

CRIATIVIDADE E DECISÃO JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO PRAGMATISMO JURÍDICO DE OLIVER WENDELL HOLMES JR. E DA FILOSOFIA VITALISTA DE HENRI BERGSON

LEONARDO MONTEIRO CRESPO DE ALMEIDA¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 NECESSIDADES SOCIAIS E TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS: PRAGMATISMO E DECISÃO JUDICIAL. 3 REPENSANDO A DECISÃO JUDICIAL ATRAVÉS DA FILOSOFIA DE HENRI BERGSON: EVOLUÇÃO, PERCEPÇÃO E IMAGEM. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS FINAIS.

RESUMO: O presente artigo pretende abordar a relação entre criatividade e decisão judicial sob a perspectiva de duas abordagens filosóficas distintas, porém que guardam certa proximidade: o chamado pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr e a filosofia de Henri Bergson. O nosso objetivo é destacar como os dois autores fornecem elementos para repensarmos a criatividade na decisão judicial como inerente. Tomando como ponto de partida a abordagem realista, mas também pragmática, de Holmes, nós observamos como a construção das teorias e conceitos jurídicos ocorre retrospectivamente, ou seja, após a resolução dos vários casos que compõem a história institucional de um sistema jurídico particular. A criação é pensada neste ponto em termos de experiência circunstancial, histórica e particular. Por fim, desenvolvemos uma leitura específica Bergson com o intuito de associarmos essa noção de experiência à própria evolução concebida em termos de diferenciação e criação de categorias através da resolução de problemas.

¹ Doutor e Mestre em Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE. Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Rua José Carvalheira, Tamarineira, Recife/PE. CEP: 52051-060. Tel: (81) 98789-4588. E-mail Principal: leonardoalmeida326@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão. Bergson. Holmes. Evolução. Criatividade

CREATIVITY AND LEGAL DECISION: BRIEF CONSIDERATIONS FROM OLIVER WENDELL HOLMES JR. LEGAL PRAGMATISM AND BERGSON'S VITALIST PHILOSOPHY

ABSTRACT: This present article intends to develop a relationship between legal adjudication and creativity through the lens of two distinct philosophical perspectives that are themselves close: Oliver Wendell Holmes Jr legal pragmatism and the philosophy of Henri Bergson. Our main objective is to underline how these two authors establish elements to rethink creativity as essential to legal adjudication. Taking Holmes's realistic legal pragmatic as our starting point, we point out how the construction of legal theories and concepts happens retrospectively or, in other words, legal theories and concepts emergences after the resolution of cases within the institutional history of a distinct legal system. Creation, in this perspective, is associated with circumstantial experience, which is always historical and particular. Lastly, we develop a specific interpretation of Bergson taking as our main objective our concept of experience with the evolution conceived in terms of differentiation and creating of categories through the resolution of legal problems.

KEYWORDS: Legal Decision. Bergson. Holmes. Evolution. Creativity

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais explorados no que se refere ao estudo da decisão judicial consiste na fronteira entre criação e aplicação do direito. Ainda que os desdobramentos decorrentes da presença da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e da abordagem de Ronald Dworkin tenham reformulado de maneira significativa o panorama em que esse questionamento tem sido suscitado, permanece controversa a ideia de que juízes podem criar e aplicar normas a partir das circunstâncias particulares nas quais eles precisam apreciar as demandas judiciais. Hans Kelsen já apontara para uma certa dimensão

criativa inerente à aplicação das normas jurídicas ao concebê-la enquanto mistura de atividade cognitiva e ato de vontade. Neste caso, porém, o que se cria é uma norma específica, como a sentença judicial, a partir de uma rede de competências atribuídas a um ator jurídico em particular, o magistrado.

A jurisprudência, enquanto fonte formal do direito, caracteriza-se também como espaço institucional em que, através da problematização de casos específicos, várias soluções são desenvolvidas, inclusive modificando, por vezes de maneira relevante, o entendimento institucional das leis e as suas possibilidades de interpretação. A criatividade é uma característica básica para que a jurisprudência seja uma fonte do direito suscetível de transformar o panorama institucional mais amplo do direito e mesmo da política.

Neste ponto, muitas perguntas podem ser suscitadas: o sentido da criatividade se modifica conforme as diferentes funções dos órgãos e dos poderes? Existiria um outro sentido para a criatividade, no contexto da decisão judicial, que não remeteria a uma atitude voluntarista daquele que instrumentaliza as normas jurídicas? Ambas as perguntas confluem para uma terceira, mais abrangente: o que, de fato, significa a criatividade da decisão judicial?

O objetivo desse artigo consiste em apontar uma concepção alternativa para a noção de criatividade jurídica que não seja apenas uma característica acessória da decisão. Semelhante concepção caracterizaria a criatividade como necessária e inerente ao próprio ato de julgar que compõe a decisão judicial. Acreditamos que o pragmatismo jurídico, especialmente na figura de Oliver Wendell Holmes Jr, nos proporciona elementos teóricos para lidar com as nossas indagações. No entanto, uma vez que estamos concebendo a criatividade como inerente ao juízo, precisamos redefinir também a noção de decisão judicial tal como se faz presente na teoria do direito. A nossa estratégia analítica consiste em recorrer a alguns conceitos presentes na filosofia de Henri Bergson, especialmente em sua obra “A Evolução Criadora”, como fio condutor para uma leitura de certos postulados do pragmatismo jurídico acerca da decisão e da criatividade judicial.

Nossa investigação se insere em um contexto teórico mais amplo em que múltiplas abordagens buscam desenvolver a relação entre decisão judicial e criatividade, muito embora cada uma delas seja conduzida por preocupações distintas. A relevância do estudo da decisão judicial atende ao menos dois pontos. Primeiro, trata-se de um elemento central para as teorias do direito e que é responsável por articular uma série de temas de interesse tanto aos juristas teóricos quanto praticantes: quais os limites da discricionariedade judicial? O que significa aplicar uma norma? Em que medida uma norma fundamenta e atribui um grau de objetividade à decisão estabelecida? Qual o sentido de se conceber a interpretação dos magistrados como criativas? Perguntas como essa tem orientado por décadas os mais variados debates no contexto da teoria e filosofia do direito, a exemplo das discussões em torno da indeterminação do direito e da objetividade das decisões judiciais.

O segundo ponto consiste na tentativa, também contemporânea, de se pensar formas alternativas de compreensão da decisão judicial distinta do formalismo que acompanha as perspectivas positivistas. Seja na abordagem de Ronald Dworkin no tocante aos debates anglo-saxônicos, seja nas questões suscitadas pela jurisprudência hermenêutica, a exemplo da teoria estruturante de Friedrich Müller, a decisão judicial tem permanecido um tópico de divergências e central para os debates na teoria do direito contemporânea, como também servem de subsídio para pensarmos a relação entre o direito e outros domínios, a exemplo da política e das artes, esta última especialmente no movimento *Law and Literature* e presente também a partir do próprio Dworkin.

Na primeira seção do artigo trataremos de situar, de maneira geral e concisa, a concepção usual de decisão judicial e como a partir dela a criatividade se torna uma característica secundária. Por característica secundária nós queremos dizer que a criatividade passa a ter dois sentidos: ela é acessória e problemática. Ambos os sentidos apontam para um excesso de atividade daquele que julga, como se o mesmo estivesse ultrapassando os limites de sua competência institucional. A rigor a criatividade, sendo possível, deve ser racionalmente controlada, senão extirpada, do horizonte da decisão judicial.

Neste ponto, o pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr nos fornece o aporte teórico.

Recorreremos ao pragmatismo jurídico com o propósito de situar a criatividade para fins de evitarmos uma concepção demasiadamente institucional do termo, ou seja, circunscrita apenas ao âmbito da aplicação das normas jurídicas cujo sentido existe exclusivamente em função do ordenamento jurídico que lhe abrange. Para isso apontaremos como a relação entre o direito e as necessidades sociais pode nos levar a uma compreensão mais ampla de criatividade.

O foco da segunda seção consistirá em apontar para um sentido alternativo de criatividade que, por sua vez, poderá ser apropriado no estudo da aplicação das normas jurídicas. O que nos interessa é evitar situá-la tanto como característica secundária, acidental, na decisão judicial. Para tanto, ao invés de pensarmos a criatividade como atitude e opção do intérprete judicial, buscaremos situá-la como antecedendo e condicionado a sua decisão.

Nossa estratégia de leitura consistiu em operar uma interpretação seletiva da filosofia de Bergson, considerando de maneira significativa as discussões e apropriações realizadas pela literatura secundária que aproxima o autor ao universo de referências do direito. Focamos nossa atenção nos conceitos de evolução e percepção para fins de interrogarmos o sentido da decisão judicial no tocante à resolução dos casos jurídicos específicos. Para tanto, empregamos um conjunto de perguntas que fornecem o devido embasamento à nossa investigação: de que maneira podemos pensar uma decisão judicial que seja criativa sem ser distorcida? Em que medida é viável pensarmos uma concepção de criatividade não circunscrita à produção normativa? Utilizaremos essas duas perguntas como orientação de leitura para a fundamentação da tese interpretativa sustentada por este trabalho.

2 NECESSIDADES SOCIAIS E TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS: PRAGMATISMO E DECISÃO JUDICIAL

O pragmatismo permanece sendo uma das principais correntes filosóficas dos Estados Unidos, e sem dúvida a que lhe é mais peculiar. Os três autores clássicos do pragmatismo – Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey – permanecem sendo, cada um à sua maneira e em áreas distintas, referências centrais. Consideradas as abrangências e interesses diversos desses autores, as obras que construíram abrangem os mais diversos assuntos e objetos de indagação filosóficas. Questões específicas do universo jurídico permaneceram largamente ignoradas, com exceção de alguns – e relevantes – textos escritos por Dewey, a exemplo de *My Philosophy of Law* e *Logical Method and Law*.

A partir do contínuo desenvolvimento dos estudos em torno do pragmatismo filosófico, uma literatura secundária mais específica passou a transpor os conceitos e as premissas teóricas desse movimento para o campo jurídico, com o intuito de propor novas maneiras de se abordar problemas jurídicos, mas também desenvolver um engajamento crítico com as outras perspectivas que tomam a prática e o pensamento do direito como seu objeto.

Edwin W. Patterson, em seu artigo *John Dewey and Law*, por exemplo, destaca a maneira como Dewey transpôs a sua lógica instrumental para o campo jurídico ao mesmo tempo em que chamou atenção para as consequências específicas produzidas pelas resoluções dos problemas jurídicos em detrimento da criação incessante de categorias abstratas e gerais². Ressalta, portanto, a importância dos elementos técnicos que compõem um dado problema jurídico, mas também a inserção – e a relevância – do problema para o contexto social no qual ele se encontra inserido. Problemas nos levam a criar soluções que, de algum modo, alteram as nossas práticas e/ou a percepção que temos sobre elas; do contrário, o problema em si não existe uma vez que a sua solução não produz qualquer consequência.

2 Cf. PATTERSON, Edwin W. *John Dewey and the Law: Theories of Legal Reasoning and Valuation*. American Bar Association Journal, vol. 36, no. 8, 1950, p. 619.

É característico das teorias tradicionais do direito buscarem ancorar os seus pressupostos em alguma forma de fundamentação metafísica, além da preocupação em desenvolver descrições gerais e categorias abstratas. O contexto sociocultural específico, particular, é desconsiderado em prol de representações que tragam consigo os elementos supostamente invariantes das mais diversas práticas jurídicas.

Posições formalistas podem, inclusive, atribuir à produção de novas normas jurídicas às normas que dispõem sobre as competências funcionais dos órgãos e que já integram o ordenamento jurídico³. Neste panorama teórico, a criatividade implicaria na produção normativa interna ao sistema, sem se deixar afetar por qualquer interferência dos diversos casos particulares que exigem um posicionamento jurídico. A produção normativa não se deixa ser afetada pelos elementos específicos que integram os problemas dos casos mencionados.

Uma teoria com essas pretensões privilegia a estrutura normativa formal que reveste um certo modelo de sistema jurídico historicamente situado, a exemplo do direito europeu moderno. A preocupação com os aspectos formais tanto da norma jurídica – como se pode observar em várias teorias da norma jurídica – quanto do ordenamento jurídico, leva a uma desconsideração da experiência e de todo o contexto sociocultural que envolve o sistema.

Trazer para o primeiro plano de análise teórica o conceito de experiência conduz a tentativa de se abandonar as pretensões gerais e abstratas da teoria, especialmente a sua procura em isolar as características e os elementos que compõem um sistema, para considerar o direito a partir de sua concretude e da maneira como a sua reprodução se encontra associada às necessidades sociais, sempre específicas de um determinado contexto cultural e histórico. Neste ponto temos uma indagação: como desenvolver uma abordagem teórica do direito considerando ao mesmo tempo a especificidade de sua produção normativa e a experiência sociocultural que o envolve?

³ Cf. LEITER, Brian. Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue? *Legal Theory*, v. 16, 2010, p. 112 e ss.

Em seu estudo sobre Oliver Wendell Holmes Jr, Frederic Kellogg pontua a preocupação de Holmes no que se refere à relação entre a produção das decisões judiciais operadas pelas cortes e a maneira como o contexto social recepcionaria essa decisão. O tempo (*timing*) é decisivo: a intervenção jurídica no social traz consigo também uma assimilação social do que juridicamente fora decidido. A construção do direito se desenvolve a partir – e não além – do repertório de problemas que configuram as relações sociais em um dado momento. Kellogg caracteriza a preocupação de Holmes da seguinte forma:

Holmes está sozinho enquanto teórico do direito bastante preocupado com este ponto – na noção de prontidão ou não de um contexto social em que as regras jurídicas e constitucionais são criadas. Mas considere: o que dizer da intervenção das Cortes no tocante à segregação em escolas públicas, no tocante às prerrogativas processuais do acusado e também no uso de coerção policial no tocante à extração de confissões, nas diversas leis estaduais contrárias ao aborto, nas ações afirmativas referentes à discriminação no mercado de emprego, na constitucionalidade das leis que proíbem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, na parte de morte aplicada aos delinquentes juvenis?⁴

Essa preocupação com a prontidão dos contextos sociais nos remete a uma ideia de construção do direito, e em particular da norma jurídica, em firme sintonia com necessidades sociais inscritas em circunstâncias históricas particulares. A criação do direito passa a ser deslocada de um eixo interno, como um conjunto de normas que atribuem competências para a criação e aplicação das normas do ordenamento jurídico, para um eixo externo, as necessidades sociais vigentes.

Nesse panorama teórico, a criatividade não é uma característica que pode ser contido ou eliminado: o ritmo das transformações sociais significativas é intenso o suficiente para fazer com que várias das categorias jurídicas disponíveis mostrem-se incapazes de descrever pontualmente os problemas que

⁴ KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 1.

emergem a partir dessas transformações. Como pensar, por exemplo, medidas contra a discriminação no mercado de trabalho quando este é regido por imperativos que não sequer contemplam a existência de formas de segregação que *a priori* condenam segmentos sociais a subempregos ou estabelecem remunerações distintas para a realização do mesmo trabalho?

A contraposição entre lógica e experiência estabelecida por Holmes no tocante à dinâmica de criação do direito – a vida do direito, como ele escreveu – contempla bem nossas indagações em torno da criatividade na aplicação do direito. Um sistema lógico-dedutivo extrai tende a extrair os seus elementos dos seus axiomas. A experiência, no entanto, confronta o que está sedimentado: crenças, convicções, posturas são redefinidas – ou excluídas – em meio às sucessivas transformações pelas quais passa a sociedade. Recapitulemos a famosa passagem da obra *Common Law* que expressa de maneira clássica a ideia central que estamos discutindo:

A vida do direito não tem sido a lógica: tem sido a experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas prevalecentes, as intuições das políticas públicas, assumidas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os magistrados compartilham com os seus conterrâneos, mostraram-se muito mais influentes do que os silogismos na determinação das regras que devem governar o comportamento dos homens. O direito encarna a história do desenvolvimento de uma nação através de vários séculos, e por isso não pode ser abordado como se contivesse apenas axiomas e corolários de um livro de matemática⁵.

Uma vez que os problemas que emergem a partir das novas circunstâncias trazem consigo questões que não poderiam ter sido contempladas pelas normas jurídicas já estabelecidas, segue-se que a manutenção da relevância e pertinência social dessas normas consiste na maneira como elas podem ser deslocadas para novos contextos para com isso compor a solução de problemas os quais ela, de início, não teria como

⁵ HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991, p. 1 e ss.

contemplar. Em síntese, a norma jurídica precisa ser transposta para um contexto sociocultural distinto daquele em que ela fora formada.

Como John Dewey, em sua obra *Experience and Nature*, a consideração da experiência envolve uma meditação sobre a mudança e o devir interno da sociedade⁶. O abandono completo das instituições sociais e políticas porque elas não acompanham o espírito dos tempos levaria, tanto para Dewey quanto para Holmes, ao caos. Por outro lado, a manutenção dessas instituições em detrimento das mudanças sociais leva à irrelevância das mesmas.

É preciso constantemente reconstruir as instituições tendo como base as necessidades e os problemas sociais vigentes. Isso faz com que o pragmatista esteja necessariamente comprometido com a crítica e a investigação dos valores, hábitos e ideias vigentes: é preciso determinar quais as implicações que as mudanças trouxeram para as velhas ideias e de que maneira realizar as reformas devidas para que aquelas ideias permanecem relevantes. Em sua obra *Legal Pragmatism*, Michael Sullivan retrata a atitude e o caráter experimental que permeia o pragmatismo:

Muito embora o pragmatista não necessite estar comprometido com fins radicais, ele deve estar comprometido com algum tipo radical de criticismo e experimentação. Isso não significa que o pragmatista precise rejeitar o status quo; mas significa que o pragmatista precisa tomar cuidado ao aceitar fins e objetivos acriticamente. Longe do mundano e do banal, o pragmatista precisa se esforçar em escapar dos antolhos das convenções, costumes e hábitos existentes; ele precisa buscar questionar as crenças e as “verdades” aceitas⁷.

⁶ Cf. DEWEY, John. *Experience and Nature*. New York: Dover Publications, 2000, p. 40 e ss.

⁷ SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism: Community, Rights, and Democracy*. Bloomington: Indiana University Press, 2007, p. 57.

É típico do pragmatismo ressaltar o caráter falível, empírico e aberto de qualquer investigação que busque o conhecimento⁸. Cada assertiva teórica abre espaço para potenciais críticas e reformulações perante uma comunidade de pesquisadores. Essa atitude não-dogmática e aberta ao novo e a reformulação das crenças estabelecidas permanece uma constante na filosofia pragmática e guarda proximidade com o pensamento de Bergson a ser abordado na próxima seção.

Semelhante questão pode ser vislumbrada na aplicabilidade das normas jurídicas. Considerando que existe sempre um distanciamento temporal entre o contexto de produção das normas e instante de sua aplicação, a reconsideração do seu sentido em outros contextos demanda uma sensibilidade social arguta para captar, no âmbito das necessidades sociais, quais são os termos que, de fato, compõem os problemas que demandam as soluções fornecidas pelo direito. Experiência, portanto, é um conceito mais abrangente e cuja extensão permite contemplar tanto a dimensão técnicas que envolve o manejo das normas, a composição de argumentos jurídicos, o reconhecimento dos precedentes, quanto uma sensibilidade que contemple também as consequências e implicações produzidas pela decisão judicial no contexto social a que ela se dirige.

Semelhante perspectiva faz com que o pragmatismo jurídico esboçado por Holmes venha a se contrapor diretamente com as premissas teóricas presentes nas diversas concepções de positivismo jurídico. Uma preocupação constante do positivismo consiste na demarcação das fronteiras do direito e no esclarecimento dos elementos que o constituem enquanto um campo teórico e institucional autônomo e independente⁹.

Se a vida do direito é a experiência, o conceito 'direito', pontua Dewey, não deve ser empregado como um termo singular geral, antes como processo social que contempla várias atividades distintas em constante interação entre si mesmas. Por isso Kellogg compreende o *Common Law* como um sistema

⁸ Cf. BERNSTEIN, Richard J. The Resurgence of Pragmatism. **Social Research**, v. 59, n. 4, 1992, p. 814.

⁹ Cf. BIX, Brian H. Legal Positivism. GOLDING, Martin P; EDMUNDSON, William A. **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, 2005, p. 31 e ss.

endógeno: o direito emerge da sociedade e se desenvolve em firme sintonia com a mesma. Não seria viável determinar as fronteiras e os seus elementos constitutivos dissociados dos demais processos sociais que o envolvem. O positivismo jurídico, em contrapartida, sustentaria um modelo exógeno: direito toma a sociedade como objeto de intervenção das suas normas, ou seja, são domínios distintos.

Semelhantes perspectivas afetam o enquadramento de problemas jurídicos sejam eles de natureza teórica ou prática. A problemática da indeterminação do direito, por exemplo, assume sentidos diversos a depender do panorama teórico em que ela é situada¹⁰. Seja por conta das suas pretensões teóricas, seja pela forte influência da filosofia analítica na maneira com que aborda os problemas teóricos, a indeterminação do direito, para o positivismo jurídico de um modo geral, remete à superfície textual da norma: a sua fonte reside na estrutura sintático-semântica da norma jurídica (a relativa indeterminação mencionada por Kelsen) ou nas disputas entre os atores jurídicos acerca do encaixe (*fit*) entre os conceitos que compõem um determinado caso e a situação fática descrita (a distinção entre casos fáceis e difíceis proposta por Hart). Conceitos de maior abrangência semântica apresentam também maiores possibilidades de disputa e controvérsia.

No modelo exógeno, a indeterminação é concebida como um problema que distorce as fronteiras entre o direito e outras formas de atividade, como a política. Uma vez que o direito intervém sobre algo que lhe é distinto, essa intervenção pode tanto ser bem-sucedida ao propor uma solução estritamente jurídica para o impasse suscitado pelo caso, ou fracassar ao não se encaixar às necessidades trazidas pelo caso.

O decisivo para a abordagem positivista permanece: apenas o direito pode proporcionar uma solução satisfatória para o caso. Sendo assim, a criatividade é remetida à manipulação e à seleção do repertório das normas capazes de propor saídas as questões trazidas pelo caso concreto.

¹⁰ Cf. LEITER, Brian. American Legal Realism. In: GOLDING, Martin P; EDMUNDSON, William A. **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, 2005, p. 51 e ss.

Uma vez que toda essa questão é pensada em termos textuais, na hipótese em que tenhamos um encaixe incontroverso entre norma – ou regra – e o caso, tem-se como consequência uma solução determinada pelo direito. Contudo quando esse encaixe não é possível – como na hipótese dos casos difíceis – a indeterminação aparece, tornando difícil distinguir uma solução informada pelas normas jurídicas de uma outra que é motivada pelos imperativos políticos.

Considerando que a decisão judicial não pode ser explicada inteiramente a partir das normas utilizadas como fundamento, seja em virtude de sua abrangência semântica, seja por conta das especificidades do caso concreto. Neste caso, é como se aquele que decide estivesse atuando para além dos marcos previamente fixados pelas normas as quais ele estabelece como justificativa para a sua decisão. O modelo endógeno, por sua vez, propõe uma abordagem alternativa como nos esclarece Kellogg:

Para o modelo endógeno ou enraizado, aquele do Common Law, a indeterminação jurídica possui um sentido distinto, apontando para os diversos graus de incerteza e dificuldade. A expressão ‘indeterminação do direito’ pode, claro, ser compreendida como apresentando um alto grau de dificuldade, mas este não é o sentido que adquire sob o positivismo jurídico. A principal questão referente à teoria do direito positivista, apropriando para si a técnica e o estilo da filosofia analítica, consiste na definição e na fixação das fronteiras do conceito de direito¹¹.

Considerando a diferença entre a indeterminação sob a perspectiva do positivismo e aquela esboçada pelo *Common Law*, nós podemos dizer que esta última é carregada de considerações que extrapolam uma apreensão do fenômeno jurídico estritamente conduzida pela linguística, diferindo dos positivistas¹². Uma vez que o modelo endógeno compreende o direito como uma rede de áreas e de atividades distintas que se conectam entre si ao invés de uma

¹¹ KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 27.

¹² Cf. POLAT, Necati. The Real and The Formal: Legal Realism Revisited. **Social & Legal Studies**, v. 8, n. 1, 1999, p. 56 e ss.

totalidade determinada, a indeterminação será concebida de forma muito mais abrangente e dissociada do aspecto linguístico a que lhe é normalmente atribuído.

Um aspecto central na concepção pragmática da decisão judicial é situá-la como anterior aos princípios e a prática justificatória que lhe forneceria o devido embasamento legal. Isso significa que não existe um itinerário claro e pré-determinado entre a textualidade da norma e as razões elencadas em sua sustentação. Apenas quando uma série de decisões foram tomadas em torno de uma determinada matéria, é que se pode falar na construção doutrinária – princípios, estruturas argumentativas, conceitos – referentes a uma dada matéria e que deverá servir de base para a apreciação de casos semelhantes.

É através dessa agregação de casos distintos, mas que guardam entre si pontos de aproximação, que as regras gerais vão surgir. Ao contrário de uma fixação *a priori* e formal em torno das formas de resolução dos casos, estas passam a ser construídas *a posteriori* e a partir das implicações particulares de incidentes específicos.

Para as pretensões deste trabalho, trata-se do aspecto teórico mais relevante do pragmatismo jurídico de Holmes e por isso vamos reiterá-lo: a construção das normas e dos princípios se dá *a posteriori*, decorrente da trajetória institucional que um determinado caso – ou grupo de problemas – percorre. A formação da doutrina uma articulação constante entre a estrutura lógica que dispõe sobre as regras, categorias e princípios de uma área específica do direito e a experiência sociocultural em que os problemas associados a esse campo adquirem existência e desenvolvimento.

Em sua leitura particular do método pragmático, mais alinhada ao trabalho de Quine e Davidson, Jules Coleman observa que uma explicação filosófica de uma prática, no âmbito do pragmatismo, significa trazer à tona os conceitos que já se encontram enraizados nela¹³. Certamente trata-se de uma abordagem bem distinta daquela que associamos a Holmes, mas que pode nos ser útil se

¹³ Cf. COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle**: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory. London: Oxford, 2003, p. 6 e ss.

associarmos a ideia de explicação a uma analítica dos conceitos que teoricamente organizam as práticas que compõem um dado campo. Neste caso, a explicação de um conceito de um conceito jurídico atende a necessidades específicas desse campo que precisariam ser desdobradas pelo teórico.

Em certo sentido, como aponta Holmes, a decisão judicial é sempre criativa uma vez que os desejos e as inclinações do tempo, que constituiriam a fundamentação social mais ampla para a decisão, estão em contínua modificação. Diferentemente da atemporalidade da lógica, a decisão judicial se enraíza no desdobramento temporal dos eventos que marcam a comunidade cujo sistema jurídico se insere. Semelhante inserção faz com que os atores jurídicos se encontrem absorvidos por elementos valorativos que moldam suas respectivas visões de mundo e a maneira como abordagem as problemáticas trazidas pelos diversos casos. Holmes fala nas ponderações raramente mencionadas pelos juízes como as “raízes secretas” que relaciona o direito com a vida:

Chegamos a esta imagem apenas indiretamente, através da reconstrução do seu poder animador secreto. O que as cortes declaram como sempre tendo sido o direito é, de fato, novidade. Em seu fundamento se trata mesmo de legislação. As ponderações que os juízes raramente mencionam, e sempre o fazem com uma desculpa, constituem as raízes secretas em que o direito retira todo o suco da vida. Eu quero dizer, claro, as considerações em torno do que é oportuno para a comunidade endereçada¹⁴.

Diferente do modelo exógeno, onde os casos particulares são resolvidos ao serem subsumidos a normas pré-existentes que, inclusive, também são fundamentais no enquadramento desses casos como problemas jurídicos, o modelo endógeno inverte e redefine a ideia de subsunção. A articulação entre os elementos jurídicos e os aspectos factuais do caso exigem do juiz uma apreensão criatividade, plástica e flexível não apenas em torno do repertório das

¹⁴ HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991, p. 35.

soluções jurídicas aceitáveis para o caso, como também as repercussões que cada uma dessas soluções irá produzir no espaço social¹⁵.

Esboçaremos agora uma concepção de decisão judicial que nos permita destrinchar a construção *a posteriori* dos elementos jurídicos, a exemplo das normas, das categorias e dos princípios que integram uma determinada área, através de uma redefinição da ideia de subsunção com o intuito de situar a noção mais ampla de criatividade como inerente à decisão judicial.

3 REPENSANDO A DECISÃO JUDICIAL ATRAVÉS DA FILOSOFIA DE HENRI BERGSON: EVOLUÇÃO, PERCEPÇÃO E IMAGEM

Uma das pressuposições que existem na estrutura formal da subsunção, tal como presente na teoria do direito, consiste em se deter a uma visão de futuro como horizonte previsível e calculável¹⁶. Isso ocorre uma vez que a existência e a resolução dos casos dependem exclusivamente de normas que já se encontram dispostas e cujo sentido não se modifica com o surgimento desses casos.

A criatividade no direito, nesta conjuntura, aparecerá como derivativa e secundária: derivativa porque existe apenas em termos de desdobramento do conjunto de normas e categorias que compõem as fontes de um sistema jurídico específico; secundário porque, sendo uma característica acidental, pode muito bem ser corrigida pela vontade do intérprete. Em uma acepção mais restrita, a criatividade no direito adquire uma conotação estritamente legislativa.

Consideremos agora como a concepção de jurisprudência ressaltada por Holmes pode ser aprofundada e repensada à luz de certas considerações extraídas da filosofia de Henri Bergson, cuja proximidade com o pragmatismo

¹⁵ Cf. LEITER, Brian. Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue? **Legal Theory**, v. 16, 2010, p. 112 e ss.

¹⁶ Cf. KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 27 e ss.

também não deve ser negligenciada. O que nos interessa é articular, antes de mais nada, uma concepção de tempo que evite remeter sempre o futuro ao passado, tal como vimos proceder uma aceção tradicional de subsunção.

A criatividade, para Bergson, não pode existir em um cenário onde todos os elementos de um organismo já foram dados e todo o resto que passa a existir decorre exclusivamente das relações traçadas entre si. O problema é que semelhante perspectiva não é capaz de abranger o devir interno que se inscreve em cada ente, ou seja, uma diferenciação que rompe a identidade que ele, o ente, pode vir a ter consigo mesmo. Seguindo Bergson, chamaremos essa diferenciação de interna para contrapor à diferenciação externa que ocorre entre entes distintos¹⁷. A diferenciação interna representa a união entre o sujeito e o seu vir-a-ser em um plano ontológico. Conforme Alexandre Lefebvre:

Um ente não é nem um sujeito estável e indiferente, nem é modificado através de múltiplos estados; ele nada mais é do que a sua *contínua modificação* no tempo... Entes são, e expressam, nada mais do que a diferença (duração). Este é o sentido do famoso conceito de Bergson, duração: o tempo *enquanto* diferença interna, *enquanto* vir-a-ser¹⁸.

Essa diferença interna é exemplificada pela evolução. Mas qual o sentido da evolução para a filosofia de Bergson? Trata-se do desdobrar da própria vida no tempo. Onde existe vida, existe uma abertura pela qual a temporalidade se encontra inserida e a criatividade do novo pode emergir¹⁹. O que interessa a Bergson na evolução não é propriamente a definição de um processo, mas como os organismos expressam direções e linhas de movimento, ou seja, como se modificam através do conjunto de interações que estabelecem nas circunstâncias variadas as quais se insere. Organismos, portanto, expressam

¹⁷ BERGSON, Henri. **Creative Evolution**. New York: Dover, 1998, p. 1 e ss.

¹⁸ LEFEBVRE, Alexandre. **The Image of Law**: Deleuze, Bergson, Spinoza. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 94.

¹⁹ Cf. BERGSON, Henri. **Creative Evolution**. New York: Dover, 1998, p. 19

tendências da vida sobre o tempo, assim como as diversas alterações as quais eles se encontram submetidos²⁰.

Caso não houvesse a diferença interna, as transformações pelas quais passam os organismos seriam acidentais e dependentes de intervenções causais extrínsecas. Entretanto uma vez considerada a diferenciação interna, o que temos é simultaneamente uma abordagem que contempla tanto a modificação estabelecida entre organismos, como também o devir interno do organismo. A diferenciação ocorre através da dissociação e da divisão dos organismos através do encontro com o problema.

Problema é uma categoria central para que possamos situar o processo de diferenciação inerente à evolução. É através da categoria do problema que as duas linhas que marcam o processo evolucionário se destacam: o instinto e a inteligência. Ambas as palavras possuem sentidos bem específicos na filosofia de Bergson: faculdade de usar instrumentos inatos organizados para fins determinados e invariáveis; a inteligência, por sua vez, é a faculdade de fazer e usar instrumentos não-organizados para a realização de fins indeterminados²¹.

Diante de um determinado problema, portanto, a vida propõe duas soluções que representam linhas distintas de um mesmo processo evolucionário. De maneira pragmática, a caracterização do vivente, para Bergson, é a de um ser que resolve problemas a cada momento de sua existência. Cada linha da vida encontra-se situada a uma situação problemática sobre a qual um corpo ou forma deverá ser inventada enquanto solução proposta. Lefebvre comenta:

E se a vida procede de maneira a posicionar problemas singulares com soluções singulares, é fácil perceber o porquê de a evolução ser divergente. Cada problema (p. ex, como usa instrumentos, como se adaptar à luz) consiste em uma situação original com o seu próprio index temporal e “estabelece algo de sua originalidade particular”; como tal, a vida procede através de uma dissociação contínua conforme as demandas dos problemas e de suas soluções correspondentes. A vida é

²⁰ Cf. BERGSON, Henri. **Creative Evolution**. New York: Dover, 1998, p. 12 e ss.

²¹ Cf. BERGSON, Henri. **Creative Evolution**. New York: Dover, 1998, p. 140 e ss.

composta de tendências que se diferenciam no tempo frente aos problemas encontrados²².

Vimos que Holmes vai associar o desdobramento do direito no tempo – a vida do direito, conforme a sua célebre citação – à experiência ao invés da lógica. A experiência é marcada por uma abertura às múltiplas circunstâncias problemáticas pelas quais um organismo, em sua existência, necessita lidar para que possa permanecer vivo: podemos dizer que a continuidade de um organismo vivo depende das múltiplas formas que ele desenvolve para lidar com as situações problemáticas as quais ele mesmo se encontra submetido.

Aplicando essa linha de argumentação à constituição de um corpo de saberes dogmáticos, podemos sustentar que o seu desenvolvimento conceitual existe em função dos problemas situados nesse campo que impulsionam, por sua vez, a criação de categorias através da divisão e da desagregação. Sendo assim, por exemplo, a categoria de verdade, no contexto da dogmática processual, passa a ser dividida entre a verdade material e a verdade formal: a divisão responde à dupla dimensão que existe no âmbito processual, a saber, a de uma realidade normativa-formal e de uma outra, empírico-material, que embora necessitem estar articuladas, são também distintas.

Como todo problema é necessariamente contextual e dependente de um arranjo institucional específica, as soluções para os problemas são também relativas e temporárias. Benjamin Nathan Cardozo, em sua obra *The Nature of Judicial Process*, já havia chamado atenção para esse detalhe em particular²³. Entretanto, como um problema é extraído e pensado através de uma circunstância particular? Em outras palavras: de que maneira as inúmeras propriedades de um caso são selecionadas, determinadas e enquadradas como um problema? Para isso, precisamos entender a relação entre imagem e percepção na filosofia bergsoniana.

²² LEFEBVRE, Alexandre. **The Image of Law**: Deleuze, Bergson, Spinoza. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 96.

²³ CARDOZO, Benjamin Nathan. **The Nature of the Judicial Process**. New York: Fallon, 1947, p. 149 e ss.

Imagem, para Bergson, consiste na identidade entre movimento e matéria. Todas as imagens existem enquanto variação contínua, sendo reciprocamente afetadas. Uma imagem tende a afetar uma outra, desenvolvendo uma reação contrária e oposta ao que lhe fora infligido. Cada imagem funciona como condutor contínuo do movimento que perpassa toda a totalidade do universo²⁴.

Um ponto central para a linha de argumentação que pretendemos desenvolver neste artigo consiste em ressaltar que o próprio sujeito é apenas mais uma imagem, que recebe e executa um dado movimento. Ele não se encontra em uma realidade superior, nem mesmo lhe é permitido reorganizar essas imagens conforme a sua disposição. Então, o universo das imagens bergsonianas é um campo transcendental carente de sujeito: o cérebro e as representações construídas por ele estão no mesmo patamar do resto das imagens.

Entretanto, cada imagem intervém umas com as outras através de centros de ação, sendo o corpo e o cérebro dois deles. Ambos vivem, percebem e agem sobre o seu entorno. Enquanto imagens inanimadas reproduzem tão somente o movimento e a ação, as imagens animadas, especialmente aquelas dotadas de sistema nervoso, são responsáveis por selecionar, enquadrar e organizar. Há uma diferença sutil, porém relevante: o corpo e o cérebro não reproduzem apenas os estímulos a que são submetidos, eles também os processam seletivamente, e por isso respondem aos estímulos com um certo atraso²⁵.

As escolhas das ações observem um critério que poderemos chamar de pragmático: o critério reside no grau de vantagem ou desvantagem que se pode extrair de uma ação em particular tendo como base a sua sobrevivência. A consciência, então, reflete apenas o atraso que existe frente ao estímulo que se abre a partir de uma imagem determinada.

²⁴ Cf. BERGSON, Henri. **Matter and Memory**. New York: Zone Books, 1988, p. 36; MOORE, F. C. T. **Bergson: Thinking Backwards**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 23 e ss.

²⁵ Cf. MOORE, F. C. T. **Bergson: Thinking Backwards**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 23 e ss.

As imagens seguem uma ordem topológica ao invés de uma aparência ocultadora. Isso significa que a imagem se apresenta como completa, mas não é assim que nós a percebemos. Para que possamos agir sobre ela, a percepção opera a determinação e o isolamento das características que despertam um potencial interesse para a ação. A percepção, portanto, nada mais é do que a imagem refletida por uma imagem viva²⁶. Ora, uma vez que essa imagem é refletida em termos de possibilidade para a ação, então podemos afirmar que perceber é situar essa possibilidade de ação através de uma imagem refletida para fins de nossa utilização.

O sistema nervoso existe como instrumento de análise em termos dos movimentos recebidos e em termos de seleção para os movimentos a ser implementados. A imagem percebida é sempre menor e mais limitada do que a própria a imagem: a percepção por subtração e enquadramento²⁷.

É importante ressaltar que a diferença entre a imagem percebida e a imagem em si não é de ordem qualitativa, no sentido da primeira ser inferior e uma distorção da segunda, e sim de ordem quantitativa: a imagem percebida e a imagem em si compõem uma única entidade que é indissociável. Por essa razão podemos dizer também que, uma vez que o objeto percebido é sempre menos do que o objeto em si, este sempre excederá a representação formada através daquela percepção, que é sempre seletiva e orientada para a ação.

Realizada essa digressão que nos fornece um conjunto de noções teóricas, podemos agora pensar a composição de um caso judicial e dos problemas que ele traz consigo. Mais atrás introduzimos a distinção entre a circunstância particular e o caso judicial: o primeiro representaria um estado de casos que em si ainda carece de uma formatação jurídica. Mas de que maneira ocorre essa formatação que vai converter a circunstância em caso?

A etapa inicial e indispensável para a composição de um caso judicial consiste em extrair pontos relevantes da circunstância particular, articulando-os

²⁶ Cf. LEFEBVRE, Alexandre. **The Image of Law**: Deleuze, Bergson, Spinoza. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 121.

²⁷ Cf. MOORE, F. C. T. **Bergson**: Thinking Backwards. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 27.

em teses e argumentos com respaldo nas fontes do direito, como a legislação, a jurisprudência e a doutrina. Existe um detalhe importante: os pontos selecionados não apenas vão constituir um conjunto consideravelmente menor do que a totalidade dos pontos presentes na circunstância particular, como também estabelecem as principais linhas de discussão referentes ao caso e aos seus problemas.

Toda circunstância particular traz consigo uma infinidade de pontos cuja relevância para a determinação de uma demanda presente em um conflito de interesses carece do mesmo peso. O caso precisa ser extraído da circunstância judicial, de maneira que somente os pontos considerados cruciais passem a integrar a estrutura dos argumentos e teses jurídicas processados por uma estrutura jurídica particular e institucionalizada.

A percepção é a maneira pela qual um ator judicial construirá a representação de um caso judicial através da subtração dos elementos que caracterizam uma circunstância particular. Subtrair, neste sentido, consiste em retirar, colocar de lado, todos os elementos secundários, acidentais e que, de maneira geral, não concorrem para a formatação da problemática jurídica a ser abordada.

Um ponto a ser destacado é de que a subtração e o enquadramento dos casos permanecem uma constante nas várias instâncias de apreciação das decisões: certos aspectos podem se sobressair na primeira instância enquanto na segunda eles se tornam secundários frente a outros que passam a adquirir uma urgência maior. Casos compõem um campo transcendental sem sujeito, ou seja, carente de uma perspectiva especial, em que juízes, cortes e advogados constroem continuamente categorias e argumentos através da composição de problemas.

Ao invés de sujeitos autônomos que constroem os casos tendo como base as suas preferências, nesta perspectiva operam como imagens vivas que não apenas existem em função dos casos, como os representa da maneira concebida como mais apropriada para propósitos específicos. Lefebvre escreve:

O universo das imagens dos casos se constitui em um campo transcendental sem sujeito, uma vez que as cortes e os advogados e os juízes pressupõem esses eventos e se estabelecem apenas a partir desse universo enquanto imagens vivas que refletem uma reflexão empobrecida, porém prática. E para desenvolvermos este ponto, o caso em si mesmo sempre excede a percepção natural e pragmática²⁸.

Ora, muito embora exista um intervalo de resposta que envolve a maneira como uma determinada imagem reage, esta reação, por sua vez, não reflete uma opção prontamente disponível para que seja exercida fora de qualquer zona de constrangimento. Vimos, pelo contrário, que o processo de subtração e enquadramento de elementos existe em função da utilidade e de um certo senso de apropriação no que se refere ao repertório de soluções institucionalizadas pelas cortes e tribunais.

Existe, porém, um outro detalhe referente no que se refere à ausência de voluntariedade no tocante às respostas a serem proporcionadas para um dado caso: aquele que decide se encontra inserido em um contexto social e institucional muito mais abrangente e que influencia diretamente no processo de subtração e enquadramento que transformará uma dada circunstância particular em um caso judicial propriamente dito. Neste sentido, é importante recapitularmos a relação entre direito e experiência tal como Holmes a entende: a experiência envolve não só uma dada organização do poder judiciário e das cortes superiores no momento em que um caso é concebido, como as diversas opiniões políticas que constroem as tensões ideológicas de uma época, as predileções partidárias, dentre outros aspectos.

Uma concepção estritamente voluntarista de decisão traz consigo o pressuposto de uma vontade capaz de se exercer de maneira irrestrita, sem se deixar impactar por toda a diversidade de elementos que caracterizam as práticas sociais e institucionais de uma dada época. Aproximando Holmes a

²⁸ LEFEBVRE, Alexandre. **The Image of Law**: Deleuze, Bergson, Spinoza. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 124.

Bergson, nós podemos dizer que a experiência do direito, compreendida em uma acepção mais ampla, integra a percepção que transformará uma circunstância particular na representação de um caso judicial. Sendo assim, a representação de um caso judicial deixa de ser concebida *a priori*, como um dado imediato reconhecido pelo juiz e cuja resposta já se encontra diretamente disponível na estrutura normativa de um sistema jurídico, para ser pensado *a posteriori*, ou seja, sendo construído em meio às múltiplas influências de fatores que, não sendo propriamente jurídicos, já não podem ser completamente dissociados da abordagem que se faz do jurídico.

O direito não escolhe os problemas com os quais precisa fornecer respostas, tal como organismos vivos não escolhem as várias condições adversas que lhe desafiam a sobrevivência: ambos precisam lidar com as situações problemáticas através dos recursos que trazem consigo e de como estes podem ser modificados para que possam se manter vivos. Por isso a evolução nada mais é do que o desdobramento da vida no tempo: a manutenção de um organismo está intrinsecamente associada à sua diferenciação no tempo, ou seja, às múltiplas modificações pelas quais ele passa na busca pelas soluções dos problemas com os quais ele se defronta. Um organismo não escolhe simplesmente uma solução dentre tantas outras: ele desenvolve a solução tendo como base as necessidades que o problema estabelece.

Em nossa leitura, quando Holmes conecta decisão judicial e necessidades sociais, o referencial das decisões passa a ser as consequências e implicações que elas vão produzir no espaço social. A criatividade da decisão ainda mantém um espaço de seletividade, mas agora a mesma é deslocada para fora da estrutura normativa que organiza o sistema jurídico. Como um organismo que precisa constantemente se reconstruir em função das situações problemáticas com as quais se depara, o direito, enquanto instituição social, necessita redefinir internamente as suas categorias e demais elementos constitutivos tendo como base o impacto das suas soluções para o espaço social a qual elas se destinam.

Os movimentos políticos em prol dos direitos civis nas décadas de cinquenta e sessenta nos Estados Unidos, ao demandarem a igualdade racial e o conseqüente fim da política do “separados, mas iguais”, introduziram um

cenário que culminou na Lei dos Direitos Civis em 1964 e na redefinição de muitos temas até então correntes: a natureza da segregação, o sentido da igualdade, as implicações jurídicas das políticas raciais, dentre outros. Como nos lembra Kellogg, a segregação racial dificilmente seria compreendida como inconstitucional em 1896, época em que fora defendida pela Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson*²⁹. Após 1964 instituições, como as universidades, trataram de desenvolver programas com a finalidade de propor uma maior integração dos segmentos politicamente minoritários da sociedade, as chamadas ações afirmativas, que, por sua vez, reacendem a tema sobre uma outra perspectiva: a de discriminação racial invertida.

O itinerário histórico deste debate expressa como a representação de circunstâncias particulares em casos judiciais são continuamente redefinidos a partir dos acontecimentos sociais que os envolvem. Da mesma forma que a existência dessas circunstâncias não obedece uma decorrência lógica e necessária dos eventos existentes, também as soluções jurídicas precisam ser desenvolvidas a partir dos contextos particulares as quais elas aparecem.

A abertura proposta pelo pragmatismo jurídico concebe a elaboração de uma teoria retrospectivamente. Na medida em que uma circunstância particular é representada como caso judicial através da percepção do magistrado, ainda não está claro de que maneira o caso se enquadra no conjunto das decisões estabelecidas e quais os princípios que podem ser desenvolvidos a partir do caso.

A cada momento o futuro guarda um repertório específico de possibilidades, mas uma vez que uma delas se atualiza no presente, todas as outras possibilidades futuras sofrem transformação uma vez que o presente se tornou outro. Passado, presente e futuro se encontram em um devir contínuo e indissociável. Em seu estudo sobre a emergência criativa na obra de Bergson, David Kreps observa a relação entre as possibilidades futuras e a efetivação do presente:

²⁹ Cf. KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 2.

Na *durée réelle*, como nós vimos, essa mesma indeterminação existe, uma vez que o futuro ainda não é, já que as suas possibilidades podem ser restringidas, e quando ele chega, e uma dessas possibilidades é o presente, todas as outras possibilidades futuras são elas mesmas modificadas³⁰.

Trazendo essa reflexão para o contexto da decisão judicial, nós podemos dizer que uma decisão opera um duplo gesto temporal: ela constrange e abre um horizonte para outras possibilidades futuras ao mesmo tempo em que transforma a história institucional de um dado sistema ao passar a integrá-la. Uma implicação teórica disso é que só podemos mapear o desdobramento de um sistema jurídico, ou seja, não há como estabelecer um padrão rigoroso pelo qual o seu comportamento poderá ser previsto com precisão³¹. Eventos sempre podem ocorrer para deslocar o direcionamento previsto para os acontecimentos. A cada momento que novas possibilidades futuras são abertas, portanto, o passado, na forma da história institucional, é trazido ao presente e repensado à luz das necessidades vigentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta central do artigo consistiu em repensar a relação entre criatividade e decisão judicial à luz do pragmatismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr e da filosofia de Henri Bergson. O fio condutor, responsável por articular ambas as perspectivas, consistiu em tentar conceber uma noção de criatividade, no contexto da decisão judicial, que não seja acessória, nem voluntarista.

³⁰ KREPS, David. **Bergson, Complexity and Creative Emergence**. London: Macmillan, 2015, p. 216.

³¹ Cf. KREPS, David. **Bergson, Complexity and Creative Emergence**. London: Macmillan, 2015, p. 216 e ss.

Buscamos pontuar que, no horizonte da teoria do direito, a criatividade não precisa ser necessariamente concebida como uma distorção que remete à intromissão problemática de disposições voluntaristas do responsável por decidir sobre um caso, a exemplo do juiz. Para evitarmos reiterar esse posicionamento, apontamos como Holmes concebe a dinâmica de produção das decisões judiciais a partir de uma relação íntima com o contexto sociocultural mais abrangente que lhe serve sempre de pano de fundo.

Como apontara Kellogg, Holmes aborda o sistema jurídico de maneira que o mesmo se encontra entrelaçada – mas também enraizada – em práticas socioculturais das mais diversas naturezas, a exemplo da política, mas também religião, ciência, dentre outros. O que se produz e se transforma nessas áreas não pode ser simplesmente expurgado do direito uma vez que ele se faz presente desde o princípio na gênese de problemas significativos que integram esses campos. Com isso ressaltar que o contexto mais abrangente não compõe uma realidade separada das normas e que é objeto desta, antes que a divisão mesma não faz sentido: o direito é também uma prática social e cultural e que é tão dependente das outras quanto estas são dependentes dele.

Semelhante linha de argumentação é importante para mostrar que as decisões judiciais não podem ser compreendidas a partir de uma referência exclusiva à vontade e à subjetividade do intérprete como se ele sozinho determinasse quais são os elementos relevantes e de que maneira uma circunstância particular se converte em um caso judicial. Nós argumentamos, através de Holmes e de Bergson, que, uma vez que a construção de um caso judicial é sempre *a posteriori*, portanto, não podendo ser intuído por si só a partir das normas jurídicas já estabelecidas, a representação do caso judicial é articulada através da percepção de um intérprete profundamente enraizado nas práticas culturais e institucionais do seu tempo, contextos estes que ele não escolhe, mas que integram a sua percepção no momento da sua composição em torno de um estado de coisas.

Sustentamos que a criatividade judicial não se restringe à produção de normas jurídicas, sejam elas leis ou sentenças. Em um sentido ainda mais primordial, a criatividade judicial se mostra presente na articulação e na

construção de categorias distintas que, por sua vez, abrem espaço para novos modos de se pensar a prática jurídica. É neste ponto que tratamos de inserir a categoria de problema, oriunda da filosofia de Bergson, para fins de situar o caráter evolucionário da criação de novas categorias. A evolução é uma ideia persistente nas filosofias de Bergson e de Holmes, e em ambos os casos ela se encontra associada à ideia de resolução de problemas específicos.

Apontamos em Bergson o elo entre criatividade, evolução e problema, e buscamos organizar essa tríade conceitual para fins de evitarmos uma segunda perspectiva em torno da relação criatividade/decisão judicial: a de que a criatividade seria uma característica secundária e acidental. A tríade conceitual, por outro lado, situa a criatividade como elemento indispensável para a própria manutenção de um sistema – a sua evolução – através das várias circunstâncias as quais o sistema se encontra exposto.

Semelhante concepção se contrapõe a uma perspectiva estritamente formal da decisão judicial que a concebe em termos de subsunção de um fato particular a uma norma geral. Seguindo Kellogg, associamos essa característica a de um sistema exógeno: o direito e a realidade formal a qual ele toma como objeto são domínios estritamente separados e distintos. Apenas o repertório das normas jurídicas poderia fornecer justificar a decisão judicial.

Defendemos que uma vez situando o direito como um sistema endógeno, tal como Holmes o concebe, é adequado expandirmos o sentido de criatividade para algo mais do que produção normativa, articulando essa noção à própria evolução particular de um sistema jurídico cujo itinerário é permeado pela criação de novas categorias em função dos problemas com os quais o sistema se defronta. No sentido em que o estamos empregando, o termo criatividade passa a ser inerente à decisão judicial e à manutenção do sistema como um todo, bem como deixa de assumir uma conotação estritamente volitiva, como se dependesse tão somente do arbítrio de certos atores judiciais, para trazer consigo também os desafios e as necessidades de toda uma época e que, direta ou indiretamente, terminam moldando a percepção daqueles atores.

REFERÊNCIAS FINAIS

BERGSON, Henri. **Creative Evolution**. New York: Dover, 1998.

BERGSON, Henri. **Matter and Memory**. New York: Zone Books, 1988.

BERNSTEIN, Richard J. The Resurgence of Pragmatism. **Social Research**, v. 59, n. 4, 1992, pp. 813-840.

BIX, Brian H. Legal Positivism. GOLDING, Martin P; EDMUNDSON, William A. **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, 2005, pp. 29-49.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The Nature of the Judicial Process**. New York: Fallon, 1947.

COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory**. London: Oxford, 2003.

COLEMAN, Jules. Truth and Objectivity in Law. **Legal Theory**, v. 1, 1995, p. 33-68.

DEWEY, John. **Experience and Nature**. New York: Dover Publications, 2000.

DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. **Texas Law Review**, v. 60, 1982, pp. 527-550.

FITZPATRICK, Peter. Dominions: law, literature and the right to death. **Journal of Law and Society**, v. 31, n. 1, 2004, pp. 142-148.

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

KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

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

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

LEITER, Brian. American Legal Realism. In: GOLDING, Martin P; EDMUNDSON, William A. **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, 2005, pp. 50-66.

LEITER, Brian. Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue? **Legal Theory**, v. 16, 2010, pp. 111-133.

MOORE, F. C. T. **Bergson: Thinking Backwards**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

PATTERSON, Edwin W. John Dewey and the Law: Theories of Legal Reasoning and Valuation. **American Bar Association Journal**, vol. 36, no. 8, 1950, pp. 619–701.

POLAT, Necati. The Real and The Formal: Legal Realism Revisited. **Social & Legal Studies**, v. 8, n. 1, 1999, pp. 47-74.

SULLIVAN, Michael. **Legal Pragmatism: Community, Rights, and Democracy**. Bloomington: Indiana University Press, 2007.