhmann, é importante reconhecer que as questões de sexualidade e de gênero na sociedade mundial (moderna) é complexa, vai além da abordagem tradicional de sexualidade e do padrão dicotômico masculino e feminino.

Inspirado na ideia de alguns autores, como da filósofa estadunidense Judith Butler e Michel Foucault, José d'Assunção Barros (2016, p. 18) tece importantes considerações sobre a abordagem contemporânea de sexualidade. Para o autor, estudos mais recentes informam o gênero e o sexo “não são categorias a-históricas, como o pensamento comum habitua-se a considerar”. O autor comenta sobre a importância de desconstruir a ideia primitiva que coloca o sexo como algo natural (naturalmente adquirido) e o gênero como socialmente construído, porque “talvez o sexo sempre tenha

sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma” (BUTLER, 2003, p. 25).

Também, é igualmente verdade, que a realidade jurídica atual não abarca a multiplicidade de gênero e de sexualidades existentes, e o direito não assimila que a unidade humana “traz em si os princípios de suas múltiplas diversidades” (MORIN, 2011). Como se depreende, no campo do direito desaparece a livre escolha, uma vez que não “cabe mais ao indivíduo decidir o sexo a que deseja pertencer jurídica ou socialmente; cabe ao perito dizer que sexo a natureza escolheu, e que conseqüentemente a sociedade exigirá que ele mantenha” (FOUCAULT, 1982, p. 3).

Luhmann trabalha com a ideia de que no entorno do direito há uma multiplicidade de elementos que podem colocar em xeque o sistema jurídico. As variações de expectativas são múltiplas e podem causar mecanismos de pressão sobre o sistema, almejando a sua modificação. Contudo, a pressão por si só não faz com que ocorra essa modificação, pois, não fosse assim, não existiria diferença entre sistema e sociedade.

Tendo em vista que nem todas as tensões que ressoam são incorporadas no contexto intrassistêmico, bem como, cada sistema em seu campo específico possui como finalidade reduzir a complexidade do entorno, o direito, como um dos sistemas, possui seus próprios critérios internos para absorver ou não as variações oriundas do ambiente.

Sendo assim, Luhmann utilizasse do código binário, como o instrumento que possibilita simultaneamente o fechamento operacional e a abertura cognitiva dos sistemas, funcionando como um critério de seletividade, ou seja, operando como uma espécie de filtro.

No sistema jurídico, esse código binário seria o lícito/ilícito, ou o conforme o direito/não conforme o direito, ou o direito/não direito, ou legal/ilegal.

Nesse sentido, Campilongo observa que:

A característica da binariedade é uma drástica redução das possibilidades a duas opções excludentes. Um “código” pode ser visto, nessa linha, como uma técnica de redução da complexidade dos processos de elaboração de informações. O código é sempre uma estrutura interna ao sistema. Portanto, a operacionalização técnica das estruturas do sistema é possível por meio da simetria do código. O código não é uma norma, uma lei, ou um ordenamento, mas apenas uma regra de atribuição e conexão aos seus termos: direito/não direito”. No caso do direito, seu código binário permite identificar se uma comunicação pertence ao sistema jurídico e, simultaneamente,

distinguir o sistema de seu ambiente. A autopoiese do sistema jurídico é organizada pelo seu código. (CAMPILONGO, 2011, p. 99)

Portanto, o código lícito/ilícito do sistema do direito, significa simultaneamente um fechamento operacional – normativo –, e também uma abertura cognitiva, pois depende do meio social para definir os elementos de referência do seu código binário. Então, pode-se dizer ainda que, existe uma constante corrupção sistêmica no Direito, mas que não altera sua autopoiese, já que a mesma pode ser administrada pelo próprio sistema.

Neste sentido, deve-se dizer que o direito e o sistema jurídico são igualmente seletivos e utilizam de filtros para absorver as variações múltiplas de gênero e de sexualidades. Fazendo uma analogia à ideia de pressão sistêmica de Luhmann, Barros (2016, p. 61-62) também entende que as diferença sexual e de gênero na medida em que alcança determinado número de pessoas “atinge determinada ênfase social” – alcança determinada pressão ao ponto de influenciar o sistema jurídico posto.

Esta pressão – ênfase social – pode ser conquistada por meio de movimentos sociais, em processos específicos de luta por emancipação. Não se pode olvidar que questões ligadas ao gênero e à sexualidade atingiu determinada ênfase social na sociedade mundial moderna. Confira-se:

Grosso modo, verificamos a emergência de grandes movimentos sociais quando a discriminação em relação a um certo aspecto atinge determinada ênfase social, começa a afetar uma parcela muito significativa da população, ou então passa a se constituir em um aspecto questionável de um sistema jurídico ligado a uma sociedade que divulga o imaginário da igualdade, como as democracias modernas. (BARROS, 2016, p. 61-62)

De outro lado, nem toda demanda social – inclusive, a LGBT – que exerce pressão sobre o sistema é absorvida, isso porque o sistema jurídico, assim como qualquer outro sistema da sociedade mundial, funciona de acordo com seus próprios critérios de seleção – de abertura e de fechamento.

A LGBT é mundial – “*Global Gay*”, mas por mais que se considere o fenômeno contemporâneo da “*globalización de la cuestión LGBT*”, a resposta dos sistemas são diversas, a depender da localização no globo. Existem “*naciones gay friendly*” e “*nada friendly*”, ou seja, ainda hoje existem nações bastante hostis. (MARTEL, 2013, p. 21-22). Os sistemas jurídicos do mundo estão sob a pressão de

movimentos LGBT, mas a incorporação de demandas e direitos pelos sistemas apresentam dinâmicas próprias.

Martel (2013, p. 24), ao desenhar a geopolítica da questão *gay*, aduz que o mundo presencia uma revolução sexual, um caminho inédito e sem precedentes, passando da penalização da homossexualidade para a penalização da homofobia, e se ontem “*era difícil ser abiertamente homosexual; hoy es difícil ser abiertamente homófobo*”.

No Brasil, a exemplo, a Suprema Corte brasileira “reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;” e por meio da Resolução nº 175 datada de 14 de maio de 2013, considerando especialmente os acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, o CNJ resolveu que as autoridades competentes – cartórios de todo país – não poderiam se recusar a celebrar casamento civil ou a converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo (CNJ, 2013). Note-se que em muitos lugares do globo já existe o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, contudo esta realidade não é comum a todos os países.

No tocante “à criminalização, tem-se, atualmente, que mais de um terço dos países penalizam as relações homossexuais consentidas entre adultos em âmbito privado”, e existem países como Mauritânia, Irã, Sudão, Arábia Saudita, Iêmen, partes da Nigéria e da Somália, “que penalizam com pena de morte ou prisão perpétua, como é o caso de Uganda, que muito recentemente aprovou lei que transforma qualquer promoção da homossexualidade em crime” (MASIERO, 2014, p. 32).

Além do mais, nem todos os sujeitos em desconformidade com a lógica binária foram absorvidos pelo sistema jurídico, esta proposição pode ser facilmente constatada no caso da transexualidade. Atualmente, a transexualidade patologizada envolve o imaginário social e a ordem legal, “na medida em que as leis acabam por condicionar a mudança de nome, a autorização cirúrgica e a hormonização, à declaração do diagnóstico realizada por profissional da área”. A pressão sistêmica a ser empreendida aqui seria a fim de permitir “o descolamento da transexualidade deste território normativo da patologização” (MASIERO, 2014, p. 30-31).

Como se depreende, direitos antes negados são exercidos por homossexuais em alguns pontos do mundo, mas esta realidade não é globalmente uniforme, tampouco todas as variações de sexualidades e de gênero foram absorvidas pelo sistema jurídico.

“Cabe esperar que en el resto del mundo se producirán progresos similares en los próximos años” (MARTEL, 2013, p. 24). Porque é

A través del prisma de la cuestión gay, es posible ver surgir el espíritu de la época: la mutación de las formas de vida, el individualismo sexual, la redefinición del matrimonio, la universalización de los derechos humanos, el poder de la educación y la universidad, la emancipación paralela de las mujeres y de los gays, los nuevos prescriptores culturales entre subcultura y mainstream, los resortes del mercado, del comercio y del turismo, la urbanización y la emigración masivas y, finalmente, los efectos decisivos del teléfono móvil, las televisiones por satélite, Internet y las redes sociales. Tomada como hilo conductor de la evolución de las mentalidades, la cuestión gay se convierte en un buen criterio para juzgar el estado de una democracia y de la modernidad de un país. (MARTEL, 2013, p. 24)

A luta LGBT continua, mas a resposta dos sistemas jurídicos a essas demandas obedece a critérios próprios de abertura e de fechamento. Não resta nada mais além de produzir determinada ênfase social – pressão – capaz de influenciar o sistema jurídico em suas complexidades e especificidades, uma vez que questões de gênero e de sexualidade – questão *gay* – funcionam como critérios importantes de julgamento em um Estado de direito e democracia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do estudo realizado, contatou-se que, na concepção de Niklas Luhmann, no sistema social global, o subsistema do direito apresenta como função essencial à generalização congruente das expectativas normativas, ocasionando, assim, a redução de complexidade do entorno e, por conseguinte, transformando a complexidade desestruturada em uma complexidade estruturada, através dos seus próprios elementos e intermédio do seu código lícito/ilícito.

Outro ponto não menos importante – que o diverge de outros grandes lumiares da ciência jurídica –, é sua compreensão de que o direito não é primariamente um ordenamento coativo, produzido apenas pelo Estado, respaldado pelos ideais do positivismo, ou do direito natural.

Na realidade, para Luhmann o direito é um código de comunicação e não de conduta, onde os subsistemas sociais, assim como o direito, se reproduzem através de seus próprios elementos. Esta técnica de auto reprodução não isola os subsistemas das influências externas, de modo que, em decorrência das necessidades criadas pelo

convívio social, essas diferentes influências podem ser recebidas se devidamente submetidas aos seus códigos binários específicos.

É indubitável que o fenômeno global de luta LGBT – o que Martel (2013) denomina de *Global Gay* – vem tensionado cada vez mais os sistemas jurídicos pelo mundo, mas não é por conta disso que todas as demandas são incorporadas ao direito, tampouco são todos os sujeitos – de gênero e de sexualidade em desconformidade com a lógica binária – que são aceitos no sistema. Cada sistema jurídico funciona mediante processos de complexidade e de especificidade próprios (critérios próprios), e a depender de sua localização no globo, demandas são mais fáceis ou mais difíceis de penetrar a “membrana” do sistema jurídico.

Assim como Godoy (2008), conclui-se que a teoria de Luhmann apresenta uma contribuição estimulante e assaz lúcida à oxigenação do dogmatismo jurídico, que cresce de modo inadequado à realidade complexa de mundo globalizado, estando, inclusive, apta a propor propostas avançadas e inovadoras, e concomitantemente constrói um caminho para a atualização do direito por meio do sistema democrático.

De outro lado, e também igualmente verdade, a regulação do sistema luhmanniano – lógica de sistema com critérios de abertura e de fechamento – inviabiliza a absorção de demandas importantes relacionadas à existência de pessoas de sexualidade e gênero desviante, o que impede o exercício regular de direitos básicos em sociedade.

Para falar a verdade, certo ou errado, os sistemas jurídicos operam exatamente assim, nem todas as demandas são absorvidas pelo sistema jurídico nem todos os sujeitos são aceitos pelo direito, mas a questão *gay* se apresenta atualmente como critério significativo de avaliação de um país na sociedade mundial.

Por fim, nos termos aduzidos por Godoy (2008), só o tempo poderá dizer se arquitetura sistêmica de Luhmann é capaz de erguer um paradigma inovador para a ciência do direito, propenso a reformar e atualizar aquela promessa de criar uma versão nova do direito.

REFERÊNCIAS

BARROS, José D’Assunção. **Igualdade e Diferença**: Construções históricas e imaginárias em torno da desigualdade humana. Petrópolis: Vozes, 2016.

_____. **Gênero, sexualidade, desigualdade e diferença:** Quatro noções atravessadas pela história. *Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 23, n. 02, jul/dez 2010, p. 47-66.
BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em: 01/04/2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero:** feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Herculine Barbin:** O diário de um hermafrodita. Tradução de Irley Franco. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982.

GALVÃO, André. **(Re)estabilização de expectativas normativas:** observações sobre o precedente judicial à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2014. Disponível em: http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1020. Acesso em: 28 jul. 2016.

GIDDENS, Anthony. **The Consequences of Modernity.** Cambridge: Polity Press, 1990.

GODOY, Dagoberto. **Luhmann e o direito como sistema de generalização congruentes das expectativas comportamentais. Discurso Jurídico:** Revista de Ciências Jurídicas. 2008. Disponível em: <http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/239>. Acesso em: 28 jul. 2016.

GONÇALVES, Guilherme; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais:** direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA FILHO, Willis. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. INTRODUÇÃO A UMA TEORIA SOCIAL SISTÊMICA.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito.** Vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **SOCIOLOGIA DO DIREITO.** Vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARTEL, Frédéric. **Global Gay:** Cómo la revolución gay está cambiando el mundo. México: Taurus, 2013.

MASIERO, Clara Moura. **Movimento LGBT e a homofobia:** Novas perspectivas de políticas sociais criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MORIN, E. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011.

SANCHEZ RUBIO, David. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TEIXEIRA, João Paulo. **Direito e política na teoria dos sistemas**. 2009. Disponível em: <https://www.ufpe.br/moinhojuridico/images/documentos/moinho_luhmann.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

VIANA, Ulisses. **Direito e justiça em niklas luhmann**. Complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Formato Artes Gráficas, 2015.