

**ORDEM, DESORDEM E A CRIATIVIDADE JUDICIAL: RELAÇÕES ENTRE
TEORIA DO DIREITO E FILOSOFIA PROCESSUAL**

**ORDER, DISORDER AND LEGAL CREATIVITY: A BRIEF INTERCHANGE
BETWEEN LEGAL THEORY AND PROCESS PHILOSOPHY**

Leonardo Monteiro Crespo de Almeida*

Resumo: O objetivo do presente artigo almeja conceber uma noção de criatividade judicial mais ampla, não estando restrita nem aos atos nem às prerrogativas de atores jurídicos particulares. Para tanto, o artigo adota a filosofia processual como marco teórico e conceitual com o intuito de interrogar a maneira pela qual a criatividade é concebida a partir de uma concepção de realidade jurídica que privilegia a ordem, a estabilidade e a previsibilidade frente ao vir-a-ser, à mudança e à desordem. A pesquisa adota como fio condutor a inserção da criatividade na dinâmica de reorganização contínua da ordem jurídica com o intuito de dissociá-la da produção normativa restrita a determinados órgãos e atores jurídicos: categorias e teorias jurídicas não apenas expressam a criatividade judicial, como trazem consigo o potencial para a transformação e redefinição dessas práticas. A hipótese adotada consiste em apontar como uma concepção mais ampla de criatividade possibilita repensar a maneira pela qual a ordem jurídica é constantemente transformada por novas questões suscitadas no campo social.

Palavras-chave: Ordem; Criatividade; Decisão Judicial; Deleuze; MacLean.

Abstract: This present article intends to conceive a broad notion of legal creativity, one which is not restricted to the acts nor the functional powers of specific legal actors. The article adopts processual philosophy as its theoretical and conceptual framework to expose how the usual conception of legal creativity is entrenched in an ontological conception of reality that privileges stability, order and security over change, disorder and becoming. This research, however, inscribes creativity within the dynamic of continuous reorganization of the legal order so creativity could be dissociated with the idea of normative production narrowly associated with legal actors: legal theories and categories not only expresses a kind of legal creativity, they also have the potential to transform and redefine common accepted practices within the legal context. The chief hypothesis of this article is that a broader conception of creativity would be relevant to rethink how legal order as constantly transformed by new concerns that emerges within the social field.

Keywords: Order; Creativity; Legal Decision; Deleuze; MacLean

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE; Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo; Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE. Contato: leonardoalmeida326@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A capacidade de se alterar conforme os diversos cenários de transformação social sem, porém, sacrificar a sua capacidade de manter expectativas e padrões tem sido uma constante nos sistemas jurídicos modernos. Se, por um lado, as diversas formas de mudança permitem que as convenções e categorias da dogmática jurídica sofram modificações condizentes com as novas respostas que o sistema necessita – ou, por vezes, é pressionado a - fornecer, por outro lado, ele necessita estabilizar essas modificações através de uma forma pré-estabelecida que permita o questionamento – ou mesmo a contestação – dessas respostas. Essa forma introduz os elementos normativos responsáveis por enquadrar, organizar e fornecer a sustentação institucional para os argumentos juridicamente voltados para a organização das demandas políticas caso elas almejem aceitabilidade perante as cortes e os diversos tribunais.

A continuidade da ordem jurídica repousa, em parte, na constante criação de elementos em meios aos contextos variados nos quais as normas jurídicas e outros elementos que integram aquela ordem são operacionalizados. Em um sentido mais específico, criar direito significa fazer surgir normas que atribuem a todos os cidadãos – ou somente a alguns - certas prerrogativas institucionais. Nesta perspectiva restrita, a criação se confunde com uma função compartilhada de diferentes maneiras entre os órgãos legislativos e judiciários no que concerne às normas: criar é produzir normas, sejam elas leis, sentenças ou acórdãos.

É difícil ignorar que a produção normativa seja uma das facetas da criatividade jurídica mais emblemáticas, mas disso não se segue que ela apreende a totalidade do que se pode chamar de criativo na prática jurídica. Ignora-se as operações – e os múltiplos processos que as envolvem – no tocante a implementação dessas normas, assim como o impacto da produção da dogmática jurídica no tocante à resolução dos problemas práticos e circunstanciais. Se, ao invés de se tomar a produção normativa como eixo central através do qual a criatividade jurídica é pensada, o foco passar a residir no processo de resolução dos problemas jurídicos que abrange, embora não se resuma a isso, a operacionalização das normas jurídicas: a resolução de problemas contempla também o engajamento com o novo e o desconhecido, com situações inusitadas e que demandam respostas imediatamente indisponíveis.

É essa relação entre a contínua desestruturação do sistema jurídico a partir de sua relação com o que lhe transcende as fronteiras, e a reorganização subsequente responsável pela manutenção e implementação de novos padrões com os quais os juristas praticantes poderão definir e sustentar as suas pretensões jurídicas, que é o eixo central de reflexão e análise proposto por este artigo. Neste sentido, uma filosofia comprometida em pensar a criatividade na prática jurídica engloba mais do que uma descrição, por mais fidedigna que seja, das formas variadas de construção de argumentos e os critérios normativos para se determinar a validade desses, seja filosófica ou institucional: ela, a filosofia, precisa trazer para o plano conceitual não somente os saberes implícitos nos contextos jurídicos práticos, como também uma ideia de reorganização normativa do direito que permita a emergência do novo, do imprevisto e do inusitado – ou seja, de conteúdos que outrora não poderiam ser pensados a partir da constituição prévia do ordenamento jurídico, especialmente no tocante às normas jurídicas positivadas.

As preocupações que informam esta pesquisa se situam na interseção entre epistemologia jurídica, teoria do direito e teoria política, sem se deixar se reduzir a cada um desses domínios. A emergência de novos direitos, das formas diversas de representação da decisão judicial, as variadas possibilidades de relação que se abrem entre o direito e os conteúdos sociais oriundos de seu entorno contribuem também para uma redefinição política de sua intervenção no espaço social são alguns dos eventos observáveis que animam as incursões teóricas deste trabalho. Afinal de contas, semelhante redefinição impacta também as diversas maneiras pelas quais a prática jurídica será representada pela própria teoria do direito.

O problema adotado pela pesquisa é o seguinte: como formular, no âmbito da teoria do direito, uma ideia de criatividade jurídica que não somente se esgote na reprodução e aplicação da norma jurídica, como também contemple o processo contínuo de reformulação da ordem jurídica? É através dessa indagação geral que se vai abordar a filosofia processual.

O artigo apresenta a seguinte estrutura. Na primeira parte, pretende-se esclarecer a relação entre o sistema jurídico e o seu exterior – ou entorno – a partir do que o artigo vai nomear filosofia processual. Essa exposição é conduzida por duas perguntas associadas ao termo ‘filosofia processual’: em que medida essa perspectiva pode contribuir para uma concepção mais rica acerca do processo de organização e

reorganização do direito, portanto, de sua dinâmica interna, e o que nele pode ser considerado como criativo?

Na segunda seção, dando continuidade ao arranjo conceitual estabelecido na seção inicial, pretende-se pensar a relação entre processo e criatividade no tocante à prática jurídica. Em que medida uma abordagem do direito pela filosofia processual responderia – ou se mostraria – mais fecunda do que uma perspectiva de criatividade centrada na produção da norma jurídica pelas autoridades institucionalmente dotadas de competência para tanto. O foco da análise empreendida nesta seção reside na busca por uma noção de emergência apta a conceber uma ideia de criatividade que acolha o novo sem desconsiderar os processos de reorganização da estrutura jurídica. Em síntese, busca-se situar a estabilização através da ruptura e da descontinuidade.

Por fim, o artigo esclarece dimensão política inerente a uma concepção de devir e de descontinuidade não circunscrita aos elementos e às condições normativas previamente situadas pelo ordenamento jurídico. Pretende-se apontar em que medida o devir e a emergência podem ser políticos, embora por ‘político’ o artigo se refira a algo distinto de uma política institucional ou de uma qualificação mais genérica. Tal ponto será esclarecido mais adiante.

A pesquisa tem como alicerce teórico principal uma leitura seletiva das pesquisas de James MacLean e Cary Wolfe acerca da temática, embora contemple também considerações extraídas das filosofias de Alfred North Whitehead, Gilles Deleuze e Félix Guattari. Outros elementos significativos também são extraídos das contribuições dos pesquisadores da filosofia e da metafísica processual, todos devidamente mencionados nas passagens em cujos conceitos e argumentos eles deixam os seus traços.

2. FILOSOFIA PROCESSUAL E CONTEXTOS JURÍDICOS: SITUANDO A CRIATIVIDADE COMO PROBLEMA TEÓRICO NO DIREITO

O surgimento de leis e a produção de julgados, por si só, estabelecem a criação como uma noção incontornável não somente na dinâmica institucional do direito, como também nas variadas práticas as quais os seus atores específicos se encontram vinculados. Não obstante a diversidade e riqueza dos contextos jurídicos, é perceptível que alguns deles tendam a se sobressair ao ponto de ofuscar outras

dimensões da criatividade que contribuem de maneira relevante e duradoura para o processo de transformação do direito estabelecido. Sendo assim, indagações referentes aos limites da criatividade judicial, ou seja, até onde o magistrado - ou um órgão colegiado - dispõe de liberdade de apreciação e de interpretação da norma jurídica positiva, são esperadas: seria preciso, de início, distinguir uma criatividade inerente à atividade da magistratura daquela que configuraria uma atividade para além da sua competência, ou mesmo que se desviasse dos preceitos contidos na norma, sendo esta última condenável.

Essa espécie de indagação é significativa para um campo marcado pelos aspectos institucionais e políticos que caracterizam a mecânica particular do Estado de Direito: a resolução dos problemas presentes nos casos concretos pelo magistrado necessariamente precisa considerar, ainda que não satisfaça, as expectativas das partes e, mais amplamente, também aquela dos jurisdicionados. Os juristas praticantes, neste panorama jurídico-político, necessitam de garantias e critérios normativos para distinguir decisões e argumentos aceitáveis daqueles que não o são: para que qualquer jogo funcione, nem tudo pode valer. O questionamento é também estabelecido por James MacLean em *Rethinking Law as Process* quando confronta a cisão entre casos prontamente identificáveis e os que suscitam divergências e levam a soluções controversas, distinção de grande relevância na jurisprudência analítica de H. L. A. Hart e dos seus seguidores.

MacLean associa esse esquema a uma concepção atomística da realidade, devedora de Parmênides e Demócrito: a realidade é constituída por entidades atômicas, dispostas em relações determinadas e regulares, apreendidas em leis gerais (MACLEAN, 2012a, p. 49). Uma vez estabelecida a realidade nesses termos, estabelece-se também um paralelismo entre conceitos e coisas, entre a representação e o representado, em virtude do caráter determinado e relativamente estável das entidades mundanas. Abordada através desta perspectiva, a questão dos casos difíceis reside apenas em refinar e propor novas formas de descrição de fatos já estabelecidos. Seguindo uma linha de reflexão devedora das reflexões de Henri Bergson, pode-se dizer que o futuro já se encontra todo no presente, ainda que de maneira implícita: ele nada mais representa do que uma junção de fatores que já se encontram atualizados (LEFEBVRE, 2008, p. 91-92).

A rigor, então, o limite da aplicação da norma jurídica, no contexto da decisão judicial, residiria na incorporação de uma situação particular e específica a uma

orientação geral. A formalidade do procedimento garantiria, a princípio, a sua objetividade, compreendida neste ponto como adjetivo referente a um ato axiologicamente neutro, dissociado das inclinações, valores e crenças do jurista aplicador. Posicionamento semelhante pode ser observada nas pretensões epistemológicas do positivismo jurídico e por outras perspectivas teóricas influenciadas pela produção do Círculo de Viena.

A partir de itinerários muito distintos, James MacLean (2012a, p. 100 e ss) e Cary Wolfe (1998, p. xii e ss), especialmente em sua obra *Critical Environments*, articulam questões cruciais para a teoria do direito desenvolvida ao longo do século vinte: em que consiste a objetividade no direito quando as fundamentações epistemológicas usuais já foram confrontadas ou mesmo rejeitadas? Como conceber uma epistemologia – e a epistemologia jurídica está aqui abrangida – para além dos confins da tradição metafísica e do essencialismo que a caracteriza sem se deixar paralisar pelos caminhos sem saída das várias formas de relativismo?

Uma solução razoável, porém provisória, para a saída deste impasse consistiria em operar modificação nas pressuposições ontológicas que normalmente acompanham as descrições teóricas sobre o direito as quais os juristas praticantes recorrem quando interpretam as suas práticas. O que se destaca é que as principais características da decisão judicial, dos casos e das categorias jurídicas são normalmente pensadas como entidades separadas, conectáveis, e fortemente determinadas. Embora relacionadas entre si em contextos institucionais práticos (p. ex, a sua apreciação nos órgãos da justiça), os elementos e categorias são também passíveis de serem abstraídos das relações nas quais se encontram originalmente inseridos.

Uma alternativa esboçada por MacLean, ancorada na filosofia processual de Alfred North Whitehead, consiste em conceber os elementos, as categorias e a própria decisão judicial como envolvidas em processos de devires mutuamente constitutivos (MACLEAN, 2012a, p. 49-50). Ele está insistindo na interrelação e na irredutibilidade desses elementos quando observados sob uma perspectiva fluída e dinâmica da realidade: a continuidade, a permanência, o mesmo, constituem apenas a superfície de uma realidade que é, em seu âmago, puro devir, fluxo e dinamismo.

Um conceito amplo e dinâmico da realidade precisa considerar a relação entre o que já se manifesta, ou o que se faz atual, justaposto às possibilidades latentes

nos próprios entes. Trata-se de conceber a fusão entre o que é e o que poderá ser como constituindo uma nova unidade de experiência. Sobre este ponto também escrevera Whitehead:

A atividade criativa... é o processo de inscrever em seres atuais fatores no universo que, antecedendo àquele processo, existem tão somente como potencialidades ainda não atualizadas... Ao conceber uma situação de experiência, nós devemos discriminar os dados atualizados apresentados pelo mundo antecedente, as potencialidades não-atualizadas que se encontram prestes a promover a sua fusão em uma nova unidade de experiência, e a apreciação imediata do eu a qual pertence a fusão criativa daqueles dados com as suas potencialidades. Esta é a doutrina da criação avançada que pertence à essência do universo, que passa ao futuro (WHITEHEAD, 1938, p. 206-207).

O que se denomina realidade abrange múltiplas interações complexas entre elementos – ou entes – atuais. Whitehead deste modo estabelece uma distinção entre o físico e o mental como dimensões que integram sua ideia de processo: o físico representa a força do passado, das experiências e das constituições anteriores na configuração atual das coisas; o mental, por sua vez, sinaliza a dimensão subjetiva que permite a cada experiência viabilizar novas possibilidades, além de parcialmente determinar a forma daquela experiência. Tudo que é supostamente determinado não é senão a conclusão de um processo e o início de um outro: com o fim de cada etapa o que se tem é o surgimento do presente e a abertura futura na forma de novos processos.

O devir específico de cada situação concreta é descrito, na filosofia whiteheadiana, pelo conceito de concrecência. O processo é segmentado em três partes distintas, mas interconectadas. A primeira parte é caracterizada pela recepção passiva dos dados, ou seja, a apreensão física de ocasiões anteriores da experiência. A segunda parte é marcada pela apreensão conceitual de novas possibilidades, ou seja, refere-se à intervenção ativa do mental. Por fim, tem-se a reconciliação do desejo inicial de se conformar ao passado e ao subsequente desejo de implementar novas possibilidades.

Cada nova ocasião simultaneamente adquire uma nova configuração para imediatamente perecer e ser substituída por uma nova ocasião em sua primeira fase processual, ou seja, apreensão física passiva. É importante observar que apreender, no âmbito da filosofia whiteheadiana, refere-se mais às filtragens e enquadramentos seletivos do que a uma atividade consciente e crítica. Nem todas as ocasiões passadas e possibilidades abertas do presente vão ser sintetizadas no processo de concrecência. Para as pretensões desta pesquisa, retém-se o seguinte ponto: algumas experiências passadas - ou possibilidades presentes - podem bem ser ignoradas ao mesmo tempo em

que outras serão atualizadas em um devir contínuo. A realidade é muito mais profunda e complexa do que aquilo que se deixa ser apreendido de imediato pelos sentidos do observador no presente: passado e futuro, por exemplo, possuem são tão reais quanto o presente, embora obedeçam a lógicas distintas e configurações distintas (DELEUZE, 1999, p. 42 e ss)

Adotar a perspectiva teórica da filosofia processual, portanto, implica em tentar situar como os conceitos produzidos pela experiência moldam e fixam a perspectiva que o observador – neste caso, o teórico – possui no tocante ao seu objeto e campo de investigação. Importa menos a precisão e a clareza dos conceitos do que mapear a maneira pela qual eles operam, abrem possibilidades e confinam perspectivas. Conceitos simultaneamente podem incentivar ou obstruir perspectivas teóricas e práticas, cabendo à filosofia processual a vigilância constante para este detalhe. Este ponto é caracterizado por alguns pesquisadores da filosofia processual da seguinte forma:

A filosofia processual nos encoraja a seguir o itinerário da organização, encontrando um mundo de erupção, de inchaço e vir-a-ser sem descanso. A *techne* ou o ofício de fazer pesquisa se aproxima mais de seguir o fluxo das coisas ao invés de tentar capturá-las e aprisioná-las. Investigar a vida organizacional significa recorrer a conceitos representacionais ao mesmo tempo em que nós nos tornamos atentos à maneira como eles, em contrapartida, podem nos utilizar, confinando a nossa visão com prescrições de esmero que nos fazem subestimar os aspectos recalcitrantes e esgarçados da existência (HELIN, Jenny; HERNES, Tor *et. al.*: 2016; p. 11)¹.

Para a teoria do direito semelhante construção ontológica pode, a princípio, soar desafiadora: como, a partir do devir, atribuir sentido às experiências e às categorias que integram a reflexão em torno dessas experiências? Como conciliar essa compreensão ontológica da realidade com as necessidades jurídicas institucionais a partir de uma descrição teórica?

Responder a esses questionamentos demanda que, de início, seja esclarecido o sentido mesmo da institucionalização de um grupo específico de práticas sociais, as jurídicas. A institucionalização do direito compreende as variadas formas pelas quais os atores jurídicos atribuem sentido ao que fazem em seus contextos prático-institucionais. Abrange dois tipos de forças e tendências: em uma direção, as forças que orientadas para a promoção da ordem e da estabilidade, enquanto outras formas se orientam para a

mudança e a desestruturação. Como visto no conceito de concreção, a institucionalização do direito sempre resulta de um processo pré-estabelecido.

Quando os juristas praticantes teorizam sobre a aplicação da norma jurídica, muito comum é restringi-la às fontes formais: a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os costumes. O processo de aplicação equivaleria a despertar a operacionalizar as fontes formais do direito de maneira a propor soluções nelas baseadas. A rigor, embora mostrem-se perceptíveis as várias modificações pelas quais essas fontes são submetidas, seja com a aprovação de novos projetos de leis ou mudanças de entendimento jurisprudenciais, o elo entre a normatividade jurídica e a experiência permanece ofuscado, acarretando uma identificação apressada entre a criatividade do direito e os atos realizados por atores específicos, como o legislador e o magistrado.

Semelhante caracterização, entretanto, mostra-se secundária a uma outra, que funda a operacionalização mesma dos elementos normativos do direito: o problema prático, o reconhecimento enquanto objeto de intervenção judicial, a articulação entre as categorias abstratas da dogmática jurídica e o problema concreto em questão. Em síntese, a caracterização primária da decisão judicial, independente dos métodos e procedimentos recorridos para a sua resolução, é fruto do entrelaçamento entre o universal abstratos das categorias, e o particular concreto dos problemas e das situações (MACLEAN, 2012b, p. 152 e ss; MACCORMICK, 2006). É em torno dessa relação que a filosofia processual fará a sua intervenção.

O primeiro ponto consiste na delimitação do contexto jurídico no qual a mencionada relação será estruturada. Quais são os limites desses contextos? As fontes formais do direito? A teoria do direito há muito vem considerando e problematizando a intensidade da influência de considerações extrajurídicas na composição das decisões judiciais. Se, por um lado, afirma-se o devir, por outro lado não se pode desconsiderar a estabilidade relativa do aparato conceitual responsável por atribuir sentido e previsibilidade às práticas jurídicas: relevantes transformações sociais não necessariamente produzem o impacto esperado na organização normativa e institucional do direito.

A relação entre o devir e a estabilidade é ilustrada a partir da seleção cognitiva que a estrutura jurídica opera perante o que lhe é exterior. Neste ponto, MacLean observa o caráter autoreferencial, porém aberto e reflexivo, da dinâmica do direito: as mudanças ocorrem a partir da estrutura do direito, ou seja, tendo sempre

como base as suas descrições sobre si mesmo e seu ambiente (MACLEAN, 2012a, p. 79 e ss; LUHMANN, 2004, p. 426 e ss).

A imagem do exterior – ou do extrajurídico – é sempre uma projeção do interior (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2011, p. 47 e ss; DELEUZE; GUATTARI, 1992, p. 20). MacLean pontua que as várias transformações institucionais dificilmente causam algum impacto nas premissas organizadoras do direito uma vez que, antes, precisam ser filtradas pelo próprio aparato conceitual e normativo que estrutura a dinâmica peculiar e autônoma do direito.

A determinação do que conta como conhecimento jurídico ou não é estabelecida pelo próprio direito: a sua seletividade diante do ambiente externo implica na demarcação do que é relevante para a sua intervenção e daquilo que pode ser ignorado (LEFEBVRE, 2008, p. 123; MACLEAN, 2012a, p. 83 e ss; PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2011, p. 48). Por isso a criatividade é usualmente concebida como secundária ou parcial: o novo só existe a partir de uma prévia identificação de algo como objeto de relevância jurídica. Por mais inusitada e distinta que seja uma demanda jurídica, as implicações institucionais de sua assimilação são limitadas porque, de início, as demandas precisam ser reconhecidas como juridicamente pertinentes.

O problema da criatividade está agora estabelecido: a progressão do direito, considerando o esquema acima, não teria como ocorrer mediante o contato com o radicalmente novo ou inaudito, uma vez que este já estaria sempre apreendido nos elementos normativos já disponíveis na estrutura jurídica. A progressão seria fruto, portanto, da aplicação contínua das regras e padrões universais abstratos à multiplicidade de situações particulares concretas. As regras e os padrões são devidamente hierarquizados e associados de maneira a comporem um sistema caracterizado pela continuidade e não-contradição, dentre outros preceitos.

Na concepção de MacLean, no entanto, semelhante descrição da dinâmica produtiva e operacional do conhecimento jurídico não corresponde à experiência imediata dos atores jurídicos no exercício dos seus ofícios. Ao invés de uma estrutura fechada cuja produção normativa é rigorosamente determinada de cima para baixo, os juristas praticantes normalmente concebem o conhecimento jurídico como uma malha

ampla e complexa de informações associadas de forma não-linear (MACLEAN, 2012a, p. 71 e ss).

As distinções que organizam a teoria do direito, e que por essa razão compõem as descrições teóricas em torno da decisão judicial enquanto soluções de casos mediante à aplicação de normas universais a situações específicas, acabam sendo elas mesmas interrogadas (MACLEAN, 2012a, p. 3-4). O que essas distinções apreendem e organizam é um conhecimento jurídico formal, determinado e, por isso mesmo, cristalizado: tentam captar o produto, a consequência, esquecendo-se do processo. Ignora-se, portanto, o fora, o que extrapola as distinções ao mesmo tempo em que as reestrutura e reorganiza a partir de novas configurações sociais e/ou teóricas (LUHMANN, 2004, p. 55). Discorre MacLean:

Neste sentido, contrariando a sabedoria comum, o Direito surge de baixo para cima e não do topo, e não existe uma estrutura estabelecida ou uma ordem definitiva em que nós podemos identificar absolutamente como o conhecimento jurídico institucionalizado; ao invés disso, esse conhecimento surge como contínuo vir-a-ser que é naturalmente resistente às tentativas de identificar regra e aplicação, direito e fato, universal e particular, ou a relação que existe entre eles. O Direito surge como comunicação que corta as nossas distinções bem definidas, sempre se expandindo para fora (MACLEAN, 2012a, p. 80-81)².

Decidir judicialmente, conforme uma perspectiva processual, já não pode significar a adequação dos enunciados jurídicos a uma realidade que lhe é distinta, logo, independente e exterior, como também não se trata da subsunção de circunstâncias particulares a enunciados gerais. Isso ocorre porque, em ambas as situações, pressupõe-se que o conhecimento jurídico é determinado, unificado e prontamente manipulável pelo jurista praticante: a sua expansão é controlada seja por via de procedimentos normativos associados à criação das leis e demais atos jurídicos, assim como mecanismos de disciplina institucional associadas à decisão judicial, a exemplo da competência funcional e dos requisitos associados ao magistrados e ministros que elaboram sentenças e acórdãos.

Disso não se segue que inexistente espaço para racionalidade e métodos voltados para o aumento de previsibilidade na dinâmica institucional do direito. O que se está afirmando é que o ambiente no qual essa dinâmica se insere é suficientemente complexo e mutável para invalidar descrições pontuais, porém muito rígidas, em torno da dinâmica específica dos elementos constitutivos do direito.

Por isso a pertinência de se considerar a abordagem da filosofia processual referente ao devir: nele se encontra um jogo intrincado entre polaridades, estabilidade/instabilidade, organização/desorganização, ordem/caos, dentre outros. Se, por um lado, o reconhecimento da dinâmica do Direito abre espaço para uma reflexão em torno das diversas formas pelas quais a criatividade penetra em suas práticas, por outro lado é preciso considerar as delimitações, os cortes e as várias formas com que o direito desenvolve as suas atividades, dotando-as de uma relativa previsibilidade e controle, enfim, os códigos que garantem a identidade do jurídico como tal (LUHMANN, 2004, p. 427 e ss; MACLEAN, 2012a, p. 148 e ss).

O que se tem neste ponto é aquilo que Alexandre Lefebvre, apoiando-se na metafísica de Bergson, aponta como uma concepção mecanicista do futuro: toda e qualquer transformação emerge a partir da concatenação de causas que se fazem presentes e, por isso mesmo, antecedem àquelas transformações. Conforme mencionado, nesta perspectiva, o futuro não seria somente previsível, mas também controlável e determinado haja vista que nada mais representa do que uma imagem distinta do passado (LEFEBVRE, 2008, p. 92 e ss; DELEUZE, 1999, p. 45 e ss). Para um determinado conjunto de efeitos *x*, por exemplo, teremos sempre um conjunto de causas *y*. Para a filosofia processual, no entanto, a ordem é revertida: a ordem e a determinação são aspectos secundários da realidade institucional, decorrendo antes da criação e da inovação que excede, ainda que englobe, os atos institucionais (SCHUILENBURG, 2012, p. 112).

Resta situar uma maneira de articular os processos de organização e desestruturação do direito com a criatividade de maneira que a mesma esteja mais confinada a um fazer específico, nem já esteja implicitamente situada em elementos estabelecidos. É disso que tratará a seção subsequente.

3. A CRIATIVIDADE DO “FORA”: A RECONSTRUÇÃO CONTÍNUA DO JURÍDICO

Um primeiro ponto a ser ponderado pela filosofia processual discutida nesta pesquisa no tocante à criatividade o Direito consiste em substituir a pergunta pelo ‘que’ por ‘como’, ou seja, ao invés de se buscar isolar características, seja na forma de dicotomias ou das categorias usuais da dogmática jurídica, ater-se ao itinerário teórico e

prático que levou às suas produções. Por que se adotar determinada distinção em detrimento de outra? Por que este princípio é mais relevante e não aquele? Como este princípio y se associa com um outro princípio z tendo como base um contexto histórico x?

A princípio essa linha de pensamento parece reiterar a importância de interpretações sistemáticas e mais abrangentes do ordenamento jurídico, mas a questão é, de fato, outra: não se trata somente de considerar a relação das partes inscritas em uma totalidade organizada, mas também que as relações que compõem essa totalidade não são apenas dinâmicas, como também o sentido de cada elemento depende das múltiplas relações que estabelecem uns com os outros. Afirma-se com isso a descentralidade e multipolaridade dos processos que perpassam a institucionalização das práticas jurídicas. A ideia de unidade da estrutura precisa ser repensada uma vez que o sentido e a forma dos seus fundamentos também se encontram implicados no devir do direito:

O que isso significa é que não existe uma única mente controladora, nenhuma mão invisível, nenhuma progressão linear quantitativa. Em seu lugar, nós observamos que os meios de informação criados pela estrutura institucional e institucionalizante do direito cedem espaço para um intercâmbio de ideias, uma troca e substituição contínua de sentidos em que os limites das ideias, conceitos e expressões são decididamente moldados e reformulados neste processo (MACLEAN, 2012a, p. 81)³.

Na acepção estabelecida por MacLean e Lefebvre, ambos percorrendo as trilhas de Bergson, não é apropriado compreender a prática jurídica como um conjunto de ações e formas de procedimento que exclusivamente reproduzem o que já fora determinado em normas que o antecedem (MACLEAN, 2012a, p. 174 e ss; LEFEBVRE, 1998, p. 98 e ss). O caminho para a compreensão da noção de prática precisa evitar que a mesma se reduza à reprodução caso se pretenda que a prática traga consigo uma abertura criativa para o novo e inaudito. Para isso é importante pensar uma concepção de mudança que simultaneamente não subordine o vir-a-ser a uma sucessão contínua de rupturas ou uma insistente repetição do estabelecido, pondo em xeque o sentido mesmo da criatividade. A noção de processo, presente no tipo de abordagem que este trabalho sustenta, surge como mais uma abordagem para lidar com esse tipo de impasse.

Para os propósitos deste trabalho, o que MacLean (2012a, p. 78 e ss) realiza em sua investigação acerca do devir do direito através da filosofia é que as categorias e

representações teóricas dos juristas não explicam, em si, a natureza da prática jurídica, antes é sobre elas mesmas, em seus diversos contextos, que a reflexão do teórico deve repousar. Vale para este tipo de abordagem a observação de Gilles Deleuze sobre a obra *Vigiar e Punir* de Michel Foucault: o que nela se apresenta de maior relevância consiste na promoção de uma nova cartografia para ação (WOLFE, 1998, p. 100). Em outras palavras, o objetivo de uma filosofia – estendendo-se também à filosofia do direito – não consistiria no descobrimento do que haveria de eterno e imutável nas manifestações concretas do direito, mas em esclarecer as condições pelas quais o novo é produzido, ou seja, criado (PATTON, 2000, p. 11 e ss).

O fundamental nesta digressão reside em que a filosofia processual, no que se refere à reflexão acerca do direito e de sua prática, abre espaço para problematização – e por que não também a tomada de consciência? – com o que é exterior ao direito, e por isso mesmo sempre acompanha a sua constituição. Em termos epistemológicos, mas também analíticos, a identificação de um objetivo e a criação de um conceito somente se faz possível quando determinamos o que lhe é interno frente a tudo o que lhe é externo. Em síntese, pensar o direito envolve simultaneamente contemplar o que não seria direito, portanto, aquilo que lhe limita e que lhe permite uma constituição interna de sua autonomia normativa e funcional (LARIGUET, 2002, p. 573 e ss).

Essa questão, porém, não é a mais pertinente no que tange à pertinência das contribuições trazidas pela filosofia processual: o decisivo é pensar o encontro com o exterior de maneira a repensar a criatividade jurídica. Para tanto, é importante que se considere as múltiplas formas pelas quais a interioridade do direito é desarticulada e rearticulada através da intrusão e do contato dos conteúdos situados para além dos limites do jurídico e que, por isso mesmo, também contribuem para a determinação e a problematização desses limites.

Como bem observaram Deleuze e Guattari (1992, p. 44 e ss), dada uma estrutura conceitual que se põe a si mesma, a inserção de novos elementos pode implicar na colocação de novos problemas e formas de relação entre seus elementos constitutivos. A transformação de uma noção básica como ‘terror’ ou ‘casamento’ pode implicar, por sua vez, na transformação de um ramo do direito – o direito agrário e o direito de família – trazendo, deste modo, novas formas de se pensar e intervir juridicamente sobre os problemas suscitados nesses domínios.

Na obra *O Que é a Filosofia*, os autores introduzem uma reflexão filosófica sobre o conceito que, em parte, atende às preocupações teóricas desta pesquisa. Conceitos, eles sustentam, implicam em articulações, cortes e distinções: nenhum conceito pode possuir todos os elementos, senão ele se torna caos (DELEUZE; GUATTARI, 1992, p. 27 e ss). Por essa razão, o conceito aparece como um todo na medida em que totaliza os seus componentes. Os componentes de um conceito se tornam inseparáveis de si mesmos embora sejam distintos: a referência do conceito é a sua própria consistência interna, sua endoconsistência, ou seja, a sua referência é, de fato, uma autorreferência (DELEUZE; GUATTARI, 1992, p. 31; TEUBNER, 2002, p. 535-536).

A relação entre interior/exterior já fora apontada por Deleuze quando tratou da subjetificação em sua obra sobre Foucault. Embora tratando de um outro objeto e temática, as considerações deleuzeanas sobre a relação entre dentro/fora mostram-se em curiosa sintonia com o tipo de exposição presente nesta pesquisa. Escreve o autor:

Isso significa que não existe um dentro? Foucault continuamente submete a interioridade a uma crítica radical. Mas existe mesmo *um interior que situado mais profundamente do que qualquer mundo interior*, assim como um exterior mais distante do que qualquer mundo externo? O fora não é um limite fixo mas uma matéria movente animada por movimentos peristálticos, dobradas e dobraduras que juntas constituem um interior: eles não são mais do que o exterior, mais precisamente o interior do exterior (DELEUZE: 1988; p. 97)⁴.

Duas consequências teóricas que não são necessariamente recentes, porém permanecem significativas para a reflexão teórica sobre o direito, são as seguintes: a exterioridade do direito é fruto da percepção, do enquadramento e da construção teórica do próprio direito; o devir processual do direito implica em um movimento de desdobramento do jurídico sobre si mesmo, ou seja, um devir autorreferente (PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2011, p. 47). Ora, considerando que a própria existência de um fundamento primeiro ou um fim último para o direito, a exemplo da justiça ou do bem comum, constituem também parte dessas mesmas operações, sendo também reconstruídos em seu devir, segue-se que o processo é marcado por uma circularidade dinâmica, um contínuo fluxo de diferenças sem um começo definido, nem um fim pré-estabelecido.

A alteração nos pressupostos implícitos que formam a autocompreensão dos juristas em torno dos contextos práticos nos quais eles já se encontram inseridos afeta também a compreensão mesma que se tem dessas práticas, o que instaura e fecha a

circularidade do processo. Como já observara Michael Polanyi, mencionado por MacLean, todo conhecimento é pessoal na medida em que envolve a articulação de saberes, noções e ideias tácitas e compartilhadas: o conhecer exige sempre um papel ativo e construtivo do participante, é uma forma de ação (2012a, p. 100 e ss). Quanto a este ponto MacLean vai escrever:

Deste modo novas formas de se pensar sobre a prática fará surgir novos modos de articulá-la, levando potencialmente a novas formas de agir. Neste sentido, não pode existir nenhuma característica permanente para as práticas sociais; ao contrário, uma vez que elas consistem na articulação de uma série de auto-compreensões, então, quando as formas implícitas de funcionamento dessas práticas se alteram, também a auto-compreensão será afetada por elas e através delas (MACLEAN, 2012a, p. 142)⁵.

É neste sentido que, ao discutir algumas considerações filosóficas deleuzeanas no horizonte de algumas questões teóricas do direito, Nathan Moore fala da noção de uma “percepção do meio” (MOORE, 2012, p. 142 e ss; MACLEAN, 2012a, p. 77 e ss). Com essa expressão ele alude para a maneira pela qual o trabalho do jurista se encontra atrelado ao fornecimento de soluções que simultaneamente prometem resoluções para problemas factuais e específicos ao mesmo tempo em que carregam consigo novos problemas e questões. Estas, por sua vez, podem desestruturar o conjunto de premissas e saberes jurídicos estabelecidos, levando a mais uma reorganização das categorias empregadas pelo jurista praticante seja na reflexão que desenvolve sobre o seu campo de atuação, seja na maneira como articula esses conceitos com o intuito de propor soluções para os problemas práticos com que ele se defronta. Conceitos sempre carregam consigo o potencial de serem reativados em outras circunstâncias e momentos, inclusive inspirando a formulação de outros conceitos (DELEUZE; GUATTARI, 1992, p. 41).

Inexiste, porém, tanto um fundamento último, situado “de fora” deste processo de contínua reconstrução e criação do saber jurídico, nem um fim último que permitiria, por sua vez, adequar ou situar as transformações a um esquema pré-estabelecido. Por mais inseguro que possa parecer para as expectativas dos jurisdicionados, noções aparentemente sólidas, a exemplo de “segurança jurídica”, são também objetos de consideráveis divergências doutrinárias e práticas: ainda que consideradas basilares e reiteradamente empregadas pelos juristas, o seu sentido é disputado à luz de diferenças doutrinárias e/ou práticas institucionais.

À luz da filosofia processual, no entanto, a suposta “insegurança” mencionada acima não constituiria um problema a ser superado e/ou uma fraqueza teórica a ser remediada. Uma vez aceitando que a mudança, o devir, constitui o plano fundamental da organização do real, e por isso mesmo das instituições jurídicas, a precedência da estabilidade institucional, através de constrangimentos normativos variados, sobre a transformação contínua que se inscreve na complexidade das relações situadas nos vários domínios do social. Pode-se dizer que, nesta caracterização, a institucionalização existe em função da mudança – e não o contrário.

Noções associadas a segurança e a estabilidade, no contexto jurídico, são frutos do intercâmbio dinâmico e multilateral dos mais variados atores jurídicos: doutrinadores, magistrados, advogados, legisladores, administradores, dentre outros. É através do reconhecimento desse intercâmbio que se deve evitar associar – ou mesmo limitar – a criatividade jurídica a um ator em particular (por exemplo, o juiz ou o legislador) em virtude de suas competências funcionais que compreendem a elaboração das normas jurídicas.

Uma noção abrangente e profunda de criatividade situa-se no plano das relações dinâmicas e das trocas em detrimento da concentração em determinados pontos. Neste contexto, portanto, a teoria do direito já não se confunde com o estudo da legislação positiva e nem a ela se encontra confinada. Para além desses limites estreitos, a teoria do direito estabelece como objeto, por vezes implícito, de sua investigação o espaço de constituição e fortalecimento das subjetividades e da composição da experiência que sempre a acompanham (COLEBROOK, 2009, p. 6 e ss).

Conceitos jurídicos não se constituem apenas como suporte de aplicação da lei positiva, elementos que integram a justificação institucional fornecida por juízes e demais aplicadores da lei: antes mesmo que cumpram essa função, podem transformar as práticas e formas de pensar vigentes. Esse é um ponto significado na reflexão que propõem Deleuze e Guattari sobre o conceito: cada conceito corta e recorta um determinado plano e acontecimento à sua maneira (DELEUZE; GUATTARI, 1992, p. 28, p. 46 e ss; PATTON, 2010, p. 138). Sua função, portanto, está muito longe de ser estritamente representativa ou operacional.

Semelhante posicionamento necessita de um esclarecimento mais pontual uma vez que, situando a criatividade no plano das relações entre os atores, torna-se importante destacar a maneira pela qual o novo pode surgir como possibilidade em meio à dinâmica estabelecida entre eles. Disso tratará a próxima seção.

4. EMERGÊNCIA E A CRIAÇÃO DOS NOVOS DIREITOS: A INCORPORAÇÃO DO “FORA”

Dentre as várias noções associadas às transformações jurídicas e os seus impactos tanto na organização política como nas relações sociais que constituem uma dada comunidade, o surgimento de novos direitos – ou mesmo o fortalecimento daqueles já existentes – figura como uma das mais emblemáticas. O fato de grupos sociais específicos obterem a proteção jurídica de certas capacidades e faculdades ilustra não somente o grau de flexibilidade do direito positivo em recepcionar novas demandas, como também a incessante reconstrução que o direito opera sobre si mesmo em função de sua exterioridade. Essa redefinição dos limites, que tanto pode surgir como uma ameaça permanente ao *status quo*, revela também a riqueza e complexidade que permeia as múltiplas relações entre o direito e política no âmbito social (WEBB, 2013, p. 142 e ss).

Pode-se dizer que os novos direitos são criados por legisladores ou reconhecidos por magistrados, mas nisso remete-se novamente à noção estática e limitada de criatividade pontuada acima. Uma concepção dinâmica e abrangente de criatividade conceberia o surgimento desses novos direitos como frutos de um intercâmbio e combinação de múltiplos fatores já estabelecidos. Em outras palavras, através das operações autoreferenciais do direito sobre si mesmo, emergem propriedades que não poderiam ser antecipadamente previstas tendo como base somente os elementos (normas, princípios, categorias jurídicas) já estabelecidas. (TSOUKAS, 1998, pp. 298-299). Pequenas modificações podem, mais adiante, produzir resultados inesperados e significativo. Eis o significado do novo.

Uma vez que os conceitos criados pelo pensamento filosófico já não possuem como seu referencial significativo uma adequação possível da realidade, eles precisam ser julgados em função do impacto e da transformação que são capazes de proporcionar em contextos mais amplos e diversos (WOLFE, 1998, p. xv). Ao invés de representar, os conceitos atuam e intervêm ao mesmo tempo em que se deixam se modificar nessa relação. Essas modificações, porém, não podem ser inteiramente mapeadas a partir dos elementos conceituais já estabelecidos: os arranjos e os efeitos que serão produzidos mostram-se também contingentes.

A significação da dogmática jurídica, portanto, reside em formular respostas conceituais aos problemas externos (ou seja, situados para além dos limites do direito) através de suas operações internas. A distinção entre interior/exterior, porém, não introduz uma duplicação de planos, uma separação intransponível, antes aponta para uma dinâmica de incorporação onde o exterior é “dobrado” pela percepção interior, nele deixando um resquício que lhe modifica a sua constituição interna (WOLFE, 1998, p. 120-121).

Nesta perspectiva, portanto, as noções consideradas mais sólidas e que integram a estrutura central dos ordenamentos jurídicos, a exemplo de segurança jurídica e direitos fundamentais, são também atualizadas e reatualizadas nos diferentes contextos práticos em que são empregadas pelos juristas praticantes e repensadas pelos teóricos. O intercâmbio entre teoria e prática, sempre contextualmente específico, afeta não só os elementos envolvidos, como também o próprio contexto prático.

Uma teoria do direito que proporcione esquemas normativos de decisão judicial – como as diversas teorias da argumentação – distinto daqueles adotados pelas cortes pode não somente modificar a maneira pela qual os juristas interpretam e argumentam a partir das normas jurídicas, como também repensar o entendimento tácito que possuem sobre o que constitui a prática jurídica, como na ideia de silogismo jurídico onde a solução é representada pela subsunção formal de um caso específico a uma norma geral (HART, 2014; ALEXY, 2014, p. 16).

A teoria pode vir a redefinir a decisão em termos contraposição de razões diversas, mesmo opostas, levando a uma conclusão apenas razoável, jamais inteiramente definitiva, conduzindo, por sua vez, a uma reconsideração da estrutura dos argumentos desenvolvidos pelos juízes e tribunais em suas decisões (LARIGUET, 2002, p. 578 e ss). Ora, neste sentido, o contexto jurídico institucional, assim como as categorias a que o jurista praticante recorre na construção dos seus argumentos e justificação das suas posições, são transformados através da relação dinâmica e contingente estabelecidas entre eles mediante a aceitação prática de uma teoria (OST, 2017, p. 20).

Ao invés de simplesmente revelar ou representar, a teoria do direito pode proporcionar o surgimento de novas linhas de fuga e possibilidade que outrora, considerando os esquemas conceituais que se faziam disponíveis, não se mostravam pertinentes ou mesmo viáveis. Sob a óptica de uma filosofia processual, portanto, o principal compromisso das teorias jurídicas se reflete na imaginação e no devir:

Ao nos tornarmos imersos no ambiente mais amplo não apenas aprendemos nos acomodar habilmente e apropriadamente neste mundo de coisas mais amplo (materiais, céus, e mesmo espíritos), como também assim procedemos através da imaginação. Aqui o pensamento expõe a si mesmo ao que é pouco conhecido, estranho, diferente, aquilo que se constitui com outro, mas que também nos enfrenta, nos faz abrir, e seguir junto às linhas de fuga (HELIN, Jenny; HERNES, Tor *et. al.*, 2016, p. 9-10)⁶.

A noção de criatividade, portanto, não necessita ser confinada à produção de normas jurídicas, seja na esfera legislativa ou judiciária, nem sequer a uma atividade específica conscientemente desempenhada pelos diversos atores jurídicos. Em todas essas hipóteses o criativo se encontra circunscrito a pontos fixos – atores jurídicos ou legislativos, e as suas competências funcionais – em detrimento dos processos dinâmicos que compõem a interação entre esses elementos. Concebendo a criatividade deste modo, deixa-se de lado todo o amplo universo de regras tácitas que integram o pano de fundo no qual políticos e juristas desempenham os seus ofícios.

A ideia do novo, mais do que o surgimento de algo completamente distinto do que outrora estaria estabelecido, associa-se à emergência do inusitado e do imprevisto, daquilo que, enfim, frustra as expectativas oriundas da normatividade do direito. Neste ponto, então, o criativo implica um processo contínuo de articulação e desarticulação dos elementos estabelecidos mediante o contato o que excede o domínio do jurídico, e por isso também o constitui. Se não há criatividade genuína sem o novo, este, por sua vez, exige o estranhamento e certa forma de perturbação.

5. CONCLUSÃO

A pretensão deste artigo fora a de suscitar algumas possibilidades de abordagem da criatividade jurídica que contemplasse também o surgimento do novo. Buscou-se amparo teórico em algumas considerações suscitadas por autores associados à filosofia processual para se delinear, em linhas muito gerais e ainda primárias, uma noção mais abrangente de criatividade, ou seja, uma que não estivesse limitada à produção de normas jurídicas, ou mesmo que se limitasse às atividades dos atores jurídicos.

Um conceito mais abrangente, ao invés de rejeitar os pontos mencionados, trataria de associá-los em meio a outras considerações teóricas. Por isso deslocar o foco dos atores e das suas ações para as relações que são estabelecidas entre elas e os

contextos práticos nos quais elas se desdobram. A delimitação desses contextos, por sua vez, existe a partir do momento em que se estabelece uma distinção entre o interior/exterior ou dentro/fora, sendo a partir dela que a relação entre o novo e a criatividade se estabelece.

Uma concepção de criação que se constitui apenas a partir das categorias e premissas circunscritas ao interior reiteraria apenas o que já se encontra estabelecido e sedimentado em um campo específico. No entanto, a partir do momento em que se compreende que a delimitação do interior existe em função de uma redefinição contínua do que é exterior, ou seja, é dependente de uma reconstrução contínua daquela distinção, as ideias de criatividade e novo adquirem outros contornos.

Se o exterior é aquilo que transcende os limites estabelecidos de um determinado campo, pode-se dizer que a criação passa a ser pensada em termos de respostas aos problemas suscitados por tudo aquilo que foge aos limites do campo. O novo se concebe enquanto reflexo de uma criatividade genuína cuja existência é devida ao esforço de apreensão do desconhecido e do estranho. Ele é aquilo que não está – e nem pode ser – previsto pelas configurações normativas vigentes, e que, por isso mesmo, estimula à sua produção como solução, por vezes parcial, aos problemas e às questões emergentes.

A relevância da filosofia processual para uma redefinição da criatividade jurídica abre caminhos para se conceber a decisão judicial para além de uma atividade que relativamente precisa se conformar aos limites pré-estabelecidos pelas normas jurídicas. Disso, porém, não se segue qualquer forma de celebração da liberdade de decisão do juiz ou das opções de que dispõe ao apreciar um caso: o juiz precisa ser concebido como mais um ator no horizonte mais amplo das práticas jurídicas ao invés de uma figura privilegiada cujas decisões se sobrepõem aos casos particulares.

A investigação desenvolvida nesta pesquisa em torno da filosofia processual tende a apontar para uma direção inversa: é o reconhecimento da singularidade dos casos, com todos os problemas que trazem consigo, que atua como vetor para a criação genuína e inovadora no campo jurídico como um todo. O novo, deste modo, não é concebido como algo que advém do nada ou uma ruptura extrema com o assentado, antes como evento que subverte o repertório das respostas previamente fixadas principalmente pela jurisprudência, mas também nas próprias normas jurídicas: o novo como a expressão da colocação de um problema cujas respostas necessitam de maior exame.

A criatividade associada aos novos direitos se mostra como situação emblemática. Uma vez que não é necessário que o reconhecimento e a elaboração desses direitos ocorram na esfera legislativa, o judiciário pode operar uma redefinição de categorias estabelecidas com o intuito de abrir espaço para uma nova rede de relações que se institui a partir desses novos direitos. A possibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo precisa levar em conta a modificação ampla de uma série de termos e categorias sedimentadas, como a estrutura da família, as possibilidades de adoção, a superação da distinção homem/mulher, dentre outros pontos. Com o surgimento de um novo direito, a estrutura mais ampla do direito de família precisa também se adaptar a ele e, com isso, também outras áreas que estejam relacionadas.

Abordar o jurídico por essa perspectiva implica, por fim, priorizar a mudança, as crises e desestabilizações que atingem um dado sistema normativo em detrimento de sua permanência, estabilidade e consistência. Trata-se de reconhecer a importância da segurança, mas também de vê-la como ilha no oceano do caos e do devir. Inverte-se a perspectiva: não se trata mais de buscar por mecanismos normativos que resistam ao vir-a-ser, mas de pensar e redefinir formas de segurança e criatividade que levem em conta o fluxo incessante das transformações que de maneira incontornável conduzem o jurista a se aventurar estradas desconhecidas e acidentadas quando ele mesmo optaria por seguir o caminho já percorrido. Criar genuinamente é se aventurar.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Principios Formales. **Doxa**, v. 37, 2014, pp. 15-29.
- COLEBROOK, Claire. Legal Theory After Deleuze. In: BRAIDOTTI, Rosi; COLEBROOK, Claire; HANAFIN, Patrick. **Deleuze and Law: Forensic Futures**. New York: Palgrave Macmillan, 2009, pp. 6-23.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O Que é a Filosofia?**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.
- DELEUZE, Gilles. **Bergsonismo**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999.
- DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988.
- HART, H. L. A. Discrecionalidad. **Doxa**, v. 37, 2014, pp. 85-98.

HELIN, Jenny; HERNES, Tor *et. al.* Process is How Process Does. HELIN, Jenny; HERNES, Tor; Hjorth, Daniel; HOLT, Robin (orgs). **The Oxford Handbook of Process Philosophy and Organization Studies**. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 1-17.

LARIGUET, Guillermo. Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico. **Doxa**, v. 25, 2002, pp. 573-595.

LEFEBVRE, Alexandre. **The Image of Law: Deleuze, Bergson, Spinoza**. Stanford: Stanford University Press, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACCORMICK, Neil. Particulars and Universals. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (orgs). **The Universal and the Particular in Legal Reasoning**. Aldershot: Ashgate, 2006.

MACLEAN, James. **Rethinking Law as Process: Creativity, Novelty, Change**. London: Routledge, 2012a.

MACLEAN, James. Rhizomatics, the Becoming of Law, and Legal Institutions. In: SUTTER, Laurent de; MCGEE, Kyle. **Deleuze and Law**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012b, pp. 151-168.

MOORE, Nathan. The Perception of The Middle. In: SUTTER, Laurent de; MCGEE, Kyle. **Deleuze and Law**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012, pp. 132-150.

OST, François. ¿Para qué sirve el derecho?... Para contar hasta tres. **Doxa**, v. 40, 2017, pp. 15-48.

PATTON, Paul. **Deleuze and the Political**. London: Routledge, 2000.

PATTON, Paul. **Deleuzian Concepts: Philosophy, Colonization**. Stanford: Stanford University Press, 2010.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Critical Autopoiesis: The Environment of the Law. In: VRIES, Bald de; FRANCO, Lyana (orgs). **Law's Environment: Critical Legal Perspectives**. The Hague, Netherlands, 2011. U. of Westminster School of Law Research Paper No. 11-17. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1968385>. Acesso em 30.nov.2018.

SCHUILENBURG, Marc. Institutions and Interactions: On the Problem of the Molecular and Molar. In: SUTTER, Laurent de; MCGEE, Kyle. **Deleuze and Law**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012, pp. 111-131.

TEUBNER, Gunther. El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. **Doxa**, v. 25, 2002, pp. 533-571.

Ordem, desordem e a criatividade judicial: relações entre teoria do direito e filosofia processual

TSOUKAS, Haridimos. Chaos, Complexity and Organization Theory. **Organization**, v. 5, n. 3, pp. 291-313, 1998.

WEBB, Thomas E. Exploring System Boundaries. **Law and Critique**, v. 24, pp. 131-151, 2013.

WHITEHEAD, Alfred North. **Modes of Thought**. New York, NY: Macmillan, 1938.

WOLFE, Cary. **Critical Environments: Postmodern Theory and the Pragmatics of the "Outside"**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1998.

Artigo recebido em 18 de setembro de 2018 e aceito em 31 de dezembro de 2018

¹ No original: "Process philosophy encourages us to follow the goings-on of organization, finding a world of swelling, falling away, erupting, and becalming without rest. The techne or craft of doing research becomes more like following, a going with things, rather than attempting to capture and fix them. To investigate organizational life is to use representational concepts whilst being attentive to how they can, in turn, use us, confining our vision with prescriptions of neatness that find us smoothing over the frayed and recalcitrant aspects of experience".

² No original: "In this sense, contrary to received wisdom, law grows from the bottom up and not from the top down and there is really no settled structure or definitive order that we can identify absolutely as legal institutional knowledge; rather, legal institutional knowledge appears as continuous becoming naturally resistant to this attempt to identify rule and application, law and fact, universal and particular, or the relations between them. Law appears as a communication that cuts across our carefully guarded distinctions, expanding forever outwards".

³ No original: "What this means is that there is no single controlling mind, no hidden hand, no quantitative linear progression. In its place, we find that the mediums of information created by institutional and institutionalising structure of law give way to a real interchange of ideas, a continuous swapping and substitution of meanings in which the limits of ideas, concepts and expressions are relentlessly in process of being shaped and reshaped".

⁴ No original: "Does this mean that there is no inside? Foucault continually submits interiority to a radical critique. But is there *an inside that lies deeper than any internal world*, just as the outside is farther away than any external world? The outside is not a fixed limit but a moving matter animated by peristaltic movements, folds and foldings that together make up an inside: they are not something other than the outside, but precisely the inside of the outside".

⁵ No original: “Thus, new ways of thinking about a practice will give rise to new ways of articulating it and thus also, potentially, to new ways of acting. In this sense, there can be no permanent character to social practices; rather, since they consist of the articulation of a set of self-understandings, then, when the underlying way of articulating how those practices’ functions changes, so will the self-understandings communicated in and through them”.

⁶ No original: “In dwelling with the wider environment we not only learn to skilfully accommodate ourselves appropriately to the wider world of things (materials, skies, and even spirits), but we do also in imagination. Here thought exposes itself to the unhomely, the strange, the different, that which is other than but which invite us to strive, to open up, and move along lines of flight”.