



DIREITO E JUSTIÇA

Diálogos entre Filosofia e Direito

Organizadores

José Reinaldo de Lima Lopes

Gilberto Morbach

Martin Magnus Petiz

Alejandro Montiel Alvarez

Antônio de Castro Caeiro

Eduardo Wolf

Gerald J. Postema

Gilberto Morbach

José Reinaldo de Lima Lopes

Luis Fernando Barzotto

Marco Zingano

Martin Magnus Petiz

Matheus Della Monica

Matthew H. Kramer

Quentin Skinner

Copyright © 2026 by Autores

Editores Marcelo Toledo e Valéria Toledo

Projeto Gráfico KOPR Comunicação

Diagramação Maria Eduarda Xavier

Imagem de capa Alegoria da Justiça. Escultura de Martin van den Bogaert dit Desjardins (1637-1694). 1671. Musée du Louvre. Fonte: Wikimedia Commons.

Impresso no Brasil.

Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

Todos os direitos desta edição são reservados à Editora Madamu

Rua Campo Largo, 418, Mooca, São Paulo, SP

CEP 03186-010 - Tel.: (11) 2966 8497

www.madamu.com.br

E-mail: leitor@madamu.com.br

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
de acordo com o Código de Catalogação Anglo-Americano (AACR2)**

D598 Direito e justiça: diálogos entre filosofia e direito / organizadores: José Reinaldo de Lima Lopes, Gilberto Morbach, Martin Magnus Petiz. 1.ed. – São Paulo: Madamu, 2026.
412 p.; 23 cm.

Inclui referências bibliográficas
ISBN: 978-65-86224-95-5

1. Direito. 2. Filosofia. I. Lopes, José Reinaldo de Lima. II. Morbach, Gilberto. III. Petiz, Martin Magnus. IV. Título.

CDD 340.1

Elaborado por Simone Cadengue Ladislau – CRB-8/6350

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito
2. Filosofia

Sumário

Apresentação

José Reinaldo de Lima Lopes, Gilberto Morbach, Martin Magnus Petiz. . . 7

PARTE I

Razão prática e teoria da decisão	17
1. O direito como razão artificial I – <i>Gerald J. Postema</i>	19
2. O direito como razão artificial II: raciocínio comum, conflito e congruência – <i>Gerald J. Postema</i>	48
3. A prudência e a máquina: o rosto humano da interpretação jurídica na era dos algoritmos – <i>Alejandro Montiel Alvarez</i>	75

PARTE II

Direito natural e justiça	109
4. Justiça e igualdade na ética aristotélica – <i>Marco Zingano</i>	111
5. Amor-próprio (<i>pleonexia</i>) e o amor dos outros por si mesmo (<i>dikaiosynē</i>) – <i>Antônio de Castro Caeiro</i>	135
6. Nota sobre <i>eleutheria</i> na antiguidade – dois conceitos de liberdade? – <i>Eduardo Wolf</i>	173
7. O estado de direito e a gramática do bem comum – <i>Gilberto Morbach</i>	203
8. Dois fundamentos para o direito natural na razão prática: uma leitura crítica de “Modern moral philosophy”, de Elizabeth Anscombe – <i>Martin Magnus Petiz</i>	249

PARTE III

Teoria política e história do pensamento jurídico	301
9. Filosofia política e os usos da história – <i>Quentin Skinner</i>	303
10. Imparcialidade – <i>Matthew H. Kramer</i>	328

11. Justiça: igualdade como pertencimento – <i>José Reinaldo de Lima Lopes</i>	359
12. Sociedade fraterna – <i>Luis Fernando Barzotto</i>	377
13. A linguagem privada e a falácia intencional: Quentin Skinner e sua inspiração em Wittgenstein – <i>Matheus Della Monica</i>	393

Apresentação

*José Reinaldo de Lima Lopes*¹, *Gilberto Morbach*², *Martin Magnus Petiz*³

O núcleo *Diálogos Direito e Justiça* formou-se em 2023 para proporcionar uma discussão aberta em torno da filosofia do direito, cujo tema central sempre foi, e continua sendo, a justiça. De fato, na longa tradição de estudo do direito como disciplina intelectual a relação entre ambos, direito (como ordenamento, sistema ou prática social) e justiça (virtude e horizonte de sentido) foi largamente reconhecida. E como essa relação foi sempre tratada filosoficamente, foi também questionada, submetida a crítica, problematizada, porque é isso, afinal de contas, que faz a filosofia.

Levando em conta essa história e essa necessidade de criticar e problematizar continuamente essa relação, o núcleo tem por objetivo trazer para o diálogo contribuições vindas de mais de uma disciplina, o que resultou, no período de 2023-2024 na presença dos autores que aqui nos apresentam por escrito as reflexões elaboradas em nossos encontros.

-
1. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor e livre-docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (DFD-USP).
 2. Pesquisador de pós-doutorado na Faculdade de Direito da USP, com bolsa da FAPESP. Membro fundador do *Núcleo Direito & Justiça* e do *Rule of Law Forum*. Doutor em Direito, *summa cum laude*, pela Unisinos, com bolsa do CNPq, com estágio doutoral na Universidade de Cambridge, com bolsa da CAPES.
 3. Doutorando e Mestre *summa cum laude* em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Universidade de São Paulo (DFD-USP), com bolsa CAPES-PROEX. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

É certo que de uns tempos para cá, provavelmente do início do século XX em diante, a reflexão teórica sobre o direito sofreu o influxo do desejo de tornar-se ciência, como pretendiam haver-se tornado antigas disciplinas que se abrigaram por séculos sob a frondosa copa do direito, como foi o caso da política, da teoria social e da sociologia, da economia mesma. Cada uma delas desenvolveu certo objeto e travou suas próprias batalhas em torno dos respectivos métodos, ora se aproximando mais, ora menos, da formalização e da abstração. De algum modo, isso também ocorreu com o direito, cuja expressão mais formalizada e mais acabada dessa tendência apareceu no positivismo lógico e no que isso significou na obra de um autor como Hans Kelsen, e no positivismo empirista dos realismos e dos sociologismos. Ambas correntes imaginaram uma ciência descritiva do direito e com isso a pouco e pouco abandonaram o caráter prático que por séculos havia sido o apanágio do saber dos juristas.

Os convulsionados anos da segunda metade do século XX, testemunhas de muitas tentativas de reformar as estruturas sociais, e de, entre outros movimentos, pôr fim ao colonialismo, assistiram à crítica feroz dos ordenamentos vigentes e consolidaram uma divisão de tarefas no mundo do direito. Essa divisão de tarefas beneficiou inicialmente uma disciplina surgida na primeira metade do século, a teoria geral do direito, disciplina formal em que as estruturas e as relações entre os diversos componentes da prática jurídica eram submetidas a análise e, de maneira especial, em que se discutia a natureza do objeto mesmo (o direito) e de seu método. Ness sentido, a parte teórica dos estudos jurídicos em que a relação com a justiça seria o tema por excelência, viu-se colocada nas sombras. O estudo da justiça propriamente dita foi apropriado pelas correntes de filosofia moral mais ou menos hegemônicas, como o utilitarismo e o deontologismo.

A questão filosófica, sendo inescapável, voltou a entrar por frestas inicialmente insuspeitadas. Em primeiro lugar pela teoria da argumentação. Proposta como um tema da teoria geral do direito, ela veio a se transformar em algo diferente a partir sobretudo dos anos 1980 e 1990, quando o estudo da retórica distanciou-se progressivamente do ponto

de vista de uma oratória ou da lógica do singular e contingente, para dar lugar à reflexão sobre a razão prática, ou o uso da razão para decidir e não apenas para decidir a respeito de meios (técnica), mas para decidir a respeito dos fins e do bem.

Ora, debater e analisar a decisão a respeito de fins e de bens leva necessariamente à filosofia prática ou moral, e o distanciamento entre direito e moral não pode mais ser tratado como um simples dado, mas como uma construção permanente e, principalmente, uma construção que precisa justificar-se em termos morais. Em outras palavras, a conveniência e a bondade da separação entre direito e moral requer ela mesma uma justificativa que vá além da conveniência episódica. Nessa fresta, penetra novamente a discussão moral da justiça e de sua relação com o modelo institucional do direito e do poder nas sociedades.

Finalmente, do caráter contingente e singular da elaboração da vida humana, individual e social, resulta a importância da condição histórica, do meio necessariamente hermenêutico e temporal da experiência dos seres humanos.

Nessas três frestas e nos movimentos que por elas se infiltram, vemos a renovação de ares provada na filosofia contemporânea em ondas que vão da filosofia da ação e da intenção iluminada pela tradição clássica, do *De anima* de Aristóteles por exemplo, até pela filosofia da linguagem ordinária, com os aportes que lhe vieram tanto da corrente wittgensteiniana quanto da linguística. Os muitos e horrorosos conflitos do século XX exigiram também que a filosofia moral fosse novamente invocada para dar conta e contrapor-se às tragédias de proporções catastróficas que as sociedades criaram e impuseram a todos nós em diferentes graus. Por aí entrou novamente a reflexão moral sobre a razão de ser do direito. Essa fragilidade da nossa vida e da sobrevivência da espécie despertaram a consciência de nossa historicidade e contingência, tão evidente nas correntes filosóficas que vão dar na hermenêutica e nas diversas formas de sua presença.

Essas três vertentes de preocupações encontram-se articuladas nos textos aqui reunidos sob três grandes seções.

A Parte I é intitulada “Razão Prática e Teoria da Decisão” e inclui textos que analisam o direito como um “departamento da filosofia prática.” Voltada para o estudo da razão aplicada à ação e à decisão, a filosofia prática analisa as categorias do pensamento direcionado à intervenção humana no mundo. Se a razão teórica busca verificar como o mundo é, a razão prática visa *alterar o mundo*. A divisão é mais artificial e didática do que real, mas, quando aplicada a uma instituição como o direito, serve para destacar as virtudes e as capacidades que fazem de um operador de leis, normas e jurisprudências um *bom aplicador*.

Os primeiros dois Capítulos são de autoria do Prof. Gerald J. Postema. Em “O Direito como Razão Artificial I”, Postema revisita a tradição de pensamento que concebe o direito como uma forma de razão prática institucionalizada. O autor argumenta que o raciocínio jurídico não é apenas dedutivo, como também é uma prática social sustentada por convenções que equilibram consistência e flexibilidade. A tese central do artigo é a de que o direito – operando como “razão artificial” – cria padrões de decisão que orientam a deliberação sem suprimir a necessidade de juízo humano.

Na continuação do Capítulo 1 – “O Direito como Razão Artificial II: Raciocínio Comum, Conflito e Congruência” –, Postema explora como a “razão comum” dos juristas permite a congruência entre normas e práticas sociais. Ele defende que o raciocínio jurídico se constrói por meio do diálogo interpretativo e da busca de coerência entre princípios gerais e casos particulares. Assim, o direito é apresentado como um campo de exercício coletivo da virtude da prudência, por meio do qual o raciocínio prático se ajusta a conflitos e exceções que surgem diante de casos concretos.

O Capítulo 3 é de autoria de Alejandro Montiel Alvarez, que em seu “A Prudência e a Máquina: o Rosto Humano da Interpretação Jurídica na Era dos Algoritmos”, aplica e elabora sob um viés hermenêutico e aristotélico algumas das ideias de Postema. Alvarez discute os limites éticos e epistemológicos da automação no direito, questionando se a inteligência artificial (“IA”) pode substituir o juízo humano, informado

pela virtude da prudência por excelência. Seu argumento central é de que a justiça depende de uma compreensão hermenêutica do direito, bem como da virtude da equidade, dimensões irreduzíveis à lógica algorítmica. A IA pode apoiar decisões, mas não pode compreender os significados morais e históricos que sustentam o direito. Com isso, Alvarez reafirma a centralidade do intérprete humano para o direito.

Na Parte II do livro – “Direito Natural e Justiça” –, filósofos e juristas discutem o legado da tradição clássica do direito natural na compreensão contemporânea da relação entre direito, moral e justiça. O positivismo jurídico costuma afirmar que o direito pode ser compreendido por referência somente a critérios sociais de validade (a chamada “tese das fontes sociais”) e que uma lei injusta ainda é direito se foi emitida de acordo com aqueles critérios (conhecida como “tese da separabilidade entre direito e moral”). Alguns juspositivistas atribuem ao direito natural (ou *jusnaturalismo*) o ataque a essas duas teses. Os artigos reunidos nessa seção que detalham esse debate – escritos por Gilberto Morbach e Martin Petiz – não só questionam as premissas do positivismo jurídico, como buscam renovar esse debate para além dos rótulos e do senso comum que o informa, adentrando na filosofia moral contemporânea. Ademais, os artigos que exploram a filosofia antiga buscam renovar a conexão entre direito e moral discutindo as virtudes envolvidas na aplicação do direito. Esse é o caso dos artigos dos Professores Marco Zingano, António Caeiro e Eduardo Wolf.

Em “Justiça e Igualdade na Ética Aristotélica” (Capítulo 4), Marco Zingano defende que, em Aristóteles, ser justo é, em última instância, promover a igualdade. O autor examina filologicamente a “Ética a Nicômaco” para mostrar que a justiça aristotélica se funda na igualdade proporcional, base de toda teoria da justiça. Essa concepção, segundo ele, ultrapassa o aristotelismo e oferece um critério universal: onde há desigualdade, viceja a injustiça. Zingano ainda debate com Harry Frankfurt, autor da tradição anglo-saxã que defende que a igualdade não possui valor em si mesma, e que possuir demais não é um problema moral, desde que não se acumule bens às custas dos outros. Zingano

critica essa posição a partir de Aristóteles, e a remonta a Isócrates no debate antigo.

Antônio Caeiro investiga em seu “Amor-Próprio (*Pleonexia*) e o Amor dos Outros por Si Mesmo (*Dikaiosynē*)” (Capítulo 5) a tensão entre o amor-próprio e a justiça em Aristóteles, argumentando que a virtude exige um equilíbrio entre a busca de bens pessoais e o cuidado com o outro. A *pleonexia*, o desejo de “ter mais”, é contraposta à justiça como amizade cívica. Caeiro argumenta que a verdadeira justiça consiste em harmonizar o amor de si com o amor que reconhece o outro como igual em dignidade.

Eduardo Wolf examina no Capítulo 6, em seu “Nota sobre *eleutheria* na antiguidade – dois conceitos de liberdade?”, o conceito grego de *eleutheria* (liberdade) desde Homero até Aristóteles, defendendo que o estagirita formula dois sentidos distintos de liberdade: um político, ligado à participação cívica e à autonomia, e outro ético, vinculado à vida racional e virtuosa. Wolf mostra que, da simples ausência de servidão, a liberdade passa a significar autogoverno e realização moral, antecipando a distinção moderna entre liberdade negativa e positiva. Para Wolf, o conceito ético de liberdade em Aristóteles pressupõe as condições do conceito político de liberdade, mas satisfaz outras condições que este não realiza e nem poderia realizar. Assim, no interior da concepção política de liberdade de Aristóteles, já seria possível encontrar os traços tipicamente atribuídos às concepções liberais modernas de liberdade.

Em “O Estado de Direito e a Gramática do Bem Comum” (Capítulo 7), Gilberto Morbach articula uma crítica a novas correntes de direito natural que, utilizando-se do que o autor chama de “gramática do bem comum”, derivam inadequadamente de premissas metodológicas corretas sobre a natureza do direito teses substantivas e muito específicas de moralidade política. Tais teses colocam em risco a própria ideia de estado de direito. O estado de direito é defendido por Morbach como um ideal de moralidade política que, para além de abordagens formais ou substantivas, marca um modo próprio de associação a partir do qual viver sob as leis passa a ser uma forma de vida em comum.

No Capítulo 8, em “Dois Fundamentos para o Direito Natural na Razão Prática: uma Leitura Crítica de ‘Modern Moral Philosophy’, de Elizabeth Anscombe”, Martin Magnus Petiz revisita o ensaio clássico de filosofia moral de Anscombe para reconstruir o conceito de direito natural à luz da razão prática segundo as discussões contemporâneas. Petiz sustenta que há dois argumentos a serem explorados na defesa do direito natural hoje a partir de Anscombe: o primeiro é explorado por Philippa Foot, John McDowell e Martha Nussbaum, e se concentra na natureza racional do ser humano enquanto agente; o segundo, explorado por John Finnis e Robert George, é o da coincidência entre direito natural e lei divina. Petiz propõe uma renovação da filosofia prática como base da normatividade jurídica, defendendo, ao final, que a primeira opção é a mais plausível.

Na Parte III do livro – “Teoria Política e História do Pensamento Jurídico” –, o direito é analisado à luz da política e da história. Por muito tempo, esses ramos do pensamento humanista foram vistos como separados. Ora o direito se via reduzido ao poder, ora à ideologia; as ideias políticas seriam impotentes diante das estruturas sociais e dos conflitos macropolíticos. No entanto, sob a liderança de Quentin Skinner e da chamada “Escola de Cambridge”, o século XX viu ressurgir estudos sobre o papel das ideias – dos debates, das reflexões voltadas ou não explicitamente à ação política, mas com claro reflexo nela – sobre a conformação do direito enquanto prática política.

É uma imensa contribuição para esta coletânea e para as humanidades brasileiras, portanto, a abertura da Parte III caber ao Prof. Quentin Skinner, com o seu “Filosofia Política e os Usos da História” (Capítulo 9). Nele, Skinner discute a relação entre teoria política e história das ideias. O autor defende o método historicista como essencial à compreensão dos conceitos políticos e critica a leitura atemporal dos clássicos. Skinner mostra que as ideias devem ser entendidas como intervenções situadas em contextos específicos. A sua tese é a de que recuperar os propósitos históricos dos autores em debate ilumina o significado político de suas obras e evita o anacronismo interpretativo.

O Prof. Matthew H. Kramer nos brinda com o seu “Imparcialidade” (Capítulo 10), no qual examina a imparcialidade como princípio moral e jurídico, diferenciando-a da neutralidade e da objetividade. Kramer argumenta que ser imparcial exige considerar as razões de todos os afetados por uma decisão, o que não se confunde com uma posição de indiferença. A imparcialidade, assim, constitui uma virtude prática que sustenta a legitimidade do julgamento jurídico e o ideal de justiça igualitária, ideais que informam o núcleo do liberalismo político.

Em “Sociedade Fraterna” (Capítulo 12), o Prof. Luis Fernando Barzotto propõe repensar a ideia de fraternidade como categoria política e jurídica. Barzotto defende que a justiça social não se esgota na igualdade e na liberdade, mas requer um vínculo de reconhecimento mútuo entre os cidadãos. A fraternidade, nesse sentido, é o horizonte ético que dá substância ao direito e às instituições democráticas.

Em “A Linguagem Privada e a Falácia Intencional: Quentin Skinner e sua Inspiração em Wittgenstein” (Capítulo 13), Matheus Della Monica analisa a influência de Wittgenstein sobre a metodologia de Quentin Skinner, especialmente no que diz respeito à crítica à “falácia intencional.” Della Monica busca mostrar que tanto Skinner quanto Wittgenstein entendem o sentido de discursos como uso público, rejeitando a ideia de intenções privadas como possível fundamento da linguagem. Assim, a interpretação histórica e jurídica depende da análise dos jogos de linguagem nos quais os significados ganham vida social.

Nestes ensaios, assim, reunimos as contribuições daqueles que, no âmbito das atividades do *Núcleo Direito & Justiça*, nos ajudaram a pensar a justiça como o sentido do direito – ou, mais amplamente, que nos ajudaram a pensar sobre as implicações da justiça para o conceito mesmo de direito e, em última análise, sobre aquilo que somos e o que significa vivermos, juntos, sob as leis. Autores de matrizes distintas, cada um a seu modo, oferecem aqui reflexões sobre a justiça, o direito, sobre o sentido de nossas práticas e sobre seu melhor significado. Trata-se, aqui, da concretização em livro de um projeto que, por sua vez, também diz respeito ao sentido – o sentido daquilo que fazemos enquanto acadêmicos, e o sentido mesmo da busca desinteressada pela verdade.

Em conjunto, os artigos aqui reunidos reafirmam que o direito não é mero sistema de normas positivadas, mas uma prática histórica, linguística e informada pelas virtudes da equidade, da prudência e da justiça. Uma prática, ao final, sempre tensionada entre a técnica, a história, a ética e a política.

Desejamos uma boa leitura e esperamos que este livro faça sentido a você que lê estas páginas e aceita nosso convite à reflexão sobre o direito e a justiça.

Os organizadores

PARTE I

Razão prática e teoria da decisão

O direito como razão artificial I

Gerald J. Postema^{4 5}

*Tradução de Daniel Godas Galhardo Damian
Revisão de Martin Magnus Petiz*

1. IMAGENS DO DIREITO

A filosofia do direito busca dar uma expressão articulada e crítica à nossa experiência e compreensão do direito. Nós pedimos que estes relatos tão reflexivos capturem fielmente aquilo que o direito faz, o que fazemos nele, e o que fazemos com ele. Também pedimos que eles nos deem uma perspectiva crítica do direito. O direito não é meramente um fato social ou cultural; ele também é, ou pode ser, uma conquista. Então nossa moldura conceitual para compreender o direito deve incluir algum nível de articulação de parâmetros segundo os quais podemos apreciar suas conquistas e medir suas falhas.

-
4. Professor Emérito de Filosofia (Boshamer Distinguished Professor Emeritus of Philosophy) na University of North Carolina at Chapel Hill (UNC-CH). Arthur L. Goodhart Distinguished Visiting Professor of Legal Science e Corpus Christi *fellow* na Universidade de Cambridge. Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Atenas.
 5. Este ensaio foi originalmente apresentado como a Villey Lecture da Cátedra Parisiense de Filosofia do Direito no Instituto Villey – Universidade Panthéon-Assas em 6 de maio de 2024. Ele foi publicado originalmente na revista *Droit & Philosophie*, n. 16, 2025. Tentei aqui preservar o caráter pedagógico desta discussão. [N.A.]

Desde o princípio, as reflexões teóricas sobre o direito se vale-ram de várias imagens ou arquétipos para estimular e estruturar suas explicações sobre o fenômeno específico do direito. No pensamento clássico, estas imagens se agrupavam em torno de duas noções polares: Poder e Razão. Para os céticos, o direito era apenas uma máscara para o Poder; para os comprometidos, ele era representado pelos comandos de um soberano – um poder articulado na forma de ordens que gozam de legitimidade, pois são emitidas por agentes dotados de autoridade. Para outros, o direito (*ius*, *droit*, *recht*) capturava a ideia de direito como Razão, algo oposto ao poder, e não meramente um qualificador, uma ordenação do mundo moral e político ao modelo de ordenação racional do universo. Estas imagens clássicas retratam o direito como austero, separado da experiência ordinária, algo posto acima daqueles que se sujeitam a ele. Elas representavam a experiência jurídica como uma forma de alienação – como “o poder dos outros” ou uma “persistente onipresença nos céus.”

Algumas imagens contemporâneas retêm este caráter austero. O direito é concebido como um sistema hierarquicamente estruturado de normas; como conhecimento organizado e ordenado do universo jurídico. Às vezes ele é retratado como mais acessível, até doméstico: por exemplo, como uma questão de regras sociais ou convenções como o xadrez ou “a união das normas primárias e das normas secundárias”; similarmente, por vezes o raciocínio jurídico é representado por algo parecido com o ato de escrever um romance em cadeia ou seguir uma melodia.⁶

Essas imagens ressoam de algum modo com a experiência mundana, mas têm limitações óbvias; focar nossa atenção em determinados aspectos da experiência jurídica embaça, distorce ou nos cega para outros aspectos potencialmente importantes. No entanto, a teoria jurídica não

6. Cf. HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961; MARMOR, Andrei. How law is like chess. *Legal Theory*, v. 12, p. 347-371, 2006; DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belnap Press, 1986, pp. 228-238; e POSTEMA, G. Melody and law's mindfulness of time. *Ratio Juris*, v. 17, n. 2, pp. 203-26, 2004.

funciona sem imagens.⁷ Portanto, nesta palestra, ao invés de oferecer uma forma de pensar sobre o direito que dispense imagens, vou oferecer e explorar uma imagem diferente, menos familiar.

Juristas da *Common Law* no século XVII gostavam de caracterizar seu direito como uma “razão artificial.”⁸ “Artificial” não no sentido de algo fabricado ou falso, mas como um trabalho de artesãos – criado, talvez, mas não inventado – incorporado na história e nas práticas cotidianas das comunidades políticas. A “Razão” era entendida não como uma ordenação transcendental da moral e do universo jurídico, mas como raciocínio, uma atividade disciplinada por meio da qual as regras jurídicas obtêm seu sentido e sua força. Essa noção atingiu sua máxima articulação num tempo da história inglesa onde o poder estava sendo centralizado na Coroa. A ideia de razão artificial do common law – baseada na resistência ao absolutismo – explicava como o direito poderia existir, ter força normativa, ser independente de um poder supremo, como ele poderia reger tanto aqueles que exercem o poder quanto aqueles que estão sujeitos a ele.

Eu proponho examinar esta imagem – a imagem do direito como uma disciplina multifacetada da deliberação e do raciocínio acerca de questões públicas, como uma prática disciplinada de razão prática pública. A tarefa desta primeira palestra é a de elaborar esta proposta, esperando destacar a sua plausibilidade e utilidade através desta elaboração. A próxima palestra abordará algumas das objeções mais importantes a essa noção.

7. Iris Murdoch nos lembra que a filosofia tem “se ocupado com aquilo que identifica com as imagens mais importantes para nós, clarificando as existentes e desenvolvendo novas [...] É impossível discutir certos tipos de conceito sem recorrer à metáfora” (no original: “concerned itself with what it took to be our most important images, clarifying existing ones and developing new ones... [It is] impossible to discuss certain kind of concepts without resort to metaphor.”). MURDOCH, Iris. *The sovereignty of good*. London: Routledge, 1970, p. 77.

8. Cf. POSTEMA, Gerald. Classical common law jurisprudence, part II. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, v. 3, pp. 1-11, 2003.

2. PRÁTICA NORMATIVA

Início com a afirmação incontestada de que o direito é uma forma especial de prática normativa.

2.1 Prática: ações significativas em um mundo comum

Uma prática pode ser vista de fora como regularidade de comportamento, mas, como insistia Hart, os participantes adotam um “ponto de vista interno” acerca destas atividades. “Interno” deve ser entendido não no sentido de algo interior aos participantes – suas atitudes, crenças e aprovações – mas no sentido de questões internas à prática, à atividade de participar na prática. Atividades práticas não são meras regularidades às quais as ações dos partícipes são adicionadas. Elas são atos, ações que carregam significado e por vezes carga normativa – são significativas não em virtude de uma convergência entre as atitudes dos participantes, mas em virtude do modo de participação desses agentes. Assim, o que sustenta a prática não são as aprovações individuais (“atitudes” ou “crenças”) sobre a prática, mas o engajamento interativo dos participantes – a forma como as ações dos indivíduos é percebida pelos outros e como estes respondem a elas, afirmando-as, aperfeiçoando, desafiando, expandindo ou restringindo-as.

Participar numa prática social é se engajar com a conduta de participantes orientados uns aos outros, olhando uns para os outros, com suas compreensões baseadas em parte na antecipação da compreensão dos demais participantes. Isso envolve apreender o significado de um padrão de conduta, reconhecendo sua aplicação nas circunstâncias presentes, tendo como pano de fundo o emaranhado de antecipações e compreensões dos outros.

Assim, as práticas sociais são modos de conduta expressos, atos que têm significado não apenas para este ou aquele participante individual, mas para os participantes em comum – não para *cada um de nós*,

mas para *nós em conjunto*.⁹ A conduta é externalizada em público e tem significado público. Portanto os participantes não questionam o que eles (os outros) estão fazendo, ou aquilo que eu estou fazendo (qual é o significado para a minha parte apenas), mas qual é a minha parte naquilo que nós estamos fazendo. O sentido não é privado ou pessoal, mas revelado publicamente como uma ação de um membro de uma comunidade prática. Além disso, as práticas são dinâmicas, desenvolvem-se ao longo do tempo, produzindo um estoque comum de condutas significativas para o qual os participantes contribuem e do qual eles se valem.

Participar em uma prática requer dominar uma disciplina, uma combinação adquirida de hábitos, habilidades e disposições. Aprender a disciplina de uma prática social é como aprender uma linguagem. Não se adquire meramente um repertório de respostas rotineiras para perguntas rotineiras, como se memoriza as frases prontas de um guia de viagens; em vez disso, o indivíduo desenvolve uma capacidade de expressar novas frases e pensamentos. Atuar dentro de uma prática envolve improvisação. Para participar em uma prática é preciso dominar uma técnica que permita transpor da apreensão daquilo que (tipicamente) fazemos para uma determinação daquilo que se deve fazer diante de novas circunstâncias. Assim, ao se aprender a participar em uma prática social, se aprende como se movimentar com relativa facilidade no mundo comum da prática.

2.2 Normativo e interativo

A participação na prática, o exercício da sua disciplina, tem uma dimensão normativa. Isso envolve performances e juízos adequados.¹⁰ Os participantes assumem diversos compromissos: compromissos (a)

9. Como sugere Margaret Gilbert em GILBERT, Margaret. *Social facts*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 168.

10. Cf. BRANDON, Robert. *Articulating reasons*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

de julgar certas performances como apropriadas ou corretas e outras como errôneas; (b) de agir quando necessário de acordo com estes juízos; (c) de desafiar condutas que não se enquadrem neste juízo; e (d) de reconhecer contestações aos juízos como justificativas de ações ou críticas válidas sobre elas.

Esses compromissos são normativos e intersubjetivos. São normativos porque assumir compromissos desta natureza é tomar responsabilidade das próprias ações e julgamentos e avaliar suas ações e julgamentos à luz dessa tomada de responsabilidade. São intersubjetivas no sentido de que pressupõem um relacionamento entre os participantes, uma postura reciprocamente reconhecida de responsabilização mútua. Nós nos colocamos sob a autoridade das práticas e suas normas não por abandonarmos o nosso juízo e transferi-lo para experts, mas por nosso engajamento conjunto na prestação mútua e na avaliação das reivindicações relativas ao que a prática exige de nós.

Práticas normativas vêm em várias formas e tamanhos diferentes, com diferenças de significância pessoal, social e moral. Elas variam desde rituais de cumprimento, ofertas de presentes, votos ou promessas, até às práticas religiosas de oração. Um exemplo especialmente rico de uma prática normativa pode ser encontrado em um clube de jazz, envolvendo um pequeno conjunto de jazz. O trabalho da banda é ricamente improvisado, mas também complexamente estruturado, coordenado; os músicos pensam como membros do conjunto, trabalhando as suas responsabilidades musicais dentro da estrutura geral da “melodia” e do âmbito e direção dos seus improvisos. Isso requer que cada músico esteja constantemente lendo, interpretando, antecipando mutuamente os atos dos outros e se ajustando a eles. Paul Berliner¹¹ descreve um conjunto de jazz tocando como uma forma de pensamento e ação comuns, uma forma de raciocínio inteligente em conjunto e em tempo real.

11. BERLINER, Paul. *Thinking in jazz: the infinite art of improvisation*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

3. O HABITAT E MODO DE OPERAÇÃO DO DIREITO

É útil pensar na prática social característica do direito em analogia com um conjunto de jazz, mas há uma diferença fundamental entre o direito e o jazz. A prática do direito é fundamentalmente articulada e discursiva. O jazz envolve uma forma de pensamento deliberado e deliberativo, mas a sua linguagem e lógica são musicais, não discursivas. Nós iremos explorar estas características especiais da disciplina do direito. Mas, em primeiro lugar, para compreendermos por que a prática social do direito toma essa forma, precisamos considerar o habitat natural em que o direito opera e seu modo diferenciado de operação.

3.1 O habitat do direito

O direito é uma prática em – e de – determinadas comunidades políticas. Consideremos, em primeiro lugar, algumas características peculiares das sociedades políticas modernas.

As sociedades políticas modernas são, geralmente, grandes grupos sociais vinculados pelo território; a adesão a esses grupos é, para todos os efeitos práticos, não voluntária. As relações entre os cidadãos tipicamente não são íntimas, mas um tanto distantes. A experiência compartilhada, onde ela existe, é mediada pela participação em uma extensão variada de instituições e associações sociais, econômicas e políticas. Para os membros, a textura das relações pessoais numa comunidade é menos importante do que as estruturas de interação social e negociação mútua disponíveis, os esforços coordenados de grandes grupos sociais, a constituição institucionalizada do poder e os modos e limites do seu exercício. As sociedades políticas modernas também tendem a ser moral e culturalmente heterogêneas. Elas reúnem sob um mesmo teto cívico uma vasta gama de tradições e pontos de vista morais competindo por espaço, recursos, posição social e poder. Por causa deste pluralismo, o

conflito nas sociedades políticas modernas tende a envolver não apenas conflitos de interesses, mas também amplos e profundos conflitos de visões e princípios.

Finalmente, sociedades políticas são amplamente coercitivas. O comportamento, os relacionamentos, as estruturas e as instituições são sustentados por instituições coercitivas. Portanto, as interações sociais operam num ambiente de poder e a política na comunidade está sempre preocupada, explícita ou implicitamente, com uma luta pelo exercício do poder e pelas normas através das quais esse exercício é politicamente legitimado. Os cidadãos exigem justiça das instituições e estruturas sociais; no entanto, eles discordam profundamente acerca daquilo que a justiça requer. Nestas circunstâncias, aconselhava Rousseau, temos de olhar para a lei.

Há, por certo, uma justiça universal que emana da razão em si mesma, porém, essa justiça, para ser admitida entre nós, precisa ser recíproca... Por conseguinte, tornam-se necessárias convenções e leis para unir os direitos aos deveres e conduzir a justiça ao seu fim.¹²

Em face de uma profunda discordância, nenhum indivíduo ou grupo pode impor aos demais com justiça nem mesmo os seus melhores juízos acerca dos requisitos de justiça para as instituições e estruturas comuns. Eles podem, no entanto, demandar razoavelmente que suas instituições sejam sensíveis – e que o exercício do poder de governo seja responsivo – a argumentos públicos numa linguagem deliberativa pública. Para esse propósito, Matthew Hale argumentava que nós não podemos depender da “razão natural” dos filósofos morais, “pois eles

12. No original: “Undoubtedly there is a universal justice emanating from reason alone, but this justice, to be admitted among us, ought to be reciprocal... There must therefore be conventions and laws to unite rights and duties and to refer justice back to its object.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *On the social contract*. Trad. Donald A. Cress. Indianapolis: Hackett, 1983, p. 36.

são abstraídos das medidas ordinárias de certo e errado.”¹³ Nós precisamos de uma prática em que aqueles que falem o direito sejam pessoas treinadas em um disciplina especial de raciocínio prático público, pessoas “com observação e experiência nos assuntos e conversações humanas” entre os membros da comunidade política, portanto aptos a se comunicarem com a comunidade e dentro dela.

3.2 Orientação normativa: o *modus operandi* do direito

O direito é uma prática social e, por isso mesmo, é normativo no sentido de que performances na prática são governadas por critérios de competência. O direito também é normativo em outro sentido: o direito busca prover orientação normativa aos membros da comunidade jurídica. Esse é o seu *modus operandi* fundamental; não é uma função, nem a maior função do direito, mas é sua maneira, sua técnica, o conjunto dos meios pelos quais o direito busca servir os objetivos para que é direcionado. Chamemos isso de *Tese da Orientação Normativa*.¹⁴

O direito busca ordenar a vida social influenciando a conduta de indivíduos e grupos sociais. Ele não faz isso causando as condutas, manipulando os determinantes psicológicos do comportamento ou alterando o ambiente físico e natural da deliberação, mas sim engajando as capacidades deliberativas dos sujeitos de direito. Abordando os sujeitos de direito, o direito busca guiar – mais do que incitar – o comportamento.

Uma forma de influenciar a deliberação de agentes racionais é tornar salientes algumas características das suas circunstâncias que, quando apreciadas, fornecerão razões para agir de certas maneiras. Uma placa na rua de um bairro pode dizer: “Crianças brincando” – ou,

13. No original: “because they are transported from the ordinary measures of right and wrong.” HALE, Matthew. Reflection on Mr. Hobbes his Dialogue of the Law. In: POSTEMA, Gerald. (ed.) *On the law of nature, reason and common law: selected jurisprudential writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 190.

14. “Normative Guidance Thesis”, no original (N.T.).

como é mais comum de onde eu venho: “dirija como se suas crianças estivessem brincando aqui.” Do mesmo modo, conforme ouvi dizer, existe uma placa que se encontra ao entrar no Lions Park perto de Sydney, na Austrália. A placa diz: “invasores serão devorados.”¹⁵ O direito busca influenciar a deliberação de uma forma diferente.

O direito não apenas descreve um comportamento desejável, indicando um caminho para se tomar; ele prescreve medidas pelas quais os sujeitos de direito devem orientar suas decisões práticas e avaliar suas ações. Ele busca engajar o raciocínio prático dos sujeitos de direito ao articular normas e razões que podem ser apreendidas, apreciadas e incorporadas nas suas deliberações. Embora ele não necessariamente (racionalmente) determine suas decisões e ações, o direito provê respostas para as questões acerca daquilo que se deve fazer. Nesse sentido, como Lon Fuller fazia questão de apontar, o direito os trata como sujeitos de direito e não como sujeitos ao direito.¹⁶ O objetivo da orientação normativa não é produzir comportamentos, mas influenciar deliberações e, com isso, influenciar condutas.

O direito, como dissemos, opera em comunidades políticas. Isso determina em parte o carácter da orientação normativa do direito de várias maneiras. Primeiro, as diretivas do direito tipicamente não são dirigidas aos sujeitos de direito individualmente, mas para o público em geral. A orientação que ele oferece é destinada a indivíduos engajados em uma rede complexa de interações sociais. É de conhecimento comum dos agentes que eles são agentes racionais e autônomos. Então, a orientação funciona quando os entendimentos deles acerca das normas e da autoridade das normas é compartilhado. As diretivas do direito devem ser publicamente acessíveis; as razões que ele fornece devem ser razões que os sujeitos de direitos geralmente podem apreciar e compreender facilmente que outros as apreciam.

15. No original: “trespassers will be eaten.” KHANNA, Hans Raj. *Neither roses nor thorns*. Lucknow: Eastern Book Company, 2010, p. 190.

16. RUNDLE, Kristen. *Forms liberate: reclaiming the jurisprudence of Lon L. Fuller*. Oxford: Hart Publishing, 2012, pp. 98-100.

Essa necessidade de compreensão e apreciação públicas coloca os sujeitos de direito e as autoridades oficiais responsáveis pela manutenção do direito em uma rede complexa de interdependência e impõe a eles uma disciplina de reciprocidade (Fuller, 1969, p. 209)¹⁷. Cada sujeito de direito e cada funcionário precisa fazer uma espécie de triangulação para chegar a sua compreensão das normas jurídicas. Os sujeitos de direito testam suas compreensões individuais em contraste com o que esperam dos outros sujeitos de direito com quem podem interagir e dos funcionários das jurisdições em que se encontram. Estas autoridades, da mesma forma, devem abordar sua compreensão das normas jurídicas guiados pela compreensão de outros oficiais e do público em geral.

A orientação normativa do direito é moldada de uma segunda forma. O direito não orienta apenas através de diretivas, mas também constituindo uma rede de relações, responsabilidades e leis que reforçam e sustentam a infraestrutura normativa da comunidade. Essa dimensão constitutiva da orientação normativa do direito é de grande importância. Dessa forma, o direito dá significado a uma vasta gama de ações e atividades no domínio público e às relações sociais. Falamos da prática do direito como uma disciplina do raciocínio prático, mas essa prática envolve mais do que a emissão de razões vistas como premissas de silogismos práticos. O direito também provê roteiros que dão sentido público a comportamentos e formas de interação social. As ações são vistas como cumprimento de deveres, violação de direitos, inflição de danos ou como cumprimento ou descumprimento de responsabilidades enquanto pais, fiduciários ou autoridades oficiais.

O trabalho constitutivo do direito é evidente em casos como as definições envolvendo o casamento; as leis definem condições para a incorporação de empresas e para a transferência e herança de propriedades; elas permitem a criação e manutenção de organizações e associações de todos os tipos. O direito faz mais do que apenas prescrever um repertório de condutas; ele define horizontes de consideração para a

17. FULLER, Lon L. *The morality of law*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 209.

deliberação prática e fornece a infraestrutura para que as interações e relações na comunidade política sejam seguras e dotadas de sentido.

Em terceiro lugar, o direito orienta ao prover estruturas de responsabilização mútua, modos de interação em que aqueles que estão sujeitos ao direito e que exercem poder nas formas ordenadas por ele são passíveis de responsabilização por outros sujeitos àquele poder. Ser um sujeito de direito envolve mais do que reconhecer privadamente as demandas do direito sobre alguém; envolve essencialmente que este alguém esteja sujeito a outros que estejam em posição de responsabilizá-lo acerca destas demandas. Ser responsável apenas perante a si mesmo é não ser responsável perante ninguém. A orientação do direito é efetiva quando as normas são promulgadas por formas e fóruns de responsabilização mútua.

4. A DISCIPLINA DO DIREITO

Em seu habitat natural – a comunidade política – o projeto de orientação normativa do direito exige uma disciplina com um carácter distintivo. O direito é uma forma historicamente situada e institucionalizada de discurso deliberativo sobre questões públicas, que pretende vincular todos os membros dentro da sua jurisdição, ao menos em parte, por ser capaz de falar em nome de todos eles. Ele pretende guiar os cidadãos e ordenar suas relações por meio de normas publicamente articuláveis e defensáveis, dirigidas às suas faculdades deliberativas. Em resumo, a disciplina do direito é uma disciplina institucionalizada, discursiva, colaborativa e pragmática de raciocínio prático, consciente do tempo e da coerência sistêmica. Consideremos cada uma destas dimensões.

4.1 Discursiva

A disciplina do direito é essencialmente discursiva. Com isso quero dizer que ela é articulada e argumentativa.

Articulada: os elementos básicos das práticas sociais são ações – condutas dotadas de sentido. Na prática do direito, em particular, as “ações” necessariamente incluem palavras, esforços para fazer com que o significado das ações exigidas ou performadas seja explicitado e disponível para apreensão pública. O direito envolve necessariamente julgamentos. Por meio da sua linguagem, requisições são feitas, discutidas e defendidas. O direito é a linguagem da responsabilização pública, no âmbito público e dirigida ao público. Além disso, os padrões evidentes nessa prática são padrões de razões utilizadas em argumentos.

Argumentativa¹⁸: a disciplina do direito é uma disciplina de criação de argumentos publicamente articulados – proferindo, oferecendo, analisando e contestando razões. Diferentemente do xadrez, por exemplo, os movimentos e contra-ataques da prática jurídica são movimentos de argumentação, por meio da apresentação de reivindicações, contestações, desafios, respostas e ofertas de justificações para a ação, e rejeições ou revisões delas. As regras ou normas que emergem deste processo obtêm seu conteúdo e força dos papéis que desempenham nas redes reconhecidas de raciocínio e argumentação do direito. Identificar e articular o conteúdo das normas envolve explorar as razões e os argumentos contra e a favor delas, bem como as conclusões que elas apoiam e as que rejeitam.

Aprender essa disciplina é aprender a abrir um caminho nessa rede discursiva e argumentativa compartilhada com os outros. Os movimentos de argumentação pública envolvem proferir razões “direcionadas” aos demais participantes – para usar a linguagem de Fuller. Isto é, as razões são oferecidas em público para outros membros daquele público. O raciocínio não é *ad hominem*, mas *inter homines*. Ao oferecer razões aos demais participantes, se espera que elas sejam recebidas como razões “para nós.”

18. Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 13; MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. In: DYZENHAUS, David (ed.). *Recrafting the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 174; e WALDRON, Jeremy. *Torture, terror and trade-offs*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 244.

Essa disciplina torna possível uma espécie de objetividade que é adequada para o direito. Nós não exigimos objetividade em todos os domínios da vida, nem mesmo em nossas interações com os outros. Em alguns domínios, o *de gustibus non disputandum* é aceito, até bem-vindo, mas o direito não é uma dessas esferas. O domínio da deliberação jurídica é o domínio dos julgamentos públicos. Assuntos arbitrários e estritamente pessoais que não precisam de mais justificativa do que um desejo passageiro não têm lugar no domínio do direito. Nós demandamos do direito um modo de discurso que atraia e discipline argumentos fundamentados, um modo em que as nossas diferenças, conflitos e desacordos respondam a argumentos. Isso incorpora critérios de performance à disciplina discursiva. Nossos julgamentos precisam transcender o meramente subjetivo – uma justificação por *ipse dixit*, como diria Bentham. Quando aquilo que é estritamente subjetivo é deixado para trás, e a possibilidade de um erro ser revelado pelos outros é reconhecida, se abre espaço para a discordância e a possibilidade de concordância, de contestação e potencial conciliação dos julgamentos. Nesse contexto, o desacordo não é sinal de disfunção da prática, mas de um envolvimento saudável: no domínio do direito, *de legibus disputandum est*.

Por ser articulada e argumentativa, a disciplina do direito também é reflexiva e autocrítica no seu DNA. Como a abordagem crítica das requisições internas à prática jurídica é um hábito e uma habilidade característica da disciplina, a participação responsável não é possível se não olharmos criticamente para a própria prática de tempos em tempos. Reflexões notadamente autocríticas dos participantes – isto é, reflexões autocríticas sobre a prática em si, não apenas sobre performances individuais – não têm espaço em muitas outras práticas normativas, como o xadrez ou o futebol, por exemplo.

Esse aspecto autocrítico, reflexivo, da disciplina jurídica possibilita um grau de autocorreção ou, ao menos, ajustes benéficos para as circunstâncias sociais e políticas em constante mudança. Isso também pode explicar, em parte, a forma pela qual a disciplina jurídica tem mudado ao longo da história de sua prática. Abordagens teóricas sobre o direito em textos de um passado distante (ou não tão distante) podem

nos parecer estranhos, não porque os juristas e filósofos antigos compreenderam errado os fenômenos do direito, mas porque os fenômenos que eles observaram e sobre o qual refletiram eram bem diferentes daqueles que nós conhecemos e podem ter se alterado em parte como consequência de reflexões críticas sobre eles.

4.2 Institucionalizada

A disciplina do direito, diferentemente de outras práticas sociais importantes, é institucionalizada. A disciplina do direito é aprendida e praticada proeminentemente em instituições formais. A ordem jurídica é um complexo estruturado de instituições que consistem em um rol cautelosamente definido de papéis e cargos, atribuídos a domínios discretos de operação com funções distintas – e muitas vezes intrinsecamente relacionadas – organizadas em hierarquias de autoridade. É claro que a disciplina do direito não pode fornecer uma orientação normativa efetiva para a comunidade política se ela estiver limitada às atividades dos incumbentes dos tais cargos. Contudo, as suas atividades lideram, modelam e mediam a participação pública.

Como vimos, a orientação normativa do direito não é apenas diretiva e constitutiva, ela também guia ao permitir a responsabilização mútua. As instituições do direito definem estruturas e redes de responsabilização mútua, onde aqueles que estão sujeitos ao exercício do poder exercido pelos outros têm recursos para responsabilizá-los perante a lei por esse exercício. O direito permite, empodera e disciplina essa atividade essencial – e essencialmente pública – da responsabilização. A institucionalização da disciplina do direito, portanto, não é incidental, mas fundamental ao seu trabalho de prover orientação normativa efetiva em nossas comunidades políticas. Nós podemos destacar duas dimensões dessa institucionalização necessária.

Forense: mais especificamente, instituições forenses desempenham um papel central na forma institucionalizada da orientação normativa do direito. Sir Edward Coke, o jurista inglês do Século XVII, escreveu que o

direito é “testado e peneirado através de disputas argumentativas [nos tribunais]. Nenhum indivíduo fora do tribunal poderia descobrir a reta razão de uma regra geral.”¹⁹ Coke tipicamente exagera suas colocações, mas ele está correto em dizer que o direito é encontrado e forjado nos tribunais. Dentro da rede de instituições interdependentes de governo, os tribunais tomam um papel de liderança devido a sua proeminência pública e a autoridade legalmente constituída que possuem. A disciplina pública do direito é notavelmente praticada nos tribunais – e em atividades que se realizam sob suas sombras. Com sua estrutura formal, procedimentos e atividades diárias, os tribunais modelam a estrutura, o processo e a prática da disciplina. Os padrões de performance requeridos pelos tribunais modelam as melhores práticas para o exercício da disciplina do direito em outros domínios da vida na comunidade política. Como o direito é apenas uma parte do trabalho diário dos membros da comunidade política, apenas um segmento da comunidade – a comunidade jurídica – pode estar envolvida ativamente no dia a dia da sua operação. Portanto, a participação na disciplina de uma ordem jurídica saudável por membros da comunidade política em geral é tipicamente mediada, mas nunca suplantada, pela profissão legal-judicial.

Cargos e autoridades: as instituições são estruturas formais de papéis, definindo poderes e responsabilidades e os conferindo a funcionários oficiais. Esses oficiais são dotados de autoridade em diferentes graus sob domínios de vários tamanhos. Comumente, as autoridades são tipicamente organizadas em hierarquias. Essas relações hierárquicas são internas ao direito, ordenadas, constituídas e delimitadas pelos princípios governantes da lei. Qualquer análise ou interpretação do direito de um dado domínio deve incluir entre seus componentes os princípios pelos quais os papéis, responsabilidades e a autoridade relativa aos cargos e seus incumbentes são definidas. Esses princípios são parte constitutiva da rede de normas de uma dada ordem jurídica.

19. No original: “*tried and sifted upon disputatious argument [in court]. No individual outside of court could discover the right reason of a general rule.*” COKE, Edward. Ninth Report preface. In: WILSON, George (Ed.). *The reports of Sir Edward Coke in thirteen parts*. Dublin: J. Moore, 1793.

Assim, compreender como se movimentar em torno do domínio discursivo e argumentativo de uma dada ordem jurídica envolve compreender os poderes e responsabilidades dos seus oficiais, sua autoridade relativa e seus limites tais como constituídos pela lei. Isso inclui compreender a extensão em que a deferência à autoridade é requerida e a discordância é tolerada. As normas que definem e delimitam a autoridade jurídica, como todas as outras regras e normas da ordem jurídica, têm seu conteúdo e força em virtude da posição que ocupam na rede discursiva de uma ordem jurídica e, portanto, estão sujeitas à especial disciplina argumentativa do direito.

5. ORIENTAÇÃO

A disciplina discursiva – articulada e argumentativa – institucionalizada do direito é caracterizada também pela sua orientação especial. Quatro dimensões dessa orientação nos chamam atenção: a disciplina é colaborativa, pragmática, com consciência temporal e coerência sistêmica. Abordaremos cada uma dessas dimensões.

Colaborativa: o direito é uma prática social disciplinada, ele estrutura uma forma de raciocínio comum. A disciplina do direito é uma capacidade aprendida e compartilhada; o processo de raciocínio deliberativo é um projeto coletivo, um esforço colaborativo. Os participantes que dominam a disciplina se movem ao redor no mundo comum da prática argumentativa. Quando eles fazem asserções acerca do que o direito é ou o que ele demanda, eles oferecem formulações sobre ações coletivamente significativas e sobre as normas que as governam. Ao proferirem tais formulações, eles contribuem para um discurso em andamento com outros participantes, seus interlocutores, ao longo do tempo.

É claro, conversas podem começar com propostas que não se adequem precisamente às propostas proferidas ou exploradas pelos outros participantes. Eles podem ser não apenas diferentes, mas discrepantes, opondo-se uns aos outros. Contudo, a conversa, o esforço de raciocínio, não acaba ali; a disciplina do direito requer um esforço de conciliação,