ISSN: 2594-6153

Contexto cultural e subjetividade jurídica – é possível manter um direito distante da cultura?

Caio Leonardo Corralo Tornincasa[1], Guilherme Schmidt Hayama[2]

[1]Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade de Direito
[2]Universidade Santa Cecília
E-mail: caioleonardocorralo@gmail.com

Resumo: o presente trabalho busca identificar se a cultura tem o condão de alterar a subjetividade jurídica. Parte-se, neste contexto, da teoria da comunicação de Thomas Vesting, combinada com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. A ideia é indicar como se constrói a subjetividade jurídica para, então, apontar como a cultura exerce papel determinante na forma e no conteúdo do direito.

Palavras-chave: teoria-dos-meios-de-comunicação; Thomas-Vesting; Niklas-Luhmann; Poder-instituinte; Poder-Constituinte.

Cultural context and legal subjectivity - is it possible to maintain law distant from culture?

Abstract: This paper seeks to identify whether culture has the power to alter legal subjectivity. In this context, we start from Thomas Vesting's theory of communication, combined with Niklas Luhmann's systems theory. The idea is to indicate how legal subjectivity is constructed in order to then point out how culture plays a determining role in the form and content of law

Keywords: media-theory; Thomas-Vesting; Niklas-Luhmann; Instituting power; Constituent power.

Introdução

Thomas Vesting aponta uma incoerência interna na teoria social de Luhmann: de um lado, Luhmann indica a necessidade de um acoplamento entre comunicação jurídica e comunicação social, de forma que a primeira deve ser acoplada à segunda, nos moldes de toda comunicação científica [1], isto é, os agentes sociais quando introduzidos no sistema jurídico se valem dos mesmos termos e respectivos significados da linguagem comum, exceto em situações esporádicas nas quais a linguagem jurídica atribui sentido diverso daquele usualmente utilizado pela comunidade ordinária [2]; de outro lado, Vesting demonstra que Luhmann se refere à utilização da linguagem na comunicação jurídica como consequente de certo uso intrassistêmico da linguagem [3]. Para exemplificar a questão, basta indicar que um cidadão ordinário, ao se deparar com a redação da legislação que institui o ICMS poderia supor que qualquer circulação de mercadoria ensejaria a incidência do ICMS, de forma que a mera

ISSN: 2594-6153

transferência de um bem para outro lugar faria nascer a obrigação tributária. Entretanto, como já foi amplamente defendido pela doutrina [4] e sedimentado pelos tribunais superiores [5], o termo circulação se refere somente aos casos de transferência jurídica da mercadoria, *i.e.*, somente a transmissão de um bem é que faz surgir a relação jurídica entre contribuinte e Estado no caso do ICMS. Mais ainda: somente paga ICMS aquele que se dedica habitualmente ao comércio, outro elemento pressuposto pelo texto constitucional [6], que fugiria da compreensão do cidadão ordinário.

Vesting vai além e afirma que a teoria social de Luhmann, calcada na diferenciação entre sistema/ambiente, esfalece diante do fato de "que a comunicação verbal e a formação do sistema autopoiético não funcionariam sem um conhecimento comum que tem de ser pressuposto" [7]. Ou seja, Vesting parte da premissa que a linguagem social constitui uma "infraestrutura medial e cognitiva" [8], cuja finalidade é servir de "material do "acoplamento estrutural"" [9]. Sobre acoplamento estrutural, Luhmann aponta que: "O conceito de *acoplamento estrutural* especifica que não pode haver nenhuma contribuição do meio capaz de manter o patrimônio de autopoiesis de um sistema." [10]. É a partir destas premissas que Vesting, anos mais tarde, constrói sua teoria da relação entre direito e *formas* de comunicação, com especial enfoque na mídia. A proliferação dos meios de comunicação e a popularização da linguagem, que Luhmann inclusive reconhece como fenômeno ensejador da sociedade global, assume para Vesting a figura de infraestrutura que mediará a forma pela qual o direito será reproduzido e compreendido [11]. A experiência social contemporânea é decorrente da incessante revolução comunicacional diária. Entretanto, as inovações de referência somente são possíveis, sem a quebra da sociabilidade, quando se existe uma estrutura pretérita mais ou menos capaz de possibilitar a comunicação entre os agentes [12]. É no bojo da crítica da teoria dos sistemas que Vesting toma como premissa a ideia de que a subjetividade jurídica é condicionada pela cultura.

Objetivos

O objetivo deste trabalho é apresentar a teoria de Thomas Vesting como instrumento sociológico hábil para identificar as notas que compõem a subjetividade jurídica contemporânea. Para tanto, como objetivos subsidiários busca-se apontar os contornos gerais da teoria da comunicação do autor, sua crítica à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e a ideia de cultura como poder instituinte inerente a qualquer experiência jurídica.

Material e Métodos

ISSN: 2594-6153

A presente pesquisa se valeu do método zetético para analisar as proposições formuladas no marco teórico. Isto porque, partiu-se das constatações da realidade para adequar as premissas e conclusões. Ao contrário do método dogmático, a pesquisa buscou construir as premissas a partir da observação prática, partindo-se de hipóteses verificáveis à luz das evidências colhidas no decorrer da pesquisa. O ponto chave, portanto, consistiu na submissão das hipóteses a testes formulados na análise concreta das teses propostas por Thomas Vesting. O material explorado consiste em literatura sociológica sobre a teoria dos sistemas, teoria da argumentação jurídica e teoria da comunicação.

Resultados

Vesting adota como premissa a ideia de que a evolução histórica é o reconhecimento da alteridade por meio da introspecção dos sujeitos: o desencantamento do mundo está intrinsecamente relacionado com a perspectiva de que o ser humano está no centro de ação do seu destino e que a vida é em sociedade e orientada para fins próprios [13].

Vesting afirma existir uma subjetividade jurídica dos algoritmos e inteligência artificial. Logo, defende a construção de uma perspectiva, calcada no poder instituinte, de subjetivação da linguagem computacional, isto é, uma verdadeira tentativa de transformação de computadores em sujeitos de direitos, grosseiramente [14]. Como aponta Vesting, a experiência social contemporânea é fortemente marcada pela diluição das barreiras anteriormente inamovíveis, de forma que a sociedade em rede, novo paradigma da experiência contemporânea, é marcadamente influenciada pela *cultura* da tecnologia [15]. É no bojo desta subjetividade jurídica que a estrutura material e formal do direito deve ser repensada a partir dos aportes sociológicos da teoria da comunicação: se a cultura contemporânea é notadamente digital, deve a experiência jurídica se tornar algo também digital. Thomas Vesting aponta que o poder instituinte, isto é, a experiência jurídica subjetiva experimentada antes da positivação do direito, é construída a partir das tecnologias e interações culturais desencadeadas no bojo da sociabilidade [16].

Discussão

Vesting toma como ponto de partida de sua teoria a diferença fundamental entre poder instituinte e Poder Constituinte. Partindo da teoria de Vicent Descombes, Vesting aduz que o poder instituinte é pressuposto fundamental do Poder Constituinte [17].

O poder instituinte consiste, portanto, em práticas sociais intrincadas na vida em sociedade, cujo surgimento advém da interação entre os agentes sociais no bojo de um dado contexto cultural e tecnológico [18]. Ao reintroduzir na teoria do direito a ideia de que as

ISSN: 2594-6153

normas positivas dependem, impreterivelmente, de experiência social pretérita, Vesting retoma toma uma teoria do direito que propõe a necessária ligação entre análise das condições sociais e a análise das normas jurídicas. Nesta ordem de ideias inserem-se autores como Friedrich Carl von Savigny, Ferdinand Lassalle [19], Henri Lévi-Bruhl [20], dentre outros. Veja-se que os três, embora possuam a similaridade de pressupor a existência de um direito vivo material, constroem diferentes perspectivas científicas: Savigny preocupou-se com a teoria do direito, Lassalle com a teoria da Constituição, e Henri Lévi-Bruhl com a sociologia do direito. Vesting adota como premissa a ideia de que a evolução histórica é o reconhecimento da alteridade por meio da introspecção dos sujeitos: o desencantamento do mundo está intrinsecamente relacionado com a perspectiva de que o ser humano está no centro de ação do seu destino e que a vida é em sociedade e orientada para fins próprios. Há, naturalmente, um rompimento da cosmovisão metafisico-religiosa que permeava a sociedade pré-moderna. O Homo Digitalis é, neste contexto, a figura hegeliana de fim da história: constitui-se de acordo com o seu consciente e não encontra limites físicos, posto que a digitalização do mundo permite a sua reconfiguração num contexto digital de acordo com a sua vontade [21].

Vesting afirma existir uma subjetividade jurídica dos algoritmos e inteligência artificial. Logo, defende a construção de uma perspectiva, calcada no poder instituinte, de subjetivação da linguagem computacional, isto é, uma verdadeira tentativa de transformação de computadores em sujeitos de direitos, grosseiramente [22]. Assim, se é verdade que se pode falar de uma construção da subjetividade jurídica dos algoritmos e da inteligência artificial, também é verdade a necessidade da criação de obrigações a estes novos sujeitos de direitos. Entretanto, a questão a ser respondida é: quais obrigações? A alteração da perspectiva jurídica por conta dos avanços tecnológicos leva a ideia de alteração estrutural da forma como encaramos o direito. Como supramencionado, o poder instituinte é fugaz, incompreensível e invisível [23]. Vale dizer, se é verdade que o poder instituinte dá origem efetiva ao direito positivo, e, igualmente, é verdade que o poder instituinte consiste num fenômeno e impossível mensuração, tendo em vista a sua capilaridade e dispersão no bojo da sociedade, tem-se como consequência lógica a incapacidade de se determinar, atualmente, perspectivas futuras sobre o direito.

Conclusões

A cultura é critério decisivo para a determinação do conteúdo jurídico e da estrutura normativa. É dizer, o poder constituinte sempre será anterior ao poder instituinte, no

ISSN: 2594-6153

vocabulário de Vesting. Neste contexto, a experiência contemporânea marcadamente digital leva à conclusão inevitável de se reconhecer uma nova subjetividade jurídica, cuja fundação está no mundo digital. Logo, não é possível se manter uma juridicidade distante da cultura na qual a sociedade global está inserida.

Referências

1. VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da Teoria dos Meios de Comunicação. *In* Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 6(1): 2-14, 2014, p. 08
2. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2014, p. 08
3. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2014, p. 08
4. CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 49, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 19 de abril de 2021. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2049%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true.
6. CARRAZZA, Roque Antônio. *Op. Cit*, 2020. p. 52.
7. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2014, p. 11.
8. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2014, p. 11.
9. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2014, p. 11.
10. LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. 1. ed. São Paulo: Editora Vozes, 2011. p. 130.
11. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2014, p. 11.
12. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2014, p. 07
13. VESTING, Thomas. Gentleman, Gestor, Homo Digitalis – A transformação da subjetividade jurídica na modernidade. Tradução de Ricardo Campos. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 09.
14. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2022. p. 40.
15. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2022. p. 269.
16. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2022. p. 20.
17. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2022. p. 20-21.
18. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2022. p. 21.
19. LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
20. LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do Direito. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
21. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2022. p. 09.
22. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2022. p. 40.
23. VESTING, Thomas. *Op. Cit*, 2022. p. 21.