

POR UMA OBSERVAÇÃO RETÓRICA DA NORMA JURÍDICA: ENTRE A MOLDURA, A COMUNICAÇÃO E A MICROINSTRUÇÃO

RECEBIDO EM:	14.6.2024
APROVADO EM:	3.11.2024

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

 <https://orcid.org/0000-0002-3955-1999>

Universidade Federal da Bahia

Salvador, BA, Brasil

E-mail: bernardomontalvao@hotmail.com

Como citar este artigo: AZEVÊDO, B. M. V. de. Por uma observação retórica da norma jurídica: entre a moldura, a comunicação e a microinstrução. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, SP, v. 18, n. 3, e17180, 2024. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v18n317180>



• BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVEDO

- **RESUMO:** O problema da pesquisa: O conceito de norma jurídica está perdendo a centralidade na Ciência do Direito? A hipótese é que, em seu lugar, rapidamente, a noção de microinstrução (ou algoritmo) esteja assumindo o protagonismo. O objetivo é observar algumas das possíveis modificações que seriam acarretadas por essa substituição inclusive na atividade do magistrado. A pesquisa se justifica pela atualidade e originalidade do tema. Por conta da metodologia aqui empregada, a do *dissoi logoi*, estudada e difundida pela retórica, o trabalho foi organizado a partir da contraposição entre as noções de moldura, comunicação e microinstrução.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Norma jurídica; moldura; comunicação; microinstrução.

RHETORICAL OBSERVATION OF THE LEGAL NORM: BETWEEN FRAME, COMMUNICATION AND MICROINSTRUCTION

- **ABSTRACT:** The research problem: Is the concept of legal norm losing its centrality in the Science of Law? The hypothesis is that, in its place, the notion of microinstruction (or algorithm) is rapidly taking center stage. The aim is to look at some of the possible changes that would be brought about by this replacement, including in the work of the magistrate. The research is justified by the topicality and originality of the subject. Because of the methodology employed here, that of the *dissoi logoi*, studied and disseminated by rhetoric, the work was organized from the opposition between the notions of frame, communication and microinstruction.
- **KEYWORDS:** Legal norm; frame; communication; microinstruction.

1. Introdução

Toda pesquisa é movida por uma pergunta. A que move a presente é: Caso a norma jurídica deixe de ser o conceito central do direito, qual conceito tomará seu lugar? Diante de tal problema, uma hipótese surge no horizonte nos dias atuais, a saber: o conceito de microinstrução. Resta saber, então, se tal hipótese faz sentido e se é capaz de resistir



ou refutar aos eventuais contra-argumentos. Mas, antes, é preciso esclarecer o que se entende por norma jurídica e quais foram os significados atribuídos ao termo ao longo da história. Afinal, sem a precisa delimitação do conceito, não é possível compreender por que pode vir a ser substituído pela noção de microinstrução.

Sendo certo que a história é um repositório dos diferentes contextos em que uma mesma palavra já foi empregada ao longo do tempo, ela é sempre uma boa conselheira ao se investigar sobre os sentidos de um conceito, e com norma jurídica não é diferente. Essa é a razão pela qual, em um primeiro momento, se esclarecerá aqui o que se entende por retórica e como sua perspectiva afeta o conceito de norma jurídica. Se a retórica se dedica ao discurso, à produção de sentidos e à arte da persuasão, e se a história é a testemunha de como esses sentidos se alternam, se sobrepõem e se combinam ao longo do tempo, não é difícil concluir que há entre elas um elo bem íntimo e forte, e que essa circunstância, por sua vez, repercute sobre o conceito de norma jurídica.

Como o teatro da história admite diferentes encenações para o conceito de norma jurídica, escolhem-se aqui, por razões de conveniência, apenas duas das diversas possibilidades existentes, porque representativas. A primeira, a que foi proposta por Hans Kelsen no início do século XX e que define a norma jurídica como uma moldura. E a segunda, a que é oferecida por Tercio Sampaio Ferraz Jr. no final do século XX, e que a compreende como uma comunicação. Duas abordagens escoradas em diferentes dimensões da linguagem. A primeira, tributária das searas *semântica* e *sintática*. A segunda, devedora da percepção *pragmática*. Ambas influenciadas, em diferentes medidas, pela perspectiva retórica e sua metodologia histórica.

O problema de pesquisa aqui proposto - saber qual conceito poderá tomar o lugar da norma jurídica no futuro próximo - mantém relação com diversos meandros do direito. Um deles é sobre o papel do juiz ou dos tribunais e como eles podem, ou não, serem substituídos, ou perderem seu protagonismo, nos próximos anos, por conta do avanço da inteligência artificial (IA). Constatar, a partir da história, que a norma jurídica um dia foi vista como moldura, posteriormente foi entendida como comunicação e hoje pode ceder seu lugar à ideia de microinstrução é perceber, a um só tempo, como os assuntos estão intimamente interligados.

Isso porque para cada conceito de norma jurídica há uma diferente compreensão sobre o papel do juiz e da ideia de sistema a ele vinculado. A norma jurídica como moldura é fruto do juiz kelseniano, que nega qualquer possibilidade de uma única resposta correta, apesar de se submeter a um sistema escalonado de normas de arquitetura

piramidal (Kelsen, 1998, p. 392-395). A norma jurídica como comunicação é fruto do juiz Tercio Sampaio Ferraz Jr. (1999, p. 39-46), que diz o que ela é nos limites do contexto de cada caso e pressupõe uma estrutura circular de sistema jurídico. Por sua vez, o conceito de microinstrução (ou microdiretivas), imaginado pelos estudos mais recentes de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2014, p. 78; 2020, p. 182), em sintonia com as pesquisas de Thomas Vesting (2015, p. 83-88) e Karl-Heinz Ladeur (2016, p. 319-323), brota do solo da inteligência artificial e da lógica do hipertexto, presume um juiz fraco ou operador e tem como pano de fundo um sistema em forma de rede, acêntrico e heterárquico.

Perceber essa travessia por diferentes modelos de norma jurídica e, por consequência, por distintos paradigmas de juízes e de sistemas jurídicos é, mais uma vez, retornar à observação retórica e à metodologia por ela empregada. É a retórica que toma como ponto de partida uma metodologia que se vale do dissenso, na medida em que ele ajuda o pesquisador a suspender o juízo (*epoché*), a se autocolocar em dúvida e levar a efeito a *isostenia* (a equivalência ou o equilíbrio dos argumentos antitéticos em um debate filosófico). Por isso, o viés metodológico adotado aqui é o do *dissoi logoi*, inspirado na lição do sofista Protágoras de Abdera, que parte da premissa de que, inclusive na seara jurídica, é possível manter posições contrárias (*dissoi logoi*) acerca de qualquer assunto, uma vez que o homem é a medida de todas as coisas (Adeodato, 2023, p. 12).

Assim como a metodologia do *dissoi logoi*, também o processo parte da contravérsia. Uma máquina de decisão de conflitos, predominantemente, voltada à reconstituição e, por isso mesmo, à reconstrução dos fatos. A partir daí, não é difícil concluir que “fatos” são, a rigor, relatos. Dessa constatação para o protagonismo do papel dos tribunais é um pulo. O ativismo judicial torna-se, então, manchete dos maiores veículos de comunicação. Sendo essa circunstância, talvez, a grande catalisadora do uso da inteligência artificial por parte dos operadores do direito. Mas não apenas ela. Parece haver, também, no ar um estranho desejo de nostalgia, em especial, pelas promessas da Escola de Exegese. Como se a inteligência artificial na atualidade fosse a reencarnação do mito do juiz como *bouche de la loi* (boca da lei) de Montesquieu (2003, p. 172).

O que leva ao objetivo principal desta pesquisa: a microinstrução parece, silenciosa e rapidamente, estar tomando o lugar da norma jurídica como objeto de estudo do direito. As consequências disso são múltiplas e imprevisíveis. Uma delas, a ser mais bem explorada, talvez em outra ocasião, é: O direito como ciência estaria em franco processo de desaparecimento? Seria ele, como disse Niklas Luhmann, uma “[...] anomalia europeia” (2016, p. 791) que, em tempos de sociedade global, estaria com os seus dias

contados? Ou, na verdade, como sustenta Günther Teubner, ele estaria em processo de expansão (2020, p. 41-48)? Bem, essas são algumas das muitas questões que se descorrinam no horizonte a partir do réquiem da norma jurídica. Convém, então, por uma questão epistemológica, e também metodológica, que se dediquem algumas palavras à perspectiva retórica.

2. Sobre a perspectiva retórica da norma jurídica

Do ponto de vista da retórica, a norma jurídica é, antes de tudo, uma narrativa que precisa e deve inspirar o comportamento das pessoas a que se destina. E dizer isso significa perceber, a um só tempo, duas circunstâncias. A primeira não se revela como prioridade da retórica o estudo da estrutura da norma jurídica. É dizer, se ela é, ou não, um juízo lógico hipotético ou disjuntivo. E a segunda, o estudo da estrutura deve servir à melhor explicação do aspecto funcional da norma, qual seja, a capacidade de modelar e controlar o comportamento das pessoas. Em outras palavras, a perspectiva retórica sobre a norma jurídica privilegia a função à estrutura.

A norma jurídica do ponto de vista funcional é uma expectativa normativa, como bem salientou Niklas Luhmann (2016, p. 14). É dizer, ao contrário das expectativas cognitivas, que ela não se modifica caso seja decepcionada, pois não se adapta às circunstâncias fáticas. Antes o oposto, parece depender da contingência, na medida em que é somente a partir da desobediência ou indiferença a ela que o corpo de servidores do Estado é colocado em funcionamento para fazer valer sua observância. Logo, a partir do ângulo funcional, o que interessa não é se a norma jurídica é, ou não, um programa condicional, para continuar com Luhmann (2016, p. 112), mas sim que ela seja capaz, a um só tempo, de controlar o comportamento dos indivíduos em geral e dos funcionários públicos e agentes políticos encarregados do seu cumprimento.

Infundir obediência na sociedade em geral depende da ameaça da sanção ou da promessa de uma premiação, mas, sobretudo e em especial, de incutir crença na mente de todos. Lembre-se, a norma é uma expectativa, ou seja, uma antecipação do futuro no presente. Ora, o futuro desejado só se faz presente no agora, quando o indivíduo a quem a norma se dirige acredita, firmemente, que a promessa contida na norma será concretizada no futuro que está porvir. Essa crença só se faz possível por meio do discurso e da ficção construída a partir da linguagem. E é aí, exatamente nesse momento, que fica nítida a íntima relação entre a narrativa da norma e a retórica.



Em última análise, não é o medo (a ameaça da sanção) ou a cobiça (o desejo em receber uma vantagem) que leva alguém a se comportar de acordo com a norma jurídica, caso se observe a situação a partir da antropologia. É a confiança, ou melhor, a crença de que a linguagem é capaz de despertar no ser humano, que cria isso que se chama de mundo cultural, a bolha do *homo sapiens*, e torna possível a ideia de norma (Adeodato, 2023, p. 185-190). Para tanto, a retórica, como arte da persuasão que é, mas não apenas, como se verá, é essencial. Não sendo um exagero afirmar que ela, talvez, seja o antídoto desenvolvido pela espécie humana, ao longo do processo evolutivo, para lidar com a tragédia da existência, é dizer, com a circunstância de ser a única espécie que é obrigada a conviver com a consciência da morte.

Trocando em miúdos, só o ser humano sabe que vai morrer. E isso, por um lado, é assustador, mas, por outro, foi e é o elemento catalisador da retórica. Quanto maior o medo, maior a crença. Ora, nesse sentido, a retórica é uma estratégia de sobrevivência do humano. A linguagem sempre está entre o humano, e isso é que se chama de realidade. Em outras palavras, o humano nunca tem acesso direto à realidade, isso sempre se dá por meio do filtro da linguagem. E, se é assim, todas as nossas percepções sensoriais são construídas e reconstruídas por meio dos jogos da linguagem. Sendo isso, aliás, como sustenta Nietzsche (1995, p. 92), a explicação da origem da língua: o impulso em querer sobreviver. Em uma palavra: a linguagem surgiu para salvar o humano da sua condição existencial, mas o condenou a viver em uma redoma, a cultura. Talvez, por isso, quem sabe, como assinala Hans Blumenberg (1999, p. 115-118), ele seja o ser vivo menos adaptado ao planeta Terra e condenado a uma existência carente. Ou, como diria Sigmund Freud (1995, p. 37-40), atravessado pela falta que lhe constitui.

Entendida a situação de tal maneira, a norma jurídica é o remédio produzido pela linguagem para lidar com o porvir, com a projeção, com a imprevisibilidade da existência. Logo, reduzi-la ao texto de lei, ou ao caso, que também já é linguagem, e, por isso, é relato, não parece inteligente nem adequado. Se a norma só é possível por meio da linguagem, então, ela se socorre dela e da semiótica que a estuda. O que permite perceber que ela não é o mesmo que a lei, porque esta última é significante, e não significado. E também não é o evento, porque este último é percepção sensorial, mas, uma vez transformado em relato, torna-se significante. O que implica dizer, então, que a norma é significado e, como tal, derivado da interpretação e nunca prévio a ela.

É aí que se percebe como é importante o papel da retórica na compreensão da norma jurídica. Como a retórica, em si, é também um significante, ela admite muitos



e diferentes significados. Ou seja, não há uma única retórica. E como aqui o objetivo não é esclarecer as diversas vertentes possíveis de retórica, já é suficiente, portanto, que se explique o que se entende por retórica realista. Isso porque será a partir dela que se partirá para compreensão da norma jurídica, da oscilação, ao longo do tempo, dos seus significados e da sua eventual substituição pela noção de microinstrução.

A retórica realista, aqui tomada como premissa e perspectiva de observação, está alicerçada em três pilares: i) ela é uma filosofia, não apenas um conjunto de estratégias; ii) ela não se reduz à arte de ornamentar o discurso ou a estratégias para enganar auditórios; e iii) ela não se reduz à persuasão e às três vias propostas por Aristóteles: *ethos*, *pathos* e *logos* (Adeodato, 2014, p. 15 e 310). Mas envolve tudo isso. Ao se adotar a retórica realista como perspectiva de observação, a partir da lição de Nietzsche, parte-se do pressuposto de que a retórica tem três níveis: o da retórica material, o da retórica estratégica e o da retórica analítica (Nietzsche, 1995, p. 38-43).

Em primeiro plano está a retórica material, existencial ou dinâmica (*dynamis*, δύναμις), a qual se constitui pelas narrativas que se impuseram como dominantes em determinado contexto, aquilo que o senso comum denomina “os fatos” ou “o mundo real”. Essa predominância é temporária, pois a interferência de outras narrativas incompatíveis modifica continuamente a percepção do que o senso comum denomina “realidade”.

A retórica prática, estratégica ou técnica (*téchne*, τέχνη) consiste nos relatos normativos, isto é, aqueles que procuram dizer não o que o mundo é, mas sim o que deve ser na opinião do orador. Nesse sentido, não se compõe de discursos empíricos, mas sim de convicções que visam a orientar as condutas para o futuro, narrativas que se pretendem tornar dominantes.

Em terceiro plano, a retórica analítica, científica ou epistêmica (*epistème*, ἐπιστήμη) é um conjunto de enunciados que objetiva compreender e explicar como funcionam as mútuas interferências entre as retóricas estratégica e material, de modo tentativamente distanciado e observador, sem compromisso ou interesse imediato com os diferentes relatos.

A fonte dessa tripartição é a obra *Retórica*, de Aristóteles (2011, p. 50-56), que foi retomada por Friedrich Nietzsche (1995, p. 42-45) e, posteriormente, por João Maurício Adeodato (2014, p. 36-41).

Importa destacar que a retórica material é o mais próximo que a filosofia retórica realista chega daquilo que o senso comum designa “realidade”, em sua tentativa de afastar o preconceito ontológico da própria palavra, em cuja etimologia está a palavra

“coisa” (*res*). Mas esta é somente uma analogia, pois as ontologias entendem o mundo exatamente como formado por “coisas”, que estão “colocadas adiante” (*ob-jetos*), ao passo que a retórica considera exclusivamente relatos que constroem o cenário de vivência. Isso porque as relações dos seres humanos com o mundo estão em constante mutação e são muito diferentes entre si: os relatos se enfrentam, se combinam e seu amálgama constitui uma “realidade” que nada tem a ver com coisas, objetos, fatos ou verdades.

O relato vencedor não é necessariamente resultado de enfrentamentos e competições. Em determinados contextos é possível que o consenso predomine, ainda que haja outras estratégias mais comuns e eficientes, como a ameaça, a dissimulação, a bajulação e demais estratégias erísticas. Porque o consenso demanda um sem-número de precondições que dificilmente estão presentes.

O segundo plano da retórica, o estratégico, é o que mais se assemelha ao entendimento comum sobre a palavra *retórica*, qual seja, a arte de bem falar, envolver, persuadir um auditório por meio do discurso. A retórica estratégica utiliza as vias aristotélicas da persuasão e do convencimento, mas também todos os meios erísticos para fazer prevalecer uma versão.

Seu objeto, por assim dizer, é a retórica material, toda estratégia sugerida pretende constituir o relato dominante. Nesse sentido, a retórica estratégica é uma metalinguagem, uma linguagem prescritiva sobre a retórica material que o ser humano desenvolve naturalmente desde a tenra infância. Ela é mais ou menos eficiente em função da perspicácia de cada pessoa, do contexto etc., porém é uma arte que pode ser cultivada e ensinada.

A retórica material nasceu com o *homo sapiens*, trata-se de uma de suas características antropológicas decisivas, constitui a comunicação. A retórica estratégica se desenvolve instintivamente, com base nessa característica também antropológica de tentar impor os próprios relatos aos circunstantes (Gehlen, 1984, p. 136-140).

No que toca à divisão tripartite aqui apresentada, a retórica estratégica forma a metalinguagem em relação à retórica material, é dizer, a partir da linguagem que cria o ambiente ao tentar desestruturá-lo por meio de um processo de aprendizagem em que os relatos têm mais sucesso nesse contexto. Todos desenvolvem essas estratégias de forma instintiva, com mais ou menos eficiência, dependendo do seu talento, mas também podem ser estudadas e repassadas. Assim nasceu a retórica estratégica reflexiva e pedagógica de Córax e Tísias na Sicília, Magna Grécia, cujos ensinamentos foram levados adiante pelo embaixador em Atenas, o sofista e filósofo Górgias.

A retórica analítica não parece tanto fazer parte de uma “natureza” humana como as retóricas material e estratégica, que nasceram com a comunicação e a linguagem. Tudo indica, pelo menos a partir das obras que chegaram até hoje, que foi criada por Aristóteles, cuja obra *Retórica* inaugura atitude descritiva e científica diante da retórica, como fenômeno, objeto do conhecimento (Schlieffen, 2022, p. 197-204). De uma perspectiva tentativamente neutra, epistemológica, ela procura explicar e compreender como os relatos da linguagem humana interferem e constituem o ambiente comum.

Como meta-metalinguagem, a retórica analítica não participa dos embates estratégicos, pretende examiná-los sem tomar partido, mesmo sabendo das dificuldades que envolvem uma abordagem descritiva. A retórica analítica parte de duas suposições básicas: primeiro, admite que procurar um acordo sobre o que é o mundo já é tarefa suficientemente complexa para a teoria do conhecimento; depois, que só a partir dessa análise será viável discutir sobre como o mundo deve ser.

A teoria da linguagem já há muito criou a dicotomia linguagem/metalinguagem ou linguagem-objeto/linguagem, respectivamente, para ressaltar o papel da linguagem na filosofia e na observação do mundo em geral (Vilanova, 1977, p. 192 e s.). A despeito de sua importância, essa dicotomia não destaca que a metalinguagem dessa observação envolve duas ordens diferentes: pode ser dirigida à ação para modificar a linguagem-objeto ou “realidade”; e pode se colocar como espectadora, sem avaliar, concordar ou discordar diante das situações observadas, sendo essa última compreensão, a metalinguagem, um terceiro nível da linguagem, aqui entendido como retórica analítica.

Tecidos tais esclarecimentos sobre a retórica realista e as retóricas que dela fazem parte, é preciso ressaltar de que modo tudo isso se relaciona com a ideia de norma jurídica. Linhas atrás, foi dito que o texto de lei é o significante e que o evento, uma vez percebido e convertido em relato, transforma-se também significante. E mais, foi dito ainda que o significado sempre resulta da interpretação e que ele coincide com a noção de norma jurídica.

Pois bem, se é assim, o evento, transformado por meio da linguagem em relato, é, a rigor, o que aqui se denomina como retórica material. O texto de lei, ou de qualquer outra fonte do direito, por sua vez, como sempre resulta do embate entre diferentes perspectivas de observação, aproxima-se do que aqui se chamou de retórica estratégica. A mesma que também se manifestará ao longo do processo, interferindo sobre a interpretação levada a efeito pelo magistrado, para dar um exemplo. E a doutrina jurídica, como esta que ora se produz através deste artigo científico, nada mais é do que a



• BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVEDO

tentativa de descrição isenta do fenômeno de produção da norma jurídica, e, por isso, manifestação do que aqui se cunhou como retórica analítica.

Mas também, no seio da doutrina jurídica, é possível notar o aflorar da retórica estratégica. Isso porque as doutrinas competem entre si em torno da melhor explicação para o que seria a norma jurídica. Exemplo disso são as mais variadas tentativas de descrever o que seria a norma jurídica ao longo da história pelos mais diferentes juristas. É exatamente a esse aspecto que as duas próximas seções irão se debruçar. Uma delas oferecendo a proposta de explicação sugerida por Hans Kelsen e que, segundo sua lição, a norma seria uma moldura. E a outra, por seu turno, trazendo à baila o ensinamento de Tercio Sampaio Ferraz Jr. acerca da matéria, ao sustentar que a norma jurídica é uma comunicação. É hora, então, de conhecer um pouco melhor a narrativa de Kelsen.

3. A norma jurídica como moldura – a hipótese de Hans Kelsen

É conhecida a metáfora de Nietzsche sobre o camelo, o leão e a criança para se referir aos três diferentes estágios da humanidade (Abrão, 1999, p. 411-414). Como o objetivo aqui não é se aprofundar no astuto raciocínio do filósofo alemão, a ideia é traçar, logo no início desta seção, uma analogia entre as três metáforas do filósofo do *Crepúsculo dos ídolos* e os três estereótipos de juizes existentes. O juiz de Hans Kelsen, confinado aos limites da moldura da norma jurídica, é o juiz camelo, porque observador obediente dos contornos da moldura. O juiz de Tercio Sampaio Ferraz Jr., inserido no contexto de uma comunicação pragmática e casuística, é o juiz leão, porque livre dos grilhões da moldura normativa. E, talvez, nos dias que correm, esteja brotando o juiz criança, cada vez mais ciente de suas fragilidades e do desafio que é decidir diante da complexidade crescente da sociedade e, por isso mesmo, tanto mais auxiliado ou substituível pela inteligência artificial.

Hans Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*, no oitavo capítulo, ao dissertar sobre a interpretação, discorrendo sobre o tema por ele denominado “[...] a essência da interpretação” (Kelsen, 1988, p. 389), anuncia a dicotomia interpretação autêntica e não autêntica. É no bojo desse binômio que ele dedica atenção ao “[...] direito a aplicar como moldura” (Kelsen, 1998, p. 390). E, ao fazê-lo, ele, imediatamente, põe em destaque a ideia de “dentro”, dentro da moldura, para, logo a seguir, anunciar uma outra informação relevante, qual seja, a de que “[...] há várias possibilidades de aplicação”



(Kelsen, 1998, p. 390). O que já permite perceber que a norma jurídica e a sua interpretação, para ele, estão indissociavelmente ligadas ao conceito de indeterminação. Uma palavra que, em si, parece conter as noções de vagueza e ambiguidade. Em outros termos, uma imprecisão seja quanto ao alcance (denotação) seja quanto ao sentido (conotação) da norma.

Mas Kelsen, antes de aprofundar o conceito de moldura, afirma que o sistema jurídico é escalonado e que, por isso, a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre a Constituição e a lei, ou a lei e a sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação. Nas palavras dele, “[...] a norma do escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior” (Kelsen, 1998, p. 388). Não satisfeito, complementa: “[...] a norma do escalão superior determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar” (Kelsen, 1998, p. 388).

Contudo, se no primeiro momento, ao observar o sistema jurídico como um ordenamento escalonado, Hans Kelsen faz referência à ideia de determinação, em um segundo momento, ele flexibiliza a assertiva. Isso porque, logo a seguir, o filósofo austríaco sustenta existir uma relativa indeterminação no ato de aplicação do direito. Diz ele: “[...] a determinação proveniente da norma do escalão superior nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) do ato através do qual é aplicada” (Kelsen, 1998, p. 388). Há sempre uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal maneira que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, “[...] o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (Kelsen, 1998, p. 388). Mesmo uma ordem a mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.

Nota-se, assim, um duplo sentido na própria expressão *moldura*. Por um lado, ela é compreendida como margem de indeterminação (semântica) sempre existente no sentido da norma jurídica e de sua aplicação. Por outro, traz também consigo o sentido de limite, de fronteira, daquilo que a norma do escalão inferior ou o ato de execução não pode deixar de observar em atenção à norma do escalão superior (sintática). Eis aqui, novamente, a ambiguidade da linguagem. Ora, se é assim, é possível notar que o termo *moldura* traz consigo, a um só tempo, estas duas noções: a de margem e a de limite, ou seja, a de indeterminação e a de determinação.

Em outras palavras, a metáfora da moldura pode ser observada a partir de duas dimensões diferentes. A primeira delas, a da semântica. Aquela que se destina a relação entre os significantes e os significados, ou, de outro modo, o elo entre as palavras e os seus sentidos. A outra dimensão é a da sintática. Ela que se refere à relação entre signifiicante e significado ou, em outros termos, entre sujeito e predicado tomando por base as prescrições da gramática. A partir daí, fica fácil concluir que, do ângulo da semântica, a moldura da norma jurídica é a margem de indeterminação, ao passo que, da perspectiva da sintática, ela significa a determinação do limite, a vinculação ao escalão, imediatamente, superior da pirâmide normativa.

É ciente dessas circunstâncias que Kelsen, uma vez apresentada a ideia de moldura, na sequência, se apressa a dizer que há, pelo menos, dois tipos de indeterminação: a intencional do ato de aplicação do direito e a não intencional do ato de aplicação do direito.

No que se refere à primeira indeterminação, a intencional do ato de aplicação do direito, o autor da *Teoria pura* afirma, categoricamente, que todo o ato jurídico em que “[...] o direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo direito e, em parte, indeterminado” (Kelsen, 1998, p. 388-389). A indeterminação pode dizer respeito tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, ou seja, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas.

Quanto à indeterminação não intencional do ato de aplicação do direito, é preciso realçar que a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui se tem em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra (vagueza e ambiguidade) ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis (Kelsen, 1998, p. 389).

Em todos esses casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado de maneira a corresponder a uma ou outra das

várias significações verbais da mesma norma, de modo a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. Por isso, segundo Kelsen, “[...] o direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura” (Kelsen, 1998, p. 390), que preencha essa moldura em qualquer sentido possível.

Diz Kelsen: “[...] se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar” (Kelsen, 1998, p. 390) e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve, assevera Kelsen (1998, p. 390-391), “[...] necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções” que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, “[...] se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente” (Kelsen, 1998, p. 390-391).

Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, segundo a lição de Kelsen, “[...] não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas” (Kelsen, 1998, p. 391) dentro da moldura da norma geral. Mas a jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher de forma ajustada a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação, diz Kelsen (1998, p. 391, “[...] quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) desta decisão é fundada na própria lei”.

A ciência do direito tradicional (notadamente, a Escola de Exegese) configura o processo dessa interpretação como se se tratasse tão somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão. Ela parte da premissa de que “[...] o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade” (Kelsen, 1998, p. 391). Ela ignora que a norma é uma moldura e, por isso, presume,

equivocadamente, que a interpretação é pura atividade de inteligência. Mas a interpretação sempre se vê diante de uma escolha, justamente porque a norma é uma moldura, resultando disso a relevância da vontade para o ato de interpretação e a impossibilidade de uma única solução correta. O juiz é um “[...] criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre” (Kelsen, 1998, p. 393). Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. Convém, então, que agora se faça o contraponto a esse entendimento a partir da doutrina de Tercio Sampaio Ferraz Jr., em especial, por meio de sua *Teoria da norma jurídica*. É o que se passa a fazer a seguir.

4. A norma jurídica como comunicação – a tese de Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Tercio Sampaio Ferraz Jr., em seu livro *Teoria da norma jurídica*, sofre grande influência da obra *Pragmática da comunicação humana*, escrita por Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson. E é a partir dessa circunstância que ele propõe que a norma jurídica seja compreendida como situação comunicativa ou, em outros termos, como comunicação. Para tanto, ele parte de duas premissas, são elas: a primeira, que toda comunicação tem um relato e um cometimento e, a segunda, que toda comunicação é necessária (Ferraz Jr., 1999, p. 47-53). A primeira significa que toda comunicação é constituída por dois elementos: uma mensagem e o tipo de relação que há entre os interlocutores. E a segunda, por sua vez, significa que, mesmo quando o interlocutor não quer se comunicar, ele comunica algo com o seu silêncio, donde se extrai que a comunicação é necessária (Watzlawick; Beavin; Jackson, 2007, p. 44-47).

O que move Tercio Sampaio Ferraz Jr. a propor uma concepção pragmática sobre a norma jurídica é a sua insatisfação em compreendê-la, exclusivamente, ou como um juízo lógico hipotético, como propôs inicialmente Hans Kelsen, ou em entendê-la como uma prescrição ou comando, como sustentou Jhering (Ferraz Jr., 1999, p. 36-39). E, no afã de construir uma proposta que possa conciliar as duas compreensões, ele sustenta que o cometimento da comunicação diz respeito à prescrição ou comando, enquanto o relato guarda relação com o juízo lógico hipotético. Dito isso, compreender a norma como uma situação comunicativa teria a vantagem de explicar melhor estas duas faces distintas, porém complementares, que a constitui.



Há, portanto, três modos básicos de compreender o que é a norma jurídica, a saber: a norma-proposição, a norma-prescrição e a norma-comunicação. O primeiro enfatiza o juízo lógico hipotético (se A, então deve ser S), o relato. O segundo prioriza o imperativo ou comando de uma vontade institucionalizada, o cometimento. E o terceiro coloca em destaque as diferentes situações estabelecidas entre as partes que se comunicam, o relato e o cometimento. Seja como for, em qualquer das três perspectivas, fácil é perceber que o conceito de norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica. E mais, que o conceito de comunicação lança seu holofote sobre a troca de mensagens entre os seres humanos e as relações mantidas entre eles: de subordinação ou de coordenação.

É possível dizer, assim, que o relato é a mensagem que emanamos, ao passo que o cometimento é a mensagem que emana de nós. Isso porque o relato é a mensagem em si e o cometimento é a mensagem sobre o tipo de relação que há entre os interlocutores (se de subordinação ou coordenação). O certo é que toda e qualquer comunicação sempre apresenta esses dois aspectos, e com a norma jurídica não é diferente. O que é de grande relevância, pois coloca em ênfase o aspecto pragmático da norma, em vez de acentuar seus recortes semânticos e sintáticos.

O interessante é perceber que a convivência social toma como ponto de partida a troca de mensagens entre os interlocutores, sendo, por isso, a comunicação o elemento básico do sistema social. Mas ela, a comunicação, por apresentar três características que lhe são peculiares, a saber, a complexidade,¹ a seletividade² e a contingência,³ inaugura expectativas que precisam ser, razoavelmente, estabilizadas. O que leva à constatação de dois diferentes tipos de expectativa: as cognitivas e as normativas. As últimas são mantidas, diferentemente das primeiras, mesmo quando não confirmadas pelas condutas. E é desse tipo de expectativa que se trata a norma jurídica, como sustenta Niklas Luhmann (2016, p. 96).

É a partir dessa compreensão pragmática sobre a norma jurídica que, em um segundo momento, Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2015, p. 151) afirma que o “[...] sistema do ordenamento jurídico, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não tem

1 Há sempre um número maior de possibilidades de sentido do que o que foi selecionado pelo interlocutor.

2 Diante das múltiplas possibilidades de sentido, para inaugurar uma comunicação, o interlocutor sempre se vê obrigado a selecionar uma delas.

3 A seleção de sentido feita pelo emissor da mensagem pode não ser correspondida ou compreendida pelo receptor, disso resultando uma frustração.

estrutura de pirâmide, mas estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de coesão”. É dizer que, a partir da tese pragmática de que a norma jurídica é uma comunicação, dotada de relato e cometimento, o autor infere que o sistema jurídico não é mais dotado, como queria Kelsen, por exemplo, de uma única unidade hierárquica – a norma fundamental. Nasce, assim, o entendimento de que o sistema do ordenamento jurídico tem, na verdade, estrutura circular.

Para demonstrar seu raciocínio, logo a seguir, ele lança mão de um exemplo bem ilustrativo e representativo. Diz ele, “[...] o Supremo Tribunal Federal recebe do *poder constituinte originário* sua competência para determinar em última instância o sentido normativo das normas constitucionais” (Ferraz Jr., 2015, p. 151). Desse modo, prossegue o autor, “[...] seus acórdãos são válidos, com base em uma norma constitucional de competência, configurando uma subordinação do STF ao *poder constituinte originário*” (Ferraz Jr., 2015, p. 151, grifo nosso. No entanto, arremata, como o STF pode determinar o

[...] sentido de validade de sua própria norma que lhe dá aquela competência, de certo modo, a validade da norma constitucional de competência do STF também depende de seus acórdãos (norma), configurando uma subordinação do poder constituinte originário do STF (Ferraz Jr., 2015, p. 151).

Inaugura-se, desse modo, uma reviravolta na noção de norma jurídica e, por consequência, na do sistema do ordenamento jurídico. Se, antes, a partir de uma perspectiva sintática e semântica, a norma era uma moldura do ponto de vista funcional e um juízo lógico hipotético quando observada a partir do ângulo estrutural, agora, quando observada a partir do olhar pragmático, ela é comunicação e o sistema do ordenamento jurídico tem estrutura circular. Essa circunstância tem diversos impactos, mas talvez o mais relevante seja a mudança radical no papel dos tribunais. Se antes, com o juiz de Kelsen, já não existia uma única possibilidade de resposta correta quando da interpretação, agora, esse debate parece ter perdido todo sentido. Se antes havia uma única norma fundamental a garantir a unidade do sistema do ordenamento jurídico, agora, sustenta Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2015, p. 153), há muitas e múltiplas normas fundamentais reguladas por uma regra de calibração.

Essa expressão nasce no ventre da Cibernética (Cube, 1967, p. 23). Trata-se de regra que se destina a regular ou ajustar o funcionamento de um sistema. O que, por si só,



mais uma vez, parece anunciar a supremacia da função sobre a estrutura. Em outras palavras, é como se Tercio Sampaio Ferraz Jr. estivesse, nas entrelinhas, nos dizendo: a sociedade está mudando, está cada vez mais dinâmica e, por isso, é preciso compreender a norma e o sistema jurídicos de modo pragmático, privilegiando a função, sob pena de a teoria do Direito se tornar obsoleta. E é isso que o leva a explicar o famoso exemplo sobre a geladeira, uma clara e elucidativa metáfora sobre o sistema do ordenamento jurídico. Através dela, o professor esclarece que o termostato “compara” o valor do dever-ser com o valor do ser (Ferraz Jr., 2015, p. 153). Em outras palavras, a regra de calibração ajusta o funcionamento do sistema jurídico e da produção de normas jurídicas à demanda proveniente do ambiente social.

Não é difícil concluir, a partir desse cenário, que uma revolução na Teoria do Direito estava em curso. A teoria das fontes do Direito deixava de ser protagonizada pela ideia de lei e do seu sujeito, o legislador, para, pouco a pouco, ceder espaço à noção de precedente e do seu sujeito, os tribunais. A teoria da interpretação deixava de ser compreendida a partir de métodos, como em Savigny, para ser lida a partir da pré-compreensão do intérprete autorizado, o juiz, principalmente. A norma jurídica deixava de ser moldura ou juízo lógico hipotético, para se transformar em comunicação. O sistema do ordenamento jurídico deixava de ter a estrutura de pirâmide e uma única norma fundamental, para se apresentar de forma circular e possuir muitas e diferentes normas fundamentais. Mas como a mudança é a única constante na equação da convivência social, não tardaria muito para outras transformações serem anunciadas.

5. O réquiem da norma jurídica e a aurora da microinstrução

Toda tese é negada por uma antítese, que é, por sua vez, negada pela antítese da antítese, foi o que disse Hegel (1997, p. 19-26). Tomando esse raciocínio sobre a evolução histórica como premissa provisória de partida, é fácil inferir que a norma jurídica compreendida como comunicação aos olhos da pragmática da linguagem daria ensejo a alguma reação. Só não se poderia imaginar é que ela chegaria de modo tão rápido e de forma tão drástica impulsionada pelas inovações tecnológicas, em especial, pela tríade que domina o noticiário dos dias atuais, a saber: a inteligência artificial, os algoritmos e a internet. Palavras que parecem novas no vocabulário cultural, mas que já estavam no ar há algum tempo, pelo menos a partir de 1945, como assinalam as pesquisas de



Alan Turing. E que parecem confirmar, na prática, a tese de Joseph Schumpeter, na seara da Economia, de que por detrás de cada ciclo de evolução social há, anteriormente, uma inovação tecnológica que o viabiliza e que, como sustenta Thomas Vesting (2015, p. 293-318), implica, por sua vez, um novo ciclo de evolução do Direito. É o que o professor na Goethe-Universität Frankfurt am Main denomina, por meio de um neologismo, como “avanços pré-adaptativos”.

Se a língua verbal deu ensejo à formação dos costumes, a palavra escrita e o alfabeto deram à construção da ideia de lei, a máquina de imprensa, ao surgimento do livro e, a partir dele, à noção de código, é possível imaginar que a inteligência artificial e a internet provocarão uma grande revolução na Teoria do Direito (Vesting, 2015, p. 302-318). Ela pode ser, em tese, tão avassaladora a ponto de pôr um fim no Direito, essa “[...] anomalia europeia, que, com a evolução da sociedade mundial, tem paulatinamente perdido a força” (Luhmann, 2016, p. 791). Mas pode também, em vez de dar um fim no Direito, provocar uma drástica transformação em sua Teoria e em seus conceitos básicos, como, por exemplo, o de norma jurídica. É exatamente aqui, neste momento, que surge o conceito de instrução ou de microinstrução sobre o qual dissertam Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Guilherme Roman Borges (2020, p. 182).

Para entender melhor esse cenário de tendências, é preciso recuar um passo para vislumbrar melhor o porvir. Nesse sentido, convém lembrar que ao longo do século XX muitas foram as teorias que tentaram explicar o que é a norma jurídica, são elas: a) a teoria do mandato ou estatalista (Francesco Carnelutti) – a norma jurídica obriga porque é uma disposição que emana do Estado; b) a teoria do conteúdo valorativo (Luiz Recasens Siches) – a norma jurídica obriga porque contém um valor; c) a teoria coacionista (Hans Kelsen) – a norma pressupõe coercibilidade ou coação; d) a teoria imperativista (August Thon e Jhering) – a norma é comando ou imperativo (a teoria prevalecente); e e) a teoria mista (Giorgio Del Vecchio) – a norma jurídica é tanto imperativo quanto disposição estatal (Ferraz Jr. e Borges, 2020, p. 169).

Estaria esgotado esse modo de pensar o Direito? A resposta a essa pergunta está diretamente ligada ao ativismo judicial e a suas consequências. Isso porque, talvez, seja justo ele, em grande medida, que tenha esgotado a leitura do *direito como norma* (Ferraz Jr. e Borges, 2020, p. 172). A uma, por ter, pouco a pouco, fragilizado a coerência e a uniformidade do sistema jurídico. A duas, por ter, gradativamente, ajudado a soerguer um sistema jurídico com estrutura de rede. E a três, por ter desencadeado como reação a busca por alternativas tecnológicas que pudessem de algum modo limitar a discricionariedade



dos tribunais durante a interpretação. Eis o elemento catalisador do uso da inteligência artificial, dos algoritmos e do *big data* no contexto do sistema jurídico.

A internet inaugura, assim, a lógica do hipertexto. O hipertexto livra o sentido do discurso da forma de “livro” e da autoridade do autor. Ele desconstrói a escrita linear e a sugestão dela de que as ideias são organizadas de modo homogêneo, pois torna explícita a coexistência de diversas estruturas. Inaugura-se, desse modo, a comunicação em rede. Na verdade, nem mesmo em rede, mas formas de *nós em expansão*, para todos os lados (Ferraz Jr.; Borges, 2020, p. 178). Com isso, o texto argumentativo em sua estrutura linear espacial, vertical/horizontal (autor, enunciado, argumentos e conclusão) se vê substituído por um processamento sobrelinear, organizado de modo temporal, não cronológico (diacronia), mas por operações sincréticas (sincronia). Em termos de argumentação, exige-se uma forma mais complexa de organização, um modelo acêntrico, heterárquico, capaz de conjugar decisões a partir de *standards* que ele mesmo produz (Ferraz Jr.; Borges, 2020, p. 178).

Em outras palavras, um modelo de sistema jurídico nem escatológico nem em rede, nômade, pois capaz de produzir diferenças assimétricas e inesperadas, dividindo e abrindo, sendo possível diferenciar e sintetizar ao mesmo tempo. Com isso, a decisão jurídica, no seio do ativismo judicial, ganha um destaque especial, pois se libera efetivamente de um todo pré-constituído (um sistema hierárquico e piramidal e um modelo de norma como moldura). Em lugar do *poder de decidir*, ela se mostra como uma *decisão de poder* (não um decido porque posso, mas um posso porque decido), que está registrada em uma ordem acêntrica e heterárquica de possibilitar a abertura para o novo, para o desconhecido (Ferraz Jr.; Borges, 2020, p. 179).

Esse conjunto de circunstâncias conduz a superação do *direito como norma* por um *direito como instrução*. O direito como norma perde a sua autoridade e passa a ser desconfirmado e desautorizado cotidianamente por diversos motivos: decisões solipistas, hipertextualidade normativa e colonialidade normativa. Enfim, três razões ao menos consideráveis, cujas lógicas apontam para a desconfiguração do direito gravado pela normatividade (Ferraz Jr.; Borges, 2020, p. 179).

A lógica do hipertexto, imposta pela e a partir da internet, se apresenta como heterogênea, múltipla, exterior, distante em sua topologia e móvel. Heterogênea, porque reúne informações de fontes diversas e em formatos distintos. Múltipla, porque suas informações se ramificam indistintamente a partir de outros nós informacionais e em outros informacionais. Exterior, porque aos comentários normativos, a partir de fora,



textos e imagens são agregados constantemente. Distante em sua topologia, porque aproxima e distancia o curso dos acontecimentos, funciona, em si mesmo, como um espaço. E móvel, porque desterritorializa e descentraliza as relações e a produção normativa (Ferraz Jr.; Borges, 2020, p. 180).

A norma deixa de ser norma e passa a ser mais uma das tantas instruções contemporâneas na vida, como um manual, que auxilia, que não passa de uma “variável”, relevante de fato, mas uma variável a ser considerada no pensamento, na escolha, na decisão e no agir. Em um mundo virtual, tecnológico, digital, enfim, cuja essência é a comunicação, o homem se dilui e o direito passa a ser um “manual de instruções” que ele precisa ter para sobreviver. Na erosão dos direitos e em um Estado que perde sua força e ossatura, as ideias de sistema, de pirâmide normativa e cadeia de validação se esfacelam; o que fratura a própria essência do direito, do “direito como norma”, sob o qual todo o direito moderno se ergueu, e que se tornou obsoleta rapidamente. As regras privadas, particularizadas, setorizadas e técnicas tornam-se, a cada instante, mais confiáveis, úteis e eficientes, sobrepondo-se e sendo preferível em termos de regramento às normas estatais (Ferraz Jr. e Borges, 2020, p. 181).

A ideia de “instrução”, que agora ocupa o lugar da norma, está calcada basicamente em duas grandes questões: a) a superação de duas qualidades essenciais do direito – a “generalidade” e a “igualdade” entre os cidadãos; e b) a superação argumentativa dos lugares comuns (*topoi*) do direito moderno (Ferraz Jr. e Borges, 2020, p. 181). Disso resulta um direito que opera por meio de *microdiretivas*, por *microinstruções* (outro nome para algoritmos) que se dirigem a cada um e para cada situação. E que se sobrepõem não apenas ao conceito clássico de regra, mas também à noção de princípio (Casey e Niblett, 2017, p. 1401-1447). O que, por sua vez, como ensina Vilen Flusser (2014, p. 246-256), decorre do processo de migração dos “teóricos da catedral ou do mosteiro para os estudiosos da oficina”. Circunstância explicada quando se observa a transição “da tipografia ao digital” ou, em outros termos, “das letras aos números” (Campos, 2022, p. 320). Por isso, a lógica da norma, baseada no acoplamento fixo “Se, então”, é substituída pela lógica da microinstrução ou do algoritmo, lastreada no acoplamento flexível “Se, tende a ser” (Campos, 2022, p. 319).

Isso é especialmente verdadeiro porque a semântica do direito moderno se lastreia na determinação da orientação da conduta humana e institucional através da programação por meio de normas e princípios gerais e abstratos. Contudo, a epistemologia social do mundo digital inaugurada pela internet tem uma dinâmica que lhe é inerente,



a qual é dispersa, caracterizada por sua abordagem *ad hoc*, personalizada, experimental e fundada em padrões (Campos, 2022, p. 320). Em outras palavras, no lugar da norma jurídica, os algoritmos.

Essa gradativa e progressiva substituição se dá, essencialmente, por duas razões. A primeira, por conta da inovação tecnológica que tornou possível a internet e, por consequência, um arquivo gigantesco de informações utilizadas pelos algoritmos, os quais traçam, de modo cada vez mais adequado, os padrões de comportamento e preferências dos indivíduos. E a segunda, em razão da drástica reformulação da lógica do tempo, mais e mais acelerada (Rosa, 2019, p. 27-42), o que também foi provocado pela internet, uma vez que ela inaugura o tempo da instantaneidade (*on-line*), o qual termina por educar a sociedade a partir da ansiedade. Tudo se torna urgente.

Nesse cenário de circunstâncias, a sanção que antes regulava o comportamento perde espaço. Isso porque o tempo *on-line* impõe ao Direito um processo de hibridização. Em outras palavras, o direito é, agora, cada vez mais atravessado por outras searas do conhecimento, inclusive, pelas contribuições da cibernética (Wiener, 1993, p. 184-189). Isso, por sua vez, torna possível a substituição da sanção pela modelagem instantânea da conduta. Ou seja, a conduta deixa de ser controlada por uma ameaça de castigo ou por uma promessa de vantagem, para ser monitorada em tempo real por uma infraestrutura de protocolos de rede, mecanismos digitais de autoexecução, a partir da coleta e processamento de dados pessoais (Campos, 2022, p. 323).

Em linha de harmonia com esse contexto, o mundo do século XXI assiste o advento do *homo ludens* e o triunfo das figuras imagéticas. No lugar do homem que trabalha (*homo laborans*), o homem que se entretém e que se dedica a entreter, horas a fio, em frente a uma tela. No lugar do indivíduo que se informa a partir da escrita e do texto, o expectador que assiste ao vídeo e observa fotografias. “O ser humano não é mais uma *persona* de ações concretas, mas sim um *performer* (*ludens*), que não *age*, mas *digita*. O que lhe resta das mãos são apenas os dedos, com os quais tange o teclado” (Ferraz Jr., 2014, p. 75). O *homo ludens*, sobre o qual fala Tercio Sampaio Ferraz Jr., é denominado por outros autores *homo digitalis* (Vesting, 2022, p. 267).

Em meio à substituição do conceito de norma pelo de microinstrução, assiste-se a uma profunda transformação da subjetividade jurídica. Ela agora se torna ecotecnológica (Vesting, 2022, p. 322). O que implica dizer que, agora, na sociedade das redes, não apenas os seres humanos são sujeitos criadores de conteúdo cultural, mas também a inteligência artificial. E, sendo assim, o que se denomina como sujeito de direito e como

ambiente cultural não é mais produto exclusivo da inteligência humana. Logo, o *homo digitalis* é o “[...] sujeito que aprende como nenhum outro antes dele com o ambiente tecnológico inteligível, que ele mesmo ajuda a projetar e por cuja realização econômica é corresponsável, mas cuja evolução não consegue prever nem antecipar” (Vesting, 2022, p. 315).

É no seio desse turbilhão de novidades que o tema da automatização da decisão judicial ganha destaque. Sob o pretexto de um incremento de segurança jurídica e de previsibilidade nas decisões judiciais, diante do incômodo provocado pelo ativismo judicial, inovações tecnológicas e melhoramentos constantes na inteligência artificial e em seus algoritmos prometem, nos próximos anos, diminuir a margem de discricionariedade dos tribunais. Mas a tarefa não é nada fácil. Enquanto a inteligência artificial se vale de uma lógica binária, do tipo “sim ou não”, o raciocínio humano, em especial o jurídico, parece se valer de uma “lógica dispersa” (*fuzzy logic*) ou imprevisível, que inclui o “mais ou menos” (Schneider, 2015, p. 578-579). Eis o desafio que se avizinha.

6. Conclusão

Diante do exposto, é possível perceber que, movido pelas inovações tecnológicas e o impacto que estas exercem sobre a evolução social e a dinâmica do tempo, o Direito, o seu conceito de norma jurídica e a figura do magistrado estão passando por uma reformulação radical. E, o mais interessante, tudo isso em menos de dois séculos. Saímos do juiz “camelo” e a sua norma moldura, passamos para o juiz “leão” e a sua norma comunicação e chegamos ao juiz “criança” e a microinstrução, para voltar à metáfora de Nietzsche. E em meio ao avanço dos algoritmos e da inteligência artificial, discute-se até se o direito continuará a existir, se a democracia (Fisher, 2023, p. 355-366) conseguirá suportar e até onde vai o poder das *big techs*, mas esses são problemas para uma próxima pesquisa.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, B. S. *História da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ADEODATO, J. M. *Introdução ao estudo do direito: retórica realista, argumentação e erística*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ADEODATO, J. Mo. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014.



ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

BLUMENBERG, H. *Las realidades en que vivimos*. Traducción: Pedro Madrigal. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999.

CAMPOS, R. *Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

CASEY, A. J.; NIBLETT, A. The death of rules and standards. *Indiana Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 1401-1447, 2017.

CUBE, F. von. *Was ist Kybernetik*. Bremen: DTV, 1967.

FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR., T. S. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERRAZ JR., T. S. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.

FERRAZ JR., T. S.; BORGES, G. R. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2020.

FISHER, M. *A máquina do caos: como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo*. Tradução: Érico Assis. São Paulo: Todavia, 2023.

FLUSSER, V. *Comunicologia: reflexões sobre o futuro*. Tradução Tereza Maria Souza de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FREUD, S. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Tradução Jayme Salomão. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

GEHLEN, A. *Moral e hipermoral: uma ética pluralista*. Tradução Margit Martincic. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

LADEUR, K.-H. A transformação da semântica jurídica na sociedade pós-moderna a partir da “subsunção” de casos ao “equilíbrio” e uma semântica de redes. In: FORTES, P.; CAMPOS, R.; BARBOSA, S. *Teorias contemporâneas do direito: o Direito e as incertezas normativas*. Curitiba: Juruá, 2016.

LUHMANN, N. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

NIETZSCHE, F. *Da retórica*. Tradução Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995.

ROSA, H. *Aceleração: a transformação das estruturas temporais na modernidade*. Tradução Rafael H. Silveira. São Paulo: Editora Unesp, 2019.



• BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVEDO

SCHLIEFFEN, K. von. *Iluminismo retórico: contribuições para uma teoria retórica do direito*. Tradução João Maurício Adeodato. Curitiba: Alteridade, 2022.

SCHNEIDER, J. Processamento eletrônico de dados: informática jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3. ed. Tradução Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

TEUBNER, G. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

VESTING, T. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.

VESTING, T. *Gentleman, gestor, homo digitalis: a transformação da subjetividade jurídica na modernidade*. Tradução Ricardo Campos e Gercélia Mendes. São Paulo: Contracorrente, 2022.

VILANOVA, L. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1977.

WATZLAWICK, P.; BEAVIN, J. H.; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2007.

WIENER, N. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1993.

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo

Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da UFBA. Pós-doutorado em Direito na Faculdade de Direito de Vitória - Espírito Santo, sob a orientação do professor livre-docente João Maurício Leitão Adeodato. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA (Universidade Federal da Bahia). Mestre em Direito Público pela UFBA (Universidade Federal da Bahia). Pós-Graduado *Lato Sensu* em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Analista Previdenciário lotado na AGU. Professor Associado, nível 1, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Autor de obras nas searas da Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Sociologia do Direito e Processo Penal.

Universidade Federal da Bahia

Salvador, BA, Brasil

E-mail: bernardomontalvao@hotmail.com

Equipe editorial

Editor Acadêmico Felipe Chiarello de Souza Pinto

Editor Executivo Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

Produção editorial

Coordenação Editorial Andréia Ferreira Cominetti

Preparação de texto Mônica de Aguiar Rocha

Diagramação Libro Comunicação

Revisão Vera Ayres

Estagiária editorial Isabelle Callegari Lopes

