

SOBRE A COMUNICAÇÃO MORAL EM LUHMANN: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIÁLOGO MULTICULTURAL DA ALTERIDADE

*ON THE MORAL COMMUNICATION IN LUHMANN : CONTRIBUTIONS FOR A DIALOGUE OF
MULTICULTURAL ALTERITY*

Paulo Roberto Ramos Alves¹

Resumo: A temática do multiculturalismo afigura-se como uma discussão de evidente relevância na sociedade contemporânea. Quando se parte de observações que levam em consideração a multiplicidade de discursos sociais e culturais o problema da moralidade assume posição de evidente importância. Nesse contexto, o texto que segue ocupará-se com o duplo questionamento sobre o problema da absolutização moral diante da fragmentação dos múltiplos discursos sociais, bem como igualmente centrando as atenções na problemática da alteridade que emerge diante das relações entre racionalidades culturais autônomas.

Palavras-chave: Alteridade. Multiculturalismo. Teoria Sistêmica

Abstract: The theme of multiculturalism it appears as a discussion of obvious relevance in contemporary society. When starting from observations that take into account the multitude of social and cultural discourses the problem of morality takes obvious importance of position. In this context, the following text will deal with the double challenge of the problem of moral absolutism on the fragmentation of multiple social discourses and focusing attention on the problem of otherness that emerges on the relationship between autonomous cultural rationalities.

Keywords: Otherness Multiculturalism. Systemic Theory

Considerações iniciais

O presente texto busca realizar algumas observações sobre o problema que emerge quando confrontada a temática do *multiculturalismo* à noção de moralidade. O problema enfrentado diz respeito à observação da moral na sociedade global, buscando-se ultrapassar um discurso moral omniabarcador pretensamente capaz de fundamentar e legitimar a prática jurídica em uma realidade reconhecidamente plural, o que deságua, também, no problema referente à própria impossibilidade de a moral fundamentar o direito. Um debate sobre o multiculturalismo pressupõe nitidamente o enfrentamento dessa questão. A legitimidade de determinadas práticas culturais, a realidade de culturas jurídicas difusas e as interrelações entre ordens sociais diversas dependem de uma análise quanto ao âmbito de abrangência de preceitos morais, bem como de sua função no sistema social.

Evidentemente, a sociedade não comporta generalizações morais ou até mesmo jurídicas. Essa constatação antropológica, entretanto, não oferece por si só qualquer elemento para observações do multiculturalismo desde uma perspectiva sistêmica. Há uma grande tendência de determinadas observações sociais em enfrentar o problema

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Estágio pós-doutoral em andamento junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo; Bolsista PNPd/CAPES. Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina e advogado. Email: pauloalvess@yahoo.com.br

sob o viés relativista.² A simplificação antropológica quanto ao reconhecimento de que existem manifestações culturais plurais e difusas não basta para uma análise de tal fenômeno na sociedade contemporânea.

Nesse contexto, a problemática exposta será enfrentada, inicialmente, por meio da análise sobre as relações entre direito e moral, evidenciando-se tais relações desde as perspectivas de Hans Kelsen, Herbert Hart e Gustav Radbruch até alcançar a da teoria dos sistemas autopoieticos proposta por Niklas Luhmann, ocasião em que – concordando com Luhmann – serão tecidas algumas considerações sobre a impossibilidade de um discurso moral omniabarcador e a consequente fundamentação moral do direito, buscando-se alcançar, enfim, a ótica da alteridade no âmbito de uma sociedade complexa e contingente.

1 Alguns antecedentes teóricos: Kelsen, Hart, Radbruch e as relações entre moral e direito

Na primeira metade do século XX Hans Kelsen delimitou o direito como objeto de estudo da ciência jurídica, distinguindo-o, portanto, das ciências naturais. Com essa distinção passou a reconhecer a existência de outras normas destinadas à regulação das relações entre os homens, evidenciando que o direito não é a única espécie de norma social existente. Além do direito, Kelsen reconheceu a existência de normas morais, sobressaindo a ética como o ramo das ciências que se ocuparia com o estudo e descrição da moral.³

Diante do reconhecimento de que a ética se ocupa da justiça, Kelsen estabeleceu que a discussão da relação entre moral e direito necessariamente contém a questão da justiça implícita, atentando para o fato de que comumente a moral é confundida com a ética, assim como ocorre com a distinção entre direito e ciência jurídica. Isso conduz a um grave problema de ordem metodológica e culmina na impossibilidade de se distinguir direito e moral.

O caráter social das normas morais, por sua vez, é colocado em cheque pela afirmação de que existem normas morais que prescrevem condutas unicamente interiores ao homem. Todavia, o alcance social dessas normas é reafirmado pelo autor austríaco quando reconhece que, mesmo aquele preceito moral que imediatamente delimita uma conduta interior, mediamente atinge toda a coletividade, ingressando na consciência coletiva na forma de uma norma moral.⁴

A questão interioridade/exterioridade da moral e do direito é criticada por Kelsen, eis que, para o autor, tanto as normas morais como as normas jurídicas regulamentam tanto estados internos quanto estados externos.⁵ Em outras palavras, condutas interiores são condicionadas por condutas exteriores, bem como o contrário é igualmente válido, eis que condutas exteriores são igualmente condicionadas por condutas interiores. Contudo, Kelsen reconhece que a distinção entre moral e direito apenas pode ser realizada se se partir do fato de que a moral se destina primariamente à

² Conforme denuncia BARRETTTO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: _____. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 239.

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 67.

⁴ *Idem*, p. 68-70.

⁵ *Idem*, p. 69.

regulamentação de uma conduta interior, ao passo que o direito dispõe tanto sobre a conduta interna quanto a externa.

A distinção entre direito e moral igualmente não pode ser realizada a partir da produção ou da aplicação de suas normas. Para Kelsen, a moral é igualmente uma criação social, sendo, portanto, igualmente positiva. Logo, a distinção entre direito e moral não pode fundar-se no *objeto* de prescrição (moral e jurídica), mas sim na forma sob a qual ambas as ordens prescrevem ou proíbem determinadas condutas.⁶

Dessa maneira, afigura-se como central para Kelsen a questão da sanção. O direito apenas pode ser compreendido enquanto direito a partir da ideia de coerção, ou seja, da sanção pela violação de determinado preceito legal. Já a moral não possui vinculação à coerção, sendo que, no caso de violação de preceitos morais, apenas se pode falar em aprovação/desaprovação, sem haver qualquer possibilidade de emprego da força como forma de assegurar a manutenção de uma norma de conteúdo moral.⁷

O direito, entretanto, possui valor no domínio da moral. Isso significa que o direito é uma parte constitutiva da ordem moral. Logo, a análise kelseniana considera o direito como integrante da moral, identificando-se, assim, direito e justiça. O caráter de *normas sociais* é o elemento comum a todos os sistemas morais. Em outras palavras, não é o *conteúdo* mas a *forma* o elemento comum aos sistemas morais. A partir dessa afirmação, o entendimento de Kelsen de que o direito é essencialmente moral não decorre de um pretense conteúdo moral em si mesmo considerado, mas sim ao fato de que o jurídico é norma (social) e, por isso, estabelece determinada conduta humana.⁸

Sob tal afirmação, é possível entender que todo o direito possui um valor moral relativo. Todavia, é de ser reafirmado que esse entendimento se sustenta não no conteúdo do direito e de normas morais, mas sim quanto à sua forma. A validade de uma ordem jurídica não depende de uma vinculação prévia e fundamental a determinado sistema moral absoluto, ou, ainda, de sua concordância ou discordância para com esse sistema.⁹

O direito, então, é valorativo tão somente pelo fato de ser norma, ou seja, o valor jurídico é constituído justamente por esse fato, caracterizando-se igualmente como um valor moral relativo. Essa relatividade do valor das normas morais para o direito é evidenciada pelo fato de que qualquer valoração moral do direito será relativa frente a outros sistemas morais. Em outras palavras, qualquer valoração boa ou má apenas é possível frente a determinado sistema moral, não sendo excluídas outras valorações a serem realizadas por outros sistemas da moral. Dessa maneira, Kelsen rechaça a existência de uma moral absoluta, reconhecendo, do ponto de vista da ciência do direito, sob o qual é assentado sua *pureza metodológica*, que inexistente a moral, mas sim vários sistemas morais diversos.

Ao passo em que Kelsen reconhece vários sistemas morais autônomos, as relações entre moral e direito são reconstruídas por Herbert Hart a partir da ideia de equidade. Essa construção decorre de uma dupla questão: primeiro, a distinção, na esfera geral da moral, da ideia de justiça e sua conexão com o direito. Em segundo lugar,

⁶ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 71.

⁷ *Idem, Ibidem.*

⁸ *Idem*, p. 74.

⁹ *Idem*, p. 75-76.

em relação às características que diferenciam as regras e os princípios morais de todas as outras formas de regras sociais ou padrões de conduta.¹⁰

A ideia de justiça em Hart tem a ver fundamentalmente com a equidade. Nesses termos, a justiça diz respeito ao direito que os indivíduos possuem, uns em relação aos outros, ao estabelecimento de determinado grau de igualdade ou de desigualdade. A igualdade, portanto, deve ser algo caro ao direito, devendo ser observada quando da distribuição de encargos ou benefícios. A Dessa maneira, a justiça deve ser observada como um elemento capaz de manter um equilíbrio ou proporção.¹¹

O problema colocado por Hart no que tange à valoração do *justo*, diz respeito às fundamentais diferenças entre os seres humanos. O estabelecimento daquilo tido como *justo* mediante a simples distinção entre semelhanças e diferenças mostra-se problemático, tornando-se necessário considerar quais semelhanças e quais diferenças serão relevantes para se observar determinada disposição como justa ou injusta. Com base nessa necessidade, Hart entende que a ideia de justiça é complexa, consistindo em duas partes, ou seja, em um aspecto constante que deriva da obrigação de tratar de forma semelhante os casos semelhantes, bem como por um aspecto mutável, utilizável para delimitar quais são os casos semelhantes.¹²

Hart chama a atenção para a impossibilidade de mudanças sociais que estejam em harmonia com todos os indivíduos. Nesse contexto, a junção entre justiça e bem social perpassa pela consideração dessa diferença, eis que apenas leis que assegurem necessidades tidas como elementares são capazes de se aproximar dessa ligação entre direito e justiça. Essa ligação depende, assim, de elementos comuns capazes de assegurar um mínimo de cooperação voluntária entre os homens.

Esse elemento, para Hart, se caracterizaria como o conteúdo mínimo do direito natural, eis que, para o autor, “sem um mínimo de cooperação dada voluntariamente por aqueles que consideram ser seu interesse submeter-se às regras, e mantê-las, seria impossível a coerção dos outros que não se conformassem voluntariamente a tais regras”.¹³ A busca pela caracterização desse direito natural mínimo, conforme Fernandez¹⁴, parte de dois pontos: 1) a busca por dados gerais sobre a natureza humana e sobre a realidade na qual os homens vivem; 2) o reconhecimento de padrões de conduta comuns ao direito e à moral, necessários em todo o tipo de organização social, o que caracterizaria o *mínimo existencial natural*.

A justiça caracteriza-se como um elemento da moral que se ocupa com os modos como são tratadas classes de indivíduos. A justiça, contudo, não esgota a esfera da moral, tornando-se necessária a caracterização dos padrões de comportamentos então pertencentes à esfera da moralidade. Para Hart, é um equívoco identificar a justiça com a conformidade ao direito, eis que as próprias leis podem ser classificadas como justas ou injustas. Para tanto, o autor diferencia quatro características básicas de padrões de comportamento morais – nomeando-os *critérios formais* –, buscando, com isso, ultrapassar a mera diferença interioridade/ exterioridade e aprofundar a distinção entre direito e moral.

¹⁰ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 171.

¹¹ *Idem*, p. 173.

¹² HART. *Op. Cit.*, p. 174.

¹³ *Idem*, p. 209.210.

¹⁴ FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madri: Debate, 1991. p. 70-71.

A primeira distinção diz respeito à *importância*. As normas morais afirmam-se frente às paixões e impulsos humanos, limitando o exercício desses sentimentos, de modo a possibilitar o reconhecimento e utilidade de sua aceitação. As normas morais apenas subsistem enquanto sua importância é saliente. Contrariamente às normas jurídicas, as normas morais não dependem de revogação (como as normas jurídicas) quando não mais interessam à sociedade, sendo o critério de importância condição para a manutenção das normas morais.¹⁵

O segundo elemento proposto por Hart refere-se à *imunidade à alteração deliberada*. Contrariamente ao que ocorre com as normas jurídicas, as normas morais não são passíveis de alteração por meio de um ato deliberado. Nesse aspecto Hart afirma que a moral apenas é possível quando adquire o *status* de tradição, sendo isso possível apenas pelo seu desenvolvimento, prática e desuso no meio social, independentemente de uma força reguladora.¹⁶

Em terceiro lugar, Hart afirma o *caráter voluntário dos direitos morais*, sendo que a intenção é fator fundamental para a responsabilização de ordem moral. A distinção entre a responsabilização moral e jurídica é saliente nesse aspecto, eis que o caráter volitivo é central para a delimitação da responsabilização moral, enquanto na esfera jurídica a intencionalidade não é requisito para eventual responsabilização.¹⁷

Por último, observa a *forma de pressão moral*. As normas morais sustentam-se em si próprias para sua imposição. O respeito à norma moral é algo tido como pressuposto por todos os destinatários da norma, sendo que a sanção moral equivaleria a um sentimento de vergonha ou de culpa a ser suportado pelo transgressor. Não há, no âmbito moral, sanções objetivas como as características das normas jurídicas, por isso a forma de pressão exercida pela moral caracteriza-se justamente por uma pretensa tradição, na qual toda a coletividade (em tese) resta comprometida com determinados elementos tidos como centrais para o bem comum e para seu regular desenvolvimento.¹⁸

Diferentemente de Hart, porém se aproximando de Kelsen em alguns aspectos, Gustav Radbruch traça a delimitação entre os campos da moral, da ética, da justiça e do direito, afirmando que similitude entre tais esferas apenas poderão existir quando confrontados justiça vs. ética e direito vs. moral. A partir dessa delimitação, o autor observa a diferença interioridade/exterioridade em relação à discussão direito e moral. Nesse contexto, direito e ética apresentam-se como dois campos de naturezas diversas, sendo o direito um conceito cultural, enquanto a ética é caracterizada como um conceito valorativo.¹⁹

A distinção interioridade/exterioridade do direito e da moral é criticada por Radbruch, sob o entendimento de que, por vezes, a valoração jurídica não se limita à conduta exterior, bem como de que a valoração moral não é sempre limitada a incidir sobre a conduta interior. Nesse passo, o autor igualmente entende que a moral não pode ser relacionada à mera intenção (seja boa ou má), mas sim à ação, eis que somente pela ação a moral demonstra sua existência. É forçoso o reconhecimento de que tanto a conduta exterior pode ser valorada moralmente, como a conduta interior pode ser

¹⁵ HART. *Op. Cit.*, p. 188-189.

¹⁶ *Idem*, p. 190-191.

¹⁷ HART. *Op. Cit.*, p. 193.

¹⁸ *Idem*, p. 195.

¹⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974, p. 98.

valorada juridicamente. Por isso, a conduta exterior apenas adquire relevância para a moral quando exprime uma conduta interior, bem como a conduta interior somente é de interesse jurídico quando anuncia uma conduta exterior.²⁰

Por sua vez, o valor atribuído pelo direito diz respeito às ações como boas (e necessárias) para a vida em comum, enquanto o valor moral refere-se àquilo que é bom em si mesmo. O valor moral refere-se, portanto, ao valor da própria ação, enquanto o valor jurídico é o valor que a ação tem para os outros. Quando se fala em direito, se reconhece a existência de direitos e obrigações. A moral, por sua vez, refere-se simplesmente à existência de um dever, não sendo possível a exigência de cumprimento de um dever moral.²¹

Já a oposição entre interioridade/exterioridade em relação ao modo como as normas morais e jurídicas obrigam, aponta para o fato de que a moral exige o cumprimento dos deveres pelo sentimento de dever, sendo o dever moral seu próprio fim. Já o cumprimento do dever jurídico pressupõe uma finalidade, sendo necessário o emprego de uma conduta que esteja de acordo com o preceito jurídico. Além do mais, a moral apenas pode ter como objeto o homem individual, enquanto o direito direciona-se à vida dos homens em comum, onde diretamente apenas a conduta exterior interessa.²²

Radbruch observa que direito e moral apenas coincidem quanto ao conteúdo de suas exigências, relacionando-se no sentido de que a moral se apresenta, por um lado, como o fim do direito e, por outro, como o fundamento da validade jurídica. A força obrigatória do direito somente pode decorrer da moral. Contudo, a moral como fundamento da obrigatoriedade jurídica não aponta para a impossibilidade de separação entre as duas ordens normativas, eis que a moral, ao legitimar as operações jurídicas, “pondo no direito e na justiça o selo que os há de transformar em uma atividade moral”²³, abandona essas mesmas operações para que seu conteúdo seja determinado por um conjunto normativo diverso do seu e, portanto, extra-moral.

Logo, para Radbruch, o direito serve a moral em função dos direitos que ele outorga. Em outras palavras, – na trilha dos pressupostos da autonomia kantiana²⁴ –, o direito se volta para moral no momento em que assegura direitos aos indivíduos, possibilitando que esses indivíduos possam melhor cumprir seus deveres. Nesse sentido, o direito que alguém possui é, fundamentalmente, o direito ao cumprimento de um dever moral, o que resulta no igual dever de defender esse direito. O direito, nesse contexto, é observado paradoxalmente como a possibilidade da moral e, justamente por isso, a possibilidade da imoralidade. Isso significa que o direito inicialmente aloca-se ao

²⁰ RADBRUCH. *Op. Cit.*, p. 99-100.

²¹ *Idem*, p. 101-102.

²² *Idem*, p. 103-104.

²³ *Idem*, p. 111.

²⁴ A ideia de autonomia em Kant relaciona-se fundamentalmente com o reconhecimento de uma natureza humana que subjaz a diversidade de comportamentos e leis. Kant observa a necessidade de sujeição do homem à lei moral, sendo que essa lei moral possibilita que o indivíduo se torne livre justamente em razão de submeter-se à sua própria lei. Em outras palavras, o princípio kantiano da autonomia permite que as ações humanas sejam guiadas pela própria vontade humana, caracterizando a possibilidade de autolegislação. Isso é traduzido pelo imperativo categórico: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. Vide KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1988. p. 59.

lado da moral, mas não se confunde com ela, todavia, posteriormente, torna-se o meio necessário para a realização de determinados valores morais.²⁵

2 A comunicação moral em Luhmann e o reconhecimento da diferença

O debate adquire uma forma diversa quando se enfrenta a temática das relações entre direito e moral sob a ótica da teoria dos sistemas sociais proposta por Niklas Luhmann. Para Luhmann, o direito não pode ser fundamentado pela moral, eis que a autonomia possibilitada pela continuidade das operações autopoieticas do direito não permite qualquer fundamento externo. Isso significa que comunicações, ao alcançarem determinados níveis de recursividade na sociedade, especificam-se de tal modo que se tornam capazes de delimitar seus próprios pressupostos operativos.

Os sistemas sociais operam em condições de clausura operativa, negando-se a possibilidade de validade direta da moral no interior do sistema jurídico.²⁶ Da especificação do sistema como unidade, o direito apenas é válido enquanto direito, bem como a moral apenas é válida enquanto moral. Em outras palavras, o fechamento operativo do sistema jurídico não permite que a moral delimite diretamente o conteúdo do direito, muito embora sejam possíveis formas específicas de interrelações entre esses dois âmbitos comunicativos.

Luhmann²⁷ aponta a diferença entre autorreferência e heterorreferência, ou, entre clausura e abertura. Essa distinção aponta para a possibilidade de que o direito enlace comunicações jurídicas com comunicações jurídicas, viabilizando a especificação do sistema como unidade. Já sua programação determina quais são aquelas situações nas quais o direito deve operar de forma cognitiva. Dito de outro modo, a comunicação jurídica torna-se capaz de especificar seus pressupostos operativos, distinguindo-se de seu ambiente por meio de um código próprio (direito/não-direito), bem como estabelecendo programas capazes de delimitar formas específicas de abertura para comunicações que não se identificam imediatamente com o código jurídico.

A clausura operacional do direito em momento algum nega a importância do entorno. Paradoxalmente, a abertura do direito apenas é possível por meio de seu fechamento. Nesse aspecto, Luhmann não nega a importância da moral ou sua utilização pelo direito, mas questiona simplesmente a busca de um *fundamento* moral para o sistema jurídico, salientando que a tese do fechamento operativo dos sistemas autopoieticos assume justamente uma posição contrária à possibilidade de validade imediata da moral autônoma no campo do direito.

O fechamento operativo, ainda, pressupõe a contínua auto-observação do sistema mediante sua codificação específica (direito/não-direito). A abertura cognitiva é viabilizada justamente pelos critérios de fechamento do sistema jurídico. Nesse aspecto, a abertura sistêmica sempre ocorre mediante a necessidade de integrar o caso particular à prática jurídica presente. A moral apenas adquire qualquer relevância jurídica quando

²⁵ RADBRUCH. *Op. Cit.*, p. 111-112.

²⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. México: Herder/Iberoamericana, 2005, p. 134.

²⁷ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris*, Porto Alegre, *Ajuris*, n. 49, ano XVII, jul., 1990, p. 160-163.

reconstruída internamente pelo próprio direito²⁸, momento em que não mais se pode falar em moral, mas sim em direito.

A decisão jurídica não pode ser auto-observada como boa ou má, mas simplesmente conforme o direito ou desconforme o direito.²⁹ Da mesma maneira, a economia se ocupa com a adequação ao ganho ou à perda, não havendo qualquer juízo moral economicamente realizado sobre a decisão econômica. Evidentemente Luhmann não pretende um sistema jurídico incapaz de observar critérios morais, mas tão somente afasta o caráter de fundamento moral do direito.

É interessante ressaltar que a moral não se caracteriza como um sistema funcional autônomo, mas sim como um fenômeno difuso capaz de operar diante dos mais diversos âmbitos da sociedade funcionalmente diferenciada.³⁰ Nesse passo, a moral não se confunde com a atribuição de critérios normativos, tal como o direito, mas observa a realidade social desde uma amplitude de perspectivas. Ao operar mediante a distinção direito/não-direito, o sistema jurídico exclui possibilidades que não se identifiquem com tal binariedade. Já a comunicação moral relaciona-se com formas de observação que dizem respeito à adequação de determinadas condutas com base na distinção entre apreço ou desprezo pelos indivíduos.³¹

Com outras palavras, Luhmann pugna por uma constante possibilidade de aprendizado recíproco entre racionalidades autônomas, o que assegura a liberdade de desenvolvimento de âmbitos comunicativos diversos, sem que ocorram processos alopoiéticos.³² A moral, nesse contexto, é observada pelo direito a partir de acoplamentos, perturbações ou ressonâncias³³, assegurando-se ao sistema jurídico certa imunidade quanto a comandos morais diretos.

Nesse contexto, exclui-se uma observação da moral como um supercódigo metarregulador de outros sistemas sociais.³⁴ É precisamente por essa incapacidade funcional de apresentar-se como fundamento, que a comunicação moral se torna capaz de referir-se a problemas difusos.³⁵ Isso significa que, ao deslocar-se a moral do *status* de *fundamento* para o de *observadora* concorrente – ou de observadora de segunda

²⁸ A esse respeito, ainda que com critérios teóricos e metodológicos diversos, é de ser mencionada a igual autonomização entre direito e moral realizada por Habermas. Para o herdeiro intelectual da Escola de Frankfurt a relação entre direito e moral não aponta para uma neutralidade da moral em relação ao direito, mas evidencia um trânsito de elementos morais via processo legislativo para o interior do direito. A relação de complementariedade entre direito e moral aponta para a co-originariedade entre tais âmbitos normativos, isto é, preceitos morais ingressam na ordem jurídica no momento da promulgação de determinada lei. O legislador internaliza preceitos morais quando os considera para a proposição de determinado comando jurídico-normativo. Isso significa que os preceitos morais ingressam no direito, porém, no momento em que passam a integrar a norma jurídica, não se pode mais falar em moral (tampouco em fundamento moral), mas tão somente em direito. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 144.

²⁹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Barcelona: Antrophos, 1996, p. 154.

³⁰ CORSI; ESPOSITO; BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 154.

³¹ LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, p. 316.

³² Conforme expressão utilizada por NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 44.

³³ A ideia de ressonância é desenvolvida por Luhmann em discussões sobre a relação entre sistema e ambiente na comunicação ecológica. Vide LUHMAN, Niklas. *Ecological communication*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. p. 15-16.

³⁴ LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, p. 826.

³⁵ NEVES, *Transconstitucionalismo*, p. 43-44.

ordem³⁶ –, os problemas de corrupção sistêmica e sabotagens de códigos tornam-se observáveis moralmente.

Essa constatação, de forma alguma nega ou exclui a comunicação moral ou sua importância para a sociedade³⁷, mas somente realoca a moralidade social em um âmbito difuso. A moral, que até o século XVIII permanecia agrilhoadada ao status de fundamento da sociedade, liberta-se para assumir uma função primordial junto aos processos de diferenciação e, em última análise, ao assumir uma função de *alarme*, contribui para a continuidade das operações sociais.³⁸

O sistema social conta com a moral como uma segurança contra processos de desdiferenciação. “Se trata de la posibilidad de una existencia moral (= social) y no todavía – como en el siglo XVIII tardío – de una fundamentación de los juicios específicamente morales”³⁹ Essa constatação implica no reconhecimento de que a moral opera essencialmente como um elemento social. Apenas se pode falar em moral enquanto uma forma específica de comunicação capaz de permear toda a sociedade.⁴⁰

Ao concentrar sua atenção nas patologias sociais, a moral não se confunde com um pretense fundamento para o direito, para a política ou para a sociedade *latu sensu*, mas antes, afirma-se como uma forma comunicativa capaz de observar corrupções sistêmicas (jurídicas, políticas, econômicas, etc.) em um primeiro momento e, com isso, reconstruir moralmente respostas (morais) para, em um segundo momento, tornar-se capaz de estabelecer diálogos com outros discursos sociais. A moral, pois, adapta-se à policontextualidade que caracteriza a sociedade funcionalmente diferenciada, disponibilizando seu código (critérios morais, bom/mau) para outras operações sociais.⁴¹

Exemplificativamente, problemas de corrupção de códigos sistêmicos tornam-se problemas morais. Isso pode ser observado em casos de sobreposição do sistema econômico ao direito nos casos de vendas de sentenças. Ainda, da religião sobre a política, nos casos em que preceitos religiosos orientem decisões administrativo-estatais e assim por diante. A moral atua como uma eficaz solução para problemas sociais graves, cuja operacionalidade dos sistemas funcionais – seja em razão da corrupção sistêmica, seja em razão da baixa complexidade estrutural – não consegue resolver.⁴²

³⁶ LUHMANN, Niklas. ¿Cómo se pueden observar estructuras latentes? In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El ojo del observador: contribuciones al constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 63.

³⁷ Inclusive, a moral permanece disponível no plano das interações entre presentes, bem como é potencializada pelo espaço promovido pelos meios de comunicação. Nesse passo, a televisão atualiza enormemente a comunicação moral. LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*. p. 313.

³⁸ LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, p. 316.

³⁹ *Idem*, p. 822.

⁴⁰ Nesse contexto, “la moral ahora se reclama como 'autolimitación de lo social por lo social' y se equipa con seudónimos como los de naturaleza o razón. Nuevas exigencias 'éticas' trascienden las fronteras de las unidades familiares, tribales y locales, que únicamente habían conocido vínculos morales internos. Quienes participan en la comunicación se enfrentan más y más a la necesidad – sobre todo como lectores aunque también en un sinnúmero de interacciones, estando de viaje, por ejemplo – de adaptarse a gente desconocida, cuyos vínculos sociales no conocen ni pueden adivinar. La sociedad reacciona a esto con la generalización y universalización de las exigencias morales. Innumerables textos – aunque también clubes y círculos de discusión – sirven para asegurar esta nueva moral general 'patriótica' de todos los seres humanos. Se espera que las personas se identifiquen activamente con el lado bueno del esquema moral y que lo muestren.” LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, p. 822.

⁴¹ LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, p. 826.

⁴² *Idem*, p. 316.

A moralidade, em Luhmann⁴³, deve ser observada como uma comunicação codificada mediante o esquema bom/mau, sendo, por meio deste, possibilitada a delimitação de critérios subjetivos de bondade e maldade. Tal diferença é aplicável quando determinado comportamento, identificado com tal comunicação, depende de validação para a atribuição ou não da diferença estima/desprezo. Igualmente, o conceito de moralidade não se relaciona com casos normais, mas com casos socialmente patológicos. Por isso, a normalidade exclui-se do debate moral, não se amoldando a casos de especial estima decorrente feitos notáveis.

Para além do reconhecimento kelseniano quanto à existência de *vários* sistemas morais autônomos ou, ainda, das perspectivas de Hart e Radbruch, a observação luhmanniana reconhece na moral uma forma comunicativa capaz de assegurar a continuidade dos processos de diferenciação funcional, bem como, com base em seu código (bom/mau), de realizar observações difusas diante do multiculturalismo (ou policontextualidade) que caracteriza a sociedade contemporânea.

O deslocamento da moral do *status de fundamento* para o de *observadora* permite que as patologias sociais sejam observadas moralmente conforme determinados programas morais específicos. Essa programação, por sua vez, dependerá, em última análise, de elementos culturais para sua caracterização. Nesse sentido, a cultura se sobrepõe ao social, vinculando a produção comunicativa à observância de elementos culturais.⁴⁴ Nesse contexto, muito embora a moral, na ótica luhmanniana, não opere como elemento fundamental do direito, ela assume uma forma comunicativa universal ao especificar-se como unidade mediante a consideração da diferença entre apreço/desprezo.⁴⁵

A universalidade comunicativa dessa distinção permite que a comunicação moral se amolde aos mais diversos sistemas sociais, observando, desde uma perspectiva de um observador de segunda ordem, determinados problemas de corrupção de códigos de outros observadores. É possível observar moralmente observações jurídicas, bem como observar juridicamente observações morais. Ainda, já ultrapassando os limites metodológicos luhmannianos, é possível observar culturalmente outros discursos culturais. É precisamente essa capacidade de observação e que conduz à possibilidade de permanentes reconstruções entre os diversos discursos sociais.

Evidentemente a universalização do código moral não pressupõe a existência material de uma única moralidade possível para toda a sociedade. Não se fala na propagação de um discurso totalitário, mas sim de uma *forma comunicativa* identificada formal e universalmente como *moral*. A comunicação moral, por sua vez, dependerá do desenvolvimento de determinados programas, conforme já mencionado, sendo tais programas os critérios que permitirão distinções entre elementos morais de culturas diversas.

A moral, então, afirma-se ao mesmo tempo como universal e particular. *Universal em sentido formal*, pois é caracterizada como uma comunicação comum a todos os povos do globo terrestre. *Particular em sentido material*, pois afirma a possibilidade de observações capazes de considerar a imensa pluralidade de discursos sociais e de culturas existentes mediante programações específicas. Ao se observar a realidade como

⁴³ LUHMANN. *Ecological communication*, p. 140.

⁴⁴ MARCONDES FILHO, Ciro. *O escavador de silêncios: formas de construir e de desconstruir sentidos na comunicação: nova teoria da comunicação II*. São Paulo: Paulus, 2004. p. 426.

⁴⁵ LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, p. 310.

multicultural, a própria noção de moralidade torna-se observável desde uma perspectiva da unidade da multiplicidade, ou seja, as particularidades locais são reconstruídas em um âmbito comunicativo identificado mediante uma codificação específica.

Nesse sentido, “la moral misma no dispone de un tercer valor y por eso permite fluctuaciones importantes en el ámbito temático de las moralizaciones”⁴⁶, sendo que, a partir de tais flutuações, as infrações hábeis à caracterização de circunstâncias moralmente condenáveis tornam-se explicáveis mediante determinadas variações comunicativas delimitadas a partir de acoplamentos entre a comunicação moral e outras distinções – como o direito. Isso significa que o aquilo moralmente condenável sob determinado aspecto pode ser moralmente irrelevante sob outro ponto de observação.

É por isso que, ao afirmar-se como *particular* e *universal*, a comunicação moral apresenta-se, também, sob a forma *absoluta/relativa*. O absolutismo moral – quando se observa o fenômeno do multiculturalismo – é demonstrado pelo reconhecimento de que, comunicativamente, a moral opera da mesma maneira em toda a sociedade mundial, ou seja, como um discurso que observa a realidade com base na distinção bom/mau e, com isso, estabelece critérios de apreço/desprezo pelos indivíduos.

Já o entendimento quanto ao relativismo se afirma pelo reconhecimento de que a programação moral se desenvolve com base em determinados critérios culturais, amoldando-se, com isso, à pluralidade de discursos que coabitam na sociedade. Dito de outro modo, culturas diversas possuem programas morais diversos. Há de ser mencionada, contudo, uma diferença fundamental entre o relativismo antropológico acertadamente denunciado por Barretto⁴⁷ e o relativismo observado desde o ponto de vista da programação da comunicação moral.

Ao partir da negação do etnocentrismo⁴⁸, a antropologia reconhece a grande diversidade cultural, todavia, cria um novo problema baseado justamente no reconhecimento isolado do relativismo moral de origem antropológica. Isso implica em um problema de ordem prática, ou seja, ao reconhecer a existência de vários sistemas morais, a antropologia isola tais discursos, enclausurando programas morais sob o discurso do respeito à diversidade cultural.

Exemplificativamente, a mutilação genital feminina em alguns países da África e do Sul da Ásia, a lapidação de mulheres acusadas de adultério em determinados Estados de tradição muçulmana, a prática de tapocrifação de crianças recém-nascidas pelos índios da tribo Saruahá no estado do Amazonas⁴⁹, entre outras práticas culturais, encontram abrigo no conceito de relativismo moral de cunho antropológico, o que é albergado pelo argumento (antropológico) da negação do etnocentrismo.

Evidentemente, ao se identificar a relatividade moral quanto aos seus programas – e, portanto, em nada coincidindo com o relativismo antropológico – não se afirma a defesa de tais práticas com base em uma moralidade absoluta fundada na diferença cultural, ao contrário, observa-se a moral como uma comunicação social e, por isso, capaz de influenciar e ser influenciada pela dinâmica social e cultural, bem como de fomentar a continuidade de operações sistêmicas por meio de constantes trocas comunicativas entre os mais diversos sistemas sociais e culturas existentes.

⁴⁶ LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*. p. 311.

⁴⁷ BARRETTO, *Multiculturalismo e direitos humanos*, p. 239.

⁴⁸ SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 5.

⁴⁹ NEVES, *Transconstitucionalismo*, p. 222.

Considerações finais

Ao descrever-se como multicultural, a sociedade apresenta-se na forma identificada pela distinção igualdade/diferença, pautando suas observações sob a diferença entre *eu* e o *outro*. O reconhecimento dessa diferença conduz à possibilidade de que a própria moral cultural seja reconstruída conforme determinados critérios, permitindo a continuidade das operações sociais com base no reconhecimento da diferença como elemento constitutivo do próprio observador.

A estratégia de uniformização moral da sociedade ou, ainda, o recurso à moral como fundamento da ordem jurídica, naufraga imediatamente quando se reconhece que todo e qualquer discurso social depende de uma complexa rede de comunicações prévias apenas existente no interior da sociedade, cuja realidade exclui a possibilidade de fundamentos últimos. Tal circunstância fomenta uma crescente complexificação sistêmica como modo de gestão da diferença. Nesse contexto, apenas a produção da diferença permite a compreensão de outras diferenças.

Operando no sistema social como uma comunicação difusa, a moral permite que a diferença seja reconhecida, contribuindo para o fomento de comunicações capazes de produzir ressonâncias no sistema jurídico que, mediante estratégias internas e autônomas, torna-se capaz de reconhecer o *outro* como constituinte de suas próprias observações, alcançando a possibilidade de construção de um discurso jurídico plural e voltado para o reconhecimento da alteridade.

Referências

- BARRETTO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: _____. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 235-261.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Barcelona: Antrophos, 1996. p.
- FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madri: Debate, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1988.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris*, Porto Alegre, Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. p. p. 149-168.
- _____. ¿Cómo se pueden observar estructuras latentes? In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El ojo del observador: contribuciones al constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 63-72.
- _____. *Ecological communication*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.
- _____. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Ciudad de México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2007.

_____; DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la Sociedad*. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/ Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. *Seqüência*, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 1-14.

_____. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. n. 4. São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 169-170.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Recebido em: 24 de setembro de 2015

Aceito em: 8 de fevereiro de 2016