

INOVAÇÃO JURÍDICA COMO PROBLEMA E OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PARA A TEORIA GERAL DO DIREITO

LEGAL INNOVATION AS A PROBLEM AND AN OBJECT
OF INQUIRY FOR GENERAL THEORY OF LAW

LA INNOVACIÓN JURÍDICA COMO PROBLEMA
Y OBJETO DE INVESTIGACIÓN PARA LA TEORÍA
GENERAL DEL DERECHO

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Os múltiplos sentidos de inovação na prática do direito; 3. A inovação jurídica como processo: apontamentos preliminares; 4. A inovação-devir para além do essencialismo da teoria do direito: a relevância do pós-estruturalismo; Considerações Finais; Referências.

RESUMO:

O presente artigo pretende investigar as diferentes dimensões que envolvem a inovação dentro e a partir do direito, em particular a sua associação com a criatividade. Para tanto, adota-se uma perspectiva da filosofia processual para, deste modo, caracterizar a inovação em termos de um processo diferencial dinâmico, ao invés de acontecimentos específicos e estáticos. Sustenta-se que essa concepção processual da inovação leva a uma reconsideração da criatividade jurídica que extrapola as ações individuais de atores jurídicos específicos para se deter na interação mais abrangente que os conectam e com o arcabouço institucional que os envolve por meio de regras, procedimentos e valores enraizados. O artigo conclui que, longe de ser um conceito evidente, a inovação

Como citar este artigo:
ALMEIDA, Leonardo.

Inovação jurídica
como problema e
objeto de investigação
para a Teoria Geral do
Direito. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 48, 2026,
p. 185-216.

Data da submissão:
07/10/2023

Data da aprovação:
19/03/2026

apresenta desafios e questionamentos importantes para a teoria geral do direito, tangenciando temas importantes como a criatividade e a decisão judicial.

ABSTRACT:

This article investigates the manifold dimensions of innovation within and through Law, particularly regarding its relation with creativity. This research adopts a processual philosophy perspective, deeply influenced by French post-structuralism as its leading theoretical perspective to conceptualize innovation as a dynamic process of continuous differentiation rather than a static and specific event. It argues that this processual conception of innovation reconsiders legal creativity, transcending the individual actions of a specific legal practitioners in order to dwell on the broader interactions that connect these actors with the institutional framework that envelops them through entrenchment rules, procedures, and values. This article concludes that, far from being self-evident, legal innovation poses challenges and relevant questions to legal theory, encompassing recurrent themes such as legal decision-making and legal creativity.

RESUMEN:

El presente artículo tiene como objetivo investigar las diferentes dimensiones que involucran la innovación dentro y a partir del derecho, en particular su asociación con la creatividad. Para ello, adopta una perspectiva de la filosofía procesual con el fin de caracterizar la innovación en términos de un proceso diferencial dinámico, en lugar de acontecimientos específicos y estáticos. Se sostiene que esta concepción procesual de la innovación conduce a una reconsideración de la creatividad jurídica que trasciende las acciones individuales de actores jurídicos específicos para centrarse en la interacción más amplia que los conecta, así como en el entramado institucional que los envuelve mediante reglas, procedimientos y valores arraigados. El artículo concluye que, lejos de ser un concepto evidente, la innovación plantea desafíos e cuestionamientos importantes para la teoría general del derecho, rozando temas relevantes como la creatividad y la decisión judicial.

PALAVRAS-CHAVE:

Inovação; Filosofia Processual; Criatividade.

KEYWORDS:

Innovation; Processual Philosophy; Creativity.

PALABRAS CLAVE:

Innovación; Filosofía procesual; Creatividad.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que um dos mais acentuados lugares comuns sobre o jurídico é o de que o direito necessariamente precisa acompanhar as transformações sociais, em particular as culturais e tecnológicas, caso pretenda se manter relevante e aberto às demandas do seu tempo. Um ordenamento jurídico positivo desalinhado com o seu tempo é insuscetível de fornecer soluções pertinentes aos diferentes conflitos de interesses apresentados perante o poder judiciário. Mais do que um dos vários aspectos que podem caracterizar a prática do direito, a mudança é uma condição central para a sua operacionalização no que tange à sua capacidade de fornecer respostas institucionais às lides que emergem no plano social. A mudança, porém, só pode ocorrer a partir de uma abertura a uma realidade social que, ao menos parcialmente, confronta as premissas e categorias assentados do jurídico, impelindo-o a uma transformação de sua própria estrutura.

Esse processo de abertura ao social exige do direito simultaneamente uma maleabilidade que vai lhe permitir se amoldar às questões e demandas da ordem do dia, ao mesmo tempo em que necessita de uma rigidez, tendo em vista que, enquanto ordem normativa, o seu arcabouço será sempre de natureza deontológica, logo, o que lhe leva a uma sobreposição, ao invés de adequação, à realidade do seu entorno. Examinar essa tensão entre a flexibilidade subjacente ao ajuste do jurídico diante da realidade social e a sua rigidez decorrente de sua normatividade é o primeiro passo para uma investigação analítica acerca da transformação inovadora do jurídico.

O objetivo desta pesquisa reside em esclarecer como o processo de

inovação jurídica pode ser compreendido a partir de um arcabouço conceitual que evita dois cenários que, a rigor, acabam sendo mais usuais. O primeiro cenário concebe a inovação jurídica como sendo a consequência direta de transformações pontuais no âmbito de alguma fonte formal do direito, a exemplo da legislação e/ou da jurisprudência: inovar representaria uma característica de algumas decisões do poder judiciário e do legislativo, a exemplo da aprovação de um projeto de lei que versa sobre uma questão contemporânea ou de uma decisão judicial que atende a demandas urgentes da sociedade e não contempladas pelos diplomas legais.

O segundo, por sua vez, estabelece a inovação como sendo fruto antes uma consequência da imaginação doutrinária no que tange à elaboração de categorias e a reconsideração das premissas que proporcionam o arcabouço normativo para o ordenamento jurídico em geral. Em síntese, a inovação jurídica é produto de uma atividade doutrinária de vanguarda, na qual as necessidades e demandas contemporâneas são apreendidas e pensadas no plano conceitual antes mesmo de ser discutida e/ou assimilada pelo legislativo ou judiciário. Neste recorte, portanto, a academia, enquanto espaço da investigação e dos debates doutrinários, é pensada como sendo o plano no qual a inovação se estabelece mediante uma interpretação conceitual dos problemas e questões suscitadas na prática institucional do direito.

Os pontos suscitados por esse artigo se desenvolvem a partir da seguinte estrutura. Primeiramente, o foco será em esclarecer a formulação de inovação jurídica proposta por este trabalho, ao qual será analiticamente contraposta às duas concepções elencadas acima. Na segunda seção, por sua vez, associa-se como a inovação jurídica pode ser compreendida a partir de uma noção de mudança desenvolvida a partir de uma filosofia processual, tal como proposta por Nicholas Rescher. O cerne dessa incursão reside em tentar dissociar a mudança subjacente à inovação jurídica de um eventual mecanicismo linear, reconhecendo antes a sua não-linearidade, contingência e a complexidade da interação entre os elementos variados que integram a mudança em si.

Por fim, na terceira e última seção, será estabelecida uma relação entre a concepção específica de inovação proposta no decorrer deste artigo e a mudança conceitualmente estabelecida a partir de certos aspectos e pressupostos oriundos da filosofia processual avançada por Rescher. Des-

ta maneira, pretende-se investigar duas questões distintas e entrelaçadas: (1) uma concepção de inovação jurídica em termos de processo dinâmico que apreende, sem reducionismos, as múltiplas interações entre os diversos atores jurídicos e as circunstâncias fáticas que os envolvem; (2) se essa caracterização da inovação jurídica estaria em concordância, ou não, com uma concepção de mudança não-linear, na qual a contingência e a complexidade são duas características centrais.

A pesquisa adota como técnica de pesquisa a revisão de literatura tendo como base duas áreas de pesquisa, a teoria geral do direito e a filosofia processual apontada por Nicholas Rescher. A abordagem dessas obras terá como eixo principal a caracterização da mudança e a sua relação com a temporalidade, com o propósito de verificar a sua relevância na caracterização de inovação jurídica proposta no decorrer desta pesquisa.

2. OS MÚLTIPLOS SENTIDOS DE INOVAÇÃO NA PRÁTICA DO DIREITO

A ideia de que a inovação integra a dinâmica e a relevância do direito pode ser compreendida e analiticamente desenvolvida a partir de diferentes perspectivas e pressupostos teóricos, abarcando desde um certo funcionalismo, onde a inovação é vista como sendo consequência do desempenho específico de um ou outro órgão (ou ator jurídico), até outras mais abrangentes que podem caracterizá-la a partir da interação entre esses diferentes componentes e planos, contemplando também os mencionados atores e órgãos. Na introdução deste trabalho, foram estabelecidas, apenas a título exemplificativo, o que seria uma concepção funcionalista da inovação, considerada como sendo o reflexo da atuação particular de alguns órgãos ou segmentos que integram a estrutura do sistema judiciário.

O objetivo da análise dessas concepções é estritamente analítico e hipotético: trata-se de investigar as consequências de se restringir a inovação a uma ou outra dimensão do jurídico no plano da teoria. Desta maneira, sendo hipóteses, não representam necessariamente concepções reais da inovação: a finalidade de colocá-las no desenvolvimento desta pesquisa reside em destrinchar as suas implicações tanto para a caracterização teórica da inovação, como a sua relação com os diferentes âmbitos e atores que integram a prática em si do direito.

Em um primeiro posicionamento, a inovação seria, a rigor, o reflexo

da atividade de atores específicos, como o legislador ou magistrado/tribunais. A inovação assume neste momento uma dimensão estritamente predicativa no que diz respeito ao que cada um desses atores à nível de decisão. Eles inovariam juridicamente quando, de certa maneira, acabam por introduzir uma certa ruptura com o que está estabelecido em termos de crenças, convicções ou expectativas: mesmo quando atendem a uma demanda ou necessidade contemporânea, ainda assim, propõem alguma forma de ruptura a partir dos fundamentos e da estrutura das categorias que organizam a atual configuração do sistema jurídico. Em síntese, inovam quando transformam, por vezes de maneira intensa, o panorama de uma determinada área do direito, frequentemente envolvendo algum grau de reformulação das categorias ou premissas constitutivas da área em questão.

Na caracterização acima, entretanto, existe uma relação causal linear entre as ações e as intervenções de alguns atores jurídicos institucionais, como legisladores, magistrados ou, em termos coletivos, tribunais, com as transformações tomadas como consequências daquelas ações. É como se a produção de uma mudança decorresse não só diretamente, como exclusivamente, da ação intencional e coordenada dos atores jurídicos apontados. Chama-se essa concepção de mecanicista, tendo em vista a identificação de uma compreensão linear e rígida de causalidade, na qual as consequências decorrentes da interação entre os eventos são de fácil predição, em parte por conta da rigidez com que se estabelece o nexo causal. Desconsidera-se a incidência dos incontáveis fatores e variáveis que compõem o pano de fundo sobre o qual as interações entre os eventos vão ocorrer: considerando um conjunto tão reduzido e simplificado das relações entre os eventos, a predição sobre o que se sucederá a partir das relações que eles estabelecem entre si se torna elementar.

Essa redução artificial de complexidade acaba por representar um universo que não é apenas desmistificado, como estritamente operacional, posto que o seu comportamento se adequa perfeitamente à regularidade das formulações conceituais que o descrevem. O mundo visto a partir das lentes do mecanicismo é também um mundo sem surpresas e cujos acidentes são, na verdade, apenas manifestações que não foram explicadas ou devidamente formalizadas. Compreender a dinâmica inovadora do direito, a partir desta perspectiva, implica, de certa maneira, estender à pró-

pria predição dos fenômenos ao modo como as normas jurídicas podem ser operacionalizadas nas diferentes situações concretas enfrentadas pelos juristas na prática forense.

Em certo sentido, a operacionalização das normas obedeceria, ao menos em tese, certas formas pré-definidas que permitiriam distinguir usos tradicionais, amplamente aceitos pela comunidade na qual os atores se encontram, dos usos heterodoxos, potencialmente disruptivos e, por essa razão, também considerados inovadores. Neste ponto, a própria decisão judicial ou, ainda, de maneira mais abrangente, as decisões interpretativas realizadas pelos diferentes atores jurídicos, implicitamente obedeceriam a um certo esquematismo responsável por delimitar os usos aceitáveis e coletivamente compartilhados daqueles que tendem a violar as preconcepções arraigadas e, portanto, inarticuladas, dos atores jurídicos.

Seguindo essa perspectiva, decidir, mais especificamente julgar, é reconhecer, ou seja, enquadrar a experiência imediata e concreta em pressuposições, categorias ou premissas estabelecidas. Em importante trabalho que se desenvolve na interseção entre a teoria do direito e a filosofia deleuziana, Alexandre Lefebvre chega mesmo a caracterizar essa compreensão de decisão como sendo subsuntiva e amparada por um certo dogmatismo que inviabilizaria mesmo uma apreensão conceitual daquilo que seria desviante e singular, logo também inédito e incomensurável, nas circunstâncias jurídicas concretas. E quais as razões para que Lefebvre pense dessa maneira?

A primeira razão já foi aqui elencada: a decisão operaria a partir de um certo esquematismo no qual a norma jurídica surge como um horizonte no qual a percepção do jurista será organizada e direcionada, apreendendo e significando a experiência concreta a partir dos referenciais estabelecidos pela norma. Pode-se dizer, com uma certa sensibilidade kantiana, que a norma em si forneceria as condições de possibilidade para a percepção de uma circunstância fática, como um caso jurídico. Muito embora isso não signifique que a resposta a ser fornecida para o caso, ou seja, a solução decorrente da decisão judicial em si, já estaria presente no arcabouço normativo do ordenamento jurídico, as condições pelas quais uma circunstância possa ser caracterizada como sendo objeto de intervenção jurídica dependeriam sim dos referenciais normativos

preexistentes à circunstância. Escreve o autor:

Consequentemente casos são reduzidos às regras e às categorias utilizadas para subsumi-los. Mais importante, conforme veremos, na imagem dogmática nós perdemos toda perspectiva sobre a criatividade no direito. Se a adjudicação tem como base o reconhecimento de uma regra existente apropriada para cada caso, então a criatividade é reduzida ou a um voluntarismo ou a um acidente (um *lapsus judicii*) (LEFEBVRE, 2008, p. 3)¹.

Sendo assim, tudo o que na experiência concreta dos atores jurídicos emergir como inédito será, a rigor, prontamente despido desse ineditismo, uma vez que a sua recepção estará associada a elementos e premissas que antecedem à experiência em si e que já se mostram bastante entranhados na maneira usual com que o jurista responde e pensa os problemas com que se depara em sua prática forense. Conforme a passagem citada acima, quando abordada a partir dessa perspectiva, a criatividade judicial é também relegada a ser, de certa maneira, uma espécie de patologia que põe em risco tanto as premissas com as quais a legalidade judicial se estabelece, como a própria noção de segurança judicial, tendo em vista que o exercício da criatividade por parte do magistrado extrapolaria os limites mais restritos das fontes formais do direito, em particular a legislação e os precedentes judiciais, confundindo-se com um voluntarismo.

Em um dos seus textos tardios, “*Qu’est-ce que l’acte de création?*”, Gilles Deleuze explorou a emergência da ideia (o que significa ter uma ideia?) em suas diferentes nuances. Uma delas, entre as primeiras que o filósofo explorou neste texto, é pertinente para a investigação sobre a inovação: trata-se da relação entre criatividade, generalidade e particularidade. O filósofo francês lembra, no início de sua argumentação, que ninguém tem uma ideia em geral: o surgimento de uma ideia ocorre sempre a partir de um domínio específico e concreto. É a partir dele que a ideia terá um modo de expressão ao qual se encontrará vinculada. Observe o que ele escreve:

Ninguém possui uma ideia em geral. Uma ideia – assim como aquele que tem a ideia – já está associada a um domínio particular. Algumas vezes é uma ideia na pintura, ou uma ideia no romance, ou uma ideia na filosofia ou uma ideia na ciência... Ideias precisam ser tratadas como potenciais já *engajados* em um modo de expressão ou outro e inseparável

deste modo de expressão, de tal maneira que não se pode dizer que eu tenho uma ideia em geral. Dependendo da técnica com que eu sou familiar, eu posso ter uma ideia em um certo domínio, uma ideia no cinema ou uma ideia na filosofia (DELEUZE, 2007, p. 44)².

O trecho acima pode muito bem ser adaptado à diversidade dos domínios nos quais a prática do direito se desdobra, em particular no que tange aos seus modos de expressão. A dogmática jurídica, sobretudo no que concerne à variedade das suas áreas e dos interesses e necessidades que a integram, o plano do poder judiciário e dos processos concretos, o espaço legislativo dos projetos de lei e das discussões que englobam tanto as etapas de sua elaboração quanto de sua aprovação, todos eles trazem consigo modos de expressão específicos: uma ideia que ocorre no domínio da decisão judicial terá um modo de expressão distinto daquela que surge no plano da doutrina, ainda que esteja associada ao mesmo conjunto de categorias.

A emergência de uma ideia, então, só ocorre a partir de um domínio particular e Deleuze prontamente observa que não existe um meta-domínio, ou domínio transcendente, capaz de se sobrepor aos demais, como frequentemente é colocada a filosofia. Na medida em que se confunde como a potência de se “pensar sobre algo”, a filosofia operaria um sobrevoos em torno de diferentes domínios, construindo uma cartografia sobre cada um. Porém, ao justapor os domínios da filosofia e do cinema, o filósofo francês observa que o pensamento sobre o segundo independente por completo da filosofia e dos filósofos: são os diretores, cineastas e cinéfilos em geral os que mais efetivamente podem pensar o cinema e, a partir daí, também criar neste domínio. A filosofia é tão inventiva quanto qualquer outra área, como o cinema, a literatura ou o direito.

Para a presente pesquisa, este gesto deleuziano tem importância significativa. Ao mesmo tempo em que estabelece as especificidades de cada domínio ao situar a diferença entre os seus modos de expressão, a reiteração da imanência vem com o afastamento da ideia de um “meta-domínio”, ou seja, da sobreposição reguladora de um domínio perante os demais. Por fim, temos a justaposição dos âmbitos da teoria e prática, sem que a teoria eventualmente suplante - ou limite - os diferentes desdobramentos que possam ocorrer em uma dada prática.

Para além disso, como Rescher bem observa, o processo de idealiza-

ção reflete uma dimensão pragmática na qual as ideias são operacionalizadas em contextos nos quais se busca a solução de questões e problemas. Exercem, portanto, uma função regulatória na organização, demarcação e direcionamento dos problemas e das soluções a serem apresentadas:

Abstrações como são, as ideias possuem um direito e um lugar adequado no esquema particular das coisas. Eles são ferramentas pensantes, instrumentalidades do pensamento. Eles possuem um uso e possuem um papel produtivo a ser realizado. São concepções contrastantes que precluem a nossa atribuição ao conhecimento de uma completude que ele mesmo não possui. E são ideais regulatórios – incentivos que ordenam o aprofundamento do nosso conhecimento (RESCHER. 2016, p. 61)³.

Em nossa investigação jurídica, as questões acima encontram reverberações que ora são claras (ou já deveriam sê-lo para os pesquisadores da área), ora mais sutis e que contribuem para o desenvolvimento de nossa linha de argumentação. A primeira delas é a de que os planos da dogmática e da prática jurídica, ou mesmo da teoria geral e da dogmática, justapõem-se ao invés de conflitarem entre si. Nessa direção, entende-se que também se pode falar da relação entre teoria e prática como sendo a de domínios independentes, com dinâmicas próprias, porém em contínua relação criativa entre si. Por fim, os referenciais mediante os quais se pode julgar ou validar um ato criativo não estão em um domínio superior e independente daquele no qual o ato em si emergiu: pelo contrário, é precisamente neste espaço de emergência que eles se encontram situados.

Uma outra leitura viável de inovação pode deslocá-la da atuação dos atores institucionais, como legisladores e magistrados, para o espaço mais rarefeito e específico da academia, ou seja, ela refletiria o trabalho dos doutrinadores. O inovador estaria presente no trabalho de formulação de categorias que, de certa maneira, introduziriam a mencionada ruptura – ou disrupção – para o interior de uma disciplina ou área temática. Ao contrário do trabalho mais operacional dos legisladores e dos magistrados, a intervenção do doutrinador incide precisamente sobre os elementos e referenciais que tornam viáveis a instrumentalização das normas jurídicas no que tange à resolução dos problemas presentes na prática jurídica.

São as categorias jurídicas, afinal de contas, as responsáveis por moldar uma circunstância fática em um caso cuja resolução depende de uma

resposta ancorada nas fontes formais do direito: a construção do caso, em síntese, depende diretamente de um conjunto particular de categorias associados à temática do caso. Sem esse conjunto, a percepção dos atores jurídicos não terá, em tese, referência suficiente para que sejam capazes de distinguir entre circunstâncias que necessitam de intervenção jurídica daquelas que podem – e, em alguns casos, precisam – ser solucionadas em outros âmbitos da vida social.

O deslocamento da inovação para o âmbito doutrinário permite, de fato, acentuar a pertinência e o impacto das categorias na percepção prática dos atores jurídicos no que tange ao modo como desenvolvem a problematização jurídica das circunstâncias fáticas com que se defrontam no cotidiano forense. Em outras palavras, sem as categorias doutrinárias, a operacionalização das normas ficaria comprometida, uma vez que a própria construção do problema acabaria não sendo viável. Por mais pertinente que seja essa colocação, o deslocamento tal como descrito permanece circunscrito a um segmento da prática do direito, não contemplando a maneira como as ações e dinâmicas de outros espaços e atores jurídicos impactam o próprio desenvolvimento doutrinário.

Além do entrave acima, existe também nesta posição o risco de uma reincorporação da transcendência ao fazer com que a doutrina se converta em um meta-domínio perante a prática do direito. Em outras palavras, caberia à doutrina a fixação das condições e referenciais mediante os quais a prática do direito operaria, tornando-a, assim, secundária e dependente. Ainda que não seja essa a intenção, a criatividade inerente à prática do direito seria, na verdade, um pálido reflexo das construções doutrinárias, desconsiderando, assim, a percepção e a sensibilidade dos juristas praticantes na construção de um problema a partir de uma circunstância fática. Para uma visão na qual a doutrina é o espaço da inovação jurídica, o jurista praticante seria caracterizado tão somente como um reproduutor cuja principal função seria encontrar a categoria ou norma adequada: acaba-se por reiterar, mais uma vez, a imagem dogmática do direito por meio da subsunção.

Para que a doutrina possa desenvolver ou reformular as categorias de que dispõe, é necessário que, de alguma maneira, ela apreenda os problemas e as suas demandas correlatas que tendem a emergir nos mais diferentes contextos do social em geral, não somente aquele mais específico

no qual circulam os atores jurídicos. Por essa razão, é preciso considerar, no que diz respeito a uma caracterização analítica da inovação jurídica, o vínculo que o direito em si estabelece com o seu entorno como, no nível mais interno, as variadas associações e interações entre os atores jurídicos – e este último ponto ultrapassa os limites abstratos do domínio doutrinário.

A inovação jurídica, tal como concebida a partir do desenvolvimento deste trabalho, distingue-se das duas representações acima, ao menos nos seguintes pontos. Primeiro, a inovação jurídica não seria propriamente um predicado a ser atribuído a decisões específicas e que tragam consigo formas de disrupção prontamente perceptíveis, como aquela que rompe com algum importante precedente ou aprova um projeto de lei sobre matéria controvertida acerca da qual ainda não existem disposições legislativas suficientes. Conceber a inovação nesses termos significa remetê-la a um domínio relativo no qual a inovação existe tão somente a partir de uma comparação direta com o que seria percebido como usual, rotineiro e comum: é algo semelhante com o que ocorre com a própria criatividade jurídica.

A criatividade somente poderia ser caracterizada como tal em contraposição a uma observação – e, conseqüentemente, aplicação – mecânica das regras e dos procedimentos, sem uma contribuição discernível daquele que a segue. Da mesma forma que o criativo seria prontamente remetido ao âmbito subjetivo das volições, desejos e inclinações dos atores jurídicos, o inovador, de certa maneira, também acabaria sendo compreendido de maneira similar, tendo em vista que a disrupção provocada pela decisão em si remete à maneira com que os atores jurídicos interpretam os contextos gerais nos quais se encontram inseridos, sobretudo os procedimentos usuais que reforçam a presente configuração das práticas jurídicas, seja no que diz respeito à operacionalização das normas ou à fiel observância dos precedentes judiciais.

Dissociar a inovação de uma caracterização tão subjetiva como essa exige, assim como ocorre com a criatividade, reinscrevê-la na dinâmica mesma da prática jurídica, ou seja, concebê-la em termos mais ontológicos, no sentido de que a inovação e a criatividade são características constitutivas dessa realidade social ao invés de ser simplesmente algo que integra a ação dos atores jurídicos. Essa dimensão ontológica parece, em

um primeiro momento, um tanto quanto deslocada nesta investigação ou mesmo de difícil apreensão, afinal de contas, a prática do direito é, primeiramente, composta pelas ações dos atores jurídicos e as diversas formas de interação que eles estabelecem entre si. Ora, trata-se do contrário: o ontológico não restringe, nem limita o horizonte de análise, antes o aprofunda e expande.

Trata-se mais de reiterar que a prática jurídica em si, e mais especificamente a inovação, não estariam restritas à ação específica dos atores jurídicos: ao mesmo tempo em que engloba essas ações, tanto a inovação quanto a prática não podem ser inteiramente apreendidas mediante uma análise de partes dissociadas das suas múltiplas interações, nem ignorar a maneira como essas interações também são impactadas pelos diferentes arranjos institucionais que constituem o seu pano de fundo. Uma caracterização de inovação baseada em demasia na maneira como os atores jurídicos transformam e apreendem as circunstâncias com que se defrontam poderá levar a uma desconsideração das estruturas mais abrangentes que englobam aqueles atores, como também ignorar os recursos simbólicos variados através dos quais os atores atribuem significado e orientação às suas práticas.

A ação social, sendo a ação jurídica apenas uma das suas manifestações mais específicas, está desde o seu princípio permeada por um horizonte simbólico cuja manifestação mais direta seria a linguagem e com ela o repertório dos conceitos e categorias operacionalizados pelos juristas. No que tange a um esclarecimento analítico quanto à inovação jurídica, o propósito desta digressão serve antes para ressaltar a sua complexidade e multidimensionalidade: o inovador não é fruto exclusivo de um ou outro ator jurídico, seja ele individual ou coletivo, nem simplesmente emerge necessariamente de um conjunto específico de práticas sedimentadas. Sua existência não decorre da necessidade de qualquer lei ou função, mas da contingência e aleatoriedade dos processos que permeiam a persistente construção – e reconstrução – do social e, em particular, do jurídico.

O cerne da inovação, nessa perspectiva, reside na relação. Em outras palavras, a inovação existe sempre a partir da composição, da relação e das associações dinâmicas entre os elementos, o que a torna um tanto quanto evanescente, caso se pretenda defini-la remetendo a certas distinções centrais para o arcabouço conceitual da teoria geral do direito, como

aquela entre o subjetivo e o objetivo. O tipo de atividade criativa do jurista associada à inovação apreende uma trans-subjetividade que não pode ser resumida tanto pelas configurações materiais dos contextos concretos nos quais as atividades ocorrem, como exclusivamente pelas noções e valores internas aos atores jurídicos.

É na relação entre o que se poderia nomear de condições objetivas, ou seja, os contextos materiais nos quais os problemas jurídicos são construídos, e as disposições subjetivas dos atores jurídicos particulares, que se assinala o significado da inovação. Para tanto, é preciso apreendê-la desde uma noção muito particular de processo, a qual é diretamente vedadora das filosofias de Henri Bergson e Gilles Deleuze.

3. A INOVAÇÃO JURÍDICA COMO PROCESSO: APONTAMENTOS PRELIMINARES

No âmbito da dogmática jurídica, o termo processo adquire uma diversidade de significados, nenhum deles propriamente guardando uma aproximação com aquele que se pretende apresentar nessa seção. Em linhas gerais, o processo pode apontar para uma área do direito que se contrapõe ao chamado direito material, a exemplo da distinção direito material/direito processual, um conjunto de disciplinas jurídicas (processo civil, processo penal, processo trabalhista, dentre outros) ou mesmo um procedimento específico tramitando no Judiciário (“verificar aquele processo de x”). Todos esses termos remetem a um certo grau de operacionalidade característico da prática do direito, sendo reflexos também da produção conceitual da dogmática jurídica.

O processo ao qual se menciona nesta seção tem uma natureza ontológica, encontrando-se antes no espaço de investigação da metafísica, ao invés daquele da prática jurídica, mais operacional e restrito. Isso não significa uma oposição entre esses planos, tendo em vista que a prática do direito se encontra ancorada em pressupostos metafísicos, ainda que isso possa não ser claramente perceptível. Antes é uma questão de enfoque analítico e uma necessidade de maior clareza na análise das distinções formuladas.

Mas o que significaria essa natureza ontológica ao qual se atribui o conceito de processo? Primeiramente, cabe destacar que o tipo de dinâmica apreendida pelo conceito integra a estrutura mesma da realidade, para

além de qualquer demarcação entre espaços sociais específicos, como o jurídico: é pertinente destacar que o termo ontológico é aqui empregado de uma maneira um tanto quanto distinta daquela recorrente na história da tradição metafísica ocidental. Ao invés do ontológico remeter a uma realidade constituída por essências imutáveis e apreendidas somente pela abstração, em uma acepção mais deleuziana, o termo implica as múltiplas dinâmicas pelas quais o real se organiza e se transforma, ou seja, ao invés de estar ancorado no ser, o ontológico assinalaria a primazia do devir, dos fluxos, da impermanência e da contingência.

Em linhas muito gerais, podemos recorrer à descrição de Nicholas Rescher com o propósito de esclarecer ao menos algumas características pertinentes quanto ao conceito de processo, sua relação com a temporalidade e com os eventos em geral. O autor assim define o conceito:

Um processo consiste em uma série integrada de desenvolvimentos conectados que se desdobram de maneira conjunta e coordenada em linha com um programa definido. Processos são correlacionados com ocorrências ou eventos: processos sempre envolvem diversos eventos, e os eventos existem apenas em e a partir dos processos. Processos se desenvolvem a partir do tempo. Assim como não existe um lamento ou uma seca instantânea, também não existe processo instantâneo. Processos sempre abrangem uma variedade de processos subordinados e eventos, tal como o processo de criar um livro envolve a sua escrita, produção e distribuição (RESCHER, 1996, p. 38)⁴.

Assim como ocorre com o desenvolvimento das teorias científicas ou das categorias dogmáticas, pode-se tentar apreender o processo por meio da abstração das suas especificidades percebidas nas suas manifestações concretas: neste ponto, a abstração implicaria em um esforço de apreender o que seria essencial e constitutivo de todo e qualquer processo. O problema desse raciocínio reside em desconsiderar o que Rescher pontua como desdobramento coordenado a partir de uma tendência definida por um programa: a depender dessa tendência e do programa que a estabelece, a configuração em si do processo é alterada. Essa linha de tendência pontua a significação e as bases do processo em si.

A abstração em si é insuscetível de apreendê-lo porque, em virtude de ser evanescente, ele não se conforma a formas rígidas e fixas. Traçando

um paralelo com uma perspectiva dogmática do direito, pode-se dizer que a construção das categorias representa, dentre outras coisas, o esforço do jurista em desenvolver um instrumental operacional mediante o qual ele consiga intervir em diferentes circunstâncias concretas a partir daquilo que elas possuem minimamente em comum – e nisso residiria a generalidade e o sentido das categorias dogmáticas. Cada circunstância concreta é singular, não havendo como apreendê-la inteiramente a partir de uma regra ou categoria abstrata preexistente, porém entre elas é possível identificar padrões, recorrências, pontos de conexão que permitam associações, formulações e conexões entre elas.

Esse trabalho de análise das circunstâncias fáticas e o de formular/redefinir categorias a partir dessa análise precisa levar em consideração as múltiplas interações que ocorrem não só dentro da própria comunidade de doutrinadores de uma área, como também a maneira como a informação em si é processada e apreendida pelos tribunais. Acerca de uma concepção processual da investigação científica e que, neste entendimento, guarda semelhanças pertinentes com a pesquisa dogmática, Rescher escreve o seguinte:

Em particular, nós precisamos reconhecer que o tipo de investigação racional em questão no empreendimento científico é, a partir do ângulo dos seus produtos, teorias, teses, explicações, dentre outros, algo que é sempre transitório e provisório, sempre compelido a ceder as velhas afirmações à luz de novas evidências e informações aprimoradas. E isso, de maneira muito clara, faz com que seja natural encarar a ciência como processo ao invés de um produto determinado. O foco recai sobre viva atividade cognitiva dos desdobramentos dos procedimentos (técnicas, métodos) que as pessoas usam para descobrir, sistematizar e transmitir informações (RESCHER, 1996, p. 140)⁵.

Muito embora as categorias dogmáticas não possam ser equiparadas aos conceitos das teorias científicas, posto que não possuem – e nem teriam como possuir – pretensões explanatórias, a relevância delas está diretamente associada à maneira como respondem a problemas e questões sociais transitórias e contingentes. Sendo assim, as categorias e as teorias formuladas pela dogmática jurídica são tão contingentes e precárias quanto às teorias científicas explanatórias as quais Rescher alude no

trecho acima.

A distinção entre processo/produto serve bem para acentuar o caráter dinâmico ao qual se atribui à inovação: a apreensão da inovação a partir de um contexto específico implica em separá-la das dinâmicas que contribuíram para a sua emergência. Na passagem acima, Rescher tratou de chamar atenção para a incessante modificação que envolve as atividades cognitivas dos pesquisadores quando apresentam teorias e esquemas explanatórias da realidade por eles observada, o que de certo modo impacta a dogmática jurídica (LEFEBVRE, 2008, p. 7 e ss). Mas de que maneira? Primeiramente, na medida em que estabelece uma realidade fluída, em contínua construção, a inovação que permeia a dogmática jurídica se estabelece em termos de uma dinâmica que é também persistente, ora sutil, ora mais identificável ao promover rupturas e discontinuidades mais perceptíveis pela comunidade jurídica em geral.

A resistência de que escreve Rescher diante da emergência do novo que reflete a inovação, ou seja, a “dificuldade de ceder as velhas afirmações à luz das novas evidências”, pontua as dificuldades subjacentes tanto a uma transformação profunda de um determinado campo, a exemplo das considerações de Thomas Kuhn sobre a mudança de paradigma de uma determinada ciência. Compreende-se que essa resistência também se estende às mudanças que atingem as bases de sistemas conceituais como as construções das dogmáticas jurídicas: embora distintos em sua estrutura e propósito das teorias científicas, as áreas dogmáticas são dotadas de certo grau de coerência que se manifesta, dentre outras formas, a partir de uma associação entre as categorias formuladas pelos doutrinadores e as demais fontes formais do direito.

Cada área dispõe de uma base sólida, caracterizada por categorias fundamentais e princípios jurídicos aos quais as outras categorias e/ou a compreensão das fontes formais tende a ser remetida. É a modificação dessa base que tende a ser percebida de maneira mais imediata como sendo uma transformação inovadora, uma vez que seus efeitos tendem a ser irradiados para o restante do sistema em si, sendo de fácil observação. Seguindo a reflexão de Rescher quanto à subdivisão e à dependência dos processos entre si, salientando que não existe processo espontâneo, a inovação é decorrente de uma série de transformações menores e entrelaçadas, mas não prontamente identificáveis no panorama contemporâneo.

As razões pelas quais se segue ou se operacionaliza uma norma é distinta da estrutura da própria norma em si. Dito de outro modo, a justificativa – ou o porquê – de se seguir uma regra específica não pode ser traduzida para a forma proposicional da própria norma: embora domínios distintos, eles estão sempre entrelaçados na medida que um implica o outro:

Nesse sentido, é completamente equivocado pensar que a regra e a sua justificação existem como dois polos opostos de um continuum que de algum modo poderiam ser conectados ou ligados. Eles estão mais próximos da maneira como o oriente se relaciona com o ocidente do que como o Norte se relaciona com o Sul: um fazendo referência a outro. Um representa o lado sombrio do outro. Sendo assim, o porquê de nós seguirmos uma norma jurídica não pode ser expressado na forma jurídica proposicional (MACLEAN, 2012, p. 160)⁶.

Diferentemente de sua descrição mais comum no plano da dogmática jurídica, o processo não se confunde com etapas sequenciais, nas quais se pode discernir um começo, um meio e o fim, este vindo assinalar fechamento – ou mesmo a interrupção - do desdobramento em si dos processos. O desdobramento processual a que se está examinando é antes melhor descrito, conforme Rescher, em termos de um *continuum* espacial-temporal: em termos geométricos, a representação mais adequada para esse processo não seria bem uma linha, mas um círculo, não apenas pela inexistência de um começo ou fim, como por salientar também uma dinâmica de retroalimentação que promove uma diferenciação interna do próprio processo, ou seja, a cada momento, ele se diferencia a partir de sua própria estrutura.

São pertinentes as observações de James MacLean ao mostrar como a relação entre o universal e o particular no contexto jurídico, ou seja, entre a dimensão normativa concretizada nas fontes formais do direito e particularidades dos casos práticos com os quais os juristas praticantes se defrontam, é pautada por um duplo movimento, sendo primeiro estático e o segundo, dinâmico. Escreve o autor:

Noções tradicionais do direito se sustentam em dicotomias familiares: pensamento e ação, significado e aplicação, regra e fato. Um exemplo disso é a relação dialética da correspondência entre universais e particulares. Quando o direito é

concebido em termos estáticos, a tarefa jurídica é compreendida em termos de se negociar o abismo entre esses dois domínios essencialmente separados, mas conectados; quer dizer, assegurar o fluxo de conhecimento, o envio das comunicações entre eles. Orientado por esta imobilidade baseada na substância, um importante desafio para os teóricos do direito e juristas praticantes é manter a integridade do conhecimento jurídico envolvido nesta transferência entre um e outro domínio (MACLEAN, 2012, p. 89)⁷.

Tendo como base o exposto, é aparente a diferença entre uma concepção instrumental do processo, no qual a sua estrutura finita reflete tão somente a necessidade de organizar uma série predefinida de atos e etapas, e aquela que se está investigando, onde a relação com a temporalidade é marcada por uma fluidez e diferenciação que impede uma segmentação mais definida das etapas constitutivas do processo. Essa é uma das razões pelas quais Rescher aproxima processo e vitalismo, identificando-o em diferentes sistemas orgânicos, como o sistema alimentar, sistema circulatório e sistema nervoso. A contínua relação entre entradas (*input*) e saídas (*output*) remete a uma transformação circular na qual existe uma estrutura, um padrão, continuidade, porém sempre com novos conteúdos.

Diversos são os paralelos que podem ser traçados em meio à prática da decisão judicial, em particular no que tange ao modo como os atores jurídicos articulam referenciais presentes no contexto prático em que se encontram inseridos, o que James MacLean concebe como conhecimento contextual ou tácito. No contexto da teorização jurídica, esse tipo de saber já foi abordado por duas vias distintas, mas que, de certo modo, aproximam-se ao teorizarem acerca dos contextos práticos, cada uma a sua maneira: a filosofia analítica que integra o segundo momento da obra de Wittgenstein e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

Uma análise mais cuidadosa de ambas as posições extrapola os limites fixados por essa pesquisa, sendo suficiente apontar o seguinte: a teoria do direito contemporânea, desde os trabalhos de H. L. A. Hart e daqueles que levaram adiante a sua perspectiva analítica, como também o de Josef Esser no contexto da hermenêutica jurídica tem condições de se pensar a decisão judicial como uma prática articulatória que envolve a construção de soluções a partir de elementos enraizados nos contextos prático-institucionais dos atores jurídicos. Para além da propositura dessas soluções,

a prática é também um processo no qual a autocompreensão dos atores jurídicos se desenvolve em contato com os problemas e entraves com que eles se deparam.

Em outras palavras, é no decorrer deste processo, e não antes ou depois, que os saberes tácitos, inscritos nos contextos institucionais, vão sendo gradualmente incorporados à maneira com que os atores jurídicos pensam e agem sobre os casos e as suas questões. Uma vez que a prática é sempre contínua e estabelecida sobre circunstâncias singulares, irrepetíveis, é neste ponto em que o caráter processual da inovação pode ser observado com mais clareza. O *continuum* da prática impede que a inovação em si seja circunscrita a um instante temporal prontamente definido: ao contrário, o que acaba ocorrendo é que a emergência de uma transformação significativa em um ou outro aspecto de uma área é decorrência do acúmulo silencioso de uma série de outras modificações não inteiramente perceptíveis para um olhar imediato.

Em sua análise da agência, Rescher elabora uma tipologia que explora a diversidade de elementos que constituem a agência e que ajudam a compreender as várias nuances que acompanham a prática do direito. Dentre alguns desses elementos, podem ser elencados os seguintes: agente (quem fez a ação?; tipo de ação (o que foi realizado pelo agente?); Modalidade da ação (como a ação foi realizada?), que se subdivide em modalidade de maneira (de que maneira ele a realizou?) e modalidade dos meios (com quais meios ele a praticou?); espaço da ação (em qual contexto ele a praticou?), subdividido em aspecto temporal (quando a ação foi praticada? quanto tempo levou?), aspecto espacial (onde a ação foi praticada?), aspecto circunstancial (sob quais circunstâncias ele a praticou?); por fim, a motivação da ação (por que ele a praticou?), que se subdivide em causalidade (o que o fez praticá-la?), finalidade (com qual objetivo ele a praticou?) e intencionalidade (a partir de quais motivos ele a praticou?) (RESCHER, 2000, pp. 50-51).

Trazendo brevemente a tipologia acima para uma leitura da prática jurídica, pode-se observar que a operacionalização das fontes formais é mais intrincada do que parece: a instrumentalização das fontes formais se modifica com base em elementos de motivação (causalidade, finalidade e intencionalidade), como também é impactada pela temporalidade e espacialidade. Casos semelhantes, mas com domínios espaciais e temporais

distintos, provavelmente podem ter leituras muito diferentes pelos atores jurídicos, uma vez que essa modificação contextual pode contemplar também uma alteração na percepção, sensibilidade e compreensão dos atores envolvidos no processo de construção das soluções. Uma vez que os diferentes elementos do processo estão fortemente interligados, a modificação de um impacta os outros.

A tipologia apresentada por Rescher também contribui para evitar uma simplificação excessiva da prática do direito, em particular no que diz respeito às diversas tentativas de formalizá-la a partir de um certo ideal metodológico: por exemplo, seja por meio de uma formalização do que seria um argumento jurídico padrão ou de um repertório de métodos interpretativos aos quais o jurista praticante deve recorrer para que a sua decisão goze de aceitabilidade no contexto jurídico institucional, em ambos os casos são ignoradas uma série de variáveis importantes que proporcionam o devido contexto para os atos argumentativos e interpretativos dos juristas. Algumas dessas considerações serão trazidas adiante por novas propostas no âmbito da teoria geral do direito.

A emergência de teorias da argumentação e da interpretação jurídica nas últimas duas décadas no cenário brasileiro contribuiu para pertinentes reformulações quanto ao modo de fundamentação e mesmo justificação das decisões judiciais, em particular no tocante à relação entre as fontes formais do direito trazidas no desenvolvimento do raciocínio da decisão e a decisão propriamente dita. O papel do contexto, da ideologia e das modalidades da ação, apontados por Rescher, passam aqui a ganhar uma certa prioridade frente às teorias estabelecidas⁸. Trata-se de uma modificação radical e disruptiva? Acredita-se que não, porém isso é algo que integra o sutil processo de redefinição contínua da prática do direito e, neste entendimento, configura-se parte de um desdobramento da inovação neste domínio.

Uma das razões para tanto é que a incorporação dessas teorias traz novos elementos e balizas para a fundamentação das decisões, impactando tanto a operacionalização das fontes formais do direito, como também um certo controle em torno do que seria aceitável no que diz respeito à decisão judicial em si. Apresentam, assim, a partir do plano mais rarefeito da teoria, novas formas de representação da prática do direito.

Isso porque a incorporação dessas teorias abre espaço para direções

até então inexploradas em termos de operacionalização das normas jurídicas, inclusive contemplando a proposição de novos conceitos, a exemplo dos princípios jurídicos e das estruturas proporcionadas pelas teorias da argumentação jurídica contemporâneas. Mais uma vez, a recepção desses conceitos e categorias na prática do direito não é instantânea, nem suscetível a um mapeamento claro no que diz respeito ao modo como serão apropriadas pelos atores jurídicos.

Pode ser que a incorporação dos conceitos elaborados no campo mais abstrato da teoria geral ou da dogmática jurídica pelos juristas praticantes sigam por uma trajetória completamente diversa daquela que foi originariamente definida pelos formuladores desses conceitos. Uma abordagem processual da inovação lembra que é importante não confundir o que os juristas dizem que fazem com aquilo que eles efetivamente fazem. Essa distância se justifica porque o domínio da construção teórica possui premissas e objetivos distintos dos que orientam a prática do direito.

Além disso, recapitulando a tipologia proposta por Rescher, os objetivos teóricos de uma categoria não necessariamente apreendem as nuances subjacentes à prática do direito, em particular no que diz respeito à construção dos problemas a partir das circunstâncias concretas e à formulação de justificativas que, por meio de uma articulação das fontes formais do direito, possam contemplar as várias pretensões e anseios que surgem a partir dessa circunstância. Por mais que se tente, a prática não se conforma e, por isso mesmo, não pode ser completamente apreendida pelo esforço teórico abstrato.

O que precisa ser investigado agora é como essa caracterização mais sutil da inovação, quando situada a partir das bases de uma filosofia processual, poderia transcender os diversos resquícios de essencialismo que permeiam a teoria geral do direito, em particular no que diz respeito ao modo como as categorias são estabelecidas. Esse é o objetivo da próxima seção.

4. A INOVAÇÃO-DEVIR PARA ALÉM DO ESSENCIALISMO DA TEORIA DO DIREITO: A RELEVÂNCIA DO PÓS-ESTRUTURALISMO

Em um nível ontológico, o essencialismo na teoria do direito e, por tabela, na abordagem da prática jurídica, pode ser definido como a atribuição de propriedades historicamente imutáveis aos entes mundanos, as

essências. Isso não significa negar em si a mudança ou a transformação, mas colocá-las como secundárias frente a uma realidade mais profunda e perene. Neste ponto, o processo em si seria apenas uma aparência superficial que reflete essa dimensão oculta, acessível apenas ao pensamento abstrato. Deste modo, considerar a inovação como processo teria, de certo modo, um viés negativo e secundário: a realidade verdadeira, em sua ocultação, é também estática e permanente.

Assim como ocorre na caracterização da subsunção, o devir da inovação em si, paradoxalmente, não teria condições de apresentar nada de novo para a prática do direito: a dita inovação não seria nada mais do que a descoberta – ou mesmo redescoberta – de elementos que já estavam presentes na realidade. A filosofia processual a qual se toma como base nesta pesquisa procede em uma direção diametralmente oposta ao essencialismo presente nesta abordagem, inclusive em termos de uma inversão no tocante à permanência e ao devir. A mudança em nada pode ser apreendida como um aspecto secundário, ou mesmo falso, da realidade, pelo contrário: a permanência seria apenas uma cristalização temporária e distorcida de um *continuum* de transformações.

Para retomar um exemplo presente neste trabalho, a incorporação das teorias da argumentação e da interpretação contemporâneas à prática do direito, ao menos no panorama brasileiro, fez surgir situações e questões que muito provavelmente escapavam aos desígnios ou pretensões iniciais daqueles que as formularam. Para além de uma análise que apreende a correção, ou não, dessas teorias, é mais pertinente observar como a sua incorporação permitiu a emergência de caminhos inusitados no que tange ao modo como as circunstâncias concretas passam a ser problematizadas em termos de casos jurídicos. Em que sentido?

Primeiramente, cabe observar que a assimilação dessas teorias no contexto brasileiro em grande parte ocorreu em um momento em que debates e acaloradas discussões referentes à concretização dos preceitos constitucionais, tema central tanto para os teóricos, pesquisadores dos direitos humanos e constitucionalistas. A recepção da teoria dos princípios ocorre em paralelo ao desenvolvimento dos direitos fundamentais como forma de transpor, dentre outras entraves, a distinção entre direitos naturais e direito positivo. Isso implica uma abertura mais acentuada à incorporação de valores políticos e sociais na operacionalização em si do direi-

to. Desta maneira, o déficit de concretização dos direitos fundamentais, que atinge de maneira significativa a parcela mais carente da sociedade brasileira, poderia ser mitigado mediante uma atuação mais incisiva das cortes superiores e do poder judiciário em geral.

Difícilmente se trataria de uma reformulação radical da atuação do poder judiciário quando considerada a sua história. Entretanto, considerando o contexto histórico brasileiro pós-democrático, é perceptível a maneira como o Supremo Tribunal Federal, dentre as suas diversas formas de participação, passou a se pronunciar sobre temáticas politicamente mais sensíveis às quais o Legislativo, o espaço usual para a sua interlocução, preferia se manter distante (BUSTAMANTE; BUSTAMANTE, 2016). Muito se discutiu sobre o papel político ocupado pelo STF ou ao menos decisões que poderiam ser assim caracterizadas: sob uma perspectiva pautada na inovação como processo, como a que se apresenta neste trabalho, as diferentes modificações no panorama social, político, e mesmo cultural, impulsionaram uma redefinição da atuação do Supremo, inclusive para que ele também se convertesse em mais um espaço institucional de deliberação.

É no desenrolar dessas transformações que a teoria dos princípios, junto com os desenvolvimentos teóricos mais recentes da hermenêutica e da argumentação jurídica, serão duplamente apropriados no plano da teoria, mediante uma redefinição do próprio conceito de Constituição, e da prática, em particular no que diz respeito à estrutura e ao modo de se pensar a própria decisão judicial. O diálogo em si entre teoria e prática é marcado por diferenciação e estranhamento: aquilo que na teoria era compreendido de uma forma, ao ser incorporado e manuseado pelo jurista praticante, acaba por adquirir um outro sentido e direcionamento. Não foram poucos os artigos que, por exemplo, apontaram os inúmeros equívocos dos juristas praticantes no que diz respeito à incorporação da teoria da argumentação de Robert Alexy, do procedimentalismo habermasiano, da teoria de Ronald Dworkin ou da metódica estruturante de Friedrich Müller, em suas práticas⁹.

Em síntese, entende-se que um conceito como o de princípio jurídico pode alterar não somente a estrutura argumentativa empregada pelos juristas praticantes na formulação de respostas ao caso, posto que a forma dos princípios é diversa daquela das normas mais comuns, como

o enquadramento em si dos problemas, abrindo espaço para uma consideração mais abrangente dos valores sociais e políticos que se encontram na base da comunidade¹⁰. Essas modificações, porém, dependem de um intrincado trabalho de apropriação no qual as intenções originárias dos formuladores da teoria ou, neste caso, do conceito, podem ceder às necessidades presentes em cada circunstância fática e/ou da própria cultura institucionalizada.

Uma abordagem pós-estruturalista pode servir de importante ponto de partida para a uma teorização não-essencialista e processual da inovação e da criatividade, em particular ao se investigar as condições de emergência do novo. Mas de que maneira? Pretende-se elencar alguns pontos abaixo que devem proporcionar, pelo menos, um ponto de partida para que se possa operar um fechamento desta pesquisa.

O primeiro ponto reside em dissociar a criatividade inovadora de uma estrutura subsuntiva da decisão judicial e que promove uma certa concepção dogmática da propositura de soluções para os problemas que emergem a partir dos casos jurídicos. Em termos concisos, compreender o processo da decisão judicial em termos de identificação preexistente de regras a serem aplicadas aos casos específicos impede que o caso em si mesmo traga algo distinto às fontes formais estabelecidas. Dentre outras consequências, qualquer aspecto dimensão distinta apresentada pelo caso é insuscetível de interferir na maneira pela qual as fontes formais são operacionalizadas naquele momento, haja vista a sobreposição que se instaura entre elas e a dimensão problemática trazida pelo caso em si: nesta caracterização, qualquer forma de construção conceitual, por exemplo, seria facilmente percebida em termos de desvio, ou mesmo patologia, do processo usual de decisão.

O segundo ponto é o afastamento de qualquer noção de origem/fundamento ou *telos* no que diz respeito ao processo inovador: nem o processo em si teria uma origem identificável, a exemplo das diferentes caracterizações de fundamento no âmbito da tradição metafísica, nem apresentaria uma finalidade (*telos*) clara, um ponto final que o faria cessar e a partir do qual um outro processo, qualitativamente distinto, seria instaurado. Este ponto é explorado por MacLean quando observa os fenômenos jurídicos institucionalizados em termos de processos abertos ao contrário de entidades específicas e estáticas, como ocorreria em uma

caracterização essencialista. Escreve o autor:

Os fenômenos jurídicos institucionalizados não são considerados entidades, estados limitados, e sim processo em desdobramento, acontecimentos, eventos nos quais os tomadores de decisões realizam escolhas dentre as várias alternativas apresentadas a eles, escolhendo atualizar certas possibilidades e não outras, e onde potenciais escolhas futuras e possibilidades para atualização dependem dessas escolhas anteriores para uma nova série de possibilidades que se abrem a partir delas [das potencialidades atualizadas]. Decisões judiciais *são* processos em desdobramento, nos quais os juízes inevitavelmente interagem com condições locais através ao recorrerem às regras, etc (MACLEAN, 2012, p. 183)¹¹.

Ambas as concepções, fundamento e *telos*, refletiriam pretensões metafísicas associadas à imobilidade e à permanência, para além de atuarem como significante transcendental do processo em si mesmo, ou seja, enquanto termos que, ao fazerem referência a si mesmos, dispensam qualquer explicação subsequente quanto à sua colocação. Ademais, nos dois casos, a criatividade inovadora seria associada às ações e à intervenção específica de um ou outro ator jurídico, seja ele individual ou coletivo. Em síntese, a multiplicidade dinâmica seria subsumida a uma unidade estática, seja ela pensada em termos de origem (passado) ou destino (futuro): a consequência ou resultado de uma determinada ação teria como base um conjunto limitado e restrito de fatores em detrimento de uma interação dinâmica e aberta entre elementos e circunstâncias, algo que encontra suporte a partir de certas características da filosofia deleuziana.

Por fim, o terceiro ponto, o qual amarra os dois anteriores, é uma dupla redefinição da inovação jurídica: primeiro como um problema que pode ser analiticamente destrinchado no plano da teoria geral do direito; segundo como tendo desdobramentos importantes na compreensão da prática do direito, em particular no que tange à criatividade dos juristas praticantes ao operacionalizarem as fontes formais do direito na proposição de soluções para os diferentes casos. Neste ponto, a pesquisa em questão buscou chamar atenção para a relação entre o novo e a criatividade, sobretudo com o intuito de mostrar como a abordagem dogmática da decisão judicial que se descreve acaba por impedir a emergência do novo na resolução das questões e problemas trazidos pelos casos concretos. Em

linhas muito gerais, o novo impõe que a solução para um problema outrora imperceptível, ou mesmo inexistente, não esteja integralmente condicionado à aplicação de regras preexistentes e/ou soluções estabelecidas.

A inovação se situa, portanto, no limiar entre a operacionalização usual das fontes formais do direito e uma certa criatividade que extrapola, embora não necessariamente afaste ou rejeite, as fontes: operando a partir delas, a criatividade as ultrapassa para apreender uma circunstância urgente e inédita, logo não inteiramente suscetível de ser acolhida tanto pelas categorias dogmáticas já estabelecidas ou mesmo pelas próprias teorias do direito contemporâneas. Arriscando a simplificar alguns dos direcionamentos estabelecidos no decorrer desta pesquisa, pode-se dizer que o processo de inovação se desenvolve precisamente nesse limiar que transcende as fontes formais do direito ao mesmo tempo em que as reforça na medida em que também as instrumentaliza.

Enquanto problema para a teoria geral do direito, a inovação não apenas leva a uma reconsideração das premissas das quais os teóricos partem para pensar a transformação dentro e a partir do direito e, de maneira mais específica, a decisão judicial e a própria criatividade jurídica. Por sua vez, a inovação considerada como objeto de investigação pode promover uma reconsideração da transformação que ocorre dentro e a partir do direito, em particular no que diz respeito a uma compreensão dos processos contingentes e diferenciais responsáveis por fomentar um ajuste gradual entre as fontes formais do direito e as variadas demandas contemporâneas que emergem no panorama social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, examinou-se a inovação jurídica como um problema e objeto de investigação para a teoria geral do direito. É senso comum que direito implica mudança, porém muitas vezes não fica claro de que mudança se está falando, apesar de muitas vezes se mencionar rupturas, avanços, revoluções, termos que diretamente remetem à temporalidade e, de certa maneira, podem ser apreendidos sob o conceito de inovação. Entretanto, principalmente em termos mais analíticos, o que está em jogo ao situar uma mudança em termos de inovação? O cerne da questão diz respeito à emergência do novo, no sentido de trazer à tona, ou seja, fazer criar elementos, circunstâncias, demandas e objetos que outrora não inte-

gram o panorama do qual se partia. Investigar a inovação jurídica implica, em última instância, esclarecer as condições de emergência do novo em termos de criatividade.

Uma criatividade pautada nesses termos não pode ser efeito da ação de um ou outro ator em particular, nem mesmo do trabalho específico de uma instituição: trata-se sim da malha de relações que abrange as múltiplas interações entre esses entes. A interação de um ator estimula reações e intervenções dos outros com que ele se relaciona e assim sucessivamente. Pode-se falar aqui em uma recursividade das ações no sentido de que elas estão continuamente se influenciando e se modificando simultaneamente. Por isso, a adoção da filosofia processual como abordagem teórica na qual este trabalho se pauta. A colocação da inovação como problema e objeto para a teoria geral do direito, portanto, ocorre a partir da inovação concebida em termos de processo.

O fio condutor argumentativo deste trabalho foi desenvolvido ao longo de três seções distintas e interligadas na qual a inovação é problematizada e pensada em termos de processo. Este foi precisamente o objetivo da primeira seção: em que medida a inovação poderia ser estabelecida em termos de processo e em que medida essa concepção de processo não deve ser confundida com aquela recorrentemente empregada na dogmática jurídica? O processo é caracterizado como uma interação complexa, dinâmica e multidimensional entre os mais variados elementos. A inovação deixa de ser identificada e circunscrita a um evento ou ato em particular para se converter em uma forma de *continuum* sutil e intrinsecamente associada à criatividade jurídica.

O aprofundamento desta questão foi realizado na segunda seção, onde a filosofia processual foi contraposta a certos traços de uma perspectiva essencialista ainda presentes na teoria geral do direito. Em termos essencialistas, a inovação pode ser apreendida em momentos específicos, a exemplo das ações de certos atores ou mesmo de definidos desdobramentos históricos. Em síntese, a inovação ocorre e depois cessa: é um evento raro, normalmente disruptivo e, por essa razão, de fácil identificação. Por outro lado, a concepção processual caracteriza a inovação em termos de uma continuidade sutil, em constante diferenciação de si e associação com os mais diversos fenômenos e entes. Já não será integralmente apreendida em um intervalo temporal definido, nem cristalizada a partir

de nossa abstração: a inovação aqui é um outro nome para o ímpeto de criação contínua que permeia a vida do direito.

Para além de sua associação com diferentes formas de ruptura e cisão, o que é algo que se concorda, a inovação está intrinsecamente vinculada a uma concepção de criatividade jurídica que não mais se encontra ancorada a partir das intervenções de atores jurídicos isolados, sendo antes reflexo de interações multidimensionais, contingentes e históricas. Considerando a prática em si do direito, essas interações podem ser apreendidas *a priori*, nem refletem integralmente os objetivos e intenções estabelecidos nos planos mais abstratos da teoria geral do direito.

Problematizar a inovação é também se interrogar acerca dos limites subjacentes de uma concepção dogmática, aqui em um sentido patológico, da operacionalização das fontes formais do direito, tal como se assinalou nas seções acima: nesta direção, a resposta ao caso concreto e aos diferentes questionamentos por eles apresentados já estariam presentes na estrutura normativa do ordenamento jurídico, em particular em suas normas. A resposta preexiste ao questionamento, logo, nada de radicalmente novo pode emergir do encontro com a circunstância fática. Nessa direção, a inovação tal como se compreende é inviável.

Em síntese, o que esta pesquisa pretendeu salientar é que a inovação não é um ato ou evento temporalmente demarcado, mas um processo contínuo que se desenvolve a partir da interação entre variados atores jurídicos, objetos e fenômenos: ela não se inicia em um instante particular, nem irá se encerrar em um outro, antes se desdobra em meio a um *continuum* que oscila em diferentes intensidades e direções. Isso não significa que o processo de inovação não tenha a ver com ações e intervenções dos atores jurídicos, apenas que ele não se deixa apreender por nenhuma dessas ações. Colocar a inovação como um problema para a teoria geral do direito significa, então, investigar os meandros que marcam o contínuo devir do jurídico que o reconstrói a cada momento e, com isso, garante a sua pertinência frente às questões e às necessidades oriundas do social.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substantialista do STF. **Revista Direito & Práxis**, v. 7, n.

1, pp. 346-388, 2016.

DELEUZE, Gilles. What is the Creative Act? In. DELEUZE, Gilles. **Two Regimes of Madness: Texts and Interviews 1975-1995**. New York: Autonomedia, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

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

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; QUEIROZ, Paul Roberto Clementino; CARMO, Valter Moura do. A ideologia como determinante da hermenêutica jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 8, n. 2, pp. 151-163, 2016.

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

MARMELSTEIN, George. Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga. Disponível em: < <http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Publicado em: 18 de novembro de 2008. Acesso em: 08 de julho de 2023.

RESCHER, Nicholas. **Pragmatism in Philosophical Inquiry: Theoretical Considerations and Case Studies**. New York: Springer, 2016.

RESCHER, Nicholas. **Process Metaphysics: An Introduction to Process Philosophy**. New York: State University of New York Press, 1996.

RESCHER, Nicholas. **Process Philosophy: A Survey of Basic Issues**. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

NOTAS

1 No original: "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)".

2 No original: "No one has an idea in general. An idea - like the one who has the idea - is already dedicated to a particular field. Sometimes it is an idea in painting, or an idea

in a novel, or an idea in philosophy or an idea in science... Ideas have to be treated like potentials already engaged in one mode of expression or another and inseparable from the mode of expression, such that I cannot say that I have an idea in general. Depending on the techniques I am familiar with, I can have an idea in a certain domain, an idea in cinema or an idea in philosophy”.

3 No original: “Abstractions though they are, ideas have a right and proper place in the scheme of things. They are thought tools, instrumentalities of thinking. They have a use and have a productive role to play. They are contrast conceptions that preclude our ascribing to our knowledge a completeness that it does not possess. And they are regulative ideals - incentives that enjoin the deepening of our knowledge”.

4 No original: “A process consists in an integrated series of connected developments unfolding in conjoint coordination in line with a definite program. Processes are correlated with occurrences or events: Processes always involve various events, and events exists only in and through processes. Processes develop over time. Even as there can be no instantaneous wail or drought, so there is no such thing as an instantaneous process. Processes will always involve a variety of subordinate processes and events, even as the process of creating a book involves its writing, production and distribution”.

5 No original: “In particular, we have to recognize that the sort of rational inquiry at issue in the scientific enterprise is something which is, from the angle of its products, theories, theses, explanations, and so forth something that is ever transitory and provisional, ever constrained to give up old claims in the light of new evidence and enhanced information. And this, all too clearly, makes it natural to regard science as a process rather than as a certain product. It focuses upon living cognitive activity the unfolding procedures (techniques, methods) that people use to discover, systematize, and transmit information”.

6 No original: “In this sense, it is completely wrong to think that a rule and its justification exist as two opposite ends of a continuum that can somehow be joined or connected. They relate more as east does to west than as north does to south: by reference to each other. One is the shadow side of the other, as it were. Thus, why we follow a legal norm cannot be expressed in legal propositional form”.

7 No original: “Traditional notions of law rely on familiar dichotomies: thought and action, meaning and application, rule and fact. One example of this is the dialectical relationship of correspondence between universals and particulars. When law is conceived in static terms, the legal task is understood in terms of negotiating the gap between these two essentially separate but connectable domains; that is, securing the flow of knowledge, the delivery of communications, between them. Informed by this substance-based immobility, an important challenge for legal theorists and practitioners is to maintain the integrity of legal knowledge involved in this ‘transfer’ between one domain and the other”.

8 Para uma análise mais cuidadosa do componente ideológico presente na hermenêutica jurídica, Cf. LIMA; QUEIROZ; CARMO, 2016.

9 No que diz respeito à apropriação brasileira um tanto quanto distorcida da teoria da argumentação de Alexy, o conhecido texto de George Marmelstein ilustra bem o que estaria em jogo aqui, Cf. MARMELESTEIN, 2008.

10 Em linhas muito gerais, os princípios jurídicos possuem uma abrangência semântica mais ampla e um modo de operacionalização gradual no qual a sobreposição de um princípio sobre um outro ocorreria tão somente circunstancialmente, ou seja, a partir de casos concretos específicos. Para uma análise mais apurada desta questão, é fundamental entrar em contato com diversos trabalhos de Ronald Dworkin, onde essa temática foi cuidadosamente explorada, Cf. DWORKIN, 2014; DWORKIN, 2019, dentre outros. É também pertinente estudar uma das principais obras da teoria geral do direito do século vinte a trazer à tona essa dimensão de moralidade do direito, “A Moralidade do Direito” de Lon L. Fuller, Cf. FULLER, 2022.

11 No original: “Legal institutional phenomena are not considered as entities, bounded states, but as unfolding processes, happenings, events in which decision-makers make choices from out of the various alternatives presented to them, choosing to actualise certain potentialities and not others, and where the further potential choices and possibilities for actualisation depend on those previous choices made for the range of new possibilities open to choose from. Legal decision are unfolding processes, in which judges interact with unavoidably local conditions through recourse to rules, etc”.