

ERA UMA VEZ A IDEIA DE NORMA JURÍDICA: SUA EVOLUÇÃO, CONSOLIDAÇÃO E CRISE NOS TEMPOS DO *GENTLEMAN*, GESTOR E *HOMO* *DIGITALIS*

João Gabriel Castello Branco Valadares¹

Prof. Dr. Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo²

Resumo: O presente artigo se propõe a examinar a adaptação da teoria da norma jurídica às especificidades de cada estágio do curso civilizatório, num recorte que relaciona esse processo ao surgimento, hegemonia e decadência dos tipos ideais do *gentleman*, gestor e *homo digitalis*, perquirindo a respeito da influência que essas personificações dos sujeitos capitalistas possuem na mutação das concepções de norma. Parte-se da análise das características do contexto social que serviu de base para a instituição da subjetividade burguesa no ocidente e as soluções que o contexto de protagonismo de cada tipo ideal demandava da teoria da norma e a sua aptidão para atendê-las. Para tal, é feito um estudo da teoria da cultura, sob a perspectiva de Thomas Vesting, dialogando com as ideias de Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Guilherme Roman Borges.

Palavras-chave: Teoria da norma, Filosofia do Direito, Teoria da cultura, Sociologia, Teoria do Direito.

Abstract: This article aims to examine the adaptation of the theory of legal norm to the specificities of each stage of civilization, in a framework that relates this process to the emergence, hegemony, and decline of the ideal types of the gentleman, gestor, and homo digitalis. The article seeks to inquire about the influence that these personifications of capitalist subjects have on the mutation of norm conceptions. The analysis starts by examining the characteristics of the social context that served as the basis for the establishment of bourgeois subjectivity in the Western civilization, as well as the solutions that the context of each ideal type's protagonism demanded from the theory of norm and its ability to meet them. To do so, a study of cultural theory is conducted, from the perspective of Thomas Vesting, in a dialogue with the ideas of Tércio Sampaio Ferraz Jr. and Guilherme Roman Borges.

Keywords: Norm theory, Legal philosophy, Culture theory, Sociology, Teoria do Direito.

¹ Bacharel em Engenharia de Produção pela Universidade Salvador (UNIFACS) e graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

² Professor Associado, nível I, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Doutor e Mestre em Direito pela UFBA, Analista do Seguro Social - INSS.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo de cada grande marco do curso civilizatório, o Direito e sua epistemologia estiveram em simbiose com as transformações sofridas pelo mundo material, devido a sua marcante característica de ser uma tecnologia voltada para a pacificação e estabilização social.

Nesse ínterim, ante às aceleradas e profundas mudanças que a sociedade enfrenta, em decorrência dos efeitos provocados pela Era da Tecnologia da Informação, cabe examinar se a concepção do Direito enquanto norma posta, paradigma alcançado na transição da Idade Moderna para a Contemporânea, ainda se mostra adequada.

Nesse contexto, pressupõe-se a obsolescência dessa concepção — direito enquanto norma posta — na regulamentação de condutas na atualidade, pois há uma relevante inefetividade desse modelo na decidibilidade dos conflitos sociais, o que acaba gerando um ambiente propício para as sucessivas e múltiplas crises das instituições.

Isso se colocaria, em tese, em decorrência da incapacidade de adaptação da referida concepção ao dinamismo do estágio civilizatório atual e, conseqüentemente, do exercício de sua função estabilizadora da sociedade. Por isso, para remediá-la, propõe-se o vislumbre de uma transição do modelo tradicional — direito como norma posta — para um paradigma de “um direito como instrução” (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 186).

A ausência de eficácia das normas é percebida, com maior evidência, ao observar a dinâmica do meio digital. Nesse sentido, crimes como calúnia, difamação e injúria são praticados diuturnamente, por exemplo, em manifesto testemunho da deficiência de seu caráter de prevenção geral, pois os sujeitos que delinquem têm certeza que estão fora do alcance das sanções previstas. Assim, a incapacidade de punir condutas praticadas nessas condições faz com que os indivíduos dessa sociedade, cada vez mais imersa na rede, acolham seus ímpetos socialmente desviantes, promovendo um estado de anarquia *on-line*.

Essa dinâmica, cabe pontuar, se dá num confronto entre Poder Instituinte e Constituinte, em que este é a ordem jurídica positivada, enquanto aquele corresponde às tradições, como a língua, os costumes, as ideias, os instintos inatos à natureza humana, elementos esses cuja “essência fogem a toda e qualquer legislação” (Vesting, 2022, p. 43).

Desse modo, o comportamento institucionalizado na sociedade humana ocidental, atualmente, sobretudo na internet, por exemplo, em que esse processo já se estabeleceu de modo mais sólido, descolou-se do plano normativo, visto que este se mostra inapto a regulamentar e inibir a prática de condutas desviantes.

Diante do panorama *supra* delineado, a finalidade principal deste artigo é demonstrar a evolução da ideia de norma ao longo do curso civilizatório, a partir da iminência da revolução industrial, relacionando-a com os tipos ideais de *gentleman*, gestor e *homo digitalis*, cunhados por Thomas Vesting (2022).

Especificamente, tratar-se-á do surgimento do conceito de norma e sua relação com o tipo ideal do *gentleman*, será exposto como o conceito de norma se consolidou com a fase do capitalismo gestorial e, por fim, será sustentado que o conceito de norma será superado em decorrência da influência que a Era da Tecnologia da Informação irá promover na epistemologia do Direito.

Por fim, vale ressaltar que o recorte do presente trabalho diz respeito apenas à espécie de enunciado jurídico “lei”, compreendida por Vesting (2015, p. 58) como as normas “que podem ser atribuídas a atos do poder legislativo político ou cuja validade é intermediada por ele [...]”.

Para oferecer uma ótica a respeito do futuro da teoria da norma, analisar-se-á a evolução de sua concepção, relacionando esse curso com os tipos ideais do *gentleman*, gestor e *homo digitalis*, personificações que representam os paradigmas do homem capitalista ocidental, e a influência que os seus modos de vida e o seu contexto social gera no objeto de estudo do presente trabalho.

2 A INFLUÊNCIA DAS INSTITUIÇÕES NA EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO E O PAPEL DA SUBJETIVIDADE BURGUESA NESSE PROCESSO

Valendo-se de uma analogia, Bobbio (2016, p. 26) concebe a história de cada civilização como um curso d’água represado, em que o obstáculo ao avançar natural do rio são as normas de conduta e o líquido represado são as paixões e insensatezes humanas da época. Estas, por sua vez, demandam a imposição do referido limite para que, só assim, seja possível a convivência coletiva de modo sustentável.

Dessa forma, ao longo do curso histórico, os grupos humanos, mesmo em sociedades primitivas, sempre possuíram regramentos para promover a ordenação das condutas de seus integrantes, mantendo, assim, a harmonia entre os indivíduos e a coesão social (Ferraz Jr., 2023, p. 30).

O aumento do grau de sofisticação desses grupamentos humanos, com o surgimento das sociedades e o avançar do progresso civilizatório, fez com que o Direito sofresse mutações e fosse incrementado por novas técnicas, visando a atender as demandas por soluções para as necessidades dos ocupantes do poder ou de outras facções sociais e para a manutenção da coesão social.

A esse respeito, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2023, p. 58) afirma que “em sua transformação histórica, o saber jurídico foi tendo alterado o seu estatuto teórico”, passando “de saber eminentemente ético, nos termos da prudência romana”, para alcançar “as formas próximas do que se poderia chamar de saber tecnológico”, processo iniciado na Idade Média com a incorporação do caráter dogmático.

Nesta fase do processo civilizatório, a dogmaticidade da Teologia praticada pela Igreja Católica, voltada à orientação da ação e à ideia do certo e do justo, influenciou fortemente o âmbito jurídico, que incorporou esses elementos (Ferraz Jr., 2023, p. 38-41). Tais qualidades serviram ao contexto político da época, que demandava a instrumentalização do Direito como um meio de exercício de poder pela Igreja, como também pelas monarquias, ante a necessidade política e socioeconômica, no caso dos príncipes, de construir os Estados soberanos.

Isso passou a ser possível na medida em que essas características serviram à gradual tecnicização do direito, que iniciou o distanciamento de uma ciência da *práxis* rumo a uma concepção enquanto instrumento que passou a exercer força sobre o contexto social, eventualmente manipulando-o (Ferraz Jr., 2023, p. 59).

Por sua vez, na zona de transição para a Idade Moderna, iniciou-se um processo de secularização promovido pela revolução intelectual que varreu a Europa. Nesse processo, a centralidade do homem no mundo e a proeminência que a “vontade” adquiriu fez com que a mera reprodução da tradição, costume outrora predominante, fosse substituída por um *modus operandi* de construção da realidade por parte dos sujeitos, a partir do que Vesting (2022, p. 105) chama de “postura técnica”.

A consolidação dessa postura técnica na Idade Moderna, como o autor coloca, alinha-se precisamente com a instrumentalização do direito previamente citadas de Ferraz Jr., ao passo que a ciência jurídica serviu aos propósitos dos príncipes na concentração de poder político que culminou no advento dos Estados modernos.

Esse exemplo caracteriza, de modo cristalino, a postura técnica que o homem passou a ter já na fase de transição entre o medievo e a modernidade, ao valer-se do

âmbito jurídico como instrumento de conformação da sociedade.

A referida postura técnica, já institucionalizada na sociedade da época, em conjunto com o domínio de opiniões não mais embasadas em verdades religiosas absolutas, mas sim a partir do conhecimento experimental de seu entorno, ante ao surgimento de uma cultura de sociabilidade, fez com que começasse a surgir a subjetividade burguesa.

Esse contexto iniciou-se a partir da conduta do *gentleman*, que já em seus primórdios, desenvolveu um constante exame de si mesmo, tendo como modelo os seus pares. A disseminação desses valores e a sua incorporação por parte dos indivíduos, nesse ambiente de autorreferenciação, gradualmente, levou a instituição da subjetividade jurídica burguesa e dos direitos naturais de base racional, denominados por Vesting (2022, p. 130) de “inatos”.

Essa subjetividade jurídica burguesa, com todas as características acima elencadas, ao difundir-se na Europa, abalou as instituições que sustentavam o princípio nobiliárquico de poder, alicerces das monarquias absolutistas daquele continente.

Nesse sentido, a ideologia jusnaturalista, em decorrência da mudança nas instituições sociais, teve seu fundamento de validade transferido da teologia cristã para a razão, fazendo com que a concepção de justo e injusto viesse a ser pautada juridicamente pelo Estado, primeiro pelas mãos do monarca, mas depois, por intermédio da “vontade geral”, de Rousseau (Machado Neto, 1988, p. 17).

Assim, conforme as instituições incorporavam os elementos da subjetividade burguesa, gradualmente se percebeu a perda de legitimidade da Igreja e das monarquias absolutistas, que logo tiveram seu poder político acometido pela forte crise que antecedeu o irrompimento da Revolução Francesa.

Em suma, nesse panorama, em que houve a libertação do homem da ideia de impossibilidade de modificação do mundo com base em sua vontade, aliada à herança do ideal de trabalho oriunda da doutrina calvinista, como também os elementos sociabilidade comercial e a liberdade individual, formou-se a base para o desenvolvimento da cultura burguesa na Idade Moderna.

Em outras palavras, o modo de viver, de pensar e os anseios, nos termos característicos do *gentleman*, penetraram na subjetividade dos indivíduos, criando as bases para o momento de ruptura cujo marco econômico é a Revolução Industrial, o marco histórico a Revolução Francesa e o jurídico com o direito enquanto norma

posta.

2.1 O TIPO IDEAL DO *GENTLEMAN*

A mudança de paradigma compreendida na já mencionada “postura técnica” — um dos principais elementos que compõem a subjetividade burguesa —, adveio da mudança de percepção a respeito dos saberes.

Nesse sentido, a produção de conhecimento, anteriormente empreendida de modo contemplativo e, em parte, desprezioso, passou a ter um caráter finalístico, visando a melhoria das condições materiais de vida (Vesting, 2022, p. 145). De igual modo, ao perseguir essa finalidade, a curiosidade, anteriormente encarada como pecado, passou a ser percebida como virtude, atendendo ao anseio *supra* delineado.

Inclusive, Vesting (2022, p. 146) aponta que, na Inglaterra, esse processo foi facilitado e obteve um pioneiro êxito devido a características do puritanismo, como a fé experimental e a inocência, que o autor reputa como elementos que contribuíram para “tornar o trabalho intelectual e artesanal produtivo”.

A postura questionadora, empirista, finalística e de certa humildade e inocência na produção de conhecimento culminou na “*culture of curiosity*”, disseminada em decorrência do hábito, incorporado pelo *gentleman*, de expor suas façanhas e esse modo de vida para seus pares, primeiramente nas cafeterias e, posteriormente, quando atingido grau maior de institucionalização desses elementos, nas sociedades intelectuais, como, por exemplo, a *Royal Society* londrina (Vesting, 2022, p. 146-147).

Esse panorama, para o autor, teve suma importância para institucionalizar um sistema de crenças, em que “a cultura fornece um senso de direção, uma rede de convicções, valores, preferências e expectativas que podem influenciar o comportamento dos indivíduos e são compartilhados em grupos sociais” (Vesting, 2022, p. 149).

A instituição dessa subjetividade burguesa — e conseqüentemente a subjetividade jurídica burguesa —, ao revalorizar o indivíduo como sujeito criador e propagador de conhecimentos, conforme acima exposto, criou as bases para a disseminação de ideais como a liberdade política e o papel do *gentleman* como ator político capaz de influenciar a sociedade.

Ademais, o ambiente de efervescência industrial com a crescente demanda por estabelecimento de novas e intensas relações comerciais para destinar a oferta dos

produtos ingleses manufaturados, em conjunto, é claro, de ideais religiosos preexistentes, como os do calvinismo, estabeleceu o subtipo do *gentleman-tradesman*.

Essa prática comercial, que era extremamente bem vista, ao contrário do juízo de valor a esse respeito feito na Europa Continental, fez com que o ideal de igualdade formal se fortalecesse, em virtude da flexibilização dos outrora rígidos estamentos sociais, promovendo, assim, os ideais individualistas burgueses (Vesting, 2022, p. 155).

Descrevendo, em suma, as características do tipo ideal *gentleman*, estes seriam adjetivados como sociáveis, honestos, amistosos, corteses, e confiáveis, qualidades indispensáveis para o estabelecimento de uma cultura de difusão do conhecimento técnico, que culminou no aprimoramento tecnológico necessário para o irrompimento da Revolução Industrial, que por sua vez demandou o incremento da prática comercial.

Tais características são fundamentais para o progresso percebido nessa época, pois, conforme enuncia Vesting (2022, p. 157), “investimentos e parcerias entre diferentes setores conseguem prosperar de forma especialmente importante se as partes envolvidas puderem partir do princípio que todos irão se comportar como *gentleman* e poderão confiar uns nos outros”.

A esse respeito, Mises (2010, p. 54) afirma que

[...] não é a guerra, mas a paz, a geradora de todas as coisas. O que capacita a humanidade a progredir e distingue os homens dos animais é, tão somente, a cooperação social. Só o trabalho constrói: cria riquezas e, por meio delas, deita os fundamentos externos para o crescimento interior do homem. A guerra apenas destrói: não pode criar.

Embora o renomado autor austríaco esteja se referindo à paz entre países, tal máxima pode ser transportada para o âmbito individual. Nesse sentido, da mesma forma que a beligerância entre nações atrapalha o desenvolvimento dos negócios, um comportamento conflituoso entre seus pares faria com que o *gentleman* não desenvolvesse a mesma riqueza que conseguiu.

Por tais razões, suas características de sociabilidade, igualdade formal e tolerância com os demais proporcionaram um ambiente de cooperação social em que a indústria e o comércio encontraram a paz necessária para florescer, em detrimento da relativamente conturbada realidade dos séculos anteriores.

Por sua vez, as variantes continentais se desenvolveram em ambientes dotados de particularidades em relação ao *gentleman* britânico. Nesse sentido, o *honnêtê homme*, *verbi gratia*, estava inserido num ambiente aristocrático, algo que acabou prejudicando a instituição de uma subjetividade burguesa. Isso se deu em decorrência da postura de aversão da nobreza pelas atividades comerciais, a dificuldade de superação do senso de superioridade em relação aos demais indivíduos e a dificuldade de “abertura imparcial às inovações econômicas e técnicas” (Vesting, 2022, p. 185).

Além disso, as relações de suserania e vassalagem, fortemente instituídas por séculos, com o estabelecimento de laços pessoais em detrimento de instituições impessoais, prejudicaram o estabelecimento de uma sociedade comercial, o que tolhe o progresso da atividade empresarial (Vesting, 2022, p. 188-189).

Embora existam as variantes continentais, como o *honnête homme* e *bildungsbürger*, e elas tenham se desenvolvido com peculiaridades que atrasaram a instituição plena da subjetividade burguesa, ao longo do decurso do tempo, esses tipos ideais incorporaram de modo gradual e tardio as características do *gentleman*.

Assim, o ambiente comercial e industrial instituído à época, cumulado com a ideologia liberal, que primava pela proteção do indivíduo face ao Estado e a igualdade formal, fez com que se demandasse do Direito técnicas que proporcionassem maior segurança jurídica para que o desenvolvimento econômico avançasse, conforme exposto em seguida.

2.2 TEORIA ESTATISTA OU TEORIA INSTITUCIONAL?

A teoria estatista afirma a existência de uma “monopolização da produção jurídica” nas mãos dos príncipes, de modo que, só assim, teria havido a possibilidade de suplantarem ou absorverem os diversos regramentos internos ou externos da Idade Média pela “sociedade nacional”, possibilitando a formação da soberania, além de identificar o direito como direito estatal (Bobbio, 2016, p. 32-33).

Por sua vez, na teoria institucional — que é a acolhida por Vesting —, Bobbio, apoiado nas lições de Santi Romano, ensina que o direito se manifesta quando existe uma “ordem social organizada”, em que a sociedade é o substrato, e que a ordem e a organização são, respectivamente, a finalidade do direito e o meio para realizá-la (Bobbio, 2016, p. 31).

Nesta perspectiva, o direito é tido como “produto da vida social”, ou seja, antes da norma ser positivada, a sua ideia encontra fundamento na estrutura da sociedade, que, nesse exercício hipotético, visa a uma finalidade e se vale dela como instrumento para atingir esse objetivo (Bobbio, 2016, p. 31).

Tratando a esse respeito, Vesting (2022, p. 45) qualifica poder instituinte como “infraestrutura de práticas sociais e instituições culturais conexas” e aquele como o Direito formal. Por sua vez, Guilherme Roman Borges e Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2020, p. 30) o conceitua como “acervo social de conhecimento”, e afirmam que

este acervo histórico nivela e homogeneiza respostas diante dos desafios da vida à medida que fornece, com seu arcabouço cognitivo e moral, as possibilidades e as probabilidades de reações sociais, de variações temporais, de caminhos presentes e futuros, de sistemas de esforço e recompensa, de retribuições e, sobretudo, de segurança certeza e previsibilidade de condutas. Este acervo cria uma noção de reciprocidade intersubjetiva (querida ou não) entre os presentes e entre ausentes (na transmissão geracional de valores e conhecimentos), vez que, ao padronizar respostas ou no máximo possível as tornar semelhantes, vincula e implica indivíduos socialmente os mesmos pensamentos e as mesmas ações (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 31).

E complementa, apontando que “o sentido de agir é então posto para o indivíduo, por meio das instituições, como natural, imanente, exclusivo e ao mesmo tempo óbvio, ainda que desvios possam existir e ainda que questionamento o tornem passível de falhas e inseguranças” (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 31).

Embora as instituições — que se formam de maneira gradual, inserindo-se na consciência dos indivíduos —, sirvam de alicerce para os processos legislativos, Vesting (2022, p. 46-47) sustenta que não há necessariamente um nexo de causalidade entre a infraestrutura institucional e a lei. Portanto, em sua visão, na verdade, há um nexo de referência, em que se reputa que ambas as esferas se encaixam, se sobrepõem, em um esquema de “coincidência parcial” (2022, p. 46-47).

Tanto há essa coincidência parcial que, no âmbito continental, mais especificamente na França, por exemplo, nada obstante já existisse o processo de institucionalização da subjetividade burguesa, muito de seu sucesso se deu justamente pela positivação do Código Napoleônico, que contribuiu na conformação da sociedade que, à época, ainda estava fortemente influenciada pelas estruturas do Antigo Regime.

2.3 O CONCEITO DE NORMA E O SEU SURGIMENTO NOS TEMPOS DO GENTLEMAN

Com a chegada da Idade Contemporânea, no século XIX, em decorrência das mudanças na sociedade alcançadas a partir da Revolução Francesa, o Direito passou, em síntese, na doutrina majoritária dos países de tradição romano-germânica, a ser encarado como norma posta, concepção que, *mutatis mutandis*, perdurou desde então.

Essa transição, que deu proeminência a um juspositivismo avalorativo em detrimento do jusnaturalismo, teve forte relação com as necessidades da burguesia recém chegada ao poder (Machado Neto, 1988, p. 17). Nesse sentido, a nova classe dominante carecia de segurança jurídica para o incremento do desenvolvimento econômico. Por isso, a legislação passou a ser escrita e o texto normativo teve a sua primazia, com o domínio da Escola de Exegese e a sua operação silogística na interpretação da norma (Machado Neto, 1988, p. 20-24).

Outro fator de suma importância para a disseminação do direito enquanto norma positivada foi a incapacidade do direito costumeiro de se adaptar às necessidades do rápido progresso civilizatório, cuja velocidade se acentuou abruptamente (Ferraz Jr., 2023, p. 50). Logo, o juspositivismo se prestou a atender essas carências de, eventualmente, promover rápidas inovações legislativas.

Por isso, nesta fase, iniciada no século XIX, o direito, que anteriormente era dotado de relativa perenidade, visto que estava calcado na tradição, na “revelação divina” ou na razão, passou a ser dotado de maior mutabilidade, o que levou suas disposições a incorporarem um caráter efêmero, resultado do “fenômeno da positivação do direito” (Ferraz Jr., 2023, p. 49).

Como consequência desta realidade — a proeminência da criação de normas a partir de atos decisórios do parlamento —, nessa época, surgiu a hierarquização das fontes, com a primazia daquele sob o direito consuetudinário e o romano (Ferraz Jr., 2023, p. 48).

Contudo, a realidade jurídica que se instaurou não passou incólume a críticas, com a mais célebre sendo proferida por Kirchmann, na frase “três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em lixo”.

Desse modo, insurgindo-se contra o positivismo jurídico, Savigny, corifeu da Escola Histórica, sustentou a historicidade do direito, no sentido de que seu objeto não seria a norma positivada pelo legislador, mas sim o *volksgeist*, ou seja, “a

convicção comum do povo” (Ferraz Jr., 2023, p. 51).

Isso leva o enfoque da ciência jurídica não à norma posta, mas sim aos institutos de direito, como a família, elementos esses que são mutáveis em relação ao decurso do tempo (Ferraz Jr., 2023, p. 51). Assim, ao afirmar o seu caráter histórico, o direito não deixaria de ser dotado de cientificidade devido à sua permanente transformação.

Vesting, por sua vez, possui uma visão inovadora em relação ao ordinário olhar da doutrina, numa concepção de relativa síntese entre os dois paradigmas *supra* abordados, subdividindo o conceito de norma jurídica — ou melhor, enunciado jurídico, termo que possui a sua predileção — em cláusulas contratuais, regras jurídicas, normas decisórias e leis (Vesting, 2015, p. 57).

Para ele, todas essas espécies, ao longo do progresso civilizatório, são aprimoradas e criadas por intermédio ou com base em observações de segunda ordem, que densificam semanticamente aquilo que os indivíduos percebem em seu cotidiano nas “*communities of practice*” (Vesting, 2015, p. 58).

Há, nas *communities of practice*, a realização de uma série de interações entre os indivíduos, cujas comunicações, em grande parte, se dão de modo informal e oral, formando convenções sociais e uma gama de conhecimentos implícitos que ganham certa densidade, ainda que diminuta, durante o que se chama de observações de primeira ordem.

Por exemplo, em decorrência da influência da fé jurada e do consenso, elementos oriundos do direito canônico, em conjunto com a autonomia da vontade, defendida pela Escola do Direito Natural, o sujeito passivo de uma obrigação deve efetuar o adimplemento nos termos pactuados pelas partes na celebração do negócio jurídico, visto que suas disposições funcionam como lei entre as partes (Gomes, 2022, p. 5-6).

Essa prática, objeto de diversas observações de primeira ordem, realizadas de maneira pré-reflexiva, com base nas comunicações informais ocorridas ao longo do tempo, fez com que tais condutas fossem socialmente incorporadas, servindo, por sua vez, de objeto para as observações de segunda ordem, feitas pelos juristas e, finalmente, pelo legislador, culminando no art. 1.134 do Código Napoleônico, com o ditame “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.

Por isso que, para Vesting (2022, p. 176), “a vinculação das partes a contratos

celebrados deve tornar-se uma normalidade ancorada na cultura, somente então juristas podem tornar essa vinculação uma obrigação legal explícita [...]”.

Ou seja, percebe-se que nas diversas comunicações de primeira ordem ocorridas nas relações contratuais ao longo do tempo, houve práticas que foram reiteradas de tal forma que as institucionalizou, o que serviu de base para, posteriormente, numa comunicação de segunda ordem, o legislador positivizar a norma apontada no exemplo.

Não se nega a possibilidade de se impor uma norma que irá contradizer o comportamento comumente empreendido pelos indivíduos. Nesse sentido, embora fosse socialmente aceito e habitualmente praticado conduzir automóveis após a ingestão de bebidas alcoólicas, as determinações da popularmente denominada “lei seca” foram bem sucedidas.

Na verdade, afirma-se, com base nas lições já mencionadas de Vesting, que a positivação de normas, embora tenha a possibilidade de conformar a dinâmica social, é limitada pelas instituições que uma dada sociedade possui, e, conforme o grau de dissonância com estas seja maior, menor será a probabilidade dela produzir os efeitos pretendidos.

Ato contínuo, as observações de segundo grau, majoritariamente realizadas em linguagem escrita e técnica, proporcionam uma maior densificação semântica, com as delimitações conceituais sendo definidas, no decurso do tempo e em precisão crescente, num processo reflexivo, nos termos da teoria dos sistemas de Luhmann, ao contrário das pré-reflexivas observações de primeiro grau (Vesting, 2015, p. 59-61).

Ademais, os enunciados normativos, para Vesting (2015, p. 58), se distinguem dos outros “componentes regulatórios sociais”, como a moral e a religião, justamente em decorrência de sua forma escrita, enquanto estes se dão de modo informal e oral, majoritariamente, por isso, no campo das observações de primeiro grau .

Diante da importância, percebida por Vesting (2015, p. 66), das observações de primeiro grau para a criação e eficácia das normas jurídicas, ele critica o purismo e rigor na separação dos planos do *dever-ser* e do *ser*, realizada por Kelsen.

Nesse sentido, aquele afirma que a interpretação dos enunciados jurídicos, enquanto atos de vontade, sempre se darão de maneira derivada em relação às observações de primeiro grau e, por isso, irão pressupor as comunicações realizadas nesta instância, como também a práxis a elas associada, de modo que a dimensão

do *ser* influenciará o âmbito do *dever-ser* nas operações de interpretação (Vesting, 2015, p. 66).

Esmiuçando este exame, Vesting (2015, p. 66) sustenta que a norma jurídica, para produzir eficácia, deve repousar sobre um alicerce composto pela tradição, convenções sociais e práticas habitualmente desenvolvidas, assim dizendo, deve estar em consonância com as instituições, concepção oposta a da teoria estatista, conforme *supra* delineado.

É exatamente por isso que a positivação de normas que favorecem a perspectiva burguesa do mundo só pode ser realizada quando há certo grau de institucionalização, na sociedade, de uma subjetividade que tenha certa afinidade com esses ditames. Nesse sentido, os próprios atos de vontade que dão existência à norma pressupõem uma “infraestrutura [viva] constituída por convenções, experiências e modelos de conduta *auto-organizados*” (Vesting, 2022, p. 67).

Necessário mencionar, ainda, o chamado “esquema condicional”, em que Vesting, também com base nas lições de Luhmann, afirma que “sempre que um mesmo fato realizar um tipo, a mesma consequência será desencadeada”, construção que aquele reputa como a única possível no sistema jurídico (Vesting, 2015, p. 60-63).

Contudo, há, por exemplo, a construção normativa feita a partir da teoria dos imperativos, comumente utilizada, até hoje, no direito público e que, em síntese apertada, estipula as normas na forma de comandos concretos, seja impondo uma proibição ou determinando uma ação (Vesting, 2015, p. 66).

A referida construção, ainda comum nos tempos do *gentleman* e de suas variantes continentais, dada diminuta complexidade da sociedade à época, em termos relativos ao período de hegemonia do tipo ideal gestor, ainda se prestava a apresentar soluções jurídicas às necessidades existentes, embora já existissem normas abertas e abstratas como a cláusula geral de responsabilidade subjetiva do Código Napoleônico.

Vesting (2015, p. 60-63) critica a concepção de norma da teoria dos imperativos, visto que, para ele, deve-se permitir uma abertura em seus preceitos por intermédio de “estipulações abstratas”. Por isso, ele sustenta, que, mesmo a norma jurídica não sendo construída em um esquema condicional, deve o texto normativo ser interpretado de forma a que ele seja convertido para o referido formato.

Em suma, a norma jurídica, para Vesting, durante a dominância social do tipo

ideal do *gentleman* e suas variantes continentais, é escrita, estruturada num esquema condicional, mas ainda coexistindo com a concepção da teoria dos imperativos, produzida a partir de observações de segunda ordem, que densificam semanticamente as regras de conduta mais relevantes produzidas nas observações de primeira ordem, ressaltando que as operações de interpretação se davam sempre com base na infraestrutura institucional existente à época.

3 A MUDANÇA DO PANORAMA SOCIAL E NORMATIVO COM O SURGIMENTO DO TIPO IDEAL DO GESTOR

Com o salto tecnológico e o conseqüente desenvolvimento exponencial do comércio e da indústria durante o período de hegemonia do *gentleman*, as relações sociais aumentaram igualmente o seu grau de sofisticação, algo que pôde ser percebido, por exemplo, no tamanho que os conglomerados empresariais passaram a ter.

Isso representou uma mudança de paradigma, ocorrida na transição para a Segunda Revolução Industrial, em que houve a ascensão do tipo ideal do gestor à posição de destaque que, anteriormente, pertencia ao *gentleman*.

O referido estágio de desenvolvimento da economia capitalista promoveu o surgimento de um “modo empresarial de vida e trabalho”, oriundo da posição de importância adquirida pela gestão profissionalizada, diante da complexa operação das grandes companhias que passaram a protagonizar o cenário socioeconômico nesse período (Vesting, 2022, p. 215).

Este estilo de vida fez com que o sujeito enquadrado no tipo ideal do gestor investisse a sua energia e tempo de vida no desenvolvimento de habilidades gerenciais que serviriam à manutenção e ao crescimento do capital pertencente a terceiros, o que, quando bem-sucedido, conferia-lhe prestígio análogo ao possuído pelo *gentleman* exitoso em seus negócios.

Nessa perspectiva, Vesting (2022, p. 215) adverte que não se deve reduzir o gestor a uma ideia de *homo economicus*, em que ele se apresentaria como uma mera força de trabalho disciplinada, pois, em vez disso, eles tomam os negócios e os colocam como “objeto de liberdade criativa e subjetividade”, o que faz com que eles se mostrem como verdadeiros criadores e difusores de conhecimento, como também responsáveis por mais um salto de qualidade na geração de riqueza e tecnologia.

Outra marcante característica da fase gestorial é a já mencionada

profissionalização do gerenciamento dos negócios que, na fase do *gentleman*, se dava pelas mãos deste individualmente, ou numa sociedade com poucos membros, sem falar da participação familiar nos empreendimentos (Vesting, 2022, p. 216).

Por sua vez, na lógica gestorial, o aumento da divisão do trabalho proporcionou a separação da figura de proprietário e administrador, como também remodelou a estrutura organizacional num formato hierárquico-piramidal, cujas funções são divididas de acordo com as atribuições dadas a cada órgão da empresa.

Neste contexto, Vesting (2022, p. 217) pontua que “a totalidade das qualificações e a inteligência concentrada na empresa tornam-se tão complexas que ninguém mais consegue ter uma visão geral delas”, o que promove o aumento do alheamento do indivíduo com o produto de sua atividade, como bem retrata Chaplin no filme tempos modernos.

Vesting (2022, p. 219) ressalta que todo esse panorama só é possível num ambiente em que os indivíduos aceitem estabelecer vínculos longevos com as empresas em que eles desenvolvem a suas atividades e, por ser algo que impõe uma grande redução de sua autonomia, é pressuposto um “certo grau de disposição para a cooperação nas relações sociais para além da ordem familiar”.

A possibilidade de estabelecer relações de confiança entre estranhos é condição *sine qua non* para que a capacidade de auto-organização dos indivíduos ultrapassem a arcaica prática interações pautadas no vínculo direto entre os indivíduos, seja numa relação de parentesco ou de amizade, tal qual se dava na estrutura de suserania e vassalagem comezinha da nobreza na fase pré-industrial.

Como se vê, a subjetividade burguesa possui um importantíssimo papel na criação de tais condições, visto que lhe é inerente a cultura voltada para a sociabilidade espontânea e confiança entre estranhos, o que gerou o ambiente de simpatia necessário para que os indivíduos se associassem do modo *supra* delineado.

3.1 A NORMA JURÍDICA E A SUA CONSOLIDAÇÃO NOS TEMPOS DO GESTOR

O novo arranjo social percebido na ascensão do gestor ao protagonismo outrora pertencente ao *gentleman* fez com que a norma passasse por nova mutação, assumindo um novo paradigma que ainda é majoritariamente adotado nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica.

Nesse sentido, Ferraz Jr (2023, p. 55) aponta que, nesta fase, o jurista “procura uma ordenação dos fenômenos a partir de conceitos gerais obtidos, para uns,

mediante processos de abstração lógica e, para outros, pelo reconhecimento de institutos historicamente moldados e tradicionalmente mantidos”.

Percebe-se, nesta fase, uma enorme preocupação de caráter metodológico, levada às últimas consequências com a célebre obra *neokantista* “Teoria Pura do Direito”, de Kelsen, que propôs a separação absoluta do *ser* e do *dever-ser*, como já mencionado acima.

A notória influência de Kant nesta fase se dá por meio da aplicação, à teoria da norma jurídica, da construção do “imperativo categórico”. Este imporia, abstratamente, que o indivíduo deve guiar a sua conduta a partir de uma reflexão que responderá se a ação ou omissão pretendida por ele poderia ser tida como a máxima de sua vontade, valendo como “princípio de uma legislação universal” (Vesting, 2015, p. 70-71).

Ou seja, o sujeito deve agir como se a máxima fosse extrapolada às últimas consequências e elevadas ao patamar, por intermédio de sua vontade, de lei universal de cunho moral — moral, pois ele próprio deve ser colocado como destinatário das eventuais consequências percebidas neste exercício.

Essa vontade interna dos sujeitos, na perspectiva da filosofia kantiana, de, eventualmente, alçar a máxima ao patamar de lei universal funcionaria como elemento conformador de sua conduta, algo que, na teoria do Direito, é implementado a partir da coerção estatal.

A referida abstração proposta por Kant funciona como uma espécie de cláusula geral da ética, que, dentro de seu formalismo, promoveu uma leitura universalista de “conclusão generalizante” (Vesting, 2015, p. 72). A esse respeito, Vesting estabelece um diálogo entre o filósofo e Newton, comparando a construção do imperativo categórico com as célebres leis propostas por este no âmbito da mecânica clássica (Vesting, 2015, p. 72-73).

Nesse sentido, ambas as construções não se deram a partir da experiência, mas sim da “razão prática pura”, e, quando testadas, mostraram-se válidas como leis universais, de modo que, da mesma maneira que as leis de NEWTON servem para ordenar universalmente o mundo físico macroscópico, a lei moral de KANT se mostraria apta para fazê-lo em seu âmbito (Vesting, 2015, p. 72-73).

No Direito, a generalidade e universalidade de uma determinada lei possibilita a viabilidade das operações silogísticas do fato à norma e, “do mesmo modo que na mecânica, o experimento não pode influenciar ou mesmo modificar a lei geral”, “a universalidade temporalmente abstrata da lei era a garantia de que somente uma

verdade jurídica podia ser aplicada a cada novo caso” (Vesting, 2015, p. 76).

A construção normativa *supra* delineada mostrou-se necessária numa sociedade que deu outro salto de complexidade, em relação ao paradigma do *gentleman*, visto que os fenômenos sociais tornaram-se demasiadamente complexos, o que levou a uma necessidade de abstração dos preceitos normativos, ante a impossibilidade de prever “tipicamente” todas as situações dotadas de relevância jurídica.

Nesse âmbito, a partir da aplicação da influência da filosofia kantiana, construiu-se as ideias de negócio jurídico, positivou-se cláusulas gerais, como a de responsabilidade subjetiva, enquanto a maior parte dos casos desta espécie, anteriormente, estavam previstos especialmente.

O referido paradigma legou as normas construídas sob a égide da teoria dos imperativos a um plano de menor importância, pois as normas, nesta fase, são predominantemente positivadas num esquema condicional, em que seus preceitos têm pretensão de alcançar a universalidade das condutas sob o seu escopo.

Sem tal solução, o Direito não conseguiria cumprir a sua função de tecnologia voltada para a pacificação social, pois o processo legislativo seria incapaz de prever todas as hipóteses de incidência que as construções abstratas alcançariam.

4 TRANSIÇÃO DO PARADIGMA GESTORIAL PARA O CAPITALISMO DA ERA DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Contemporaneamente, a sociedade se encontra numa fase de transição iniciada na segunda metade do século XX, de um sistema produtivo com as características gestoriais para algo completamente inovador, influenciado pelos novos paradigmas da pós-modernidade e pela Era da Tecnologia da Informação.

Como já mencionado no tópico anterior, a produção em massa da era gestorial, por exemplo, foi uma finalidade que, para ser atingida, tornou necessária a implementação de uma estrutura que repartisse precisamente as atribuições de acordo com as competências de cada um, seguindo um sistema hierárquico, com uma gestão profissionalizada e verticalmente integrada (Vesting, 2023, p. 284). Caso contrário, seria inviável o distanciamento da gestão estratégica e gerencial da empresa das suas atividades operacionais.

Assim, a sociedade ocidental, por meio da aplicação de tecnologias de gestão advindas de inúmeros marcos teóricos, sendo os mais importantes, nesse ponto

específico, os da Administração Clássica e Científica, conseguiu gerar o salto qualitativo, no âmbito da gestão empresarial, que permitiu a construção grandes negócios, com um grau de produtividade e produção de riqueza inéditos na história, até então.

Nesse sentido, esse novo paradigma, por meio de uma administração eficiente, em relação ao modelo anterior, e profissionalizada, promoveu a redução de custos, ganhos de escala e a elaboração de processos produtivos que utilizavam o capital de modo mais racional, ao contrário dos tempos do *gentleman*, em que atividades produtivas eram geridas de maneira mais intuitiva, o que levava à perda de recursos (Vesting, 2022, p. 285).

Contudo, ainda no século XX, a partir do marco da Terceira Revolução Industrial, o capitalismo gestorial, com as características mencionadas anteriormente, que outrora serviram para alavancar a produção de bens e, conseqüentemente, de riqueza para um patamar inédito, acabou por se tornar um entrave para o avançar do progresso econômico, devido à rigidez dos processos nas empresas, ante a crescente demanda por flexibilidade, lógica que também é percebida em outras áreas, como o Direito.

Desse modo, com o incremento das atividades econômicas e um novo salto na complexidade em seus fluxos, a tecnologia de gestão empregada no capitalismo gestorial se tornou obsoleta. Isso ocorre devido a dinamicidade do panorama atual, a sua fluidez, ou melhor, a sua liquidez, no sentido pós-moderno do termo, que faz com que as demandas mudem abruptamente, inovações surjam e a empresa, como também a sociedade, e aqui, enfatizando o âmbito do Direito, estruturada nesse modelo rígido, seja incapaz de se adaptar adequadamente a essa nova realidade.

4.1 A SOCIABILIDADE NA ERA DO *HOMO DIGITALIS*

Ao longo de sua explicação sobre os tipos ideais do *gentleman*, gestor e *homo digitalis*, Vesting, como já mencionado, dá ênfase à importância da sociabilidade e o ímpeto em se agregar desses três sujeitos, cada um de sua forma.

Contudo, o próprio autor reconhece que, a partir da ascensão do *homo digitalis*, esse importante fator tem sido comprometido, em decorrência da divisão da sociedade em tribos (Vesting, 2022, p. 293). Nesse processo, a política identitária e o surgimento das redes sociais são as grandes causadoras desse fenômeno, que reduz a propensão para a sociabilidade, tornando os grupos cada vez mais nichados e

incapazes de dialogar entre si.

Antes da disseminação do uso de redes sociais, as pessoas tinham contato durante o seu processo de socialização, nos primeiros anos da vida, por exemplo, apenas com seu núcleo familiar, seus vizinhos e colegas de escola. Desse modo, geralmente, as interações sociais se davam entre pessoas com certa similaridade em suas características, o que leva a uma homogeneidade do perfil dos indivíduos na sociedade e uma medianidade em sua formação.

Assim, sem o avançar das mídias sociais, provavelmente, indivíduos residentes numa cidade interiorana, por exemplo, jamais consumiriam entretenimento produzido em países estrangeiros. Assim, o sujeito acabaria por aderir ao gosto musical médio percebido em sua localidade, tendo, por isso, uma formação cultural mais parecida com a média das pessoas que lhe cercam.

Extrapolando esse exemplo para as diversas nuances que compõem a personalidade dos indivíduos, um cenário como esse, anterior às mídias sociais, leva a uma possibilidade maior de formação de grupos que favoreçam a sociabilidade e a confiança em terceiros, gerando a “similaridade sobreposta entre os indivíduos”, um sentimento de identidade com a sua comunidade, imprescindível nos paradigmas anteriores, cuja permanência continua crucial nos tempos do *homo digitalis* (Vesting, 2022, p. 294).

Porém, atualmente, a maior parte dos indivíduos tem acesso a uma infinidade de conteúdos, que influenciam seus gostos e proporcionam a formação de tribos, muitas vezes incompatíveis com a grande parcela das pessoas de sua localidade, o que gera uma heterogeneidade no perfil dos sujeitos, prejudicando a possibilidade de criação de relações sociais e corroendo as instituições tradicionais.

A esse respeito, Borges e Ferraz Jr. (2020, p. 46) sustentam que

Vivem-se em tempos que a “virtualidade” tem assumido a parcela majoritária das horas diárias das pessoas, reduzindo o campo do contato e da interação física, impedindo o encontro real das pessoas, substituindo o lugar e a confiabilidade das instituições reais nas instituições virtuais. Há um significativo avanço da “virtualidade”, haja vista que os mercados têm sido deixados de lado no encontro real entre demandantes e ofertantes para o ser virtual; com isso se alteram profundidades e modos de relacionamento por vezes mais fragmentado, mais rápido, embora mais frequente, mais superficial em parte pela ausência de outros sentidos envolvidos, mais profundo justo porque a ausência física permite a exploração de ideias melhores e mais corajosas, mais livres, com menos autoridade e menos esforço, enfim, um novo modelo de ser.

No mundo ocidental, percebe-se o quão dividida a população está, com os indivíduos distribuídos em diversos grupos absolutamente antagônicos, como se vê, por exemplo, com o avançar da política identitária. Nela, a luta por liberdade e sua permanência não se dá para toda sociedade. O que se busca é o favorecimento do nicho. É a guerra de classes em sua versão pós-moderna, adaptada à contemporaneidade, razão pela qual possui extrema nocividade para o capitalismo e as construções feitas sob sua égide.

Ao mesmo tempo em que faz esse alerta, Vesting aponta que a simpatia está tão enraizada na cultura norte-americana, que, mesmo diante desse cenário que tem abalado as estruturas do ocidente, ela ainda é suficiente para a gênese do paradigma do capitalismo da Era da Tecnologia da Informação, com os tecnopólos e seus modos informais de cooperação (Vesting, 2022, p. 293).

Para que o avançar da sociedade permaneça, seria necessário que esses inúmeros grupos existentes fossem capazes de compartilhar conhecimento e atuar sob uma “generalidade de regras”, para que as trocas de informação permanecessem intensas e constantes. Como se vê, a liberdade e a tolerância, ainda mais numa sociedade plural como a que é encontrada no ocidente contemporâneo, são cruciais para que a questão da sociabilidade não se deteriore ainda mais e inviabilize a dinâmica do capitalismo da Era da Tecnologia da Informação, como tem ocorrido.

Como a incapacidade de atuar sob uma generalidade de regras é manifesta, diante da multiplicidade de valores decorrentes da falta de coesão social, é imprescindível pensar o Direito para além da norma, para que seja possível remediar o processo de corrosão institucional em curso.

4.2 REFLEXOS FUNESTOS DA LÓGICA GESTORIAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

É possível perceber as dificuldades que a excessiva formalidade da era gestorial tem causado na contemporaneidade, a partir de um exame sobre o Estado, sobretudo o brasileiro, em face dos desafios observados na última década.

Assim, é notório que a rigidez formal é — menos do que já foi outrora — uma importante ferramenta para garantir a perenidade do Estado, evitando que ocorram rupturas que acabem por suprimir a democracia e a liberdade, pois atribui competências aos órgãos, delimitando o exercício do poder por seus ocupantes. Porém, observando a história recente, houve momentos em que o formalismo

prejudicou a adaptação da legislação e dos rumos do país.

Por isso, correntes de transição a esse modelo, oriundas do pós-positivismo — e seu desdobramento no Direito Constitucional, por exemplo, com o denominado neoconstitucionalismo —, repercussão do pós-modernismo na esfera jurídica, têm ganhado adeptos, possuindo, como uma de suas características mais marcantes, a proeminência dada para as normas princípio em detrimento das normas regra, sendo tal concepção adotada pela Constituição de 1988.

Nesse contexto, os princípios, por intermédio da flexibilidade proporcionada pela ponderação, dão ampla margem de discricionariedade para os magistrados, sobretudo os das cortes superiores, fazendo com que as mudanças sociais mais contundentes observadas nos últimos anos tenham sido implementadas nesses tribunais, que são muito mais velozes e capazes de criar um consenso entre seus membros para produzi-las.

Contudo, o referido modelo tem sido, também, um grande contribuidor da crise política e institucional, iniciada há pouco mais de uma década, atravessada pelo Brasil. Nesse sentido, o modelo neoconstitucionalista implementado pela Constituição de 1988 deu ampla margem para uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, promovendo a judicialização da política e a politização do Poder Judiciário, que frequentemente participa de atritos e embates inéditos com os demais Poderes da República, demonstrando a falta de adaptação da realidade jurídica constituída ao panorama social do país.

Borges e Ferraz Jr., em lição que complementa o *supra* exposto, afirmam que

[...] a realidade atual que o Direito Brasileiro como um todo experimenta, desde construções abstratas da teoria do direito até decisões concretas emitidas por autoridades estatais, vive um peculiar momento de fluidez, motilidade, instabilidade, liquidez, contingência e complexidades próprias deste contexto em que se está. As razões para esta inconstância dos padrões de comportamento, das diretrizes de condutas, da hierarquia de valores, da volatilidade das e escolhas individuais, e da própria mudança de julgamentos e juízos etc. não são poucas e certamente trazem justificativas que bem mostram o quão particular é o momento atual (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 16).

O eminente jurista elenca, ainda, inúmeros problemas para os quais o Direito, mesmo em sua concepção pós-positivista, mais precisamente no que concerne à norma, ao menos no Brasil, não conseguiu exercer a “função estabilizadora de sentidos na comunidade da vida”, como as questões de gênero, sexualidade,

comunidades específicas, família, religião e raça (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 19-21).

Por sua vez, no âmbito das empresas do ramo da tecnologia da informação, ocorre a superação do modelo formalista de administração gestorial, suplantado por um paradigma de “transposição flexível das fronteiras”, em que em vez de rigor na divisão de atribuições, há a zona de contatos e troca (Vesting, 2022, p. 274). Nesse sentido, as fronteiras, seja nas competências, no interior da companhia, ou também entre as próprias empresas, são relativizadas e culminam no surgimento dos *clusters* de alta tecnologia.

A esse respeito, Vesting (2022, p. 277) aponta que

No *cluster* de alta tecnologia, diferentes atores interagem em proximidade espacial: grandes corporações, *start-ups*, *spin-offs*, universidades locais, investidores de risco, engenheiros de *software* autônomos etc. Essa ordem de conhecimento deve ser concebida como uma rede plana em que os componentes interagentes concatenam-se de modo horizontal, criando uma estrutura de alta complexidade que, não obstante a sua densidade, ainda está aberta o suficiente para abandonar uma direção e uma finalidade uma vez assumidas e conseguir realizar possibilidades novas e não predefinidas no processo de trabalho.

Cotejando o que fora sustentado acima por Vesting (2022), que tratou do âmbito econômico, mais precisamente da dinâmica empresarial, com o exposto a respeito da realidade jurídica brasileira, percebe-se que, assim como as empresas fizeram a transição para um modelo flexível de administração, superando a rigidez incompatível com os tempos hodiernos, assim deverá fazer também o Direito, que, em sua concepção clássica de dogmática enquanto norma, se mostra obsoleto.

Como se vê, da mesma forma que a complexidade da sociedade tem demandado, por parte das empresas, soluções informais que apresentam grande compatibilidade e adaptabilidade às mudanças tecnológicas, mercadológicas e de preferência dos indivíduos, há, no âmbito normativo, a mesma necessidade, e a não adaptação do Direito a essa realidade motivos para a crise política, econômica e social crônica que acomete o país.

O direito enquanto norma posta, mesmo com a influência pós-positivista, como, por exemplo, a trazida pelo neoconstitucionalismo, não só tem sido insuficiente para regulamentar a sociedade no presente, como, diante de sua insuficiência e obsolescência, tem promovido a chamada “crise de sentidos” (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 32-33).

Tratando dos “sentidos”, Borges e Ferraz Jr lecionam que

Os sentidos captam a mundidade (*Weltlichkeit*) e a realidade (*Realität*) e a projetam sobre a consciência, que, uma vez alterada, exercita-se como experiência e consciência do que foi captado. Dessa interação, o fenômeno se apresenta ao sujeito cognoscente como que lhe é dado no universo de sua vivência. É na sua vivência que se constrói a sua percepção, o caminho de realização da existência humana.

E acrescentam que

A “identidade pessoal” se funda desde logo num fatal sistema de valores obrigatórios que estão contextualmente presentes no momento em que se forma. Por gestos, palavras, conversas, exemplos, passa a ser reprimido e incentivado, num sistema consciente e inconsciente de prêmios e punições, pela “comunidade da vida”, que partilha, apesar de algumas reticências, do mesmo sistema de valor historicamente hierarquizado.

Contudo, a Era da Tecnologia da Informação quebrou a lógica de confirmação que promovia a estabilização dos sentidos e a perenidade das instituições tradicionais, como família e igreja, *v. g.*, pois faz com que os estímulos para atos desviantes sejam aceitos, ante a existência de conexão entre esses indivíduos desviantes que, diferentemente de outrora, confirmam essas condutas.

Esse panorama de desconfirmação provoca a chamada “crise dos sentidos”, percebidas em sociedades em que não existe apenas um “sistema de valores único e obrigatório”, como se vê na dividida sociedade brasileira, o que leva a um choque entre indivíduos da “comunidade da vida” e a “comunidade dos sentidos”, visto que as “preferências subjetivas” são discrepantes em relação a ideia hegemônica de “bem comum”, cenário que leva a crise institucional percebida na atualidade (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 32).

No cerne dessa crise, o Direito, que é uma “reserva social e privilegiada de sentidos”, possuindo “papel relevante na estabilização de sentidos ao padronizar formas específicas de agir e valores também específicos”, é tensionado diante da multiplicidade de ordens de valor que não se compatibiliza com os seus ditames (Borges; Ferraz Jr., p. 32-33).

Ato contínuo, Borges e Ferraz Jr. sustentam que

A estabilização dos sentidos encontra seu auge justo no instante em que as expectativas se frustram e o direito, enquanto instituição, com sua carga autoritária e subtraído à avaliação de existência formal dos envolvidos, para a se sobrepor às agruras subjetivas, escolhendo, fundamentando, decidindo o valor, a moral, a técnica, enfim, o “sentido” prevalecente diante da ossatura

do ordenamento jurídico estatal (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 35)

Contudo, para além da “crise dos sentidos”, que perturbam o consenso a respeito dos valores que fundamentam as instituições e, conseqüentemente, o direito, em relação às “comunidades da vida”, na terminologia dos autores brasileiros, ou nas “*communities of practice*” mencionadas por Vesting, a norma teve a sanção, nesse processo, seu principal instrumento estabilizador dos sentidos, esvaziado em sua capacidade de aplicar as suas conseqüências jurídicas ao comportamento desviante.

Portanto, a falência do modelo normativo tradicional demonstra a necessidade de pensar um novo paradigma que esteja mais adaptado à contemporaneidade e suas características extraordinárias.

4.3 ERA UMA VEZ A IDEIA DE NORMA JURÍDICA NOS TEMPOS DO *HOMO DIGITALIS*

A estruturação do sistema normativo de maneira hierárquico-piramidal, em lógica de “norma-superior fundante” e “norma-superior fundada”, numa realidade já relativamente complexa, como a do gestor, apresenta lacunas que, para que suas disposições conservem a plenitude de sua eficácia e validade, elas carecem de “normas de calibração” (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 170).

Ao longo do ordenamento jurídico, há diversas “normas de calibração”, dentre elas a função social, a “boa-fé objetiva” e o “interesse público”, cuja função é lhe conferir “coerência” e “coesão” no emaranhado normativo existente, ante a necessidade de que seja estabelecida uma estrutura flexível e em “condições de transformação técnica”, adaptáveis ao dinamismo da sociedade (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 171).

Contudo, a disseminação dessas cláusulas gerais e sua abertura e vagueza dá margem para o fenômeno do ativismo judicial, reputado por Borges e Ferraz Jr. (2020, p. 170) como um dos principais motivos para o exaurimento do “direito como norma”.

Além disso, de acordo com Vesting (2015, p. 84)

Seria de se ponderar, portanto, o desligamento do conceito jurídico de norma da tradição do entendimento normativista da regra e sua ancoragem em um “entendimento praxiológico” pós-normativo. O entendimento normativista da regra está demasiadamente atrelado a ideias estáticas de regularidade, tal como elas são transmitidas na tradição vétero-européia de *norma*, *regula*, e *kanon* até hoje e que, no passado, definiram, por exemplo, a categoria determinística de subordinação à lei universal da filosofia prática de Kant e

de seus sucessores neokantianos. Essa tradição sugere que o Direito seja reduzido a normas, no sentido de formas prescritivas, estáveis no tempo, portadoras da pretensão à “normatividade”, entendida no sentido de um padrão de medida.

E acrescenta que

Esse salto evolutivo conduz, justamente no campo da atividade legislativa política, para longe da “dedução jurídica por meio de programas normativos relativamente estáticos, em direção a um tipo de lei que visa ao processamento da incerteza e que institucionaliza a auto-observação e a autoavaliação de um programa normativo aberto. A concepção original de lei, que visa à certeza do momento da decisão, evolui cada vez mais para uma plataforma jurídica flexível (Vesting, 2015, p. 86).

Em vez da flexibilidade, de acordo com Borges e Ferraz Jr. (2020, p. 181), os pilares do direito enquanto norma estão postos sobre (i) “generalidade” e “igualdade” entre os indivíduos; e (ii) a “superação dos lugares comuns (*topoi*) do direito moderno”, sendo relevante para o presente artigo o exame do primeiro enunciado.

Quanto a característica generalidade e igualdade, a norma estabelece faculdades, proibições ou obrigações aos indivíduos de maneira genérica e abstrata, vinculando a todos, em decorrência do estabelecimento da igualdade formal entre os indivíduos, o que cria, assim, “padrões e limites para a ação” (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 181).

Desse modo, por exemplo, ao estabelecer uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva no art. 186 do Código Civil, todos os indivíduos, indistintamente, que, mediante conduta negligente, imprudente ou imperita, causarem dano a alguém, terão o seu comportamento qualificado como ato ilícito.

Tal contexto ocorre em virtude da amplitude e rigidez que as disposições normativas possuem sob a construção da norma jurídica, o que caracteriza o direito moderno, exatamente o contrário do direito que já se mostra na atualidade e que continuará a se consolidar, atuando por meio de ditames especiais em relação ao indivíduos e às circunstâncias (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 183)

Exemplificando o paradigma do direito como microinstruções, Borges e Ferraz Jr. (2020, p. 183) versam sobre normas de trânsito, cujo conteúdo dispõe sobre a velocidade permitida e a possibilidade de avançar o semáforo quando se comunica a proibição da passagem, nos seguintes termos:

Caso micro diretivas sejam enviadas para cada veículo a depender se circula

ou não de noite, em dada região urbana, permitindo ou não o incremento da velocidade ou não interrupção do fluxo nos semáforos, estas são bem mais eficientes e fluidas e oportunas do que regras genéricas. Enfim, um direito como instrução cumpre melhor o seu papel e do que um direito como norma [...].

Em outro exemplo, narram que

[...] um profissional liberal se antecipa com a seguradora, antes de realizar a sua atividade, diante dos possíveis riscos, recebe de modo individualizado e situacional uma diretiva, uma micro-instrução (direito como instrução) dizendo como deve agir (Borges; Ferraz Jr., 2020, p. 183).

Dada a pluralidade da sociedade, a existência de comandos que se amoldem às circunstâncias e aos indivíduos, nos termos expostos, se mostra como uma alternativa viável principalmente para regulamentar condutas na internet. Nesse sentido, a eficácia de uma norma personalizada dirigida a um indivíduo que mobiliza grandes massas nas redes sociais, estipulando proporcionalmente uma consequência à eventual prática de discurso de ódio, se mostraria mais efetiva do que a incidência de normas gerais e abstratas que, em grande parte, não produzem efeitos nesse âmbito.

Inclusive, diante do nível tecnológico atual e da crescente evolução dos algoritmos, não seria desarrazoado concluir que a implementação de medidas como essa já é perfeitamente factível, além de urgente, visto a manifesta anarquia encontrada nas redes sociais.

A possibilidade de aplicação do Direito enquanto micro-instrução é diretamente proporcional em relação ao desenvolvimento da tecnologia artificial, da capacidade computacional, da democratização do acesso à dispositivos informáticos e o aumento da qualidade e da extensão da cobertura da rede de telefonia, visto que esses fatores promovem justamente incremento na capacidade de adaptabilidade do sistema jurídico em determinar comando circunstancialmente individualizados para os sujeitos.

Essa realidade mitigaria a tensão entre “comunidades da vida” e “comunidade dos sentidos” que tem provocado a corrosão do Direito, pois reduziria a necessidade do sistema jurídico de construir suas disposições sobre uma média generalizante dos valores de uma sociedade plural, visto que a sua dogmática ofereceria comandos mais individualizados para seus receptores.

Portanto, diante da obsolescência da rígida norma jurídica tradicional, incapaz de produzir eficácia em contextos como o *supra* delineado, ainda mais com a eminente

absoluta imersão e simbiose da realidade física no mundo virtual, o flexível Direito enquanto micro-instrução se mostra apto como alternativa para a crise abordada neste tópico.

Isso se dá em virtude da sua aptidão em relação à dinamicidade, à liquidez e à corrosão das instituições e também pela sua capacidade em dar soluções mais precisas numa sociedade multicultural, algo que concepções genéricas, abstratas e universalistas não conseguem prover, em decorrência da multiplicidade de sistemas de valores coexistindo.

5 CONCLUSÃO

O conceito de norma se mostrou, com o surgimento e ascensão do tipo ideal do *gentleman* a uma posição de protagonismo no pós-Revolução Francesa, como importante instrumento pacificador da sociedade, contribuindo para a coesão necessária, entre os indivíduos, para que o mundo ocidental se voltasse para a atividade econômica e o conseqüente acúmulo de capital percebido desde então.

Com a decadência do *gentleman* e a hegemonia do gestor, em virtude de uma nova configuração da sociedade e suas atividades econômicas, o conceito de norma novamente mudou seu paradigma, em decorrência do aumento de complexidade da sociedade, o que, mais uma vez, ajudou a promover a continuidade do curso de desenvolvimento do capitalismo de maneira satisfatória.

Porém, na mudança de fase protagonizada pelo *homo digitalis*, a ideia de norma, tensionada além de seu limite pelo novo panorama, encontrou a sua obsolescência, em virtude da sua já presente incapacidade de regular determinadas realidades do tecido social, como o âmbito da internet.

Por isso, o presente trabalho defendeu, a partir da teoria da cultura, um novo olhar sobre a epistemologia da dogmática jurídica, sob a perspectiva do Direito enquanto micro-instrução e não mais como norma posta, em resposta fatores como a multiculturalidade, a efemeridade da realidade das instituições ante a dinamicidade das mudanças sociais e a ausência de eficácia das sanções normativas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BORGES, Roman Guilherme; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 12. ed. Barueri: Atlas, 2023.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

MISES, Ludwig von. **Liberalismo**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

VESTING, Thomas. **Gentleman, gestor, Homo Digitalis**: a transformação da subjetividade jurídica na modernidade. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.