

# VIRTUALIDADE E TEORIA DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

VIRTUALITY AND LEGAL THEORY: PRELIMINARY REMARKS

VIRTUALIDAD Y TEORÍA DEL DERECHO: CONSIDERACIONES INICIALES

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. Repensando a Temporalidade: O Virtual e o Atual; 2. Decisão Judicial, Norma e Representação: A Temporalidade Estagnada do Direito; 3. O Futuro do Passado: Temporalidade, Subsunção e Decisão Judicial; 4. Considerações Finais; Referências.

## RESUMO:

O objetivo deste artigo reside em explorar de que maneira o conceito de virtualidade, concebido principalmente através dos trabalhos de Alexandre Lefebvre, Keith Ansell-Pearson e Pierre Lévy, pode ter implicações significativas para algumas questões concernentes à decisão judicial no contexto da teoria do direito. Para tanto, o artigo inicialmente desenvolve uma formulação abrangente da virtualidade e de sua associação com a temporalidade do direito com o propósito de apontar, na seção subsequente, como isso pode servir para repensar a decisão judicial sob uma outra óptica. O conceito de virtualidade, neste sentido, permite reconsiderar, no tocante à decisão judicial, o seu caráter criativo, dissociando essa criatividade de traços problemáticos para pensá-la em termos ontológicos.

Como citar este artigo:  
ALMEIDA, Leonardo.  
Virtualidade e  
teoria do direito:  
considerações iniciais.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 32, 2020,  
p. 271-296.

Data da submissão:  
06/03/2020

Data da aprovação:  
23/04/2020

### **ABSTRACT:**

The objective of this article is to explore how the concept of virtuality, which is here conceived through the lens of Alexandre Lefebvre, Keith Ansell-Pearson and Pierre Lévy, can have relevant implication to approach a few issues concerning legal adjudication within the context of legal theory. For this purpose, this article initially develops a general conception of virtuality and its association with law temporality in order to, in the next session, show how this can be used to reconsider legal adjudication into a new light. The concept of virtuality, in this sense, allows us to reconsider, regarding judicial decision, its creative aspect, disconnecting this creativity of problematic traces to think it in ontological terms.

### **RESUMEN:**

El objetivo de este artículo es explorar cómo el concepto de virtualidad, concebido principalmente a través de los trabajos de Alexandre Lefebvre, Keith Ansell-Pearson y Pierre Lévy, puede tener implicaciones significativas para algunos problemas relacionados con la decisión judicial en el contexto de la teoría del derecho. Con este fin, el artículo desarrolla inicialmente una formulación integral de la virtualidad y su asociación con la temporalidad de la ley con el propósito de señalar, en la sección siguiente, cómo esto puede servir para repensar la decisión judicial desde otra perspectiva. El concepto de virtualidad, en este sentido, nos permite reconsiderar, con respecto a la decisión judicial, su carácter creativo, dissociando esta creatividad de rasgos problemáticos para pensarla en términos ontológicos.

### **PALAVRAS-CHAVE:**

Virtualidade; Decisão Judicial; Criatividade.

### **KEYWORDS:**

Virtuality; Legal Adjudication; Creativity.

### **PALAVRAS CLAVE:**

Virtualidad; Decisión judicial; La creatividad.

## INTRODUÇÃO

O conceito de virtualidade tem tido certa presença nos estudos jurídicos a partir do final do século passado, seja associando-se a novos espaços de teorização jurídica, como um direito virtual, seja atrelado a áreas tradicionais, mas que em função das significativas transformações tecnológicas, como é o caso do direito penal no que diz respeito aos crimes virtuais e ao espaço virtual de maneira mais geral. Ambas as situações, no entanto, encontram-se restritas ao âmbito da dogmática jurídica.

Um dos objetivos deste artigo reside em apontar algumas possibilidades de um certo conceito de virtualidade para a teoria do direito e alguns temas e conceitos que lhe são recorrentes, como a decisão judicial. Para tanto, o artigo recorre principalmente à filosofias de Henri Bergson e Gilles Deleuze para fins de desenvolvimento analítico do conceito de virtualidade e, no que se refere aos fundamentos e ao modo de desenvolver a teoria do direito, a pesquisa adota como referencial os trabalhos de Paul Patton e Alexandre Lefebvre, além de certas considerações extraídas das abordagens positivistas de Hans Kelsen e H. L. A. Hart.

Pela própria natureza e estrutura da pesquisa, a primeira seção será dedicada à explanação e ao esclarecimento do conceito de virtualidade a ser trabalhado e desenvolvido ao longo deste artigo. O propósito reside em esclarecer ao leitor os elementos do conceito a ser trabalhado através das considerações de Bergson e, adiante, Deleuze. De especial importância será colocar em evidência os pressupostos metafísicos dos quais partem os autores para melhor situar o contexto em relação a outros temas semelhantes no horizonte da teoria do direito: podem aqui ser mencionados a ideia de temporalidade e também a de juízo, central para a análise da decisão judicial.

A segunda seção é voltada para organizar teoricamente os pressupostos habituais da teoria do direito os quais, por sua vez, revelam as noções de temporalidade e de juízo que terminam por amparar compreensões usuais da decisão judicial presentes. Em geral, essas compreensões, resguardadas certas especificidades de cada abordagem, concebem a decisão judicial mediante uma relação de subsunção entre as disposições normativas do ordenamento jurídico e as ocorrências fáticas. Trata-se de uma relação ancorada em um pressuposto de temporalidade que demarca o futuro a partir das determinações normativas já estabelecidas no presente,

ou seja, o futuro é concebido em termos de uma imagem projetada pela norma jurídica, um espaço que se busca controlar e delimitar.

A terceira e última seção, por fim, confronta os pressupostos apontados na segunda seção com aqueles apresentados na primeira seção, tendo como fio condutor o conceito de virtualidade. Ao buscar desenvolver analiticamente o conceito neste âmbito, esta pesquisa pretende investigar o potencial do conceito para uma problematização mais abrangente da decisão judicial e dos seus potenciais criativos.

Em termos metodológicos, o artigo fora elaborado através de uma sucinta revisão bibliográfica focada em dois eixos: o primeiro, e o principal dentre eles, sendo uma leitura das filosofias de Bergson e Deleuze a partir da virtualidade, enquanto o segundo, mais panorâmico, recai sobre os aspectos recorrentes da teoria do direito, sendo de especial importância não somente a produção de Paul Patton e Alexandre Lefebvre, como também os escritos de autores positivistas que os dois autores tendem a analisar em suas colocações.

### 1. REPENSANDO A TEMPORALIDADE: O VIRTUAL E O ATUAL

A temporalidade tal como é usualmente concebida em termos de causalidade é pensada através da tríade passado, presente e futuro. O passado é situado como evento negativo, algo que já foi e que, por isso, mesmo não é mais dotado de existência real: haveria uma contradição em sustentar, simultaneamente, que aquilo que já foi possa, ao mesmo tempo, continuar existindo (DELEUZE, 1999, p. 41 e ss). Algo semelhante ocorreria também com o futuro: o evento que ainda não ocorreu por essa, razão mesma, careceria também de uma existência real. Restaria, então, apenas o presente, enquanto aquilo que é, que existe, como segmento dotado de existência real, mas essa é uma afirmação também marcada por certas dificuldades.

A primeira delas se refere aos limites entre o presente e o passado, ou seja, à pontual demarcação entre o que existe no presente e o que já se foi no passado. Seguindo esta lógica, no momento em que um enunciado é proferido, por exemplo, ele já se torna passado, deixando assim de existir (MACLEAN, 2012, pp. 1-2). É particularmente neste ponto que a discussão referente à memória adquire também uma importância considerável (BERGSON, 1944, p. 7 e ss). O segundo problema se refere a uma

concepção de futuro como uma representação articulada no presente, ou seja, o futuro como um desdobramento causal de eventos que já existem (MACLEAN, 2012, pp. 1-2; BERGSON, 1944, p. 64 e ss). Nessa linha de raciocínio, então, o futuro não poderia apresentar nada que já não tivesse uma certa existência presente, estabelecendo deste modo uma relação causal linear na qual os acontecimentos futuros podem ser explicados através de um certo desdobramento inexorável de relações estabelecidas no presente.

O que existe por trás dessa questão não é apenas uma relação entre percepção e ação, mas principalmente a maneira como os dados perceptíveis são organizados em diversos cursos de ação no mundo (BERGSON, 1944, p. 75 e ss). Quanto mais complexo e diferenciado for o sistema nervoso de um determinado ser vivo, por exemplo, mais amplo será o intervalo entre a apreensão dos dados externos e a ação que será realizada sobre eles: é durante esse intervalo que as diversas possibilidades de ação são desdobradas em meio à circunstância da qual fazem parte (BERGSON, 1944, p. 76 e ss; KREPS, 2015, p. 43). As possibilidades mencionadas, embora jamais atuais, ainda assim possuem sua realidade uma vez que emergem da interação entre os diversos organismos individualizados e os dados, sempre múltiplos e dinâmicos, presentes nas circunstâncias em que eles, os organismos, se deparam (KREPS, 2015, p. 43 e ss).

É nesse processo de interação contínua através dos estímulos exteriores que os organismos são levados a evoluir através de estratégias que promovem a sua adaptação, como pode ser observado na metafísica vitalista de Bergson (KREPS, 2015, p. 52 e ss). A evolução, portanto, desdobra-se a partir da criação, onde os organismos desenvolvem novas respostas e cursos de ação perante os desafios à sua sobrevivência com que se deparam em diferentes circunstâncias (BERGSON, 1944, p. 78 e ss). Em sua leitura da filosofia de Bergson, Keith Ansell Pearson observa o seguinte:

O ponto estabelecido é de que a ação virtual e a percepção necessitam da existência de corpos individuados que atrassam as suas re-ações e que percebem a distância entre eles mesmos. A percepção mede a ação possível de um corpo sobre as coisas, e vice-versa. Quanto maior for o seu poder de ação, que é essencialmente decorrente de um maior grau de complexidade do sistema nervoso, mais amplo é o campo que se abre à percepção. A memória opera em termos de

uma virtualidade similar, começando com o estado virtual e progredindo passo a passo até o ponto em que se materializa na percepção atual (PEARSON, 2005, p. 1117)<sup>1</sup>.

Muito embora a exposição acima não aparente nenhuma proximidade com as questões referentes à teoria do direito, a temporalidade é uma dimensão incontornável e fundamental da normatividade jurídica em muitos dos seus aspectos. Apenas a título de exemplificação, a estrutura da norma jurídica, especialmente quando pensada em termos de um elemento que justifica e ampara os argumentos dos juristas, traz consigo um controle sobre o futuro, representando-o através de um retrato estabelecido no passado: os acontecimentos futuros devem, de algum modo, entrar em conformidade com as descrições normativas já estabelecidas e determinadas, ou seja, o futuro pensado em termos de projeção do passado (BERGSON, 1944, p. 9 e ss). A existência desses eventos adquire um sentido jurídico somente quando a sua ocorrência é remetida às disposições normativas jurídicas assentadas.

De que modo, porém, o conceito de virtualidade estaria associado com as questões suscitadas nos parágrafos precedentes? Para fins de uma maior precisão analítica, é importante esclarecer a maneira com que o conceito tem sido concebido no panorama da história da filosofia. Comentando este aspecto no âmbito da filosofia deleuzeana, Nathan Widder escreve:

Isto é o que Deleuze chama precisamente de virtual: uma rede imanente de relações que constituem o sentido da experiência atual. O termo virtual vem do latim *virtus*, que significa poder. Ele é utilizado por Duns Scotus, que sustenta que o sentido unívoco de um ser substancial 'virtualmente inclui' os sentidos heterogêneos do ser qualitativo, do ser quantitativo e assim em diante, porque quantidades, qualidades e outros atributos dependem da substância, que possui o *virtus*, ou poder, de lhes conceder o ser (WIDDER, 2012, p. 37)<sup>2</sup>.

Na leitura que Deleuze opera da filosofia bergsoniana, especialmente no que concerne à temática da memória e da percepção, a temporalidade tal como até aqui tem sido discutida é abordada através de outros referências e distinções. O primeiro – e mais importante aspecto, ao menos para a elaboração desta pesquisa – reside na própria natureza do passado: ele

é tão real quanto o presente, embora a sua realidade seja diversa daquela do presente. Em síntese, o domínio do virtual é real sem ser atual, o que vai de encontro à já mencionada concepção usual associada ao passado, na qual o mesmo aparece destituído de qualquer dimensão de realidade. Pierre Lévy é enfático ao destacar que o virtual não se opõe ao real, mas ao atual (LÉVY, 1998, p. 24; LASTOWKA, 2014, p. 483 e ss).

A existência do passado ocorre em um domínio de relações diferenciais, logo, carente de determinações e propriedades persistentes, concebido como virtual: o passado se desenvolve e se transforma em paralelo ao que é efetivo. O paralelismo entre o virtual e o atual estabelece não uma relação de oposição e contraste, a exemplo da relação entre passado e presente. Comentando a teoria da memória e da percepção de Bergson, assim dispõe Deleuze:

Se temos tanta dificuldade em pensar uma sobrevivência em si do passado, é porque acreditamos que o passado já não é, que ele deixou de ser. Confundimos, então, o Ser com o ser-presente. Todavia, o presente não é; ele seria sobretudo puro devir, sempre fora de si. Ele não é, mas age. Seu elemento próprio não é o ser, mas o ativo ou o útil. Do passado, ao contrário, é preciso dizer que ele deixou de agir ou de ser útil. Mas ele não deixou de ser. Inútil e inativo, impassível, ele É, no sentido pleno da palavra: ele se confunde com o ser em si (DELEUZE, 1999, p. 42).

Tendo como contexto mais amplo a investigação bergsoniana em torno da memória e da percepção, o passado opera uma intervenção seletiva que conduz a percepção à ação através de uma delimitação daquilo que é útil no presente. Em outras palavras, a percepção opera uma seletividade, um “recorte”, dentre os diversos elementos e informações que chegam ao seu campo, destacando o que lhe é relevante. A permanência do passado existe em função de sua contínua atualização no presente: o passado é trazido à tona a cada instante, embora diferentemente em cada uma dessas instâncias, tendo em vista que, as circunstâncias de atualização são também diversas.

Um aspecto decisivo nessa abordagem é a de que o atual e o virtual se desenvolvem e existem em paralelo, o que, por sua vez, leva a uma reconsideração da estabilidade e identidade que é conferida ao presente, entendido como momento atual e, por isso mesmo, também determinado

(MASSUMI, 2014, p. 56 e ss). O virtual, por sua vez, acaba por introduzir o inusitado, o imprevisível e o anômalo nas sucessivas atualizações: não há como determinar todas as possibilidades de atualização de determinados elementos, o que foi apontado de maneira clássica por Marcel Proust em sua obra mais conhecida, “Em Busca do Tempo Perdido”. Na conhecida passagem referente às madeleines, o cheiro e o gosto das iguarias francesas remetem o protagonista ao distante universo de sua infância de forma involuntária, sem necessariamente desejar ou antecipar essa imersão no seu passado. Virtual, neste contexto, remete ao potencial ao invés do irreal (MASSUMI, 2014, p. 55 e ss). Em um de seus escritos, Pierre Lévy assim vai definir o conceito de virtual:

A palavra ‘virtual’ é decorrente do latim medieval ‘virtualis’, ela mesma decorrente de virtus, significando força e poder. Na filosofia escolástica o virtual é aquilo que detém o potencial ao invés da existência atual. O virtual tende à atualização, sem passar por qualquer forma de concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. De maneira estrita, o virtual não deve ser comparado com o real mas com o atual, uma vez que a virtualidade e a atualidade são meramente duas maneiras de ser (LÉVY, 1998, p. 23)<sup>3</sup>.

O processo de atualização não somente implica exploração do domínio virtual, como também na modificação através da imersão que é feita sobre o mesmo. As lembranças passadas, uma vez trazidas à tona em um dado momento futuro, já não representam mais fidedignamente as circunstâncias passadas, se é que alguma vez isso foi o caso: novas conexões foram estabelecidas através de novas associações trazidas pela memória e pelas experiências vividas (LÉVY, 1998, p. 23-24; LEFEBVRE, 2008, p. 126 e ss). Por isso a memória é um tema e uma noção tão importante para o desenvolvimento da relação entre atual e virtual: os conteúdos nela alocados são continuamente atualizados em meio às mais diversas circunstâncias, estabelecendo também relações que podem ser muito inusitadas, ainda que esclarecedoras das circunstâncias presentes, como bem ilustra o episódio presente na obra de Proust.

A relação entre o virtual e o atual também traz consigo um universo de fluxos e de relações diferenciais ao invés de ser caracterizado pela permanência, identidade e determinação (LEFEBVRE, 2008, p. 118 e ss).

Alguns autores, como Greg Lastwoka, concebem o virtual enquanto área contemporânea de problemas e conceitos oriundos das tecnologias digitais, ou seja, um campo de investigação específico que se desenvolve em meio ao horizonte mais abrangente das diversas questões associadas à teoria do direito contemporâneo (LASTWOKA, 2014, p. 483 e ss).

Ao invés de recorrer ao conceito de objeto para descrever os elementos perceptíveis, Bergson opta pelo termo imagem que configura uma concepção dinâmica da matéria (BERGSON, 1944, p. 175 e ss). Conforme Alexandre Lefebvre:

Com o termo imagem Bergson estabelece a identidade do movimento com a matéria, daí por que termos mais convencionais como matéria ou objeto não sejam apropriados. Neste universo de imagens, nenhum corpo é distinto do movimento, ou lhe acresce; imagens existem em um estado de variação universal e ação recíproca que faz com que o termo matéria, com as suas conotações de estaticidade e divisibilidade inerte, mostre-se inapropriado... Ao invés disso, o universo das imagens se assemelha mais, tal como Deleuze estabelece, a um estado gasoso, um campo de movimento e interação contínuas, onde cada imagem é uma via ou uma passagem para transmitir o contínuo movimento do universo (LEFEBVRE, 2008, p. 118 e ss)<sup>4</sup>.

O nexu entre o conceito de imagem e a dinâmica da tríade real/atuall/virtual perpassa vários pontos, mas no tocante aos objetivos dessa pesquisa, o principal é o caráter dinâmico atribuído ao real: este mostra-se tanto na maneira como Bergson analiticamente desenvolve o seu conceito de imagem, como na interação entre o virtual e o atual por meio das sucessivas atualizações (LÉVY, 1998, pp. 23-24). Um outro ponto referente à dinâmica entre o virtual e o atual, e que mais adiante será relevante para uma abordagem da decisão judicial reside na maneira como a memória se constitui também como conhecimento tácito inarticulado, porém constituído à luz das diversas experiências pelas quais passam diversas entidades, sejam elas individuais ou coletivas.

O que isso significa é que tanto a apreensão de novos conhecimentos como também formas de agir são também fruto das sucessivas atualizações do virtual em meio às diversas experiências. Keith Ansell Pearson, em sua leitura de Bergson, ressalta bem a seletividade e a subtração de-

corrente da passagem da matéria para a consciência ou do objetivo para o subjetivo. Escreve o autor:

...para que se passe da matéria para a percepção ou do objetivo para o subjetivo, não é necessário se acrescentar nada, pelo contrário, trata-se apenas de se subtrair algo. Em outras palavras, a consciência funciona não ao lançar mais luzes sobre um objeto, mas em obscurecer alguns dos seus aspectos (PEARSON, 2005, p. 1118)<sup>5</sup>.

A descrição de Pearson pode bem ser compreendida em termos de um processo de subtração e enquadramento no qual se vai contar apenas aqueles dados e elementos que contribuam para a ação dos indivíduos. Essa seletividade, de certo modo, tende também a ser amparada por uma forma de saber inarticulado desenvolvida a partir das experiências, sempre singulares, dos indivíduos (LEFEBVRE, 2008, p. 122 e ss). Esse saber inarticulado é também tácito porque, embora esteja vinculado a cada uma das experiências, ele não se faz explícito na composição dessas experiências (HABA, 1999). Disposições afetivas, preconceitos e outros traços passados integram esse tipo de saber, estabelecendo uma coloração individual a cada uma das vivências individuais. Ainda que não esteja plenamente consciente do funcionamento mesmo dessa dinâmica, o surgimento inesperado de sentimentos de aversão ou predileção, por exemplo, abrem – e ao mesmo tempo também obstruem – os cursos de ações válidos na interação que os indivíduos possuem no mundo.

Em seu livro *Rethinking Law as Process*, James MacLean recorre a essa concepção de conhecimento tácito para confrontar o resquício de um certo formalismo lógico que ainda se encontraria atrelado às diversas descrições do processo de decisão judicial. Mesmo em uma teoria da argumentação com forte influência de uma análise institucionalista como a de Neil MacCormick, ainda assim o raciocínio dedutivo e a disposição das premissas conforme a estrutura do silogismo integram a sua perspectiva em termos de resolução das lides judiciais. A tradicional distinção entre os casos fáceis (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*) é significativa neste ponto (ATRIA, 1999, p. 80 e ss; HART, 1994, p. 124 e ss). No tocante ao papel das regras para a solução dos casos difíceis (*hard cases*), observe-se o que diz MacLean acerca da abordagem do teórico escocês:

Mas a referência não é inevitável ou automática; ela é algo que nós fazemos com a regra para transpor o espaço que se

abre entre a legislação e a adjudicação, entre o sentido de uma regra e o de sua aplicação. Em outras palavras, a confirmação de que a regra se aplica a um caso particular ocorre apenas no momento de decidir o caso e, para MacCormick, a maneira de fazermos isso é através do silogismo dedutivo (MACLEAN, 2012, p. 31)<sup>6</sup>.

A importância dada ao silogismo dedutivo em si não constitui um impasse significativo para uma compreensão da decisão judicial através da abordagem estabelecida por esse trabalho, mas é preciso que, ao discutir sobre ela, o conhecimento tácito e as experiências subjacentes à prática do direito sejam também trazidos à tona. Dentre outras razões, cabe apontar que é essa dimensão que termina por desvincular a decisão judicial de um procedimento formal no qual se desconsidera a temporalidade (ou, conforme MacLean, uma perspectiva estática), associando-a a uma compreensão processual da realidade caracterizada por incessantes transformações.

Tanto certas posturas oriundas dos representantes do realismo jurídico dos Estados Unidos, como Oliver Wendell Holmes Jr e Benjamin Nathan Cardozo, como na abordagem que faz da analogia no âmbito do raciocínio judicial feita por Edward H. Levi, o lugar da experiência e das formas de sensibilidade prática, mesmo que pouco tematizadas por esses autores, adquire certa precedência perante formas argumentativas estritamente associadas com formalizações lógicas. Uma das citações mais famosas de Holmes insiste na contraposição entre lógica e experiência: a vida do direito não é a lógica, mas a experiência, dispõe o autor (LEFEBVRE, 2008, p. 96 e ss; HOLMES, 1991, p. 1). Isso significa insistir, contra toda forma de abstração excessiva, que qualquer que seja a criação conceitual proposta por juristas, praticantes ou teóricos, elas primeiramente tendem a refletir os diferentes problemas e questões suscitadas a partir do horizonte prático em meio ao qual os atores jurídicos se encontram envolvidos, como as decisões dos tribunais (NEUMANN, 1995, p.436 e ss).

## 2. DECISÃO JUDICIAL, NORMA E REPRESENTAÇÃO: A TEMPORALIDADE ESTAGNADA DO DIREITO

Independente de se reduzir a prática do direito à estrutura normativa ou de considerar as normas como elemento secundário à decisão, as

diferentes manifestações dos direitos modernos, e mesmo outras que o antecederam, tendem a ser pensada em termos deontológicos, ao menos no que diz respeito às funções de controle social, como também ao estabelecer padrões de comportamento socialmente aceitáveis (HART, 1994, p. 18 e ss). A norma, em síntese, tem sido um conceito nevrálgico para a produção teórica concernente à organização e à dinâmica específica do jurídico (HART, 1994, p. 100 e ss).

A associação entre norma e temporalidade, porém, não é explícita, menos ainda evidente. Dentre outras razões, uma vez que é concebida como referência de comportamento, a norma projeta sobre um horizonte vindouro as condutas que são aceitáveis, uma vez que, se encontram em conformidade com o que ela dispõe (HART, 1994, p. 61 e ss). Por trás dessa dinâmica deontológica, o futuro se torna determinado – ou, o que seria equivalente, assegurado – por concepções e necessidades concebidas em contextos passados.

Certamente, em meio a ideia mais geral de Rule of Law ou de Estado Democrático de Direito, a previsibilidade concernente à aplicação do direito, como também às normas a serem observadas, é fundamental (HART, 1994, p. 94 e ss; ROIG, 1999, p. 224 e ss). Para que essa previsibilidade adquira uma realidade institucional é preciso que a relação entre a descrição normativa e a conduta – ou o caso – particular descrito pela norma proceda mediante abstração de uma série de elementos que, fazendo parte do caso, mostra-se periférica em relação ao conteúdo da norma.

Essa abstração é necessária para que uma dada situação particular seja representada nos termos estabelecidos pela norma. Sendo assim, pode-se dizer que decidir judicialmente, neste contexto, implica reconhecer em um dado caso qual seria a norma ou o mesmo o conjunto de normas que respalda a solução preterida pelo magistrado. Mas sendo toda circunstância a ser julgada também singular e, por isso mesmo, irrepetível, a abstração representa também uma acomodação forçada entre a circunstância e as determinações normativas, sendo a principal questão a seguinte: pode o novo, o inusitado e o inesperado surgir em meio à decisão judicial, ou a inovação jurídica residiria sempre na atividade legislativa?

Tendo como base a descrição geral, e mesmo rudimentar, da decisão judicial compreendida estritamente como subsunção, a resposta será negativa: decidir é conformar e articular situações específicas a enunciados

gerais. Deste modo, somente são aceitáveis, no contexto da decisão judicial, as soluções que já se encontram estabelecidas em relação a estrutura normativa assentada. Pensar deste modo, porém, implica conceber essas respostas em termos de elementos determinados e que não se alteram em meio ao modo como são manipulados pelos diversos atores jurídicos.

Mesmo que se defenda, no tocante à semântica das normas, uma indeterminação referente ao conteúdo, ainda assim não está claro de que maneira essa indeterminação possa ser transformada diante das diferentes circunstâncias particulares as quais elas, as normas, são mobilizadas como elementos que fornecem o respaldo jurídico para as soluções desenvolvidas. Em outras palavras, pensado este aspecto em termos de temporalidade, a relação entre passado e futuro é estritamente concebida em termos de identidade e determinação: os elementos assentados, as normas jurídicas, não se modificam em meio às diversas circunstâncias e problemas futuros aos quais se encontram associados.

A concepção de futuro que é depreendida dessa dinâmica é o de uma imagem estática caracterizada por elementos existentes. Uma dinâmica das relações, que aponte para as sucessivas transformações do real, por sua vez, concede espaço para redefinições em termos dos conteúdos desses elementos, é simplesmente incompatível não somente com a concepção de futuro destacada, como também pela desconsideração do aspecto experimental que envolve, de maneira abrangente, a prática do direito (MACLEAN, 2012, p. 78 e ss). É preciso que se considere que, no tocante a esta prática, existe uma dinâmica circular e recursiva na qual novas formas de intervir na realidade institucional do jurídico não apenas revelam possibilidades distintas de ação, como também novas descrições referentes a estas mesmas práticas, ou seja, categorias e conceitos distintos dos que estavam estabelecidos. James MacLean comenta este ponto:

Podemos dizer que novas práticas e novas maneiras de fazer as coisas são mutuamente constitutivas de uma maneira recursiva; ou, colocando de outro modo, quando novas descrições ganham aceitação entre os atores, então novas maneiras de fazer as coisas também surgem; quando novas maneiras de fazer as coisas surgem, então novas descrições também aparecem; e assim por diante (MACLEAN, 2012, p. 141-142)<sup>7</sup>.

Essas são considerações que dificilmente integram o conjunto de

problemas explorado pelos teóricos do direito, especialmente quando as pretensões teóricas residem em formular modelos gerais que capturam e esclarecem os conceitos necessários para se pensar o direito moderno, como as diversas teorias da norma jurídica ou do ordenamento jurídico. Sendo assim, nessas formulações teóricas a pretensão analítica acaba se sobrepondo à compreensão mais abrangente da decisão judicial concebida como uma prática institucionalizada na qual o manejo e a criação das categorias são de grande importância, mas não é tudo.

Resumindo o cerne dos questionamentos elencados acima: a compreensão estritamente representativa da decisão judicial, que aborda a decisão em termos de processo de assimilação – ou mesmo subsunção – da situação fática às normas estabelecidas, acaba por desconsiderar as nuances da realidade da prática do direito, a experiência mesma do jurídico. Esse processo termina por circunscrever a contingência dos eventos futuros às formas de percepção enraizadas nas estruturas normativas do presente.

Como MacLean enunciara, as transformações são caracterizadas por dinâmica circular na qual nem os atores envolvidos nas práticas, nem as circunstâncias que constituem os contextos normativos dessas práticas, podem ser por si só responsáveis pela emergência dos diversos resultados decorrentes da dinâmica estabelecida (MACLEAN, 2012, p. 141 e ss). Com isso ele está rompendo com concepção estritamente formalista – ou, a princípio, lógica – da decisão judicial que, por sua vez, termina sendo inteiramente circunscrita às ações e prerrogativas de alguns atores jurídicos em particular.

A concepção recorrente de decisão judicial se opõe a essas considerações de MacLean, a partir dos pressupostos implícitos, que conduzem e orientam o ato de julgar. É a partir desses pressupostos, raramente analisados pelos teóricos, que a decisão judicial será pensada através da subsunção. Alexandre Lefebvre opta pelo termo ‘imagem dogmática’ para situar as implicações teóricas decorrentes desses pressupostos, principalmente a maneira como a relação entre regras – ou normas – e casos é estabelecida no horizonte desta concepção de decisão judicial. Lefebvre em sua obra *The Image of Law* caracteriza essa maneira de situar a decisão nos seguintes termos:

Eu chamo esta imagem de dogmática porque se encontra

baseada em um modelo de reconhecimento que propõe a identificação de casos como instâncias de regras. Casos, conseqüentemente, são reduzidos a regras e categorias utilizadas para subsumi-los. Mais importante, como veremos, é que na imagem dogmática nós perdemos toda a perspectiva acerca da criatividade do direito. Se a adjudicação tem como premissa o reconhecimento de regras existentes apropriadas para cada caso, então a criatividade é reduzida ou a um voluntarismo ou a um acidente (a *lapsus judici*) (LEFEBVRE, 2008, p. 3)<sup>8</sup>.

Ambas as hipóteses, voluntarismo e acidente, remetem diretamente a atos e de modo algum se confundem com uma certa dinâmica oculta, subjacente e por isso mesmo também incontornável, presente na realidade mesma da decisão judicial. Ambas as hipóteses apontadas pelo autor, voluntarismo e acidente, mostram-se populares no que se refere à decisão. O voluntarismo expressa uma atitude de desconsideração dos diversos referenciais normativos que, em tese, conduziriam e limitariam a atuação magistrado. Em meio a essa postura, o que resta é apenas a livre e desimpedida vontade do magistrado, ou seja, confundem-se denominadas decisões arbitrárias.

O acidente, por sua vez, pode ser pensado em termos de uma extração dos limites fixados pela norma, sejam eles apenas semânticos ou também institucionais. As hipóteses de ativismo judicial e de interpretações que supostamente transcenderiam as intenções latentes dos legisladores e/ou a semântica explícita da norma tendem a refletir uma criatividade que se desenvolveria à revelia do que se supõe ser a atuação padrão das autoridades judiciais.

Ambas as hipóteses são também um problema quando pensadas a partir dos parâmetros institucionais básicos que tendem a nortear a atividade jurisdicional nas democracias contemporâneas e a hipótese de ativismo judicial dela decorrente (LEFEBVRE, 2008, p. 3 e ss). Neste ponto, a criatividade pensada a partir da prática do direito ressoa como um conceito problemático e potencialmente disruptivo frente aos limites institucionais estabelecidos (HART, 1994, p. 272 e ss).

Nesta direção, por exemplo, um maior espaço de liberdade para o magistrado poderia vir a contribuir para um desequilíbrio entre as funções e prerrogativas dos poderes, quando decide algo de uma maneira

que, a princípio, ultrapassaria as diversas expectativas concernentes ao seu papel institucional. Decisões consideradas políticas ou arbitrárias representam distorções diante do esperado padrão de atuação do poder judiciário.

Uma vez que o conceito de criatividade assume essa conotação problemática, segue-se que, ao menos em tese, a criatividade propriamente aceitável estaria circunscrita ao âmbito da atividade legislativa enquanto instância que é também politicamente legitimada tendo em vista representar diretamente a vontade popular materializada nos votos e na aprovação que possuem perante a sociedade. Sendo esta concepção orientada por considerações pautadas pelo esquema de organização dos poderes ou expressa tão somente nas premissas teóricas que normalmente tendem a informar a teorização do direito, conceber a decisão judicial estritamente em termos de subsunção acarreta distanciá-la dos contextos práticos nos quais se desenrola a prática do direito para tomar apenas alguns dos seus elementos, como aqueles oriundos das fontes formais do direito.

Um tempo estagnado, tal como enunciado no início deste tópico, remete diretamente ideia de passado caracterizado pela identidade e determinação, um passado cristalizado em que o jurista habilidosamente seleciona os elementos que achar determinantes para a sua solução de um caso, o que expressa certa compreensão mecanicista em torno dos diferentes acontecimentos (LEFEBVRE, 2008, p. 98 e ss). Um passado estabelecido deste modo representa uma abstração, uma ideia desvinculada dos contextos históricos e institucionais mais abrangentes e que sempre envolvem esses elementos (MACLEAN, 2012, p. 1 e ss).

Que exista certa dinâmica subjacente à própria estrutura dos ordenamentos jurídicos é algo muito bem reconhecido e examinado por positivistas como Kelsen, Hart e Raz em suas respectivas obras (HART, 1994, pp. 196-197). No entanto, cabe esclarecer a associação desta dinâmica com a reconstrução contínua do sistema jurídico em meio aos diversos problemas e questões enfrentadas por ele em meio ao seu entorno.

### **3. O FUTURO DO PASSADO: TEMPORALIDADE, SUBSUNÇÃO E DECISÃO JUDICIAL**

Em sua obra já mencionada, Alexandre Lefebvre elabora uma peculiar interpretação em torno da relação entre temporalidade e decisão judi-

cial, lendo a maneira como a subsunção é concebida entre alguns autores da jurisprudência analítica (H. L. A. Hart, Ronald Dworkin) e da teoria da argumentação jurídica contemporânea (Klaus Günther, e mais detidamente, Jürgen Habermas). Nas abordagens mencionadas, faz-se presente uma concepção de subsunção que destitui os casos concretos de sua accidentalidade e especificidade. Em outras palavras: em ambas as situações, embora seguindo itinerários distintos, a existência e o significado dos casos ocorre em função das condições fornecidas por normas jurídicas estabelecidas.

Nesta direção, o potencial disruptivo e inusitado dos casos concretos torna-se secundário diante da necessidade de conformá-lo ao que está normativamente estabelecido. A subsunção da qual fala Lefebvre, neste sentido, já não mais assume a forma lógica do silogismo no qual as disposições normativas ocupam o espaço da premissa maior e os casos o da premissa menor. Antes ela está mais alinhada a um esquema de percepção que, de certo modo, expressa um construtivismo que remete diretamente ao criticismo kantiano. Dito de outro modo, a subsunção é um processo de criação judicial do caso através dos dados brutos e desconexos que são trazidos ao Judiciário, mais especificamente ao magistrado e às demais partes processuais. Remetendo às considerações de Jean-Luc Nancy acerca da temática, Lefebvre qualifica essa subsunção de ontológica:

Como Nancy sugere, ao ser estabelecido através do direito, a accidentalidade do caso é ela mesma suprimida; entretanto, esta accidentalidade é ela mesma incognoscível uma vez que o caso (fenomenal) – o único que nós podemos conhecer dadas as condições de conhecimento e experiência – seria ele mesmo “criado” através da subsunção, sendo também estritamente imanente ao direito que o representa (LEFEBVRE, 2008, p. 14)<sup>9</sup>.

A supressão da accidentalidade significa que a subsunção não permite ao caso modificar ou se subverter às disposições normativas que lhe atribuem sentido: o evento subordina-se à norma, não o inverso. Por isso é plausível argumentar que este modelo de subsunção torna difícil, senão impraticável, pensar o novo, a partir do caso, como um evento que desestabiliza a estrutura normativa pré-existente. Esta configuração impede também situar o futuro em termos de relações diferenciais nas quais o inusitado, o novo e o anômalo possuem também o seu espaço e signifi-

cação.

Conceber a virtualidade através desse panorama envolve, embora a isso não se limite, repensar não só a vinculação entre norma e evento, como também a ideia de juízo subjacente ao modelo de decisão judicial que orienta uma ideia geral de aplicabilidade do direito, inclusive demarcando os espaços de criatividade judicial disponíveis ao magistrado. Uma criatividade restrita ao atual concebe a resolução de um problema judicial em termos de reconhecimento e adequação: o decisivo é reconhecer, na abertura do evento, o que é conformável às disposições normativas do direito (LEFEBVRE, 2008, p. 92 e ss).

As indagações de Lefebvre as quais podem ser remetidas ao conceito de virtualidade traduzem um esforço de se transcender a subsunção da decisão judicial concebida estritamente em termos de reconhecimento para que se possa teorizar uma ontologia calcada na criatividade subjacente à configuração da realidade (LEFEBVRE, 2008, p. 144 e ss). Não se trata tão somente de romper com certos pressupostos que concebem a decisão como um processo de disposição e captura de elementos que configuram uma situação particular (o denominado caso concreto) através das normas jurídicas, mas também de se interrogar pelo lugar da criatividade e da inovação, a partir da decisão.

Se o conceito de virtualidade associa diretamente temporalidade e criatividade, Lefebvre questiona os pressupostos metafísicos que tendem a dificultar, senão mesmo obstruir, o lugar do novo na tomada de decisão. É um questionamento que também encontra certa sintonia com as preocupações de MacLean: a manutenção do direito perpassa uma dupla dinâmica na qual, em primeiro lugar, busca-se manter e estabilizar as expectativas em torno da solução dos casos, o que reflete o seu caráter institucional, mas por outro lado, em sua existência ele é continuamente exposto a novas situações e problemas que o forcem a se reorganizar. Sendo assim, a modificação de valores e tendências sociais cedo ou tarde provoca transformações na dinâmica do próprio direito, muito embora a natureza dessas transformações não possa ser precisamente mapeada de antemão. Escreve MacLean sobre este ponto:

Por um lado, como resultado de sua aplicação com o passar do tempo, e considerada a natureza imprevisível da vida social, o direito está sempre sendo confrontado com novos proble-

mas e novas situações as quais ele precisa constantemente responder. Por outro lado, esta natureza dinâmica do Direito como instituição responsável e responsiva emerge dos valores sociais subjacentes ao sistema jurídico; então, valores sociais mutáveis vão resultar a reestruturação e a reorientação do direito após um certo período de tempo (MACLEAN, 2012, p. 139)<sup>10</sup>.

É preciso conceber teoricamente a criatividade através do referencial normativo que compõe a própria estrutura do direito, sem desconsiderar as diversas expectativas sociais que recaem em torno do seu funcionamento. É também em meio a essa dinâmica que as diferentes respostas fornecidas pelo sistema se encontram diretamente atreladas aos problemas de naturezas distintas, como aqueles enfrentados pelo legislador e o que precisa ser ponderado pelos magistrados nos casos particulares.

A maneira pela qual os representantes do povo reagem aos problemas com que se defrontam envolve também considerações acerca das potenciais consequências dessas respostas em termos de impacto em suas metas e projetos futuros, ou seja, precisam considerar como as suas respostas afetam também a visibilidade deles no contexto político em que se encontram inseridos. Neste pormenor, podem ter também confrontadas as suas intenções referentes às leis promulgadas e a própria estrutura dessas leis (VIDAL, 1999, p. 176 e ss).

Para além dessa questão, as questões do legislativo são marcadas pela abrangência e generalidade que caracterizam a forma da lei, como a falta de determinação específica dos seus destinatários. A atividade legislativa, neste sentido, pode ser compreendida como uma forma de percepção e organização dos dados sociais filtrada pela autocompreensão dos legisladores enquanto atores que são também motivados pelo alcance de certos objetivos políticos.

Ao mesmo tempo em que a atividade legislativa inevitavelmente produz desestabilizações na dinâmica do sistema jurídico, haja vista a produção de leis trazer consigo consequências das mais diversas e, por vezes, não intencionais, por outro lado a própria autocompreensão dos legisladores também leva, conforme MacLean, a significativas formas de resistência à mudança. Isso ocorre, dentre outras razões, em função da natureza autorreferencial subjacente ao âmbito da política, assim como também ocorre na prática do direito.

No tocante ao juiz singular, para além da operacionalização dos conteúdos que integram as fontes formais do direito, cabe também uma consideração dos elementos circunstanciais que individualizam os casos concretos. Neste processo realiza-se ao menos uma dupla atividade que contempla tanto uma elucidação das normas legisladas, como também a elaboração de novas maneiras de se interpretar e aplicar essas normas em meio às novas circunstâncias apresentadas pelo mutável panorama social: a elucidação das normas é uma condição para que a intenção do magistrado que ampara as suas decisões seja comunicada aos demais jurisdicionados e atores jurídicos (VIDAL, 1999, p. 174 e ss). Esse trabalho pressupõe não apenas uma compreensão sobre o controle e a organização dos dados que chegam até o âmbito do direito, como o mencionado conhecimento inarticulado que subjaz à prática mesma do direito.

... existe um relacionamento interno entre as categorias do pensamento que usamos para abordar a realidade e as práticas que almejamos tratar e manipular. Em um sentido importante, os nossos panos de fundo teóricos, nossos modelos e categorias de pensamento ajudam a constituir um mundo que experienciamos. Deste modo, a prática social se estabelece de uma maneira que os juízes que integram um mesmo sistema jurídico tratam uns aos outros, assim como as suas decisões, através das principais autocompreensões que se encontram encarnadas na prática; ou seja, essas autocompreensões são constitutivas da matriz social em que os indivíduos se encontram e agem (MACLEAN, 2012, p. 140)<sup>11</sup>.

Em síntese, o principal entrave trazido pela subsunção como estrutura de compreensão da decisão judicial, para Lefebvre e em certa medida também MacLean, está em conceber a aplicação do direito de tal maneira que não reflita o que se encontra presente e estabelecido, não se deixando modificar pelas diversas particularidades e problemas que emergem da própria prática jurídica (LEFEBVRE, 2008, p. 144-145). Em síntese, esse tipo de abordagem acaba desconsiderando o conhecimento inarticulado que compõe o pano de fundo no qual as diversas situações específicas surgem diante do judiciário na forma de problemas jurídicos que aguardam soluções institucionalizadas.

É importante que de algum modo a decisão judicial seja concebida de uma maneira mais abrangente do que a vinculação, uma ponte por as-

sim dizer, entre as fontes formais do direito e os eventos que se desdobram na realidade social e política a qual a dinâmica da prática jurídica tende a tomar como espaço de sua intervenção. Pensá-la em termos de uma atividade que é também inerentemente criadora faz com que o problema, o conflito de interesses, seja posto em primeiro plano (HABA, 1999, p. 56 e ss). O importante a ser destacado é que a mobilização dos diversos elementos que constituem as fontes formais do direito, na medida em que ocorrem a partir de contextos determinados, podem adquirir significados e usos distintos tendo como base o tipo de problema introduzido pela circunstância (HABA, 1999, p. 57 e ss).

O conceito de virtualidade, neste ponto, torna-se uma referência que trabalha contra os pressupostos subjacentes à decisão judicial que a situam em termos de subsunção, por mais variadas que sejam as concepções de subsunção. A decisão judicial deixa de ser compreendida em termos de ato isolado que, por si só, estabelece uma solução para o problema enfrentado, para ser compreendida como um processo complexo no qual múltiplos elementos e atores interagem entre si. A sentença do magistrado só pode existir e produzir os efeitos desejados em meio ao conjunto de normas e referenciais institucionais que lhe atribuem este respaldo: as normas implícitas e explícitas do poder judiciário e, mais amplamente, do próprio Estado, as construções teóricas da dogmática jurídica, os precedentes e demais decisões de outros magistrados e tribunais, além das diversas fontes formais do direito que lhe estão à disposição (HABA, 1999, p. 58 e ss).

Conceber a criatividade nesta direção implica trazer à tona, portanto, os fatores disruptivos e que não se deixam assimilar aos referenciais inscritos na normatividade jurídica: são aspectos difíceis de serem integralmente representados pelos esquemas e conceitos estabelecidos no ordenamento jurídico. No panorama da teoria do direito, uma das consequências mais claras dessa modificação reside em conceber a possibilidade de uma redefinição das categorias e conceitos jurídicos através do encontro estabelecido com um caso, ao invés deste ser assimilado à estrutura normativa estabelecida.

A virtualidade da decisão judicial vincula o caso atual à rede de relações diferenciais que contempla, porém não se restringe, as experiências coletivas e individuais dos diversos atores jurídicos, dentre eles magistra-

dos, advogados, mas também os tribunais. Essas experiências, de certo modo inarticuladas conforme mencionado, estão sempre em constante mutação. Seguindo as intuições de MacLean, essas experiências inarticuladas são trazidas à tona – e, neste processo, são também transformadas – em meio às diferentes circunstâncias com as quais os atores jurídicos terminam por se defrontar na prática forense.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste artigo tratou de apresentar algumas contribuições possíveis decorrentes do conceito de virtualidade para uma investigação teórica da decisão judicial. Dentre alguns ganhos visíveis, o conceito de virtualidade possibilita situar a decisão associada a uma noção que frequentemente não se encontra muito destrinchada por várias teorias do direito: a criatividade judicial. Ao contrário de um ato criador por parte de atores jurídicos definidos, como os magistrados, e estritamente baseado e circunscrito pela estrutura normativa estabelecida, a criatividade concebida a partir da virtualidade é situada como uma dimensão ontológica do juízo sendo, deste modo, insuscetível de ser inteiramente circunscrita às disposições normativas estabelecidas. Isso implica reformular a relação temporal entre passado e futuro subjacente à dinâmica da decisão judicial: o futuro deixa de ser concebido através dos referenciais normativos já estabelecidos para que a contingência dos eventos confronte e problematize esses referenciais.

Implícito nesta concepção é que tanto o passado quanto o futuro se constituem em meio as relações diferenciais e dinâmicas, ou seja, eles mutuamente se transformam em meio às infinitas e diversas circunstâncias nas quais se encontram e se atualizam. Sendo assim, o que se supõe ser a identidade de uma norma jurídica em particular, o seu conteúdo semântico, não admite novas interpretações e sentidos conforme as variadas situações concretas surgem.

É por essa razão que os trabalhos de James MacLean e Alexandre Lefebvre, em certo sentido, recorrem a uma compreensão processual da realidade fortemente influenciada por Bergson e Whitehead para discutir a criatividade jurídica: procuram uma noção que não esteja circunscrita aos atos intencionais dos diversos atores jurídicos, especialmente os magistrados. Pensar a criatividade deste modo é concebê-la não somente a

partir dos atos dos atores jurídicos, como algo que os extrapola e adquire uma dimensão coletiva, viva e institucional.

O que é criativo na decisão judicial não é simplesmente os atos, mas todo o devir processual que conecta uma quantidade significativa de elementos heterogêneos – fontes formais do direito, vivências, teorias, regras institucionais latentes, dentre outros – a partir de diversos contextos práticos que são também únicos e irrepetíveis. A virtualidade, deste modo, é um conceito que permite redefinir o próprio significado de criatividade judicial no contexto da complexa dinâmica institucional do direito: é uma referência conceitual que pode ser significativa para se pensar, posteriormente, o lugar do novo, do inusitado e do imprevisível nas diversas apropriações das normas realizadas pelos atores jurídicos.

Pensar a criatividade nesta outra direção leva a certas implicações teóricas relevantes, sendo algumas delas elencadas no desenvolvimento do artigo. Dentre as mencionadas, sem dúvida, aquela que mais importa para esta pesquisa reside na maneira como uma compreensão da decisão judicial através da virtualidade sublinha uma dimensão prática, principalmente em termos de um conhecimento encarnado nas práticas institucionais que envolvem a apreciação e o julgamento dos casos. Neste sentido, um caso é formado não somente através das suas características, dos fatos e do que em geral é enunciado sobre ele, como também envolve, embora a isso não se limite, as diversas experiências coletivas e saberes compartilhados entre aqueles que compõem o espaço institucional do direito.

O caso por si só não vem “fechado”, pronto para ser subsumido a uma norma já disponível, sendo antes o resultado de um intrincado processo no qual diferentes atos jurídicos organizam aquilo que percebem, o dado por assim dizer, em um problema cujas respostas estão associadas, ainda que de diversas maneiras, às fontes formais do direito. Este exercício é, por si só, criativo, muito embora marcadamente distinto da produção legislativa propriamente dita.

Uma das razões para se considerar essa criatividade ontológica, e por isso mesmo involuntária, é que ela se mostra inerente não só ao horizonte de percepção dos atores, como na maneira com que agem e intervêm no mundo: a percepção é condição mesma para ação. Nesta hipótese, então, a construção de um caso jurídico através dos elementos, dos dados, extraídos da realidade social obsta, antes de mais nada, à produção de uma

solução jurídica que não está – e nem poderia estar – estabelecida a priori.

O conceito de virtualidade, quando transposto para o horizonte dos problemas da teoria do direito, leva a uma redefinição da temporalidade e da criatividade no processo de decisão dos casos jurídicos: se o passado surge como o tempo histórico subjacente à subsunção dos casos às normas, repensá-lo implica transformar a maneira com que é pensada essa conexão entre um evento presente e um elemento estabelecido, a exemplo de uma norma jurídica ou de um precedente judicial.

É em meio a essa transformação que se torna razoável sublinhar uma dimensão mais profunda, porém igualmente presente, da criatividade no direito em meio ao processo de resolução dos problemas que envolvem os diversos atores jurídicos. Este artigo defende a relevância teórica de se considerar também uma concepção mais abrangente de criatividade que apreenda também as diferentes construções daqueles atores nos seus cotidianos práticos institucionais

## REFERÊNCIAS

ATRIA, Fernando. Del Derecho y El Razonamiento Jurídico. *Doxa*, 22, 1999, pp. 79-119.

BERGSON, Henri. *Creative Evolution*. New York: Random House, 1944.

DELEUZE, Gilles. *Bergsonismo*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999.

HABA, Enrique P. Precompresiones, racionalidad y métodos en las resoluciones judiciales. *Doxa*, v. 22, 1999, pp. 49-78.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2.ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991.

KREPS, David. *Bergson, Complexity and Creative Emergence*. London: Palgrave Macmillan, 2015.

LASTOWKA, Greg. Virtual Law. In: GRIMSHAW, Mark. *The Oxford Handbook of Virtuality*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 55-70.

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

LÉVY, Pierre. *Becoming Virtual: Reality in the Digital Age*. New York: Plenum Trade, 1998.

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

MASSUMI, Brian. Envisioning the Virtual. In: GRIMSHAW, Mark. **The Oxford Handbook of Virtuality.** Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 55-70.

NEUMANN, Ulfrid. Positivismo Jurídico, Realismo Jurídico y Moralismo Jurídico en el debate sobre “delicuencia estatal” en la anterior RDA. *Doxa*, v. 17-18, 1995, pp. 435-444.

PEARSON, Keith Ansell. The Reality of the Virtual: Bergson and Deleuze. *Modern Language Notes (MLN)*, v. 120, n. 5, pp. 1112-1127, Dec/2005.

ROIG, Rafael de Asís. Modelos Teóricos del Estado de Derecho. *Doxa*, v. 22, pp. 221-232, 1999.

VIDAL, Isabel Lifante. Interpretación y Modelos de Derecho: sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica. *Doxa*, v. 22, pp. 171-193, 1999.

WIDDER, Nathan. **Political Theory After Deleuze.** London: Continuum Press, 2012.

'Notas de fim'

1 No original: “The point has been established, however, that virtual action and perception require the existence of individuated bodies that delay their re-actions and that perceive a distance between themselves. Perception measures the possible action of a body upon things, and vice versa. The greater its power of action, which is owing essentially to a higher degree of complexity in the nervous system, then the wider the field becomes that is open to perception. Memory operates in terms of a similar virtuality, beginning with a virtual state and leading step by step up to the point where it gets materialized in an actual perception”.

2 No original: “This is precisely what Deleuze calls the virtual: an immanent network of relations that constitutes the sense of actual experience. The term virtual comes from the latin *virtus*, which means power. It is invoked by Duns Scotus, who maintains that a univocal sense of substantial being ‘virtually includes’ the heterogeneous senses of qualitative being, quantitative being and so forth, because quantities, qualities and other attributes depend on substance, which has the *virtus* to give them being”.

3 No original: “The word “virtual” is derived from the Medieval Latin *virtualis*, itself derived from *virtus*, meaning strength or power. In scholastic philosophy the virtual is that which has potential rather than actual existence. The virtual tends toward actualization, without undergoing any form of effective or formal concretization. The tree is virtually present in the seed. Strictly speaking, the virtual should not be compared with the real but the actual, for virtuality and actuality are merely two different ways of being”.

4 No original: “With the term *image* Bergson establishes an identity of movement and matter, which is why more conventional terms such as matter or object won’t do. In

this universe of images, no body is distinct from, or has added to it, movement; images exist in a state of universal variation and reciprocal action that makes the term matter, with its connotations of staticity and inert divisibility, inappropriate... Instead, the universe of images is rather like, as Deleuze puts it, “a gaseous state”, a field of continuous movement and interaction, each image being a road or passage to transmit the continuous movement of the universe”.

5 No original: “... in order to pass from matter to perception or from the objective to the subjective, it is not necessary to add anything but, on the contrary, only that something be subtracted. In other words, consciousness functions not by throwing more light on an object but by obscuring some of its aspects”.

6 No original: “But reference is not inevitable or automatic; rather, it is something that we do with a rule to bridge the gap that opens up between legislation and adjudication, between the meaning of a rule and its application. In other words, the confirmation that a rule applies in a particular case occurs only at the point of deciding that case and, for MacCormick, the way that we do this is in and through the deductive syllogism”.

7 No original: “...we may say that new practices and new ways of doing things are mutually constituted in a recursive manner; or, to put it another way, when new descriptions gain acceptance among actors then new ways of doing things arise; when new ways of doing things arise then new descriptions also emerge; and so on”.

8 No original: “I call this image dogmatic because it is based on a model of recognition that purports to identify cases as instances of rules. Cases, consequently, are reduced to the rules and categories used to subsume them. Most important, as we will see, in the dogmatic image we lose all perspective on creativity in the law. If adjudication is premised on the recognition of the existing rule appropriate for each case, then creativity is reduced to either willfulness or accident (a *lapsus judicii*)”.

9 No original: “As Nancy suggests, in being stated through the law, the case’s accidentality is itself suppressed; however, this accidentality is itself unknowable given that the (phenomenal) case - the only one we can know given the conditions of knowledge and experience - is itself “made” by subsumption and is strictly immanent to the law that represents it”.

10 No original: “On the one hand, as a result of its application over time, and given the unpredictable nature of contingent social life, law is forever being confronted with new problems and new situations that it must constantly respond to. On the other hand, this dynamic nature of law as a responsible and responsive institution stems from the social values that undergird the legal system; thus, changing societal values will result in or be evidence of a restructuring and reorienting of law over a certain period of time”.

11 No original: “...there is an internal relationship between the categories of thought that we use to approach reality and the practices that we seek to address and manipulate. In an important sense, our theoretical frameworks, our models and categories of thought help to constitute the world that we then experience. Thus, a social practice, such as the way that fellow judges within a common legal system relate to each other and each other’s decisions, is what it is in and through the main self-understandings that practice embodies; that is, these self-understandings are ‘constitutive of the social matrix in which individuals find themselves and act’”