

CONTRA OS BÁRBAROS DA MORAL: A AUTONOMIA DO DIREITO NO PENSAMENTO DE NIKLAS LUHMANN

Arnaldo Bastos Santos Neto

Professor associado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e professor titular no Curso de Direito da Unialfa; Doutor em Direito Público pela UNISINOS e Mestre em Direito pela UNISC.

Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior

Professor da Graduação e da Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado e Doutorado – em Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP); Professor da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo; Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Túlio Augusto Tayano Afonso

Professor da Pós-Graduação stricto sensu em Direito do Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA); Professor da Graduação em Direito da FADISP; Professor da Graduação e Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo; Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Mackenzie/SP); Mestre em Direito Político e Econômico (Mackenzie/SP); Doutor em Direito Econômico Internacional (PUC/SP); Pós-doutor em Direito (Universidad de Salamanca – Espanha). Advogado e Consultor.

RESUMO

O presente artigo busca examinar as contribuições de Niklas Luhmann para compressão das tensas relações existentes entre as pautas morais e as jurídicas. Enquanto o subsistema social do direito possui o seu fechamento operacional próprio através do código direito/não direito, as comunicações da moral não constituem um subsistema próprio, mas se encontram disseminadas e provocam ruídos no entorno dos subsistemas sociais. Quando carregadas de intensidade, com seu potencial de provocar um juízo de inteira reprovação sobre um indivíduo, tais comunicações podem atuar de forma destrutiva e “bárbara”, no sentido de constituírem uma ameaça às próprias conquistas civilizatórias do direito.

Palavras-chave: subsistemas sociais; relações entre direito e moral; Niklas Luhmann.

AGAINST THE BARBARIANS OF MORAL: THE AUTONOMY OF LAW IN NIKLAS LUHMANN’S THOUGHT

ABSTRACT

This article seeks to examine Niklas Luhmann's contributions to compress the tense relationships that exist between moral and legal guidelines. While the social subsystem of law has its own operational closure through the law/non-law code, the communications of morals do not constitute their own subsystem, but are disseminated and cause noise in the surroundings of the social subsystems. When charged with intensity, with their potential to provoke a judgment of complete disapproval on an individual, such communications can act in a destructive and “barbaric” way, in the sense of constituting a threat to the very civilizing conquests of law.

Keywords: social subsystems; relations between law and morals; Niklas Luhmann.

1. O DIREITO E A MORAL

Num texto provocativo, Jorge Malem Seña se pergunta: *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?* Começa o texto lembrando que os juízes espanhóis eram proibidos de fundamentar suas sentenças até o advento do século XIX. Tal proibição causa espanto ao leitor contemporâneo, que possui a convicção de que a obrigatoriedade da fundamentação das sentenças constitui um mandamento básico da democracia moderna. Todavia, na Espanha do século XVIII, os juízes foram proibidos expressamente pelo rei Carlos III de motivarem as suas sentenças. Tal proibição, efetuada através da Real Cédula de 23.06.1768, somente generalizou uma prática já comum no direito espanhol dos séculos precedentes.

A razão central da proibição derivava de um problema de forte conotação político-ideológica: quem detinha o poder jurisdicional era o próprio soberano absoluto por força de direito divino e ele, por sua vez, adjudicava aos magistrados o poder de julgar, mas conservando a titularidade e o controle das decisões. Ora, uma decisão, cuja legitimidade em última instância repousava no próprio direito divino, e que, portanto, já se pressupunha justa, não podia ser questionada. Obviamente, a fundamentação abria as portas para tais questionamentos, o que não podia ser aceito: “un ataque a las sentencias constituía, en ese sentido, un ataque a la autoridad de los jueces y del monarca, en definitiva, un ataque a Dios”. (MALEM SEÑA, 2001, p. 381)

Daí a razão do uso até hoje, na práxis e na legislação processual, inclusive no Brasil, de palavras como “apelação” ou “suplicante”, que denotam não a posição de um cidadão inconformado que luta por seus direitos assegurados constitucionalmente, mas sim a condição de súdito que “apela” ou “suplica” pela generosidade ou clemência do soberano.

Por outro lado, os magistrados escolhidos pelo rei deviam possuir uma reputação moral inatacável, o que na época implicava ser católico praticante, observante de todos os ritos religiosos, e implicava levar um estilo de vida quase monástico.

Os juízes deviam viver em isolamento quase total, não podiam ter relações de amizade, “ni asistir a celebraciones tales como casamientos, bautismos, banquetes, etcétera. Tampoco podían asistir a espectáculos como las corridas de toros o el teatro de comedias, ni participar en cacerías o en juegos de azar”. (MALEM SEÑA, 2001, p. 383). Como forma de manter o seu alheamento da comunidade e garantir a sua imparcialidade, eram frequentes as mudanças de localidade

onde estavam lotados. Ou seja, o juiz deveria ser um homem honesto, de boa fama, desinteressado, de bom coração, afável, mas de caráter firme. Devia se vestir de maneira grave, com roupas escuras. O cargo era incompatível com qualquer forma de luxúria, impiedade, avareza, lisonja, inveja, soberba etc. Ou seja, a legitimidade da decisão não repousava em seu conteúdo, mas antes de tudo na ética pessoal do magistrado que a proferia, a prova de qualquer moralismo estabelecido socialmente. Uma considerada má pessoa não poderia ser um bom juiz. Certamente as coisas mudaram e a maneira como os juízes conduzem as suas vidas privadas deixou de ser um ponto crucial para a legitimidade das sentenças. Se um magistrado se declara ateu, se frequenta boates, se leva uma vida boêmia nos finais de semana, se gosta de andar em automóveis caros que chamam atenção, se usa joias e gosta de ostentar riqueza e poder, se é um péssimo pai ou um marido descortês, se tem filhos fora do casamento e nunca frequenta qualquer igreja, nada disto terá valor para questionar a qualidade do seu trabalho jurisdicional. Ou seja, uma “má” pessoa pode ser, nos nossos dias, um bom juiz.

2. O ADVENTO DA MODERNIDADE

A disjunção exposta acima serve como uma luva para demonstrar a diferenciação funcional que se tornou acelerada com o advento da modernidade, pondo em xeque antigas semânticas baseadas na moralidade (mesmo que alguns resquícios permaneçam na forma como o sistema jurídico se autodescreve). O processo de passagem de um modelo ao outro, da desobrigação para a obrigação de fundamentação das sentenças, foi acompanhado de uma ininterrupta secularização, ou para expressar em termos weberianos, de um desencantamento do mundo presente na raiz da nossa modernidade.

Tal processo de desencantamento se deu na Europa, por conta de uma radical transformação entre os séculos XVI e XVIII, tornando obsoleta a visão de mundo até então predominante. Essa mudança consistiu numa quebra da diferenciação estratificada característica tanto do mundo medieval quanto do início da modernidade. Tal diferenciação estratificada significa que a sociedade era hierarquicamente dividida em diferentes estratos. Na Europa Medieval havia uma única fonte que providenciava a semântica da sociedade: a religião cristã. Desta forma, a sociedade medieval era altamente integrada. Havia uma única autoridade inquestionável da moralidade imperante na sociedade: a Igreja.

No início da modernidade, tais fronteiras entraram em colapso e foram substituídas por um tipo totalmente diferente de fronteira, separadas não por estratos sociais, mas sim por diferentes sistemas funcionais que operam sem padrões hierárquicos. Na sociedade moderna funcionalmente diferenciada nenhum dos subsistemas sociais pôde reclamar uma posição central dentro da sociedade. A diferenciação funcional obrigou a uma autonomia crescente dos subsistemas sociais, que se especializam na busca do cumprimento de sua principal função, tendo que reduzir complexidade a todo o momento, operando com códigos próprios capazes de selecionar as informações pertinentes que podem ser operadas pelo sistema. E como paradoxo, criando novas complexidades que fatalmente levam a novas especializações funcionais, num processo permanente, uma vez que a única constante na evolução histórica é o incremento de complexidade.

3. A MORAL NA SOCIEDADE DIFERENCIADA FUNCIONALMENTE

Como bem destaca Moeller, na sociedade diferenciada funcionalmente, o curso de uma vida não é mais pré-determinado pelo nascimento, por exemplo, na condição de mulher numa família camponesa ou como homem descendente de um clã aristocrático. Na modernidade, a vida social requer de cada um que atue em diferentes sistemas funcionais. Sendo assim, na economia ele tem que ganhar dinheiro, enquanto que na política ele deve portar-se como um cidadão etc. Com o incremento da diversificação funcional, a moralidade não pode ser mais medida pelas maneiras ou costumes e a desintegração da moral reinante acarreta à Igreja a perda da sua supremacia sobre o vocabulário da moralidade. (MOELLER, 2006, p. 54).

Ou seja, as sociedades funcionalmente diferenciadas da modernidade, onde a moral se encontra deslocada, foram fruto de um processo de evolução semântica iniciado nos séculos XVI e XVII, e que finalmente irá provocar uma ruptura entre os sistemas sociais e a moral. Como observam Mansilla e Nafarrate:

Por una parte la moral se entiende cada vez más como el resultado del uso de signos en la comunicación, de las apariencias, sin los cuales no se podría vivir en sociedad. Y, por otra parte, se separan motivos y fines en torno a lo que puede mostrarse en la comunicación y lo que no se puede mostrar. Una vez que esta distinción se ha impuesto, se disuelve la unidad de lo social y lo moral y, en consecuencia, a partir de entonces el comportamiento humano se ve confrontado con exigencias morales que requieren ser fundamentadas. (MANSILLA, 2008, p. 534)

Tal processo de diferenciação do subsistema jurídico, que passou a operar com independência crescente das comunicações advindas da moral, foi captado pelo positivismo jurídico e radicalizado em sua versão kelseniana, com a conhecida tese da separação (ou da não coincidência necessária) entre o direito e a moral. O teórico da metodologia purificada do direito percebeu a clausura operacional do subsistema jurídico (somente o direito pode criar o direito), tratando de desvincular a descrição científica do fenômeno normativo de quaisquer considerações valorativas, vistas como conteúdos ideológicos transmitidos do sujeito cognoscente (jurista) para o objeto de estudo (normatividade).

4. LUHMANN E A MORAL

Também Luhmann percebe o funcionamento do sistema jurídico como autopoieticamente autônomo com relação à moral, mesmo tratando do tema de forma esparsa, especialmente em textos que visam justamente demonstrar tal separação. Juntamente com positivistas e realistas, Luhmann rechaça qualquer abordagem do direito como um subproduto necessário das regras morais. Uma abordagem sistêmica pode até conceber que “o direito se autodescreva como um produto da política ou da moral, mas não consegue compreender, mediante este tipo de auto-descrição, aquilo que o torna um sistema diverso do sistema político e das construções morais”. (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 1997, p. 251). Não quer dizer que o direito não se utilize de comunicações morais, mas sim que o uso de tais comunicações são encaixadas dentro da estrutura do discurso jurídico.

Como lembra Teubner

na busca de critérios para a distinção entre o igual e o desigual, o discurso jurídico explora os outros discursos – tomando ideias, regras e princípios emprestados de onde pode – e desfruta de argumentos morais, éticos, pragmáticos e estratégicos. (2002, p. 110)

Para Luhmann, a moral não possui relevância jurídica, nem como código (bem/mal, correto/incorreto), nem como valoração singular. Como adverte: “La tesis de la clausura normativa se dirige en primer lugar contra la concepción de que la moral podría tener validez de inmediato dentro del sistema jurídico”. (2005, p. 134). E um pouco adiante, no mesmo texto:

En la sociedad moderna es todavía más notoria la imposibilidad de la validez inmediata de la moral dentro del sistema jurídico: por razones obvias. El sistema jurídico debe garantizar una consistencia suficiente de sus decisiones; es decir, debe fungir, en este caso, como unidad. Las evaluaciones morales, en cambio, se dan típicamente en forma pluralista y, donde falta el consenso, uno se puede ayudar fragmentando a los partidarios, esto es:

formando grupos [...] Sólo si el derecho está claramente diferenciado frente a los inconstantes vaivenes de las comunicaciones morales, y sólo si se puede distinguir de ellas con el apoyo de criterios propios, entonces también los hechos se pueden especificar y delimitar frente a la evaluación global de la persona que efectúa la moral - las personas tienen un significado decisivo en los contextos jurídicos. (2005, p. 134)

O direito funciona como uma “máquina histórica” que avalia os casos jurídicos lidando com argumentos estranhos ao direito:

Essa máquina força-os a entrar na rigorosa disciplina de um procedimento jurídico que decide baseado na situação jurídica atual, quais argumentos são admissíveis, quais aspectos do argumento externo são juridicamente relevantes e quais não são como as prioridades são definidas e como são tratados os pontos de vista em conflito. De fato, a situação jurídica atual, como produto histórico do sistema jurídico fechado, do ponto de vista operativo, decide como os casos não-análogos são decididos atualmente. Dispor sobre a desigualdade é privilégio do direito, que inclui o uso juridicamente legitimado de argumentos estranhos ao direito. [...] Máximas morais, identidades éticas, recomendações pragmáticas, considerações econômicas de custo, estratégias políticas sofrem um estranho processo de transubstanciação; após sua reentrada, aparecem como meros componentes do discurso jurídico, como valores e princípios jurídicos, objetivos normativos, interesses e pontos de referência para a tomada de decisão. Consequentemente, não se trata de moralização, de politização, de economização do direito, mas, ao contrário, de uma transformação em termos jurídicos dos fenômenos morais, econômicos e políticos, que leva a uma neutralização de suas diferenças discursivas. Desse modo, os aspectos de eficiência, os efeitos políticos e os princípios morais podem ser confrontados uns aos outros – mas, repetindo: somente dentro dos limites do discurso jurídico. (TEUBNER, 2002, p. 111-113)

A abordagem funcionalista de Luhmann “está completamente descompromissada no plano da correspondência entre normas e fatos ‘morais’ objetivos”. (PALOMBELLA, 2005, p. 345)

Sendo assim, tenta captar a moral através do entendimento da sua função, abordagem que termina por afastar-se de qualquer subordinação a juízos morais, pois o modo como a tradição filosófica europeia “encarou a moral não foi independente da moral e constituiu, em si mesmo, uma moral”. (PIRES, 2005, p. 254 – 255)

Pires observa ainda que no momento em que nos perguntamos pela função da moral

deixamos de estar dependentes do carácter totalitário da moral para compreender a própria sociedade e porque a evolução social produziu uma multiplicidade de ordenamentos normativos e ordens simbólicas que subtraíram à moral um território em que era hegemônica. (2005, p. 256).

Para Luhmann, cada sistema funcional possui o seu próprio código, que não está preso aos valores da moral: assim, como exemplo, tenho que “la distinción propiedad/no propiedad o pago/no-pago de la economía no puede ser subordinada – o siquiera evaluada – desde el código bien/mal, em el sentido de afirmar, sin más que los propietarios son buenos o malos”. (MANSILLA; NAFARRATE, 2008, p. 536)

Todavia, e este é um ponto crucial, a invasão de um código sobre outro, naquilo que se convencionou chamar de corrupção sistêmica, torna-se um problema moral para a sociedade, como bem explica Neves:

A respeito, Luhmann – embora afirme a fragmentação da moral como forma especial de comunicação, por entender que o código binário da moral, a saber, a diferença entre consideração e desprezo por pessoas, não se combina com critérios ou programas generalizados – refere-se à corrupção sistêmica como o problema moral da sociedade mundial contemporânea: “Em suma: a autonomia dos sistemas funcionais, assegurada mediante codificações binárias próprias, exclui uma metarregulamentação por um supercódigo moral e a moral mesma aceita e, inclusive, re-moraliza essa condição. Pois, agora, sabotagens de código tornam-se o problema moral – como a corrupção na política e no direito, o doping no esporte, a compra de amor ou fraude de dados na pesquisa empírica”. Assim sendo, apesar de descartado o “supercódigo”, afastada a “integração moral da sociedade” e, portanto, afirmada a “forma policontextual de auto-observação da sociedade”, a moral, ao concentrar “a sua atenção nas patologias”, atua difusamente no contexto dos sistemas sociais mediante um código binário que contribui para assegurar-lhes a autonomia, na medida em que alerta e “denuncia” a sabotagem dos respectivos códigos e as correspondentes corrupções sistêmicas. (NEVES, 2009, p. 43-44)

A assertiva principal de Luhmann a respeito da moral diz respeito ao fato de que a autoreferência própria dos diferentes sistemas sociais exige de cada um o uso de um código particular cuja funcionalidade requer um elevado grau de independência frente aos postulados morais: na sua visão o sistema social se

autonomiza radicalmente de la moral y la ética, en tanto en su capacidad de auto-observación se limita, de manera exclusiva, a dar razón de la primera sin pretender su código propio a la observación de otros sistemas sociales. (QUINTANA, 2001, p. 166)

Nas sociedades funcionalmente diferenciadas, nenhum dos subsistemas sociais pode ser submetido a uma norma moral superior, própria da sociedade, como afirma Darío Rodríguez Mansilla e Javier Torres Nafarrate. Ou nas palavras do próprio Luhmann:

Los sistemas funcionales deben su autonomía a sus respectivas funciones, pero también a un específico código binario; por ejemplo: a la distinción verdadero/falso, en el caso del sistema científico, o a la distinción gobierno/oposición, en el de los sistemas políticos democráticos. En ninguno de ambos casos pueden ser ordenados los dos valores del código correspondiente en congruencia con los del código moral (...). Los códigos funcionales tienen que estar instituidos en un nivel de más alta amoralidad, ya que tienen que hacer accesibles sus dos valores para todas las operaciones del sistema. (LUHMANN, 1998 p. 197)

A complexidade das sociedades modernas somente amplifica a contingência presente nas suas estruturas, pois o aumento constante de comunicações amplia as possibilidades de que algo ocorra de um modo totalmente distinto do esperado, ou que existam sempre diversas possibilidades de que algo ocorra de um modo ou de outro. Certo grau de relativismo pode

então ser encontrado a partir de sua ideia de contingência, como negação de uma causalidade determinista, mas isto não pode nos conduzir a uma ideia de arbítrio.

Como esclarece Rocha,

Para o construtivismo, os problemas não estão presentes no mundo exterior, os problemas não existem sem um sistema que os cause. O sistema do Direito é que finalmente define os problemas que o sistema do Direito pode observar e decidir. Os problemas que não são parte do sistema do Direito não são problemas, não existem. Com isso, a autopoiese enfrenta o relativismo do mundo, pois o sentido é dado pela autopoiese, pela auto-organização, já que os limites foram os próprios sistemas que construíram. (ROCHA, 1997, p. 38)

Luhmann esclarece a questão nos seguintes termos:

El observador externo puede argumentar que hay estructuras latentes en el sistema observado, pero la latencia debe estar siempre referida al modo de observación que se realiza en el sistema mismo. Por lo tanto, el aspecto de un relativismo en el conocimiento de la estructura de un sistema no se puede eludir; pero este relativismo, como ya se ha mostrado en la lección acerca de la observación de segundo orden, no conduce a la afirmación de que 'todo sucede al garate' (anything goes); por el contrario: las observaciones conducen a un proceso de autoenlace, a la deflexibilización, a la construcción de las tradiciones. La observación de las observaciones produce sus valores propios, y si no puede encontrar ninguno, interrumpe la operación y deja que se descompongan las formaciones iniciadas en los sistemas. Esto significa que generan marcas (tokens) que fijan los puntos de partida para otra observación contigua, y que pueden ser utilizados desde perspectivas distintas. El lenguaje es, para ello, el ejemplo de más lustre. (2007, p. 342)

Observo ainda que a teoria de Luhmann representa também um ponto de inflexão dentro daquilo que se convencionou chamar de pós-modernidade, pois, ao contrário dos autores que apostam na dissolução de todas as “grandes narrativas”, a ambição do sociólogo alemão foi a de construir uma super-teoria capaz de lidar com a complexidade do mundo moderno.

Este é o papel da ciência para Luhmann, como pontua Elena Esposito:

El sistema de la ciencia, por ejemplo, puede observar con base en el código verdadero/no verdadero tanto a sí mismo como los objetos externos, y ya sean las observaciones autoreferenciales o las heteroreferenciales pueden ser verdaderas o no verdaderas: las distinciones verdadero/no verdadero y autorreferencia/heteroreferencia se encuentran en una relación ortogonal, en el sentido de que no se da una coincidencia entre los respectivos valores positivos y valores negativos. Esto excluye una posición relativista, y corresponde por otro lado a la forma de diferenciación de la sociedad moderna, para la cual cada sistema de función se orienta a una propia realidad de referencia. (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 53-54)

A apresentação das ideias de Luhmann sobre o tema é fundamental para uma a própria compreensão da sua obra. Uma teoria sociológica da moral é possível, desde que tal teoria da

moral implique numa “teoria da sociedade” como uma super-teoria “que contém a própria teoria da moral e que não é ela mesma ‘moral’”. (PIRES, 2005, p. 260).

O fenômeno da moralidade constitui um tipo específico de comunicação que processa informações relativas a apreço ou despreço. Sempre lembrando, como faz Balsemão Pires, de que a “moral é sempre mais complexa que aquilo que é tematizado na comunicação moral”. (2005, p. 260)

Ou na frase de Moeller: “a moralidade representa as condições no mercado de apreço social”. (2006, p. 53)

Na esteira de Parsons, Luhmann faz uma distinção entre aprovação e apreço. Enquanto a aprovação é a distribuição de acordo com as conquistas obtidas em contextos limitados (como as medalhas nos esportes ou prêmios nas artes etc.), o apreço/despreço diz respeito à aceitação/recusa da pessoa inteira na condição de agente comunicativo.

Como aponta Moeller:

Like his one-time teacher Talcott Parsons, he distinguishes between esteem and approval. Similar to my understanding of the moralist mindset as an extreme form of labeling people good or bad, Luhmann argues that moral judgments always concern the person as a whole. Approval is limited to certain acts or performances of a person and is therefore not a moral evaluation. We may approve or disapprove of one's decision or one's dress, but this is not yet a moral judgment. If, however, we esteem or disesteem people, then we either morally accept or disdain them. Moral distinctions distinguish between those whom we don't. (MOELLER, 2009, p. 25.)

A moralidade é um tipo de comunicação relativa a apreço/despreço e não está confinada a nenhum subsistema social singular. O tipo de comunicação que a moral veicula pode ser usada pelos diversos subsistemas sociais a todo o momento. Sei que os subsistemas sociais operam com base nos seus próprios códigos, mas a comunicação acerca da moralidade, como por exemplo, a distinção entre bom e mau não é bastante para que seja aplicada como um código no sentido da fundação de um subsistema social singular e autônomo. Todavia, os códigos específicos da moralidade podem ser utilizados por qualquer um dos subsistemas sociais. Nestes, os seus diversos códigos funcionais são amorais. Mesmo assim, cada subsistema social pode utilizar-se de comunicações morais na operação dos seus códigos.

Sendo assim, a moralidade não é um código básico de nenhum subsistema social, mas ele pode ser aplicado dentro de cada um, o que ocorre frequentemente. A política, educação ou ciência

podem operar com comunicações moralmente carregadas. Os sistemas políticos que seguem na direção do totalitarismo costumam equacionar a distinção governo/oposição vinculando-a com a distinção entre bom/mau, ou como nos coloca Moeller, um professor tirânico irá vincular o desempenho nas notas a uma visão de que seus alunos são pessoas boas ou más, ou ainda, um economista de inspiração calvinista irá equacionar a distinção entre o rico e o pobre como pessoas boas ou más aos olhos de Deus.

O uso de uma semântica moralmente carregada na política, implicando num elevado grau de vinculação das atribuições de apreço/despreço nos leva a uma condição de sobre-engajamento, capaz de redundar numa espécie de “fundamentalismo comunicativo”. Foi assim com a inquisição, com o stalinismo e também com o nazismo, e o é, nos dias atuais, tanto na retórica do integralismo islâmico como na de muitos falcões neoconservadores ligados à direita estadunidense. As concepções de Carl Schmitt acerca da política nos revelam exatamente qual a semântica capaz de levar a este sobre-engajamento. Para o jurista alemão adepto e apoiador do nazismo, a ação política caracteriza-se por uma distinção entre amigo/inimigo.

Schmitt pensa tal distinção em termos de diferenciação funcional, conforme posso ler na passagem seguinte:

Uma definição do conceito do político só pode ser obtida pela identificação e verificação das categorias especificamente políticas. Isto porque o político tem suas próprias categorias, as quais se tornam peculiarmente ativas perante os diversos domínios relativamente autônomos do pensamento e da ação humana, especialmente o moral, o estético e o econômico. Por isso, o político tem que residir em suas próprias diferenciações extremas, às quais se pode atribuir toda a ação política em seu sentido específico. Suponhamos que no âmbito do moral as extremas diferenciações sejam bom e mau; no estético, belo e feio, no econômico, útil e prejudicial ou, por exemplo, rentável e não rentável. A questão é, então, se também existe – e em que consiste –, uma diferenciação especial como critério simples de político, a qual, embora não idêntica e análoga àquelas outras diferenciações, seja independente destas, autônoma e, como tal, explícita sem mais dificuldades. A diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo, fornecendo uma definição conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou expressão de conteúdo. (SCHMITT, 2009, p. 27-29)

Todavia, um pouco mais adiante e próprio Schmitt, mesmo reafirmando a autonomia da distinção proposta como própria do universo político, reconhece que a distinção amigo/inimigo encontra-se carregada de elementos morais: “Na realidade psicológica, o inimigo é facilmente tratado como mau e feio”. (2009, p. 27 a 29)

Nestes casos, Luhmann nos aponta que a observação da moral, que pouco nos serve para as atividades mais cotidianas, pode ser de grande valia para a compreensão das patologias

relacionadas ao uso da comunicação moral, como o “fundamentalismo comunicativo”. O sociólogo alemão nos alerta para o fato de que não existe exclusão possível na sociedade. Até mesmo os terroristas que atuam em segredo participam da sociedade e sempre fazem questão de comunicar a autoria dos seus crimes. Sendo assim, “a moral, pues, no se diferencia por la alternativa inclusión/exclusión, sino que se limita a esquematizar la inclusión a la medida de sus valores bueno/malo”.

Luhmann escreve a respeito,

El dilema está em la línea de nuestra tesis inicial: la moral regula la inclusión en la sociedad, pero no dispone ninguna posibilidad de exclusión. En vez de ello, solo puede polarizar la inclusión en buena o mala, en buena y malvada. Esto lleva a lo imposible, a la paradoja de alcanzar la exclusión por la inclusión, por cierto que a través del énfasis. La moral se siente forzada a actuar con vehemencia. Y esto empeora las cosas. Tarde o temprano la ética excitará fuertes reacciones y tarde o temprano la ética no contemplará otra posibilidad que la inclusión, en caso que la moral tenga que determinar qué es bueno. Solo la determinación de qué es bueno se oscurece y debilita paulatinamente. (1989, p. 53-54)

Porém, se não é possível excluir é necessário valorar: “ello conduce a la vehemencia, a la fúria del juicio moral. Si matar no es posible, debe hacerse algo en vez de ello”. (1989, p. 48-49)

Mas muitas vezes, matar é possível. Isto ocorre quando estes fluxos semânticos carregados de comunicações moralizantes encontram um sujeito disposto a perpetrar os seus conteúdos. O morticínio provocado na Noruega por um terrorista de direita não pode ser minimizado pelo fato do ataque ter sido cometido por um indivíduo isolado. Explosões de violência não surgem ao acaso. Brotam de um caldo de cultura cultivado de modo cuidadoso por uma galeria inteira de ideólogos sempre descompromissados com as consequências de suas ideias. Especialmente na internet multiplicam-se os sites que pregam o ódio e o ressentimento, seja da "nação", da "classe" ou do "credo".

O apelo do assassino, identificado como Anders Breivik, de “guerra ao Islã e ao marxismo”, poderia muito bem ser traduzido por outros termos equivalentes, de acordo com a origem do seu extremismo. São semânticas carregadas, por vezes anônimas, que se movimentam instantaneamente por todo o globo, buscando um sujeito que possa materializá-las. Fatalmente encontrarão alguém. O próprio massacre constitui, também, um ato comunicativo, escrito a sangue.

Tais fluxos comunicativos são alimentados pelos inúmeros redentores, buscando uma hiper-legitimidade que os habilite a tudo, pois diante de tão nobres objetivos, todos os meios tornam-se lícitos: “foram ações atroz, mas necessárias”, declarou o terrorista. Para os ideólogos, sempre indiferentes à dor que suas pregações provocarão, a própria ideia do “terror” não passa de uma abstração sedutora, capaz de fazê-los escapar do tédio recorrente do cotidiano acadêmico em que, geralmente, se encontram aninhados. Antes do ato em si, praticado pelo tresloucado assassino, os 77 mortos de Oslo tiveram sua morte decretada pela pena de algum ideólogo.

Em síntese, para Luhmann, a crítica ao totalitarismo e ao fundamentalismo passa pela afirmação de uma ética negativa que sublinha o papel nefasto que uma semântica carregada de virulência moral pode representar. O indivíduo, quase nunca “levado à sério”, como em sua famosa advertência, torna-se vítima impotente do deslocamento de poderosas forças comunicativas amplificadas pelo discurso fundamentalista, pelas semânticas “carregadas” de moralidade. O descontrole sistêmico de tais processos comunicativos, que assumem sua autonomia autopoietica e se reproduzem a partir de si mesmos, como na “Guerra do Terror” do governo de Bush Jr., com sua retórica carregada de um ideário de luta entre o bem e o mal, com amplo potencial de retroalimentação, tão somente engendra mais terrorismo. Mesmo indiferentes ao deslocamento (ruidoso) de tais forças comunicativas, um descendente de árabes vivendo em qualquer lugar do Ocidente ou um turista alemão ou americano em visita ao Cairo podem ser vítimas da mobilização de tais processos, pagando um preço alto pela afirmação de semânticas destrutivas que já não conhecem quaisquer fronteiras.

5. CONCLUSÃO: COMBATENDO OS “BÁRBAROS DA MORAL”

Luhmann adverte que devemos tomar precauções ao nos aproximarmos da moral e da ética “desde el prisma sociológico, pues se trata de un terreno altamente infeccioso que solo puede pisarse con calzado manufacturado e instrumentos esterelizados”. (1989, p. 47). Luhmann não poupa palavras para advertir sobre o uso da moral: “La moral cresce y se desarrolla en terreno polemogenético. Tiende a recalantarse. Allana el camino al asesinato. Puede llevar a la ruína a quien determine de esse u otro modo su autoestima haciéndolo público”. (1989, p. 57). Como a ética representa tão-somente uma análise da moral (uma reflexão meta-moral).

Como bem pontua Hans-Georg Moeller,

Luhmann conceives of ethics as the theoretical reflection on morality. Ethics is therefore not moral, but, so to speak, metamoral. It is the nonmoral analysis of how morality works. Ethics is thus not concerned with actually determining who or what is either morally good or bad, but with explaining how morality works in society. Ethics is the science of morality that observes morality. It does not distribute esteem or disesteem but reflects on the fact that such distribution takes place and plays a major role in social life. Ethics is the sociological discipline that investigates moral communication. (MOELLER, 2009, p. 25-26)

Luhmann nos propõe uma “ética negativa” voltada para a precaução contra a moralidade. Tal abordagem ética pode continuar insistindo na relevância do uso das comunicações morais, podendo ser aplicável em cada situação:

Pero al mismo tiempo debe atender a que no suceda esto bajo aplicación de otros códigos regidos por perspectivas opuestas. Entendiendo estos códigos (o incluso: todas las distinciones) como contextos de la observación y de la descripción, puede afirmarse: la ética debe centrarse en una observación y en una descripción del mundo y de la sociedad policontextual. Es decir, por repetir este punto importante, de ningún modo la ética debe renunciar a juicios de competencia universal y que sus descripciones, así como las salidas fácticas de comunicación moral, pueden ser contempladas bajo la colaboración de otro tipo de distinciones. (1989, p. 56)

Isso nos permitiria inclusive verificar o uso de moralizações na política e na economia, de forma a prevenir contra a moral. Para combatermos o uso das comunicações morais que se tornam um fenômeno patológico é necessário um exame crítico da moralidade, entendendo que a comunicação moral é uma comunicação de risco, pois se encontra muito próxima do conflito e da polarização: “quien moraliza, se somete a riesgos y hallará fuertes resistencias cuando busque sólidos argumentos o cuando sufra él mismo desprecio”. Em outras palavras: “la moral tiene una tendencia al enfrentamiento cuando trata de extenderse. Cada uno de los que sustenta una opinión moral diferente impone su autoestima para enfatizar su argumento”. (1989, p. 50). O que torna muito difícil voltar atrás. A solução para inúmeros conflitos sociais passa, necessariamente, por uma retirada da semântica moral empregada pelos contendores, tornando o acordo e o compromisso possíveis.

Não é preciso frisar que as reflexões de Luhmann sobre a moral e o seu instrumento descritivo, a ética, o afastam de modo decisivo da formulação de qualquer sistema que nos proponha a solução de dilemas morais cotidianos. Como no exemplo de Moeller, a “ética negativa” de Luhmann não pode ser usada para ajudar uma mulher decidir se vai ou não fazer um aborto (ou numa semântica menos carregada: se vai proceder a uma “interrupção voluntária da gravidez”). No entanto, as reflexões luhmannianas sobre a moral podem nos explicar como uma comunicação moral acerca do tema do aborto pode ser traduzida num discurso sobrecarregado, que resulta assim em difamações e até mesmo no assassinato simbólico de agentes sociais. (MOELLER, 2006, p. 57)

Luhmann, assim como Kelsen, não é um pensador comprometido com a elaboração de uma razão prática. A moral não serve mais como meta-critério de análise de uma determinada sociedade, tendo se tornado, portanto, um “paradigma perdido”. Sua sociologia não possui conteúdos normativos, não serve para ajudar as pessoas ou as sociedades sobre como resolverem as suas crises morais. Porém, como bem lembrou Cohn, Luhmann nos ajuda a pensar a barbárie, inclusive a que se esconde por trás dos mais inflamados discursos moralizantes.

Nas palavras de Gabriel Cohn, Luhmann, em uma entrevista realizada em maio de 2004, o sociólogo alemão

revelou uma aguda percepção do estado do mundo. Por isso ele é um interlocutor, capaz de dialogar criticamente com aqueles que provavelmente são nossos heróis. Portanto, ao se buscar um autor que contemporaneamente dialogue com o mundo de maneira fiel ao estado das coisas, com frieza analítica (Adorno falava de ‘frieza burguesa’; que diria ele agora?), esse interlocutor é Luhmann. [...] Luhmann faz exatamente o que você expressou tão bem: delinear os contornos da barbárie. Não porque fosse bárbaro, longe disso, mas porque cultivou com obstinada tenacidade a ideia de que a boa sociologia é a que retrata com precisão o seu objeto, ou, na sua linguagem peculiar, dá forma a uma ‘observação’ do objeto por ele mesmo. É de fato o mundo como ele é. Espero que não pareça mera irreverência depreciativa dizer que se trata do Nelson Rodrigues da sociologia, um realista desencantado que lança uma cortina de fingido cinismo e exibe de modo sedutor (a linguagem arrevesada também tem seu fascínio) o que preferiríamos ignorar”. (BASTOS, 2006, p. 123)

Luhmann nos alerta sobre a necessidade de mantermos as fronteiras jurídicas, resguardando a sua autonomia, como forma de impedirmos a entrada dos bárbaros da moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, J. A. Lindgren e outros (Coordenador). **Direito e Cidadania na Pós-Modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002.
- BASTOS, Elide Rugai e outros (Coordenadores). **Conversas com sociólogos brasileiros**. São Paulo: ed. 34, 2006.
- CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *La moral social y su reflexión ética*. In: PALACIOS, X. e JARAUTA, F (Organizadores). **Razón, ética y política. El conflicto de las sociedades modernas**. Barcelona: Anthropos, 1989.
- _____. **Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia**. Tradução de Josetxo Berian y José Maria García Blanco. Madri: Trotta, 1998.

_____. **Introducción a la Teoría de Sistemas.** Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana, 2007.

_____. **El derecho de la sociedad.** Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

MALEM SEÑA, Jorge F. **¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?** In: DOXA, n. 24, 2001.

MANSILLA, Darío Rodríguez e NAFARRATE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann.** México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2008.

MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained. From Souls to Systems.** Chicago: Open Court, 2006.

_____. *Morality and Pathology: a comparative approach.* In: STEPANYANTS, Marietta. **Comparative Ethics in a Global Age.** Moscou: Institute of Philosophy / Russian Academy of Sciences, 2006.

_____. **The moral fool. A case for amorality.** New York: Columbia University Press, 2009.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Europeia.* In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea.** Curitiba: JM Editora, 1997.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PALACIOS, X. e JARAUTA, F (organizadores). **Razón, ética y política. El conflicto de las sociedades modernas.** Barcelona: Anthropos, 1989.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito.** Tradução de Ivone Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIRES, Edmundo Balsemão. **O pensamento de Niklas Luhmann como teoria crítica da moral.** In: SANTOS, José Manuel (Organizador). *O pensamento de Niklas Luhmann.* Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

QUINTANA, Oscar Mejía. **La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil. La tensión entre los paradigmas autopoietico y consensual-discursivo en la filosofía jurídica y política contemporáneas.** Bogotá: Unibiblos, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea.** Curitiba: JM Editora, 1997.

_____. *Observações sobre a observação Luhmanniana.* In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael e SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político:** *Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur: o direito na colisão dos discursos*. In: ALVES, J. A. Lindgren e outros (Coordenadores). **Direito e Cidadania na Pós-Modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002.