

ENCONTRO DECISIVO: A PRÁTICA DO DIREITO E A CRIATIVIDADE NA CONTINGÊNCIA

DECISIVE ENCOUNTER: THE PRACTICE OF LAW AND CREATIVITY IN CONTINGENCY

Recebimento: 12 set. 2023

Aceitação: 30 nov. 2024

Leonardo Monteiro Crespo de Almeida

Doutor em Direito

Afiliação institucional: Universidade Católica de Pernambuco – Unicap – (Recife, PE, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/3918991603659430>

Email: leonardoalmeida326@gmail.com

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de. Encontro Decisivo: a prática do direito e a criatividade na contingência.

Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 69, n. 3, p. 97-117, set./dez. 2024. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdupr.v69i3.92562>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/92562>. Acesso em: 31 dez. 2024.

RESUMO

A proposta deste artigo é explorar uma forma alternativa de se compreender a decisão judicial, considerando simultaneamente a construção contingente dos casos pelo jurista praticante, bem como a criatividade subjacente à operacionalização das fontes formais do direito, sem que a apreciação do caso decorra exclusivamente dos atores jurídicos ou que já se mostre inteiramente dada e, portanto, inteiramente dissociada das contribuições do ator jurídico. Na perspectiva apresentada por esta pesquisa, o conceito de encontro assinala um outro itinerário ante este impasse, já que estabelece a construção do caso como sendo relacional e contextualmente situada: os atores jurídicos constroem o caso, mas não de uma maneira estritamente voluntária. A pesquisa conclui que a decisão pensada em termos de encontro permite trazer ao primeiro plano certos aspectos da prática jurídica normalmente ignorados nas discussões teóricas sobre o tema, como a sensibilidade e a percepção dos atores jurídicos. A técnica de pesquisa adotada foi revisão de literatura.

PALAVRAS-CHAVE

Deleuze. Decisão judicial. Criatividade. Encontro.

ABSTRACT

This article aims to explore an alternative approach to understanding judicial decision-making, simultaneously considering the contingent construction of cases by legal practitioners and the creativity underlying the operationalization of formal legal sources. It rejects the notion that case evaluation derives exclusively from legal actors or is entirely predetermined and, therefore, entirely detached from their contributions. From the perspective presented in this research, the concept of encounter offers a different trajectory to resolve this impasse by establishing case construction as relational and contextually situated: legal actors construct the case, but not in a strictly voluntary

manner. The study concludes that conceptualizing judicial decision-making in terms of an encounter foregrounds certain aspects of legal practice often overlooked in theoretical discussions on the subject, such as the sensitivity and perception of legal actors. The research methodology adopted was a literature review.

KEYWORDS

Deleuze. Judicial decision-making. Creativity. Encounter.

INTRODUÇÃO

Entre os juristas praticantes é de pronta conclusão que a prática do direito em si encontra-se ancorada em relações estruturadas entre normas e circunstâncias singulares, portanto irrepetíveis: sejam elas explicitamente anormais, ou trivializadas pela repetição incessante das suas principais características, o jurista praticante sabe que o seu ofício começa e termina a partir dessas relações. Ora, toda relação se inicia, amadurece e é finalizada a partir de diferentes encontros que promovem sínteses e disjunções entre os elementos outrora estabelecidos. Encontros modificam, abrem portas ao mesmo tempo que obstruem outras. O mais importante, porém, é o que se segue: eles assinalam veredas, caminhos que modificam o caminhante e, desta maneira, transformam também o chão e o traçado do próprio itinerário. Nessa dinâmica, o jurídico se reconfigura ao se apropriar de elementos, referências, conceitos ou formas de pensamento que outrora lhe seriam estranhas ou mesmo opostas, mas que, uma vez assimiladas, fomentam a diferenciação do direito a partir de suas referências internalizadas.

Qualquer que seja a identidade – ou mesmo especificidade – do jurídico, ela se forma a partir de uma abertura e incorporação, sempre parcial, de uma exterioridade que cerca o jurídico, ora lhe apresentando problemas, ora sendo uma promessa para a solução desses. A caracterização identitária do jurídico não emerge a partir de uma interiorização do que lhe faria distinto: a distinção ocorre e se estabelece a partir dos encontros nos quais o jurídico se externaliza ante outros domínios, situações e modos de pensamento. Por exemplo, ainda que compartilhe certas dinâmicas, premissas e categorias com a Estética, sobretudo a maneira como o juízo surge como aspecto decisivo e incorporado, é preciso levar em consideração como essas dinâmicas são incorporadas, nos domínios, com regras, procedimentos e expectativas institucionalizadas que envolvem a Estética e o Direito.

O fato de uma linguagem necessitar ser comum aos falantes que a integram não anula o outro fato de que cada um desses falantes é também uma realidade particular e, no fundo, incomum: a linguagem em comum permeia o encontro entre essas realidades sem torná-las, por sua vez, comuns. Assim como em uma conversa, não é possível se determinar de antemão até onde se pode ir a partir

de um encontro, até onde ele vai levar e o que ele pode também retirar: o encontro nunca se esgota nas circunstâncias particulares de sua emergência, nem pode ser completamente extinto a partir de suas diferentes ausências, a exemplo de uma cessação de proximidade física ou temporal.

Sendo assim, o encontro permite extrapolar – ou mesmo dissolver – eventual dilema teórico entre uma concepção estritamente subjetivista da decisão judicial, na qual a volição dos atores jurídicos, sobretudo dos que decidem, é um fator determinante para a organização e definição dos casos, e uma outra, na qual o problema já está presente no caso, necessitando ser apenas apreendido pelos atores jurídicos, e por isso ela é caracterizada como sendo objetivista.

A categoria de encontro a ser trabalhada no decorrer desta pesquisa remete diretamente à filosofia de Gilles Deleuze, servindo como fio condutor para elencar os diferentes processos criativos que envolvem a prática do encontro e as respostas fornecidas pelos juristas praticantes. Serão examinadas as interlocuções que o jurídico pode constituir com outros campos e suas respectivas formas de pensamento, em particular a estética. A cadeira de encontro permite vislumbrar o instante da decisão como algo que transcende as diferentes formalizações que podem ser feitas quanto à estrutura argumentativa à qual os juristas praticantes recorrem ao fundamentarem e tornar aceitáveis as suas decisões ante o contexto institucional no qual se encontram.

O desenvolvimento argumentativo deste trabalho atende à seguinte estrutura. Primeiramente, pretende-se apresentar as linhas gerais do conceito de encontro: o que seria verdadeiramente um encontro e o que de fato está em jogo quando se recorre à categoria? Na segunda e última seção, por sua vez, será salientada a maneira como o conceito de encontro repercute no modo como se enxerga a contingência da prática do direito e, em particular, da própria decisão judicial.

O ponto principal gira em torno da seguinte consideração: — De que maneira o conceito de encontro estabelece a decisão judicial como evento contingente que se desdobra a partir de um plano particular? Será mostrado como o conceito de encontro pode ser oportuno para desviar de uma eventual encruzilhada entre uma concepção demasiado restritiva de intervenção judicial, na qual o exercício de certa autonomia por parte dos atores jurídicos pode facilmente ser caracterizado como ameaça à segurança jurídica, e, por outro lado, uma permissividade excessiva, distanciando-se da observância das normas.

Em termos metodológicos, a pesquisa é desenvolvida a partir de uma revisão de literatura majoritariamente influenciada pela obra de Gilles Deleuze, mas que abrange também outras expressões da própria teoria geral do direito, sobretudo na caracterização de conceitos específicos desse campo, como ordenamento jurídico, norma e a decisão judicial em si.

1 O SIGNIFICADO DA CONTINGÊNCIA DOS ENCONTROS

No que consiste, de fato, um encontro? Deleuze afirma que a vida é um plano no qual diversos encontros ocorrem, alguns bons, outros maus¹. A predicação não está associada às preferências e predileções, antes à potência que acompanha cada um deles. Encontros positivos agregam, ampliam, aprofundam, enquanto encontros negativos promovem o contrário. A intensidade, portanto, não é somente um dos referenciais de análise dos encontros, sendo também um importante ponto de partida para tanto: é por meio de uma avaliação das intensidades que se pode pontuar também as diferentes configurações que emergem e vão sendo moldadas a partir deles. Nenhum encontro se repete na íntegra: todo ele é atravessado por singularidades e tensões que podem ser reapropriadas em instâncias subsequentes, porém aqui já se tem outros encontros e circunstâncias diversas.

O que chama atenção ao analisar conceitualmente o encontro é a maneira como ele, de certo modo, promove uma reconsideração da temporalidade, em particular no que diz respeito a uma organização dos instantes temporais, como o passado e o futuro. Ao contrário de uma análise cronológica na qual os instantes são claramente delimitados entre si, a temporalidade subjacente ao encontro traz à tona uma continuidade fluida entre os instantes que evita esvaziá-los de uma certa dimensão ontológica²: o cerne da temporalidade não seria mais o ímpeto de identificação, mas uma dinâmica persistente de diferenciação na qual tanto o passado estabelecido quanto as expectativas futuras são transformados a partir da emergência contingente do encontro.

De fato, a busca por controle e planejamento pode fomentar uma tentativa de ensaiar reações e respostas a eventuais encontros subsequentes: permanece-se, porém, no domínio da abstração e assim se ignora o caráter imediato e concreto da emergência em si do encontro³. O encontro pertence ao aqui-agora, ou seja, à sua atualização em circunstâncias singulares: ele em si não dispõe de um

¹ O conceito de encontro utilizado aqui tem sua origem na filosofia deleuziana, porém ele mesmo é reinterpretado por Alexandre Lefebvre (2008, p. 72 *et seq.*) para o contexto mais específico da decisão judicial e da composição dos casos judiciais que se desenrolam a partir deste plano. A reformulação do encontro, deste modo, está associada a uma reconsideração da dimensão transcendental do criticismo kantiano a partir de um engajamento com a experiência concreta: o encontro estabelece as condições reais – e não mais ideais – para o pensamento e a experiência. Deslocando essa linha de reflexão para uma análise da decisão judicial, o encontro surge como a base de transformação de um estado de coisas fático em um caso judicial caracterizado por problemas que demandam a articulação criativa das fontes formais do direito.

² Uma caracterização do passado como algo que já foi – portanto, que não se encontra mais presente – tolhe também a sua significação ontológica, tornando-o tão somente uma abstração conceitual: falar em passado não é simplesmente apontar para uma realidade ausente, mas para a ausência mesma dessa realidade, ou seja, de uma irrealdade. Resguardar a dimensão ontológica do passado implica, entre outros gestos, assinalar a sua realidade, que é diversa daquela que se desdobra diante dos sentidos humanos.

³ Para um maior aprofundamento deste ponto, em particular no que tange à estrutura e desenvolvimento da filosofia deleuziana, *cf.* ZOURABICHVILI, 2016.

conjunto permanente de propriedades e características que ultrapassariam as delimitações dos contextos de sua emergência; ele não se encontra ancorado em qualquer forma de fundamentação lógica ou mesmo se refere a um significante transcendental autoevidente.

Tal como se comprehende a formulação do conceito em meio à filosofia deleuziana, o conceito de encontro se desenvolve no meio, carecendo tanto de uma origem como de uma finalidade, sobretudo quando pensada em termos de um direcionamento aprioristicamente determinado ou mesmo a partir das condições de sua emergência: ele simplesmente reflete um devir contingente, um fluxo diferencial contínuo de construção e dissolução de conexões e associações entre os mais diferentes elementos constitutivos de um plano em particular. É desta maneira que a dinâmica do encontro permite lançar um outro olhar investigativo sobre a prática do direito e a decisão judicial em particular. Este é um ponto que necessita de maiores esclarecimentos.

Inicialmente, é preciso destacar que a prática do direito é um exercício, por vezes sutil, de construção de conexões entre planos e elementos com diversos graus de abstração: normas, ordenamentos, pessoas, objetos, entre outros. A materialidade sempre acompanha a prática do jurista, já que a sua intervenção incide sempre em uma realidade social e, mais especificamente, institucional, que é, antes de mais nada, concreta, atual. Agora a maneira como essa materialidade é confrontada e processada a partir da compreensão prática do jurista é que está diretamente associada ao arcabouço conceitual disponível para ele e que será instrumentalizado em meios às questões e problemas com os quais ele, o jurista, vai se deparar no exercício de sua função.

Então, a prática descrita, que tanto promove conexões e interações entre elementos, pode ser vista como pontuada por encontros, uma vez que, de início, essas conexões e interações jamais serão pré-estabelecidas e unilateralmente conduzidas pela vontade – ou mesmo intenção – de juristas particulares. Em síntese, a decisão judicial, de certo modo, transcende uma simples apreensão de uma circunstância fática por meio de uma formalização do juízo (premissa maior, menor e uma conclusão), contemplando também uma sensibilidade que está enraizada nas necessidades e demandas que compõem a situação com a qual os juristas praticantes se defrontam. O jurista opera um trabalho de articulação no qual mobiliza elementos implícitos ao contexto institucional que o envolve, para que possa compreender e intervir nos problemas trazidos pelas circunstâncias concretas com que ele se depara.

De certo modo, pode-se afirmar, ainda que com certa imprecisão e risco de se cair em obscuridade, que o contexto institucional fornece as linhas gerais dos esquemas interpretativos mediante os quais os encontros entre o jurista praticante e as circunstâncias fáticas adquirem significação, sobretudo jurídica: encontros, afinal de contas, sempre ocorrem a partir de um plano

concreto já definido, com suas regras, valores e demais elementos fáticos e normativos. A presença desses elementos é decisiva para a maneira como a dinâmica dos encontros ocorrerá e quais os seus subsequentes desdobramentos.

Mesmo uma perspectiva analítica quanto à interpretação das normas jurídicas, como aquela de Kelsen (1999, p. 245 *et seq.*), reconhece a inviabilidade de uma determinação absoluta dos conteúdos normativos ante as instâncias particulares em que eles são operacionalizados. A conhecida caracterização kelseniana da interpretação como sendo constituída por cognição e volição assinala, de certo modo, o hiato existente entre o normativo e o factual, ou ser e dever-ser, distinção esta cujos meandros já foram cuidadosamente acentuados pelo empirismo humeano e pelo critionismo kantiano, este último constituindo as bases da proposição kelseniana e diretamente influenciando a sua caracterização da interpretação/decisão judicial (Kelsen, 1999, p. 54 *et seq.*).

Entre as várias consequências analíticas advindas da relativa indeterminação da norma jurídica tal como Kelsen a dispõe, pode-se identificar uma certa concepção sofisticada e decididamente mais complexa de subsunção, extrapolando a sua caracterização usual em termos de silogismo. Em certa medida, ao mesmo tempo que assinala uma dinâmica interna e necessária para a manutenção do ordenamento jurídico, em particular no que tange à sua produção normativa, essa subsunção implícita na formulação kelseniana também assegura que o caso concreto, construído a partir da problematização de uma circunstância fática, não seja capaz de alterar ou modificar as normas jurídicas estabelecidas: enquanto criadores do direito, o legislador e o magistrado estabelecem as condições mediante as quais uma circunstância fática pode surgir como um caso, o que, ao menos em tese, tornaria teoricamente insusceptível da emergência do caso transformar as condições.

Em síntese, a estabilização do sistema jurídico ante as diferentes e imprevisíveis dinâmicas que o envolvem acaba por fazer com que a exterioridade dos casos, ou seja, o seu potencial disruptivo e transgressor perante as normas e condições estabelecidas no ordenamento, termine por ser anulada mediante sua incorporação *a priori* às normas já definidas, uma vez que, em primeiro lugar, a emergência dos casos depende dessas normas. A adaptabilidade das instituições requer ao menos que todos esses influxos externos provoquem internamente mudanças que possibilitem às instituições apresentarem algum tipo de resposta satisfatória ante as novas questões e problemas.

As instituições, porém, exigem um mínimo de coesão se quiserem fornecer esquemas interpretativos perduráveis em meio ao fluxo dos eventos externos ao ordenamento. O excesso de flexibilidade, ou mesmo adaptabilidade, delas perante novas informações pode implicar, por sua vez, tornar as suas regras e orientações improdutivas e insusceptíveis de atuarem como parâmetros para os atores jurídicos no processo de significação dos casos, principalmente na maneira como eles são

construídos a partir das circunstâncias particulares que chegam ao Poder Judiciário em busca de resolução. Um caso jurídico, assim como o problema que lhe seria correlato, não surge como um dado evidente sobre o qual o magistrado tão somente atesta a sua existência: eles necessitam ser construídos pela sensibilidade e astúcia criativa dos juristas, sejam eles praticantes ou teóricos. Essa tensão é bem capturada por James MacLean, ao observar o seguinte:

Para que possa sobreviver enquanto prática, o direito exige que suas instituições sejam fortes, mas, ao mesmo tempo, essas mesmas instituições, por conta de sua própria natureza, ao se fortalecerem e se tornarem mais autônomas, passam a agir como influência corrosiva sobre a tradição compartilhada; apesar disso, sem a sua fundamentação em uma tradição compartilhada o direito enquanto instituição é fraco, improdutivo e insuscetível de funcionamento. Sendo assim, algum equilíbrio precisa ser alcançado, sendo sua tensão negociada e mantida (MacLean, 2012, p. 113, tradução nossa)⁴.

Essa ambivalência destrinchada por MacLean traz à tona alguns pontos importantes para que se possa explorar a dinâmica dos encontros, sobretudo no que diz respeito à sua relação com as instituições no plano jurídico. Primeiro, uma vez que sempre vai emergir a partir de um arcabouço institucional, o potencial disruptivo dos encontros precisa ser mediado com as exigências de estabilidade funcional sem a qual o direito institucionalizado, conforme esse mesmo autor, perde a sua significação e mesmo condições para que possa funcionar ante as expectativas sociais com as quais ele precisa lidar.

Segundo, se os encontros se estabelecem em termos de fluxo diferencial contínuo, ou seja, em termos de devir, as instituições jurídicas precisam desenvolver um modo distinto de se relacionar com esse *continuum* diferencial: sua flexibilidade precisa ser, seguindo a linha de reflexão proposta pelo teórico britânico, negociada com certo grau de funcionalidade que lhe permita agir, ao menos na maior parte das vezes, com previsibilidade e coerência ante os jurisdicionados. O conceito de encontro pode aqui servir para acentuar o caráter contingente dos diferentes momentos de desestabilização e reorganização do aparato institucional jurídico, destacando o processo criativo que subjaz à própria manutenção das instituições e do seu funcionamento operacional ante as questões jurídicas contemporâneas.

Em linhas gerais, cabe exemplificar o raciocínio acima com o seguinte caso hipotético. Suponha-se que uma pessoa A decidiu conduzir veículo após ter ingerido considerável quantidade de bebida alcoólica e, tendo os seus reflexos severamente prejudicados, acabou por lesionar e matar duas

⁴ No original: "In order to survive as a practice, law requires its institutions to be strong but these same institutions, by their very nature, as they strengthen and become more autonomous, begin to act as a corrosive influence on the shared tradition; nonetheless, without its foundation in a shared tradition law as an institution is weak and unproductive and incapable of functioning. Thus, some equilibrium must be achieved, its tension negotiated and maintained".

pessoas que estavam em uma calçada, aguardando o seu ônibus. Assumindo que, no ordenamento jurídico em questão, o homicídio e a lesão corporal são diretamente frutos de um comportamento intencional do agente, no qual, após visualizar em seu pensamento o resultado o qual pretende atingir, ele seleciona os meios adequados, aguarda o momento certo, e executa o seu plano conforme sua vontade, quais as questões que poderiam surgir a partir desse caso e que viriam a reformular as bases do ordenamento em matéria criminal?

Essa situação hipotética acaba tendo um potencial desestabilizador porque, em primeiro lugar, ela se constitui em um tipo de situação que foge aos principais referenciais conceituais estabelecidos até então na dogmática penal: embora o homicídio e a lesão corporal tenham ocorrido, a caracterização da conduta que produziu esse resultado está em discrepância com aquela prevista pelo ordenamento jurídico, já que ela exige a presença de uma intencionalidade para a realização do ato, o que estaria ausente no caso. Isso impede a caracterização do comportamento descrito em termos das noções já sedimentadas de homicídio e lesão corporal: para que haja relevância jurídica considerando o caso descrito, será necessária uma reconsideração dos elementos constitutivos do homicídio e da lesão corporal ou a formulação de novas categorias operacionais que contemplem a conduta não intencional, porém danosa.

É razoável sustentar que a primeira delas incidiria sobre o reconhecimento de um resultado criminalmente relevante provocado por um comportamento não intencional. A segunda seria descrever que tipo de comportamento não intencional poderia provocar esse resultado e quais não poderiam produzi-lo. A partir disso, formam-se subsídios para se pensar em noções como conduta culposa, caso se observe pelo prisma da doutrina, ou mesmo na formulação de orientações jurisprudenciais subsequentes para que circunstâncias como essa possam receber um tratamento similar, reforçando a coerência da estrutura normativa do ordenamento jurídico.

Trata-se, claro, de um exercício teórico puramente especulativo que busca apreender um pouco dos encontros na prática do direito: a rigor, jamais se pode saber antecipadamente aonde um encontro irá levar e quais serão as reações dos atores jurídicos e do panorama institucional mais abrangente. Transformações há muito almejadas podem requerer medidas de curto prazo impopulares, ou mesmo produzem desestabilizações políticas cuja repercussão institucional profunda só poderá realmente ser sentida décadas, ou mesmo séculos, adiante. Isso significa que, entre outros pontos, o significado em si das transformações pretendidas poderá ser ele mesmo posto em questão no decorrer de suas várias formulações sempre historicamente situadas.

Tratando da construção de um conceito – o título de propriedade aborigene, outrora inédito no panorama jurídico canadense –, Alexandre Lefebvre pontua a dinâmica que se estabelece entre a

estrutura normativa pré-existente e a adaptabilidade do ordenamento jurídico ante o que o encontro traz de singular e disruptivo. O autor escreve:

O direito não permanece inerte perante um encontro, antes modifica a sua perspectiva para construir e significar aquilo que é novo para si. O encontro pressiona a adjudicação para a formulação de um conceito (o título aborigène) que faz sentido com base nos seus termos de análise *ao mesmo tempo* que honra a singularidade do caso que está diante de si (Lefebvre, 2008, p. 211, tradução nossa)⁵.

O ponto suscitado por Lefebvre contempla a flexibilidade institucional diante da singularidade dos casos, e nisso se encontra a construção conceitual desenvolvida tanto no âmbito doutrinário quanto naquele da jurisprudência, como a rigidez necessária para a manutenção da coerência e persistência das instituições, aqui na forma de uma adequação do novo conceito à estrutura estabelecida do ordenamento jurídico. A formulação do conceito de título aborígene exigiu também uma outra construção, a saber, a do caso jurídico que se extrai a partir de uma circunstância problemática com a qual o Judiciário veio a se deparar. O processo de formatação dessa circunstância em termos coerentes com a estrutura do ordenamento jurídico e com as demais premissas institucionais que informam a prática do direito é também algo que exercita e expressa a criatividade jurídica dos diferentes atores que se relacionam entre si: advogados, magistrados, doutrinadores, teóricos em geral, entre outros.

Essa adaptação do jurídico às novas questões e problemas que são postos diante de si assinala uma vitalidade de uma estrutura em contínua construção ante sua interação com o exterior, ao mesmo tempo que tenta preservar a sua funcionalidade específica e a coerência interna. Isso faz com que mesmo os seus elementos estabelecidos, e principalmente eles, sejam reformulados à luz das diversas transformações que ocorrem no plano que o jurídico se insere, como também a partir da maneira peculiar com que ele mesmo vem a assimilar essas transformações.

Aqui basta apenas observar as diferentes configurações que os direitos das minorias tiveram no Brasil nas últimas três décadas, incluindo não apenas o repertório dos direitos que pretendiam conquistar, como também os modos pelos quais as demandas sobre esses direitos foram sendo articuladas em meio às mudanças pelas quais passou o arcabouço constitucional brasileiro, em particular no que tange à expansão e à implementação dos diferentes direitos fundamentais. Apenas a título exemplificativo, as diferentes rupturas com a política democrática ocorridas em momentos específicos por parte das forças militares, assim como a retomada do Estado Democrático de Direito

⁵ No original: “The law does not remain dumb before an encounter but modifies its approach to construct and make sense of what is new for it. The encounter spurs adjudication to the formulation of a concept (aboriginal title) that makes sense within its terms of analysis *and* honors the singularity of the case before it”.

a partir da promulgação da Constituição de 1988, são aspectos importantes na caracterização histórica desse arcabouço constitucional.

Nesse sentido, a expansão e consequentemente maior diversidade de identidades políticas fomentou não somente modificações significativas na gramática política das lutas minoritárias, como também colocou em xeque significados e usos há muito sedimentados dos direitos fundamentais estabelecidos. Algo análogo pode ser dito em relação ao modo como as diferentes formas de caracterização do meio ambiente levaram, por sua vez, a uma redefinição gradual, por vezes sutil, da maneira com que o ordenamento jurídico brasileiro passa a compreender a proteção ambiental.

O conceito de encontro leva a examinar a não linearidade subjacente aos desdobramentos históricos que fazem com que as instituições adquiram as suas atuais características e dinâmicas, por mais provisórias e frágeis que elas se mostrem. Ora, trazer a não linearidade para o âmbito da prática do direito significa lançar uma luz, mesmo que ainda tímida, em torno da intrincada trama de causalidade mediante a qual direitos, garantias e outras formas de reivindicação jurídicas tendem a emergir dos espaços institucionais.

2 RECONSIDERANDO A DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO ENCONTRO: ACOLHENDO O CAOS E A IMPREVISIBILIDADE NA PRÁTICA DO DIREITO

Embora seja um ponto por demais específico da prática do direito em si, muito destaque foi concedido à decisão judicial na história da teoria geral do direito e da filosofia do direito em geral: é compreensível, tendo em vista que o momento da decisão traz consigo a operacionalização das fontes formais disponíveis, a construção de argumentativos interpretativos, como sendo um relevante espaço para a propositura de uma reflexão sobre o justo. Nesta pesquisa, a decisão serve também como fio condutor para a investigação do encontro no contexto mais abrangente e concreto da prática do direito como um todo.

A decisão judicial é frequentemente pensada em termos de um processo formal, inclusive tendo paralelos diretos com a lógica, a exemplo das diversas tentativas de sua formalização. Em sua configuração mais comum e simplória, a subsunção reflete esta incorporação do particular, normalmente estabelecido em termos de caso, a um geral recorrentemente definido como norma jurídica ou, mais abrangemente, fonte formal do direito. Apesar de sua utilidade para um tratamento mais rigoroso e analítico do conceito em si, um dos entraves advindos dessa formalização recai em um distanciamento da experiência concreta – logo, também singular – no qual os problemas jurídicos serão articulados e as soluções, propostas.

Esse distanciamento é mais bem observado na relação que se estabelece entre a experiência concreta na qual pode ser discernida um saber pré-teórico, por um lado, e o plano das categorias analíticas operacionalizadas pelos juristas, do outro. Esta lacuna (*gap*) termina por estabelecer, ainda que implicitamente e, por vezes, de maneira sutil, uma prevalência da abstração, e indiretamente da própria teoria, sobre um saber preponderantemente prático e intuitivo. Entre outras consequências, semelhante raciocínio tende ao empobrecimento da experiência imediata, na medida em que supõe ser capaz de apreendê-la em sua integralidade, por meio do referencial conceitual disponível ao jurista praticante.

O que está em jogo na decisão judicial, porém, excede a operacionalização das fontes formais do direito, ainda que ela seja parte fundamental e incontornável na própria caracterização da decisão em si como sendo jurídica: sem essa operacionalização, não seria possível produzir respostas jurídicas institucionalmente validadas, uma vez que não haveria um conjunto de referenciais compartilhados pelos diferentes atores que compõem um plano em particular e, na hipótese do direito, essa é uma das funções que as fontes formais tendem a desempenhar. Por outro lado, ao se restringir a decisão judicial a processos argumentativos e outras vias de formalização, pode-se perder de vista o lugar de outros elementos que dificilmente se deixam ser apreendidos por esses esforços, como a sensibilidade e demais saberes pré-teóricos e contextualmente enraizados na prática forense.

Seja por via do realismo jurídico dos Estados Unidos, de concepções pragmáticas a ele associadas ou pela hermenêutica jurídica contemporânea influenciada pelos trabalhos de Hans-Georg Gadamer e Josef Esser, a experiência pré-teórica é trazida à tona não apenas como simples pano de fundo da análise dos casos e subsequente tomada de decisão; antes, é um horizonte que é condição de possibilidade para que ambas as atividades, análise e decisão, possam ocorrer. Por outros caminhos, Zenon Bankowski e Maksymilian Del Mar (2016) chamaram atenção para o lugar da imaginação moral e, por tabela, dos afetos, na formação do jurista, o que inclui a consideração de elementos que não necessariamente se deixam apreender pela típica operacionalização despendida às fontes formais, como a justiça, e também para a sua relação, enquanto ordem normativa institucional, com outras ordens normativas, como o mercado e os imperativos morais (Bankowski, 2007).

Realistas como Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Nathan Cardozo, cada um à sua maneira, já haviam destacado a importância de diferenciar dois aspectos fundamentais: por um lado, o afastamento da experiência histórica, que influencia tanto a prática jurídica quanto os vetores que moldam sua transformação; e, por outro, o exercício abstrato de criar categorias e conceitos que funcionam como esquemas interpretativos para atribuir significado a essa experiência. Oliver Holmes Jr., no início de *Common Law*, compreendia este segundo domínio como sendo o da lógica, por conta

da sua abstração e, em certo sentido, dissociação do caráter temporal que tanto marca a experiência histórica.

A insistência na experiência serve antes para assinalar uma importante dimensão irracional que subjaz à construção do jurídico, dimensão esta que foge a uma apreensão integral por meio dos diferentes esquemas e categorias articulados pelo jurista praticante. Nisso se poderia discutir – e os realistas tendem a fazê-lo com frequência – o papel das preferências, enviesamentos, valores morais entranhados, enfim, do universo subjetivo e particular dos atores jurídicos, universo este que dificilmente pode ser incorporado no plano mais abstrato das categorias jurídicas, mas que é central para a maneira como a prática do direito tende a ser formatada por esses atores.

É também a experiência que revela uma circularidade que assinala uma alternativa para as duas perspectivas extremas quanto à emergência dos casos jurídicos já aludidas no início deste trabalho. Recapitulando esses posicionamentos: o primeiro deles, que se pode identificar como subjetivista, comprehende que a construção dos casos jurídicos é um reflexo integral da vontade e das disposições particulares dos atores jurídicos, ou seja, o caso reflete o universo subjetivo daqueles que se debruçam sobre ele, buscando propor-lhe uma solução institucionalmente aceitável e que contemple as diferentes pretensões suscitadas pelas partes nas teses em que apresentam os seus posicionamentos.

Mesmo que não intencionalmente e ainda que se afastem desse nível de reducionismo, os realistas norte-americanos não apenas abriram uma porta importante, no âmbito da teoria geral do direito, para a exploração do papel do irracional e do universo subjetivo dos atores jurídicos na tomada da decisão judicial em geral, como também curiosamente assinalaram para uma transposição dos métodos e perspectivas das ciências naturais para a análise da prática do direito (Leiter, 2007). São tais fatores que, por vezes, tendem a levar a crer que a construção do caso a partir de uma circunstância fática é expressão dos interesses, valores e vieses dos atores jurídicos diretamente envolvidos com a situação. Acredita-se que o conceito de encontro pode permitir associações fecundas considerando o enfoque acima descrito. Mas de que maneira?

A primeira razão se deve à sua abrangência: o conceito de encontro engloba, porém não se restringe a, as construções da dogmática jurídica e, de maneira mais profunda, dos conceitos da teoria geral do direito que organizam as diferentes representações da prática jurídica. Dito de outro modo, o encontro propõe articulações e conexões em vez de sobreposições e assimilações. A preocupação recai mais na maneira como os atores jurídicos continuamente articulam o conhecimento jurídico disponível, seja ele explícito ou tácito, ante um problema imprevisto e contingente, do que em realizar uma descrição mais fidedigna e precisa da própria prática do direito em si: a pretensão do conceito

de encontro, neste ponto, seria mais performativa do que representativa.

A performatividade do conceito serve a uma redefinição de aspectos teóricos da decisão judicial em vez de a uma apreensão supostamente rigorosa do que, de fato, ocorre na tomada de decisão. Ao pontuar a contingência, a criatividade e a singularidade daquilo que reveste a interação entre o jurista praticante e o caso com que ele se depara, o encontro não introduz nenhuma prescrição normativa e/ou metodológica que, uma vez aplicada, permitiria levar àquela que seria a decisão mais apropriada perante o questionamento suscitado pelo caso. Semelhante modo de pensar apenas refletiria uma inclinação dogmática – e aqui se utiliza a palavra em sua acepção mais problemática e negativa – quanto ao modo de construção dos casos e da investigação dos problemas a partir das circunstâncias concretas.

Levar a sério o encontro significa, inicialmente, estar aberto a ele, principalmente aos caminhos que apontam a partir de sua ocorrência. Em outras palavras, é preciso acolher o disruptivo e o imprevisível de dentro do arcabouço jurídico. Tradicionalmente, os conceitos jurídicos são praticamente formulados a partir de uma tendência a controlar e a suprimir o que seria percebido como disruptivo e desordenado, ou seja, perigos para a manutenção da funcionalidade e da coerência da estrutura normativa do direito como um todo. Algo semelhante ocorreu em diferentes áreas do conhecimento científico: a divisão entre ordem e desordem, com a consequente sobreposição da primeira sobre a segunda, é um exemplo a ser explorado.

James MacLean observa, porém, que o último século, a partir de transformações decisivas no campo das ciências exatas, em particular na física, faz emergir uma linguagem que é muito mais favorável ao caos e ao imprevisível, relativizando ou mesmo enfraquecendo de vez a distinção ordem/desordem. Veja-se o que ele escreve:

Gradualmente, uma nova linguagem com uma apreciação e nova atitude perante ideias como não linearidade, desordem e barulho, fragmentação, imprevisibilidade e marginalização está emergindo. Nós encontramos na mudança de atitude que parece muito mais receptiva ao sentido do caótico e uma consciência do processo dinâmico, uma visão muito mais simpática à noção do imprevisível e ao novo, e muito menos disponível para impor a divisão de ordem e desordem (MacLean, 2012, p. 145, tradução nossa)⁶.

A aceitação do caos está longe de implicar, por si só, um enfraquecimento, ou mesmo insuficiência, de preceitos como segurança jurídica, devido processo legal (*due process of law*) ou

⁶ No original: "Gradually, a new language with a new attitude towards and an appreciation of ideas such as non-linearity, disorder and noise, fragmentation, unpredictability and marginalisation is emerging. We find a change in attitude that appears much more receptive to a sense of the chaotic and an awareness of dynamic process, an outlook more in sympathy with notions of the unpredictable and the novel and much less ready to impose a division of order and disorder".

acolhimento de um decisionismo irrestrito no contexto da decisão judicial. O que se tem é uma compreensão teórica mais abrangente e cética quanto ao modo com que as ordens normativas se estabelecem e se perpetuam em meio às várias modificações a que estão sujeitas no decurso do tempo. A imprevisibilidade das transformações socioculturais e tecnológicas, por exemplo, gradualmente coloca em xeque a pertinência e o significado das categorias dogmáticas amplamente instrumentalizadas pelos juristas praticantes no desenvolvimento dos seus argumentos.

A partir desta compreensão mais afirmativa do caos, uma certa reconsideração dos limites normativos da estrutura jurídica provavelmente tenderá a ocorrer. As pretensões contrafáticas, inatas em quaisquer elementos normativos, não serão desconsideradas, porém a construção do significado operacional dependerá também das condições específicas nas quais a norma em si será instrumentalizada na resolução de um ou outro caso. Dito de outro modo, ao mesmo tempo que as categorias jurídicas se sobrepõem aos múltiplos contextos específicos nos quais elas são manipuladas, pois do contrário haveria o risco de se perder qualquer coerência histórica e analítica do seu significado, a construção desse mesmo significado não pode se encontrar restrita a um domínio *a priori* – logo, independente em relação aos casos –, remetendo ao já aludido dogmatismo que revestiria certa noção da decisão judicial.

O mais importante, porém, é que o acolhimento do caos implica inverter a sobreposição costumaz que permeia a sua relação com a ordem e com a estabilidade: a ordem acaba sendo vista como um recorte provisório sobre a dinâmica do caos. Por isso a estrutura normativa do direito se situa nesse balanço delicado entre uma transformação contínua e uma estabilização precária que visa a proporcionar uma certa previsibilidade e coerência às suas práticas e aos seus modos de interação com o entorno social que a envolve.

A estrutura em si jamais é pura e integralmente enclausurada em torno do seu próprio eixo: pelo contrário, ela é atravessada por elementos exteriores ao seu domínio, bem como fragmentada a partir de múltiplas relações estabelecidas entre os conceitos mais heterogêneos e multifacetados. Em linhas gerais, uma dada estrutura, a exemplo do que aqui é descrito ante o sistema de normas de direito positivo, impõe-se a partir da maneira como articula continuamente os conceitos e as associações estabelecidas entre eles perante as transformações temporais às quais a estrutura se encontra sujeita.

No início de “O Que é a Filosofia?”, Deleuze e Guattari trazem à tona uma caracterização do conceito que se aproxima em alguns pontos da breve associação que aqui se faz entre a estrutura normativa e o caos. Eles escrevem:

Cada conceito é ao menos duplo ou triplo, etc. Não há conceito que possui todos os componentes, já que neste ponto haveria o caos puro e simples. Mesmo os conceitos mais fundamentais, os universais, precisam escapar do caos circunscrevendo-o a um universo que os explica (contemplação, reflexão, comunicação). Cada conceito dispõe de um contorno irregular definido pela soma dos seus componentes, sendo a razão pela qual, de Platão até Bergson, nós encontramos a ideia de conceito como sendo uma questão de articulação, de recorte e de cortes transversais (Deleuze; Guattari, 1994, p. 15-16, tradução nossa)⁷.

É nessa necessidade de articulação contínua entre os diferentes componentes que, no fundo, está em jogo a incursão pela prática jurídica mediante a exposição do conceito de encontro. O problema advindo da construção de um caso judicial tende a se impor diante do jurista praticante para que este realize, mais uma vez, o trabalho de recorte e articulação das fontes formais tendo em vista a necessidade suscitada pelo problema em si. Em parte, pode-se dizer que a emergência do problema se deve à maneira com que o jurista praticante age na situação, já que a ele caberá a tarefa de construção do caso a partir da circunstância fática que ele tem diante de si. Por outro lado, o problema apresenta uma realidade específica, que provoca e afeta o jurista praticante, não o deixando subsumi-la por completo a partir do seu repertório conceitual vigente.

É por esse motivo que a colocação em si do problema representa um trabalho de recorte pontual no qual a organização dos seus elementos constitutivos será provisoriamente estabelecida pelo jurista praticante, aqui considerando principalmente a leitura a ser feita em torno dos diferentes aspectos apresentados pelo problema em si. Este trabalho de reconstrução institucional é, por vezes, ignorado no tocante à maneira com que os problemas são formatados para que disponham de soluções tecnicamente jurídicas. MacLean escreve o seguinte:

Mas o que isso implica é que a resposta jurídica institucional não surge como uma solução para um problema social da qual deriva; a instituição, pelo contrário, reconstrói o problema conforme seus próprios objetivos e propósitos, definindo e modificando os limites das suas relações, assim tornando-se mais maleável (MacLean, 2012, p. 146, tradução nossa)⁸.

A maleabilidade institucional é condição necessária para a manutenção de uma estrutura que precisa lidar com um entorno caracterizado por transformações imprevisíveis e não lineares, exigindo adaptabilidade a partir de uma contínua reconsideração das premissas e dos conceitos que estão em jogo na maneira como a estrutura processa a mudança em si. Na seção precedente se observou que as

⁷ No original: “Every concept is at least double or triple, etc. Neither is there a concept possessing every component, since this would be chaos pure and simple. Even so-called universals as ultimate concepts must escape the chaos by circumscribing a universe that explains them (contemplation, reflection, communication). Every concept has an irregular contour defined by the sum of its components, which is why, from Plato to Bergson, we find the idea of the concept being a matter of articulation, of cutting and cross cutting”.

⁸ No original: “But what this implies is that the legal institutional answer does not arise as a solution to the social problem from which it derives; rather, the institution reconstructs the problem according to its own aims and purposes and defines and modifies the limits of its relations, thus making it more malleable”.

consequências de um encontro não podem ser dadas de antemão, nem apreendidas integralmente por uma estrutura conceitual preexistente. Para além disso, a emergência do encontro também modifica, por vezes radicalmente, o próprio plano no qual ele emergiu, inclusive as condições que outrora propiciaram o surgimento do encontro.

Essa circularidade é análoga àquela discutida por Deleuze e Guattari (1994, p. 16) no desenvolvimento de sua filosofia do conceito, quando escrevem o seguinte: “todos os conceitos são conectados a problemas sem os quais eles não teriam sentido e que apenas podem eles mesmos ser discernidos ou compreendidos em meio à emergência das suas soluções”⁹. A formulação de um conceito é uma resposta a um problema, certo, mas enquanto resposta ela passa também a integrar a própria significação do problema, já que, encerrando uma discussão sobre ele, contribui para a maneira com que ele será representado e posteriormente discutido.

Quando em sua “Teoria Pura do Direito” Kelsen se deparou com o estatuto epistemológico do direito, colocando a indagação de se seria possível uma ciência do direito capaz de satisfazer as exigências epistêmicas das ciências duras de sua época, encontra-se sim uma atualização – ou deslocamento – das disputas sobre o método científico ocorridas no mundo germânico ao final do século dezenove, porém em um plano jurídico que até então havia sido pouco explorado nos termos dessas pretensões. A colocação da norma jurídica como *objeto de estudo por excelência* da ciência positiva do direito reflete primeiramente uma tentativa de demarcá-la ante outros campos das ciências sociais e humanas.

Ao mesmo tempo que Kelsen apontava várias preocupações do empirismo lógico do Círculo de Viena, além de considerável influência do neokantismo prevalecente em sua época, ele também estava propondo uma reformulação epistemológica do conhecimento jurídico que respondia diretamente às disputas metodológicas do século dezenove sobre as ciências.

Embora as pretensões analíticas da Teoria Pura mantenham distância considerável da prática do direito, suas premissas básicas, bem como alguns dos seus conceitos, foram historicamente incorporados ao repertório conceitual que o jurista, seja teórico ou praticante, adota como ponto de partida para significar a sua prática. A norma jurídica como objeto central da ciência jurídica, o ordenamento escalonado, a distinção rígida entre direito e moral, a interpretação e a relativa indeterminação da norma, são alguns dos pontos recorrentes na caracterização teórica da prática do direito advindos da Teoria Pura. A cada novo encontro, essas noções são reativadas em um plano muito diferente daquela formulação inicial de Kelsen, adquirindo significados e usos bastante

⁹ Tradução nossa. No original: “All concepts are connected to problems without which they would have no meaning and which can themselves only be isolated or understood as their solution emerges”.

distintos. Escrevem Deleuze e Guattari:

Em síntese, nós afirmamos que todo conceito possui sempre uma *história*, mesmo que essa história faça zigue-zague, mesmo passando, se assim for necessário, por outros problemas ou outros planos diferentes. Em qualquer conceito existem normalmente pedaços ou componentes que advêm de outros conceitos, que correspondem a outros problemas e pressupõem outros planos. Isso é inevitável porque cada conceito carrega um novo recorte, apresenta novos contornos e precisa ser reativado ou recortado (Deleuze; Guattari, 1994, p. 17-18, tradução nossa)¹⁰.

O processo de reativação em si pontua uma dupla dinâmica de criação e reiteração na qual a afirmação da trajetória do conceito precisa ocorrer em meio à sua reformulação diante do surgimento de um novo problema, de um cenário distinto e/ou da modificação dos elementos que outrora caracterizavam o problema inicial a partir do qual o conceito em si emergiu. Conforme apontado, a positividade ou a negatividade dos encontros promove sempre intervenções estruturais nas relações estabelecidas. Nos primeiros capítulos de “O Que é a Filosofia?”, a maior parte dos exemplos elencados por Deleuze e Guattari comprehensivelmente dizem respeito à estrutura do conceito filosófico e ao que seria específico à tarefa da filosofia por excelência – a criação de conceitos. Em sua obra “Foucault”, Deleuze (1987) desenvolve uma retomada do conceito de dobra, um dos principais pontos, senão o principal, de uma outra obra mais antiga, “Leibniz e o Barroco” (Deleuze, 2014). Não se encontra nos limites, nem nas pretensões deste trabalho, realizar uma análise pormenorizada deste intrincado conceito da obra deleuziana¹¹.

Para além das suas outras implicações, o conceito de dobra expressa uma tentativa importante de Deleuze em conceitualizar a distinção entre o dentro e o fora, muito embora em “Foucault” o autor explore a distinção a partir de um foco maior nos processos de subjetivação. Ainda assim, segundo Cary Wolfe (1998, p. 120 *et seq.*), pode-se encontrar nessa exposição o trabalho de recorte, o qual pareceu ser central para a maneira como o filósofo francês discutiu a conceitualização. Conforme já visto, o recorte atua na delimitação da estrutura, principalmente em termos de sua estabilização e diferenciação no que tange ao plano no qual ela se encontra inserida e ante o qual ela necessita se distinguir.

Ora, a distinção entre o dentro e o fora é pressuposto, ou mesmo explicitamente tematizada,

¹⁰ No original: “In short, we say that every concept always has a *history*, even though this history zigzags, though it passes, if need be, through other problems or onto different planes. In any concept there are usually bits or components that come from other concepts, which corresponded to other problems and presupposed other planes. This is inevitable because each concept carries out a new cutting-out, takes on new contours, and must be reactivated or recut”.

¹¹ Caso seja interesse do leitor, para além da obra que Deleuze (2014) dedica a Leibniz, “Leibniz e o Barroco”, seria importante conferir o trabalho de Alex Tissandier (2019) sobre essa leitura, assim como a coletânea organizada por Graham Jones e Jon Roffe (2009), dedicada a examinar a linhagem filosófica de Deleuze e a maneira como ele se apropria dela para o seu próprio projeto filosófico.

pelo jurista praticante, ao se confrontar com uma circunstância fática que potencialmente pode ser objeto de intervenção jurídica, ou seja, transformar-se em caso judicial. O exercício da criatividade ao qual se aludiu em parágrafos anteriores perpassa também a delimitação e inserção da circunstância em si no campo específico do jurídico, caracterizado por um conjunto próprio de normas e pressupostos que o distingue das demais práticas sociais institucionalizadas¹². Ocorre que esse processo de apreensão do exterior somente pode ser feito a partir das regras e pressupostos internalizados ao campo em si, ou seja, a exterioridade mencionada refletiria tão somente a projeção da interioridade do jurídico.

Em outras palavras, o jurista praticante só tem como exercer o seu ofício, especialmente o tipo de criatividade que lhe é própria, a partir das regras e dos pressupostos que tornam particular o seu ofício, distinguindo-o dos demais: aquilo que está fora dessas regras e pressupostos – ou os contradiz – somente pode ser compreendido e apropriado a partir deles. Semelhante raciocínio pode ser discernido na filosofia do conceito de Deleuze/Guattari quando eles se referem ao seu caráter autopoietico, uma vez que este constrói a si mesmo a partir de sua interação com o seu entorno, incorporando em sua estrutura os elementos que passaram e foram moldados pelo seu filtro particular.

Grosso modo, essa operação poderia ser pensada exatamente como o já mencionado recorte, ou seja, uma delimitação que é feita em torno de aspectos, propriedades, fatores e eventos pontuais de um plano – ou realidade – mais abrangente. Na medida em que separa e isola um aspecto de um plano de sua totalidade, o recorte constrói algo distinto: a sua apreensão de uma realidade trata de reorganizar componentes e elementos, estabelecendo assim novas relações e associações entre eles, e nisso novos conceitos e elementos podem também surgir. Em sua dimensão mais íntima e profunda, tudo acaba por se constituir em termos de pluralidade e relações diferenciais.

O recorte, em síntese, reflete o trabalho de construção do caso, sem o qual os fatos sociais não poderiam ser apreendidos a partir da lógica das categorias jurídicas. Neste ponto, mesmo as caracterizações mais sofisticadas da subsunção, como as que já não mais se deixam ser estruturadas sob a forma de silogismo, não poderiam apreender a dimensão criativa deste raciocínio: a construção do caso não está inteiramente disposta a partir de norma; logo, não é preexistente à emergência da situação. O encontro pode não ocorrer no vazio, exigindo um certo contexto para a sua emergência,

¹² Os fundamentos para essa linha de argumentação se encontram em DELEUZE; GUATTARI, 1994, p. 7 *et seq.*; WOLFE, 1998, p. 103 *et seq.*; MACLEAN, 2012, p. 139 *et seq.* O prefácio do tradutor Martin Joughin (1990), em “Expressionism in Philosophy: Spinoza”, tece uma clara sinalização quanto a essa proposta deleuziana do empirismo, particularmente ao trabalhar a maneira como, no desenvolvimento da filosofia, uma experiência inicial é trabalhada, retrabalhada e reorganizada a partir da divergência que se forma em torno das relações conceituais que outrora representariam essa experiência – o que se pretende trazer para dentro da reflexão jurídica aqui proposta.

mas ele também nada tem a pressupor.

Em síntese, a categoria de encontro esboçada no decorrer deste artigo reflete um esforço teórico para se apreender tanto uma dimensão construtiva que permearia a formulação de um caso jurídico a partir de uma circunstância fática, como também a contingência subjacente à emergência deste mesmo caso. Este último ponto é salientado a partir do momento em que o encontro está desvinculado de qualquer forma de necessidade quanto ao modo de sua ocorrência, assim como de sua dinâmica interna: as condições de emergência do encontro são simultaneamente alteradas pela sua existência, ou seja, a construção do caso ocorre em um panorama jurídico marcadamente distinto daquele que inicialmente se encontrava estabelecido, a partir da ocorrência da situação fática que dá origem ao caso.

3 CONCLUSÃO

Esta pesquisa pretendeu chamar atenção para a fecundidade do conceito de encontro, a partir de uma discussão teórica sobre a prática do direito e com um recorte mais específico em torno da decisão judicial. O amparo filosófico do conceito desenvolvido no decorrer desta pesquisa foi a conceituação de Gilles Deleuze e as várias proposições que foram realizadas por seus intérpretes no contexto jurídico. O recurso ao conceito de encontro surgiu de uma preocupação quanto a certas discussões e referenciais da teoria do direito que parecem demasiado restritivos no que tange ao potencial criador da prática do direito e à complexidade dos diferentes aspectos que a integram. É preciso integrar de uma maneira mais abrangente o instrumental conceitual que acompanha a operacionalização, pelo jurista praticante, das fontes formais na construção dos argumentos que amparam o seu posicionamento ante as indagações e problemas suscitados pelos casos.

Entende-se, neste ponto, que o conceito de encontro permite trazer para o primeiro plano não somente a contingência que envolve a construção de um caso jurídico a partir de uma circunstância fática, mas também a não linearidade e complexidade das consequências advindas da maneira com que o arcabouço institucional do direito apreende o problema que acompanha o caso em si mesmo. A primeira seção tratou de esclarecer o conceito de encontro e de que maneira ele se mostra distinto das tentativas de formalização da decisão judicial e de uma caracterização analítica da prática do direito.

Sem afastar as pretensões e a relevância dessas orientações teóricas, o conceito de encontro se volta para as diferentes potências e vetores que atravessam o plano jurídico. Uma caracterização como essa permite pensar em termos de justaposições e associações em vez de sobreposições e

protagonismos: nem o caso em si, nem os atores jurídicos são os aspectos mais importantes da prática, mas as múltiplas e imprevisíveis relações dinâmicas estabelecidas entre eles.

Na segunda seção realizou-se uma análise mais específica da decisão judicial, reiterando-se o conceito de encontro como fio condutor e base da proposição. Nesta seção, a formalização em si da decisão judicial foi mitigada por meio de um olhar que horizontaliza as relações estabelecidas entre os diferentes atores jurídicos na composição do problema e do desenvolvimento de sua solução. A antiga distinção entre ordem e caos foi trazida à tona com o propósito de esclarecer a maneira como a estrutura normativa do direito opera um recorte estabilizador sobre o seu entorno, com o objetivo de estabilizá-lo para que, assim, possa intervir sobre ele.

A decisão judicial representa um ponto significativo, já que a partir dela coloca-se em questão o trabalho de operacionalização das fontes formais ante as indagações suscitadas na construção dos casos jurídicos: o instante da decisão representa a ponte entre o domínio abstrato das normas jurídicas, materializadas nas fontes formais, e a concretude das circunstâncias fáticas a serem analisadas pelo jurista. Aqui o encontro se revela como trabalho cuidadoso de recorte e enquadramento, que vai proporcionar as condições para que o jurista praticante intervenha e proponha uma solução perante a demanda suscitada.

Para além das estruturas argumentativas empregadas pelos juristas na fundamentação de suas teses, existe antes uma criatividade que organiza os elementos de um caso, estabelecendo desta maneira também as condições, explícitas ou implícitas, mediante as quais as soluções serão proporcionadas. A depender do recorte realizado pelos juristas praticantes, mediante o qual um caso específico se torna objeto de intervenção jurídica, o repertório de soluções a ser adotado pode mudar radicalmente, tornando algumas mais prováveis, enquanto outras, inviáveis: por isso destaca-se essa criatividade que constrói não somente soluções, mas também os problemas que elas pretendem encerrar. Nisso o conceito de encontro pode ser oportuno, para salientar todas aquelas dimensões que não são exatamente apreendidas pela formalização teórica da estrutura da decisão judicial, a exemplo do papel desempenhado pela percepção e sensibilidade na caracterização de certo caso judicial.

REFERÊNCIAS

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a Lei**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

BANKOWSKI, Zenon; DEL MAR, Maksymilian. **The Moral Imagination and the Legal Life: Beyond Text in Legal Education**. London: Routledge, 2016.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

DELEUZE, Gilles. **Le Pli: Leibniz et le Baroque.** Paris: Les Éditions de Minuit, 2014.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **What is Philosophy?** New York: Columbia University Press, 1994.

JONES, Graham; ROFFE, Jon. **Deleuze's Philosophical Lineage.** Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009.

JOUGHIN, Martin. Translator's Preface. In: DELEUZE, Gilles. **Expressionism in Philosophy: Spinoza.** New York: Zone Books, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

LEITER, Brian. **Naturalizing Jurisprudence:** Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007.

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

TISSANDIER, Alex. **Affirming Divergence:** Deleuze's Reading of Leibniz. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019.

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

ZOURABICHVILI, François. **Deleuze:** uma filosofia do acontecimento. São Paulo: Editora 34, 2016.