

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS DO ESTADO**  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Robson Gonçalves Valadares Filho

**O CONVENCIONALISMO JURÍDICO NO RACIOCÍNIO PRÁTICO SOCIAL:  
Elementos pragmatistas-inferencialistas na teoria do direito de Gerald J. Postema**

Belo Horizonte

2022

Robson Gonçalves Valadares Filho

**O CONVENCIONALISMO JURÍDICO NO RACIOCÍNIO PRÁTICO SOCIAL:  
Elementos pragmatistas-inferencialistas na teoria do direito de Gerald J. Postema**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante

Coorientador: Prof. Dr. Thiago Lopes Decat

Linha 1 – “Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”; Projeto coletivo “Moralidade Política, Racionalidade Prática e Normatividade”; Área de Estudo “Filosofia do Direito; Teoria do Direito, Teoria da Ação e Filosofia da Linguagem”.

Área de concentração: Teoria do Direito

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

V136c Valadares Filho, Robson Gonçalves  
O convencionalismo jurídico no raciocínio prático social [manuscrito]:  
elementos pragmatistas-inferencialistas na teoria do direito de Gerald J.  
Postema / Robson Gonçalves Valadares Filho. - 2022.  
181 f.  
  
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.  
Bibliografia: f. 175 - 181.  
  
1. Direito - Filosofia - Teses. 2. Pragmatismo - Teses. 3. Postema, Gerald  
J. - Teses. I. Bustamante, Thomas da Rosa de. II. Decat, Thiago Lopes.  
III. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU: 340.12



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA  
BEL. ROBSON GONÇALVES VALADARES FILHO

Aos dezesseis dias do mês de março de 2022, às 4h horas, na Sala Virtual da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Professor Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (orientador do candidato/UFMG); Professor Dr. Thiago Lopes Decat (UFMG); Professor Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos (UFPA) e Professora Dra. Rachel Herdy de Barros Francisco (UFRJ), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. ROBSON GONÇALVES VALADARES FILHO**, matrícula nº 2020652654, intitulada: **"O CONVENCIONALISMO JURÍDICO NO RACIOCÍNIO PRÁTICO SOCIAL: ELEMENTOS PRAGMATISTAS-INFERENCIALISTAS NA TEORIA DO DIREITO DE GERALD J. POSTEMA"**. Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador do candidato, Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Thiago Lopes Decat, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Thiago Lopes Decat, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Saulo Monteiro Martinho de Matos, Rachel Herdy de Barros Francisco e Thomas da Rosa de Bustamante. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

  
Professor Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (orientador do candidato/UFMG)  
Conceito: Aprovado (nota 100).....

Professor Dr. Thiago Lopes Decat (UFMG)   
Conceito: Aprovado (nota 100).....

Professor Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos (UFPA)   
Conceito: Aprovado (nota 100).....



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

Professora Dra. Rachel Herdy de Barros Francisco (UFRJ)  
Conceito Aprovado (nota 100).....

A Banca Examinadora considerou o candidato..APROVADO..... com a nota .100 (CEM).....Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante, Presidente da Mesa e Orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Priscila Campos Silva, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

**BANCA EXAMINADORA:**

Professor Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (orientador do candidato/UFMG)

Professor Dr. Thiago Lopes Decat (UFMG)

Professor Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos (UFPA)

Professora Dra. Rachel Herdy de Barros Francisco (UFRJ)

- **CIENTE:** Robson Gonçalves Valadares Filho (Mestrando)

## AGRADECIMENTOS

Após dois anos de formação no curso de mestrado, mais do que nunca carrego a certeza de que toda conquista individual é também uma conquista coletiva. Esta dissertação é resultado não só de reflexões e trabalhos acadêmicos, mas das parcerias pessoais e afetivas que trouxeram-me alegria e senso de pertencimento ao longo dessa pesquisa. Dedico o fim desse ciclo a todos que com ele contribuíram.

Aos meus dois heróis intelectuais, sou grato por tudo: ao orientador e querido mestre Thomas Bustamante, pela generosidade, atenção e cuidado com os quais tenho o privilégio de contar desde os tempos de graduação; ao meu coorientador, professor Thiago Decat, que com seu entusiasmo e humildade influenciou decisivamente os rumos da minha trajetória acadêmica. Ao professor Saulo Matos, agradeço as valiosas contribuições na qualificação desta dissertação, além dos aprendizados em que tive a sorte de ter em sala de aula (ainda que virtual); ao professor David Gomes, com quem tive trocas importantes para a realização do trabalho final e para a compreensão do papel de um pesquisador sério.

Cursar um mestrado integralmente virtual, em meio a uma pandemia, não é uma tarefa fácil. Agradeço aos amigos e amigas de pós-graduação, que me possibilitaram uma rede de apoio capaz de reduzir as distâncias e de dar sentido a essa jornada; em especial, aos queridos Almir Megali Neto, Deivide Júlio Ribeiro e Tiago Clemente Souza, pelo carinho e bom-humor que tornam tudo possível. Sou igualmente grato a Pedro Henrique Lima Pellicari, companheiro de linha de pesquisa com quem pude discutir ideias fundamentais para este trabalho, e à Luiza Machado de Oliveira Menezes, que sempre me instigou a expandir os horizontes da minha pesquisa.

Aos meus pais, Robson e Eliany, agradeço o suporte constante e por vibrarem comigo a conclusão de cada etapa; às minhas irmãs, Nina e Camila, que me deram o primeiro sentido de que as melhores coisas são as que podem ser compartilhadas. Aos amigos e às amigas dos tempos de colégio e da graduação, agradeço por me lembrarem que as delícias da vida vão muito além da Academia.

Não poderia deixar de agradecer aos servidores públicos da Secretaria do PPGD-UFMG pela presteza e disponibilidade em ajudar sempre que foi preciso. Agradeço também à Universidade Pública, gratuita e de qualidade, desejando que ela possa ser cada vez mais plural e inclusiva para continuar construindo e resistindo. Por fim, agradeço à CAPES pelo financiamento essencial ao desenvolvimento desta pesquisa.

*“Philosophy may perhaps be the chaste muse of clarity, but it is also the mother of hypotheses”* – SELLARS, 1968, p. 12.

## RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo a reconstrução crítica da proposta de convencionalismo jurídico na teoria do direito de Gerald J. Postema. O trabalho busca apresentar as principais contribuições do autor no tocante a dois pontos fundamentais: (1) em que sentido os fundamentos do direito constituem-se de normas convencionais e (2) como Postema compreende que o convencionalismo descreve a dinâmica social do raciocínio jurídico ao mesmo tempo em que guia a ação dos sujeitos. Propõe-se um mapeamento da abordagem convencionalista de Postema ao longo dos anos, a começar pela sua proposta inovadora de uma interpretação da regra de reconhecimento hartiana como convenção de coordenação que visa a resolução de problemas de cooperação a partir de um raciocínio prático integrado. Percebe-se que o autor manteve-se filiado ao convencionalismo filosófico de Hume e Lewis que originalmente motivou sua abordagem coordenativa, mas, na medida em que Postema reivindicou a tarefa de defender essa noção de convenção das críticas vindas do campo positivista e de Dworkin, sua concepção convencionalista sofreu mudanças significativas. Dentre essas mudanças, a principal delas foi a tentativa de elaborar uma teoria convencionalista material e discursiva, e, para tanto, Postema recorreu a dois grandes marcos: a concepção de prática pública e integrada do *common law*, e o pragmatismo fundamental e o inferencialismo semântico de Robert Brandom. O último passo desta dissertação é avaliar a compatibilidade entre o marco teórico de Brandom e a tentativa de Postema de conciliar o convencionalismo com o caráter argumentativo e discursivo da prática jurídica. Argumentar-se-á que a utilização dos conceitos de Brandom por Postema se justifica pela teoria geral da normatividade social que Postema constrói. Contudo, avalia-se que a tese convencionalista perde espaço ante os compromissos derivados do inferencialismo e do pragmatismo em pontos centrais para a teoria do direito de Postema.

Palavras-chave: convencionalismo jurídico – normatividade – raciocínio prático – pragmatismo fundamental – inferencialismo.

## ABSTRACT

The aim of this dissertation is a critical reconstruction of the legal conventionalism in Gerald J. Postema's jurisprudence. This work seeks to present the author's major contributions regarding two fundamental aspects: (1) in what sense law's framework is constituted by conventional norms and (2) how Postema understands conventionalism as describing the social dynamics of legal reasoning at the same time it guides subjects' action. It is proposed a survey of Postema's conventionalist approach over the years, beginning with its innovative interpretation of Hart's rule of recognition as a coordination convention that solves cooperation problems from an integrated practical reasoning point of view. It is noticed that the theory remained attached to Hume's and Lewis's philosophical conventionalism that motivated it in the first place, but as long as Postema took the task of defending this notion of convention from the positivist's and Dworkin's criticism his conception of convention has changed significantly. The main change was the attempt to elaborate a discursive material conventionalism, and for that Postema appealed to two major theoretical marks: common law's conception of integrated public practice and Robert Brandom's fundamental pragmatism and semantic inferentialism. The last step in this dissertation is to evaluate the compatibility between Brandom's theory and Postema's attempt to reconcile conventionalism with legal practice's argumentative and discursive character. It will be argued that the use of Brandom's concepts is justified by the general theory of social normativity that Postema tries to construct. However, it is claimed that the conventionalist thesis loses its grip in virtue of the commitments derived from inferentialism and pragmatism situated in the core of Postema's jurisprudence.

Keywords: legal conventionalism – normativity – practical reasoning – fundamental pragmatism – inferentialism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1 O CONVENCIONALISMO NA ESTRUTURA DO DIREITO E A LACUNA ENTRE FATO SOCIAL E NORMATIVIDADE.....</b>	<b>17</b>
1.1 Que tipo de convenção estrutura a prática jurídica? O projeto original e a pretensão positivista .....	18
1.2 As objeções de Dworkin e o convencionalismo na encruzilhada do ajuste e da justificação.....	40
1.2.1 Respostas de Postema aos desafios de Dworkin.....	46
1.3 O argumento em favor do convencionalismo material: a tese da congruência e sua importância para a implicitude do direito .....	47
<b>2 CONVENÇÕES HUME-LEWIS E O ATAQUE POSITIVISTA.....</b>	<b>57</b>
2.1 A primeira rodada: normatividade e socialidade na teoria da evolução .....	58
2.2 Pode o positivismo pós-Hart ser não-convencionalista? Leslie Green e o ceticismo sobre a ponte normatividade-socialidade no convencionalismo de coordenação...60	
2.2.1 Respostas de Postema às críticas de Green.....	64
2.3 Convencionalismo positivista e a marginalização da coordenação: a crítica de Andrei Marmor.....	66
2.3.1 Marmor e o ataque ao convencionalismo Hume-Lewis.....	66
2.3.2 A regra de reconhecimento como convenção constitutiva: uma proposta alternativa para conciliar convencionalismo, normatividade e autoridade.....	71
2.3.3 Respostas de Postema às críticas de Marmor .....	79
2.4 O convencionalismo jurídico como defesa do positivismo inclusivo.....	85
2.5 Reexaminando as convenções na fundação do direito: do tabuleiro à melodia.....	91
<b>3 AS INFLUÊNCIAS PRAGMATISTAS E INFERENCIALISTAS NO CONVENCIONALISMO DE POSTEMA.....</b>	<b>105</b>

3.1	Uma breve síntese-introdução: aspectos da teoria de Brandom relevantes para a teoria do direito de Postema.....	105
3.2	Inferencialismo, pragmatismo e racionalidade histórico-expressiva em Postema: cruzando as fronteiras do raciocínio analógico.....	118
3.3	Convenções e discursividade a partir das práticas e normas costumeiras ....	138
3.4	A aspiração à fidelidade: o Estado de Direito como um caso de contabilidade deôntica.....	147
3.5	O direito como prática essencialmente contestatória, ou “por que precisamos da interpretação protestante?” .....	154
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>173</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>176</b>

## INTRODUÇÃO

Um dos principais desafios para teoria do direito contemporânea – em especial para o positivismo jurídico – é a de oferecer uma explicação sobre como regras ou normas sociais são genuinamente vinculantes e demandantes de obrigações. Esse desafio assume vários formatos e suscita diferentes respostas, a depender das tradições de pensamento e de qual ângulo se analisa a questão. Em linhas gerais, o referido desafio tem as suas fronteiras delimitadas no famoso princípio de Hume – pelo qual não é possível deduzir um dever-ser de um ser<sup>1</sup> –, sobretudo quando o direito é considerado uma prática social empírica e institucionalmente descritiva que, ainda assim, tem um idioma tipicamente normativo-prescritivo.

O objetivo deste trabalho é sistematizar uma possível resposta formulada por Gerald J. Postema ao longo de sua vasta obra. Trata-se da resposta do convencionalismo fundacional, pelo qual as normas jurídicas na estrutura fundamental do direito são normas convencionais. Postema é uma das referências na construção do convencionalismo filosófico de David Hume e David Lewis na teoria do direito, propondo inicialmente uma leitura baseada nas convenções sociais enquanto convenções de resolução de problemas de coordenação. Sua premissa inicial atribui ao direito o papel de mediador das interações sociais em sociedades plurais complexas, razão pela qual pensar o convencionalismo jurídico como normas de coordenação iluminária, a um só tempo, a natureza social e a natureza normativa do direito.

A proposta de Postema é originalmente apresentada no influente texto “*Coordination and Convention at the Foundations of Law*” (1982), onde o autor, em um primeiro momento, propõe-se a reconciliar o que ele chama de tese da normatividade (atribuída tipicamente à tradição mais ligada ao jusnaturalismo) com a tese social (tipicamente associada à tradição juspositivista). Nesse primeiro momento, Postema busca construir uma ponte para suplementar os principais insights de Hart, de forma a tornar a construção hartiana sobre a regra de reconhecimento uma teoria mais plausível. Desde esse primeiro escrito inspirado nas contribuições humeanas e lewisianas, Postema buscou amparar a estrutura fundamental, social e normativa do direito no quadro mais amplo do raciocínio prático como um todo, refletindo seu compromisso com uma teoria do direito essencialmente prática.

No entanto, pode-se perceber que, ao longo do tempo, Postema passou a dissociar-se desse tipo de convencionalismo fundamental, embora sem abandoná-lo por completo. Mais especificamente, nota-se um movimento em direção a um tipo de convencionalismo mais

---

<sup>1</sup> Cf. *A Treatise of Human Nature* (1960), Livro 3, parte 1, seção 1, onde Hume sustenta que a moralidade demanda necessariamente um sentimentalismo.

próximo à tradição do *common law*, com normas transparentes de modo que seja possível integrar convenções às práticas sociais gerais e torná-las sensíveis a considerações políticas e morais, emergindo desse quadro um convencionalismo material (ou construtivo).

Em entrevista recente, Postema reconhece ter se distanciado do convencionalismo ao longo dos anos (BUSTAMANTE; SERBENA; STAMILE, 2020, p. 312-315)<sup>2</sup>. O autor admite que, no estágio inicial de sua carreira, ficou impactado com a obra-referência de Lewis sobre as convenções sociais e sua dinâmica potencialmente suplementar para a abordagem de Hart sobre as regras sociais, em virtude de as convenções de coordenação instituírem pontos de saliência capazes de atribuir significação normativa às regras sociais-convencionais.

Entretanto, Postema confessa que as críticas direcionadas à sua primeira proposta convencionalista foram, em partes, decisivas para que ele ampliasse a noção de convenção cunhada na teoria do direito para além das convenções de coordenação resolvedoras de problemas de cooperação derivadas de um modelo de racionalidade típico da teoria dos jogos. Nessa oportunidade, o autor aponta duas razões que o fizeram reformular substancialmente sua proposta construída em 1982.

A primeira delas diz respeito à limitação da própria racionalidade instrumental subjacente à noção de convenções como resolução de problemas de coordenação nos contextos de interação estratégica: em tal modelo, a unidade básica da agência e das razões que cada participante de uma convenção possui para conformar-se a ela é individual e sustentada nas preferências pessoais dos sujeitos. Nesse sentido, o incômodo de Postema se justifica pela ausência de considerações relativas ao aspecto coletivo do raciocínio público do direito, que resta prejudicado no modelo original coordenativo, pois o que está em sua base são preferências individuais e pessoais.

A segunda razão está relacionada com o nível de convencimento que a teoria interpretativa de Ronald Dworkin e os estudos sobre os *common-lawyers* provocaram em Postema. Segundo Postema, sua proposta original não capta o aspecto essencialmente discursivo e argumentativo da prática jurídica. Isso significa dizer que a prática do direito envolve fundamentalmente uma capacidade (ou, nos termos dos *common-lawyers*, o domínio de uma disciplina pública) de realizar asserções e reivindicações sobre as proposições jurídicas que embasam a própria prática, demandando argumentos e razões direcionadas a sustentá-la.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> As menções ao que Postema explicitamente reconhece na sequência desta introdução são todas extraídas dessa mesma referência (entrevista com o autor).

<sup>3</sup> Para uma proposta de aproximação entre Dworkin e os *common-lawyers* clássicos, principalmente na maneira como ambos concebem o raciocínio público prático e o caráter argumentativo do direito, cf. BUSTAMANTE, 2021b, p. 3.

Apesar de declaradamente ter se afastado da visão inicial referente ao convencionalismo de coordenação, Postema permaneceu em diálogo direto com autores e críticas direcionadas tanto à noção de convenção coordenativa quanto ao convencionalismo filosófico, de maneira mais geral. Em que pese o fato de que Postema tenha considerado a necessidade de vincular-se a outro modelo de racionalidade e de acomodar satisfatoriamente a noção de discursividade em tal modelo, o autor, ainda assim, manteve-se filiado ao que ele chama de convenções Hume-Lewis.

Dessa forma, o que permanece nas entrelinhas da relação de Postema com o convencionalismo é em que medida o distanciamento relativo da sua posição original e os elementos que ele julgou insuficientemente trabalhados naquela oportunidade o comprometem com uma noção convencionalista mais geral e, ainda, qual é a configuração de sua teoria após os movimentos de ruptura e readequação.

O objetivo desta dissertação é mapear o percurso convencionalista da teoria do direito de Postema, buscando apresentar o caminho percorrido desde a proposta original de um convencionalismo coordenativo para a regra de reconhecimento até os trabalhos mais maduros onde o autor leva a cabo as razões que o fizeram se distanciar daquele primeiro modelo. No estágio mais atual, percebe-se que Postema utiliza a teoria da linguagem e da ação de Robert Brandom para aperfeiçoar seu entendimento do caráter social e normativo do direito.

Diante disso, dividiu-se o presente trabalho em três capítulos. Os dois primeiros capítulos podem ser classificados como a primeira parte do trabalho, já que ambos visam reconstruir o entendimento convencionalista de Postema. O terceiro capítulo pode ser visto como uma segunda parte do trabalho, onde efetivamente expõe-se as influências do pragmatismo fundamental social e do inferencialismo semântico de Brandom como a estratégia utilizada por Postema para sofisticar sua teoria do direito.

No primeiro capítulo, apresenta-se detalhadamente a primeira proposta de Postema para a conciliação entre normatividade e socialidade, demonstrando as contribuições de Hume e Lewis na construção do sistema de interação social e expectativas – que desempenha um papel importante no pensamento de Postema, nesse primeiro momento, porque é a partir desse sistema que o autor vislumbra a possibilidade de tornar o quadro teórico geral de Hart mais atraente. Além disso, o capítulo inicial traz as principais críticas de Dworkin ao convencionalismo jurídico. A escolha metodológica aqui se justifica pelo fato de que a defesa positivista do convencionalismo (ou até mesmo uma crítica positivista ao convencionalismo) é comumente articulada em resposta às considerações de Dworkin sobre o convencionalismo jurídico e sobre

os desacordos teóricos no direito. Não somente, como apresentado posteriormente, há uma importante ponto de contato entre Dworkin e Postema, para além do que o segundo autor já admitira: a questão da interpretação protestante e da dimensão coletiva da prática jurídica. Assim, julgou-se metodologicamente relevante apresentar também a concepção interpretativa que Dworkin tem sobre o convencionalismo jurídico. Na sequência, e ao final do primeiro capítulo, apresenta-se a segunda proposta convencionalista de Postema, em oposição àquela originalmente apresentada nos termos das convenções de coordenação em 1982: o convencionalismo material (ou construtivo), baseado no entendimento dos *common-lawyers* clássicos e contemporâneos – notadamente Lon Fuller – sobre a prática e normatividade jurídicas. É precisamente nesse ponto que Postema começará a mudar seu entendimento original e caminhará em sentido contrário a Hart.

Já no segundo capítulo, o objetivo é destacar os principais pontos das críticas positivistas ao convencionalismo filosófico de Hume e Lewis, de maneira geral, e ao convencionalismo jurídico de coordenação tal como originalmente elaborado por Postema, em especial. Aqui, optou-se por um recorte metodológico de modo que os debates apresentados são os debates com os autores mais relevantes da corrente positivista que dialogam explicitamente com essas duas noções convencionalistas e diretamente com Postema: Leslie Green, Andrei Marmor e Jules Coleman. O capítulo apresenta o debate entre esses autores e Postema, e o ponto interessante a ser destacado são os esforços de Postema para defender o convencionalismo Hume-Lewis e a função de coordenação e resolução de problemas de cooperação das regras convencionais. Avalia-se que, no debate com tais autores, fica visível que Postema não abandona por completo seu projeto original, mas o defende em termos diferentes daqueles que serviram de sustentação teórica para a sua primeira elaboração. No final do segundo capítulo, apresenta-se a proposta mais explícita de Postema, que inicia a transição do foco de sua abordagem das convenções para a discursividade, e que habilitará o recurso ao instrumental teórico de Brandom.

No terceiro e último capítulo da dissertação, analisa-se a maneira pela qual Postema compreende a discursividade do direito, expondo sua construção tipicamente brandomiana e *common-lawyer* em sua proposta sobre o pensamento analógico e sobre os costumes. Os costumes, em especial, são vistos por Postema como um subtipo especial de práticas discursivas, razão pela qual a superação das deficiências da abordagem convencionalista passa necessariamente por eles. No entanto, Postema mantém uma dimensão convencionalista na

abordagem da discursividade das normas costumeiras, conciliando-a com os preceitos da teoria de Brandom.

O capítulo final também busca avaliar a proposta de expansão do modelo de racionalidade histórico-expressiva de Brandom ao pensamento jurídico de Postema, identificando-se compromissos brandonianos implícitos e explícitos na teoria do direito de Postema, com destaque para sua compreensão da normatividade no raciocínio social. Ao final do capítulo, analisa-se a dimensão interpretativa inerente à discursividade jurídica da forma elaborada por Postema, e oferece-se argumentos adicionais para reconciliar os principais pontos do pensamento do autor apresentados neste trabalho com a noção de interpretação protestante de Dworkin, de maneira a tornar sua teoria mais coerente e crítica, ao mesmo tempo em que se questiona qual é o espaço teórico que resta para o convencionalismo depois das associações feitas.

Dessa forma, o presente trabalho é de natureza teórica, tendo em vista que se trata de uma reconstrução da noção convencionalista na teoria do direito de Postema, bem como sua relação com os preceitos das práticas sociais discursivas na abordagem de Brandom. Assim, pode-se sustentar uma interdisciplinaridade que orienta essa dissertação entre a teoria do direito e elementos da filosofia da linguagem e da teoria da ação. Além disso, a estrutura metodológica utilizada não é meramente descritiva, mas também normativa, já que o trabalho avalia não só as construções convencionalistas de Postema, mas também sua compatibilidade com uma racionalidade histórico-expressiva e inferencialista mais ampla.

## 1 O CONVENCIONALISMO NA ESTRUTURA DO DIREITO E A LACUNA ENTRE FATO SOCIAL E NORMATIVIDADE

Em seu texto de 1982 chamado “*Coordination and Convention at the Foundations of Law*”, Postema (1982, p. 165) argumenta que há duas visões sobre a natureza do direito dominantes na tradição analítica. A primeira corresponde à tese da normatividade, cujo núcleo definidor integra o direito e as normas jurídicas ao raciocínio prático, de tal forma que a principal tarefa do teórico do direito será a de compreender a capacidade do direito em fornecer razões para ação para os destinatários das normas jurídicas, para os oficiais, entre outros. A segunda visão é apresentada como a tese social (de especial importância para a tradição do positivismo jurídico como um todo), segundo a qual o direito é uma questão de fato social – ou seja, uma questão de comportamentos empiricamente observáveis e factualmente descritíveis sem a necessidade de um vocabulário normativo tal como é próprio à tese da normatividade que trata primordialmente das razões dadas pelo direito.

Considerando essa divisão, Postema buscará conciliar essas duas teses. O elemento fundamental de conciliação é, para Postema, a noção de convenção. As convenções são, a um só tempo, fatos sociais e razões para ação (POSTEMA, 1982, p. 166). O objetivo de Postema nesse estágio inicial é interpretar convencionalmente a regra de reconhecimento de modo a aperfeiçoar o projeto original hartiano (o qual ele considera ter dado muito peso para a tese social) e, para tanto, o autor propõe aproximar a teoria do direito à literatura da filosofia da linguagem e da teoria dos jogos (POSTEMA, 1982, p. 166).<sup>4</sup>

Antes, porém, de considerarmos a argumentação de Postema, é preciso ter em mente que as leituras convencionalistas na teoria do direito foram diversas nas últimas décadas, não se restringindo ao projeto positivista.<sup>5</sup> Além disso, é necessário cautela com as próprias terminologias trabalhadas (convenções e convencionalismo), que são por vezes ambíguas e polissêmicas (POSTEMA, 2011, p. 484).

Para delimitar seu objeto com precisão, Postema (2011, p. 484) parte da concepção de “convencionalismo fundacional”, compreendido como uma investigação sobre a natureza e a normatividade do direito em termos de práticas sociais do tipo convencionalista. Cabe ressaltar que a escolha metodológica de buscar investigar a natureza convencional do direito, e como ele

---

<sup>4</sup> É interessante reparar que, desde seus primeiros textos, Postema nunca se restringiu ao campo da teoria do direito, buscando sempre articulá-lo com outras áreas da Filosofia. Isso reflete seu espírito intelectual que, provavelmente não por acaso, está em pleno acordo com suas pretensões e reivindicações metateóricas para o campo da teoria e da filosofia do direito, mais especificamente. Cf. capítulo 3 desta dissertação.

<sup>5</sup> Exemplo disso é o tipo de convencionalismo trabalhado por Lon Fuller, autor com que Postema dialogará com grande frequência para dar a sua contribuição convencionalista.

pode ter força normativa ainda que concebido desta forma não compromete o teórico com uma teoria semântica mais restrita em que se alega que a veracidade das proposições jurídicas está baseada na crença dos sujeitos jurídicos (POSTEMA, 2011, p. 484). Postema rejeita essa estratégia afirmando que a tese do convencionalismo fundacional “[...] não subscreve a essa tese do convencionalismo semântico bruto” pelo qual o significado de um conceito se equivale ao que os sujeitos que o empregam acreditam que ele é (POSTEMA, 2011, p. 484). Portanto, por “convencionalismo jurídico”, Postema compreende a tese hartiana “segundo a qual a natureza do direito e a sua força normativa estão fundadas numa prática social” (MACEDO JUNIOR, 2015, p. 132).

### **1.1 Que tipo de convenção estrutura a prática jurídica? O projeto original e a pretensão positivista**

O que deixa o projeto hartiano mais vulnerável é a diferenciação entre ponto de vista interno e ponto de vista externo, divisão que invoca uma distinção forte entre usar determinada regra e discorrer sobre essa mesma regra (POSTEMA, 1982, p. 170). Quando um juiz é demandado a justificar a própria regra de reconhecimento, seria necessário, em última instância, apelar para a tese do fato social que descreve uma prática socialmente compartilhada entre os oficiais do direito.

Postema considera problemática também a maneira pela qual Hart constrói o ponto de vista interno. Postema (1998b, p. 342) indica que o erro de Hart, nesse ponto, reside em não compreender que o ponto de vista interno, na construção da Teoria do Direito, é de natureza lógica, e não pessoal. O ponto de vista interno pessoal assume a forma de uma subjetividade psicológica ou de um conjunto epistêmico particular, enquanto o ponto de vista interno de perspectiva lógica distingue-se enquanto uma forma de pensar a estrutura da prática deliberativa, situando-a no “espaço lógico” (POSTEMA, 1998b, p. 342).

Dentro desse espaço lógico, seria possível identificar outra diferença importante, a saber, a diferença entre domínios práticos e domínios teóricos. Nas palavras de Postema:

Podemos dizer, em termos gerais, que o domínio teórico está preocupado em descobrir, estabelecer ou compreender o que acontece e o que é o caso. A investigação no domínio prático está focada em descobrir ou em determinar o que fazer ou o que deve ser feito e, nesse sentido, determinar o que intencionar, deliberar, decidir, sentir ou julgar. Para seres racionais capazes de pensar, deliberar e agir, esses termos marcam uma divisão fundamental no espaço lógico, embora filósofos, por vezes, tenham dificuldade em estabelecer essas fronteiras com precisão. (POSTEMA, 1998b, p. 342)

O que Postema propõe, nessa oportunidade, é uma primazia desse domínio prático na investigação do direito. Para ele, uma consideração mais adequada do fenômeno da normatividade deve, necessariamente, guiar-se pelo domínio prático, em oposição ao domínio teórico. Aqui, Postema procura debater a estratégia geral empregada na metodologia hartiana que, segundo o autor, adota uma concepção do ponto de vista interno pessoal sobre a prática, ao mesmo tempo em que confere uma abordagem da normatividade que é predominantemente teórica-descritiva. Portanto, Hart teria incidido em dois erros graves: ver o ponto de vista interno como um ponto de vista pessoal-psicológico, e analisá-lo prioritariamente sob uma lente conceitual – própria do domínio teórico.

Investigar o ponto de vista interno como ponto de vista pessoal e subjetivo seria um erro, na visão de Postema, porque impossibilitaria o tratamento dos compromissos, crenças e desejos dos participantes em termos impessoais, ou seja, dentro do espaço lógico do domínio prático. Em outras palavras, esse tipo de abordagem não consegue dar um tratamento normativo às crenças (e, acrescento, às intenções) dos participantes, justamente porque não reconhece que a própria atividade de crer impõe critérios de correção.

Esse erro (de adotar uma perspectiva interna subjetiva) levaria a uma má-compreensão da objetividade, na medida em que há uma tendência a entender a objetividade, nessa perspectiva pessoal, não como outro ponto de vista, mas, antes, como um “ponto de vista de lugar algum” (POSTEMA, 1998b, p. 342-343). Deste modo, é interessante notar que, para Postema, elementos de crença e desejo não estão excluídos da equação sobre como o Direito afeta a agência prática, mas a principal reivindicação é a de não tratar esses elementos de maneira psicologizada e sim normativamente.

Postema também não exclui a análise conceitual na investigação jurídica, não sendo totalmente descabido a estratégia de compreender antes de avaliar, de modo que a análise do objeto que se investiga possa preceder eventuais juízos de valor sobre o próprio objeto. Dessa forma, Postema cita a metodologia que Joseph Raz utiliza para trabalhar a autoridade como um exemplo do que pode ser feito na empreitada filosófica da teoria do direito, em termos de conceitualização sem avaliação. A questão fundamental, portanto, é uma chave de leitura que abarque a análise conceitual e o “argumento normativo” de uma maneira interdependente e conciliatória (POSTEMA, 1998b, p. 356-357), de tal forma que isso não signifique qualquer tipo de contradição ou equívoco metodológico.

Em resumo, a distinção normativa do direito é uma questão prioritariamente prática, e não teórico-descritiva da perspectiva subjetiva de como os participantes se relacionam com essa

normatividade – em outras palavras, afasta-se de uma teorização “hermenêutica” que o observador externo faz dos praticantes (POSTEMA, 1998b, p. 356). O espaço possível para uma análise conceitual (por exemplo, quais tipos de razões para a ação são as razões jurídicas), deve ser guiado pelo que Postema intitula domínio prático do que é orientado-pela-prática.

O quebra-cabeça fica mais nítido se levarmos em consideração a ressalva de Postema (1982, p. 171) de que, mesmo marcando diferentes pontos de vista, Hart não abandona por completo a perspectiva provedora de razões na defesa da regra de reconhecimento. Assim, um magistrado não seria completamente equiparável a um antropólogo no sentido de simplesmente adotar o ponto de vista externo e utilizar um vocabulário de segunda ordem em detrimento de efetivamente usar a regra de reconhecimento na aplicação do direito, já que a transição das proposições normativas ora desafiadas para os fatos sociais constitutivos da prática jurídica, no caso do juiz, ainda envolve um nível de justificação, tendo em vista que a regra de reconhecimento, segundo Hart, gera deveres genuínos (HART, 2012, p. 108-109; 1982, p. 256).

É precisamente nesse ponto que o projeto hartiano estaria incompleto. Torna-se necessário ir além e pensar como o fato de uma regra de reconhecimento ser aplicada pelos oficiais pode gerar obrigações genuínas, e por que uma crença de que a regra de reconhecimento é aplicada pela maioria dos oficiais ofereceria uma razão para ação (POSTEMA, 1982, p. 171). Tendo essas questões em mente e buscando responder à objeção dworkiniana de que fatos da prática jurídica só podem oferecer obrigações genuínas se estiverem justificados a partir de um pano de fundo da moralidade política, Postema (1982, p. 172) apostará na “reconstrução da doutrina da regra de reconhecimento”, o que ele considera mais correto do que o “abandono da doutrina hartiana básica das fundações convencionalistas do direito”.

Postema adotará a estrutura Hume-Lewis das convenções e dos problemas de coordenação/cooperação como o tipo fundamental de convenção a se considerar quando falamos de convenções na fundação do direito. A influência humeana no tratamento filosófico das convenções tem base na noção de “convenções de justiça”.<sup>6</sup> Dentro de seu projeto empirista, Hume sustenta que a noção de justiça é artificial, em oposição a uma concepção natural, e por isso é derivada das convenções humanas que aparecem como forma de conter o individualismo potencialmente destrutivo, de modo que os conflitos sociais e sua artificialidade provém da dependência de questões culturais (HUME, 1960; 2013; HARRISON, 1981; POSTEMA, 2011,

---

<sup>6</sup> Dentro da tradição da teoria do direito analítica, Hume será um autor indubitavelmente relevante, não só pelas suas influentes teoria moral e teoria epistemológica, mas também porque ele via as discussões da filosofia do direito inglês como relevantes. Exemplo dessa influência é a própria maneira pela qual os escritos humeanos moldaram os desafios levados em consideração por Bentham (POSTEMA, 2019, p. 80).

p. 486; POSTEMA, 2019, p. 88)<sup>7</sup>. Essa construção tem por objetivo a proteção da propriedade e não se resume a uma análise social, sendo resultado concomitante de uma abordagem sobre a psicologia humana – na medida em que Hume associou a teoria da propriedade à teoria da personalidade e buscou explicações prioritariamente na categoria das paixões (POSTEMA, 2006, p. 374).<sup>8</sup>

Postema (2011, p. 487-488) enfatiza a noção humeana de convenções em dois pontos. O primeiro deles é a metodologia utilizada por Hume para trabalhar as convenções. Postema aponta que Hume não estava interessado em trabalhar o conceito ou a natureza das convenções. Pelo contrário, Hume buscou, prioritariamente, lapidar a força normativa prática das convenções para resolver eventuais problemas sociais, principalmente diante de um cenário instrumentalista de escassez de recursos. É dizer, em outras palavras, que o objetivo de Hume foi descrever com precisão as transformações sociais e institucionais da sociedade e dos sistemas jurídicos modernos. Essa pretensão “realista”, Postema (2019, p. 85) contrasta com a abordagem “hipotética” hartiana sobre a passagem da sociedade pré-jurídica para a sociedade jurídica.

Em segundo lugar, do ponto de vista teórico-substantivo, Postema destaca cinco elementos constitutivos das convenções humeanas relevantes para o debate na teoria do direito: (1) a interdependência social forte como condição necessária para as convenções; (2) o sistema de ações correlatas que as convenções impõem aos seus signatários; (3) a coexistência de ações em nível individual e ações coletivas; (4) a dependência mútua de conformação – só é possível resolver um problema de interação social se cada signatário (individual e coletivamente) fizer a sua parte, i.e., uma das razões para conformar-se à convenção acaba sendo o fato de que outros agentes também o farão; (5) dizer que convenções são artificiais significa que elas são

---

<sup>7</sup> De acordo com Radcliffe (2022, p. 31), Hume utiliza “natural” em três sentidos diferentes, todos eles definidos por relações de diferenciação: (1) natural como oposto de miraculoso, (2) natural como oposto de raro e (3) natural como oposto à artificial. A autora destaca que a moralidade em Hume é natural nos dois primeiros sentidos, mas especificamente os atos de justiça não são naturais no terceiro sentido, e por isso são artificiais (RADCLIFFE, 2022, p. 31). No quadro humeano, as paixões direcionadas aos atos de justiça não são imediatas, mas indiretas, dependendo de uma convenção criada. Um bom exemplo para compreender o sentido artificial empregado é pensar na seguinte situação: “Por exemplo, se uma pessoa modesta pega dinheiro emprestado de um rico avarento e sem caridade, mas não paga o empréstimo, o primeiro está muito melhor e o avarento minimamente pior. Uma pessoa com sensibilidade moral naturalmente sentiria prazer em um situação em que uma pessoa pobre é beneficiada e uma pessoa avarenta não é gravemente prejudicado. Entretanto, a justiça requer que todos os empréstimos sejam pagos, não importando quem é o devedor e quem é o credor” (RADCLIFFE, 2022, p. 31-32). Percebe-se, nesse exemplo, que a aprovação natural seria em um sentido diferente, razão pela qual é necessário algo artificial para que atos de justiça sejam possíveis.

<sup>8</sup> A própria interação e cooperação social podem ser colocadas em termos de um fato psicológico sobre a natureza humana: “A natureza humana não pode subsistir, de maneira alguma, sem a associação de indivíduos” (HUME *apud* POSTEMA, 2019, p. 89). É por isso que na leitura humeana a virtude das convenções de justiça será justamente a de coordenar a interação social.

socialmente construídas em função de um propósito que as tornam inteligíveis no raciocínio prático de cada agente.

Postema (2019, p. 81) rejeita duas leituras reducionistas de Hume no que tange à relação entre justiça, direito e convenções. A primeira análise equivocada consiste em atribuir a Hume um desinteresse pelo direito que corresponderia a um suposto interesse exclusivo em questões de moralidade. A segunda análise reducionista sustenta que a noção de justiça não seria central para Hume, uma vez que esta seria extrajurídica e consistiria em um parâmetro de avaliação das regras sociais. Para Postema, ambas as análises ignoram o fato de que Hume não adota uma diferença forte entre justiça e direito. Pelo contrário, a noção humeana de justiça é fundamentalmente uma “virtude jurídica” e inseparável do conceito de direito (POSTEMA, 2019, p. 82).

Em Hume, há uma convenção social básica da qual depende toda a interação social. Trata-se da convenção especial das promessas, que advém da necessidade de se preservar a instituição da propriedade e consiste em um modo de contrair e gerar obrigações relacionadas à agência coordenada (POSTEMA, 2019, p. 83). Uma vez estabelecida essa estrutura social elementar, é possível avançar para o contexto que demanda o desenvolvimento de outras instituições políticas (entre elas, o direito). Nesse passo, à medida que as sociedades vão se tornando mais complexas, é necessário impor outras restrições às paixões individuais. Tem-se, assim, uma necessidade geral de instituições autoritativas e formais cuja função seja administrar a justiça (POSTEMA, 2019, p. 83).

No quadro humeano até então descrito serão especialmente necessárias instituições *judiciais* que interpretem e determinem as regras de justiça já existentes nas convenções mais básicas (POSTEMA, 2019, p. 84). À medida em que essas instituições formalizadas se tornam mais necessárias, há uma maior ruptura na compreensão social compartilhada sobre as regras e as convenções de justiça (POSTEMA, 2019, p. 84). É por isso que, para Hume, o papel do direito positivo é o de preencher as lacunas sociais relacionadas às convenções de justiça, admitindo-se uma dinamicidade que leva ao desenvolvimento de novas convenções explícitas que atendam às mudanças econômicas de dada sociedade e que tornem possíveis projetos públicos que dependam de cooperação social (POSTEMA, 2019, p. 84-85).

As convenções de David Lewis, por sua vez, também são calcadas em uma racionalidade instrumental (mais especificamente, a racionalidade da teoria dos jogos que se orienta pela alocação de preferências dos agentes envolvidos). A influência de sua abordagem

para a teoria do direito reside no aprofundamento do ambiente social complexo que dá origem aos problemas de cooperação.<sup>9</sup>

Segundo Postema (2011, p. 489), há três características pressupostas no ambiente social à luz das teorias convencionalistas baseadas na teoria dos jogos (que também estão ligadas à estrutura humeana das convenções): (1) a interdependência entre as preferências dos agentes envolvidos (o que significa dizer que o ganho pessoal de cada agente será maior se houver cooperação do que se não houver cooperação); (2) a dependência mútua e condicionada das preferências dos agentes envolvidos (i.e., dentre os cursos de ação disponíveis, há estratégias que só serão a preferência principal de um agente se ela também for a preferência principal dos outros agentes); (3) há uma incerteza constitutiva aos problemas de coordenação (i.e., os agentes não sabem exatamente como os demais irão agir).

Lewis (1969, p. 5) parte de uma visão de que problemas relativos à linguagem e à comunicação são problemas de coordenação. Além disso, pode-se dizer que Lewis segue uma metodologia geral parecida com a de Hume: seu objetivo é mostrar a força que as convenções exercem na vida prática, e busca fazê-lo demonstrando a capacidade das convenções de resolverem problemas de interação social, mais especificamente os problemas de coordenação (POSTEMA, 2011, p. 489).

A estratégia lewisiana para definir conceitualmente um problema de coordenação é particularista; o autor começa elencando uma série de exemplos que ilustram o tipo de problema de coordenação do qual ele está tratando. Alguns dos mais famosos são os dos dois conhecidos que querem se encontrar pessoalmente e calculam o local do encontro a partir do mútuo interesse; ou os dos dois interlocutores em uma ligação telefônica que é inesperadamente interrompida e os falantes precisam decidir quem ligará de volta; ou, ainda, o exemplo emprestado de Hume, no qual dois remadores precisam ajustar o ritmo de suas remadas. Posteriormente, define-se problemas de coordenação como:

[...] situações de decisão interdependente de dois ou mais agentes nas quais a coincidência de interesse predomina e nas quais há dois ou mais equilíbrios coordenativos adequados. Nós também podemos dizer – embora menos informativamente do que se poderia pensar – que são situações nas quais, com relação a *alguma* classificação das ações, os agentes possuem um interesse comum em todos realizarem a mesma das várias alternativas de ações. (LEWIS, 1969, p. 24. Destaque do original.)

---

<sup>9</sup> No campo da teoria do direito, costuma-se usar indistintamente os termos “problemas de coordenação” e “problema de cooperação”.

Frisa-se que no modelo de Lewis nem todo equilíbrio (*equilibrium*) é um equilíbrio de coordenação. Em situações de coordenação, um resultado tido como um equilíbrio coordenativo reflete a coincidência de interesses e preferências dos agentes envolvidos (LEWIS, 1969, p. 14), de forma que, caso qualquer um dos agentes aja de maneira diferente daquela que levou ao resultado adequado, o resultado alternativo não seria melhor para nenhum dos envolvidos.

Outro predicado utilizado na caracterização de Lewis que vale a pena ser destacado é o “adequado”, para fazer referência ao equilíbrio coordenativo adequado (*proper equilibrium*). Um equilíbrio adequado é aquele que representa uma combinação que os agentes preferem em detrimento de qualquer outro resultado possível de ser alcançado; em contraste, em um equilíbrio inadequado, os agentes preferem certa combinação tanto quanto qualquer outra (LEWIS, 1969, p. 22).

A melhor maneira de se alcançar um equilíbrio desse tipo é através de um sistema de expectativas mútuas no qual cada agente possui uma expectativa sobre os outros agentes e isso servirá como razão para agir de determinada maneira a solucionar o eventual problema de coordenação (LEWIS, 1969, p. 25). Lewis também trata de como tais expectativas se formam. Não é necessário que tais expectativas sejam adquiridas por formulação explícita, de modo que existem alguns cenários nos quais os agentes já possuem tais expectativas implicitamente. Essa possibilidade fica clara a partir da atitude de um agente em reconstruir o raciocínio prático de outro agente, o que se torna viável se se conhece pelo menos algumas das crenças do outro agente cujo raciocínio está sendo reconstruído sobre preferências de resultados. A tarefa reconstrutiva na formação de expectativas deverá envolver também considerações sobre as expectativas que os outros agentes possuem sobre o agente reconstrutor, criando-se um sistema interconectado que abriga um jogo dinâmico de troca de expectativas.

Tal processo não contará apenas com expectativas de primeira-ordem, mas com expectativas sobre expectativas (e expectativas sobre expectativas sobre expectativas, assim sucessivamente), razão pela qual Lewis (1969, p. 28) trabalha com o conceito de “expectativas de ordem-maior” – quando, no caso, se considera a possibilidade de qualquer ordem maior do que “1”, i.e., admite-se inúmeros juízos, em níveis diferentes, no processo de formação de expectativas mútuas para a resolução de problemas de coordenação.

Para Lewis, não haveria um regresso ao infinito nesse caso, por alguns motivos. Em primeiro lugar, a reconstrução pela replicação de crenças sobre expectativas não se trata de uma “interação que vai e volta entre as pessoas” (LEWIS, 1969, p. 32). Na verdade, o que Lewis diz ter em mente é um processo de extração de consequências das crenças que os agentes possuem,

no qual juízos de ordens elevadas sobre as expectativas (que podem ser consideradas um tipo de crença, mais especificamente crenças sobre as pessoas com que se interage) “podem nos servir como premissas” (LEWIS, 1969, p. 32).

Além disso, Lewis (1969, p. 31) afirma que é possível chegar em expectativas de primeira-ordem (que são o tipo mínimo de expectativas necessárias para a tomada de decisão no curso da resolução de problemas de coordenação) a partir dos juízos mais elevados. Ou seja, haveria, em tese, uma reflexividade entre os diferentes níveis de expectativas. Adicionalmente, argumenta-se que não há tantos juízos de ordem elevada disponíveis no raciocínio prático (Lewis diz que acredita que, ordinariamente, agentes possuam algo próximo a juízos de até quarta-ordem) e que um juízo elevado normalmente justifica, ao mesmo tempo e de forma direta, expectativas de ordem menor que esse juízo em elevação (LEWIS, 1969, p. 32).

O cenário proposto é o de um sistema aninhado de juízos mútuos de expectativas. Dessa forma, cada juízo sobre expectativas no exercício reconstrutivo de replicação do raciocínio prático dos demais agentes será tomado como uma razão independente para justificar alguma ação no contexto dos problemas de coordenação – Lewis ressalta que há a possibilidade de que cada uma das razões independentes coincidam para o mesmo curso de ação, situação na qual haveria uma justificação robusta para essa mesma ação. Sendo assim, Lewis (1969, p. 33) propõe que a “coordenação pode ser racionalmente alcançada com o auxílio de um sistema de expectativas concordantes mútuas, de primeira ou mais elevadas ordens, sobre as ações, preferências e racionalidade do agente”.

Ainda no tocante à formação do sistema de expectativas supracitado, faz-se necessário analisar a fonte originária mais elementar na proposta lewisiana, qual seja, a resolução via acordos comunicativos. Por meio da comunicação, os agentes podem não apenas discutir o problema de coordenação, mas também eleger um equilíbrio coordenativo de sua preferência e, mais importante, oferecer uma garantia de ação apropriada para se chegar no resultado eleito (LEWIS, 1969, p. 33-34).

Sendo assim, Lewis (1969, p. 34) alerta para o risco de equívoco na explicação da função dos acordos comunicativos para a resolução de problemas de coordenação e sua relação com o sistema de expectativas, na medida em que, para ele, “Coordenação por acordo não é, evidentemente, uma alternativa à coordenação por expectativas concordantes mútuas. Pelo contrário, o acordo é um meio de se produzir tais expectativas. É um meio especialmente efetivo, já que produz expectativas concordantes fortes de vários níveis”.

Há que se ressaltar que acordos também podem ser formados sem comunicação. Nesse ponto, é introduzido uma noção relevante nos escritos de Postema: a *saliência prática*. Segundo Lewis (1969, p. 35), um equilíbrio coordenativo saliente é o tipo de possibilidade de combinação que:

[...] se destaca das demais por sua singularidade em algum aspecto notável. Não é preciso que seja unicamente bom; com efeito, pode ser unicamente ruim. Precisa apenas ser único em algum sentido que os sujeitos notarão, esperarão que cada um note, e assim por diante. Se diferentes equilíbrios coordenativos são únicos de diferentes maneiras notáveis, os sujeitos precisarão ser iguais na importância relativa que eles atribuem às diferentes considerações de comparação; mas geralmente eles são suficientemente iguais na resolução do problema.<sup>10</sup>

A ideia aqui é que há, no raciocínio prático, resultados possíveis que, por sua distintividade, afetam a deliberação de maneira sobressalente no quadro prático dos agentes, principalmente quando esses não podem se comunicar e possuem apenas o conhecimento comum do problema propriamente dito.

A classe de problemas de coordenação mais paradigmática para compreender os casos em que os agentes não se comunicam e ainda assim formam um sistema de expectativas mútuas – com a possibilidade de recorrer à *saliência* de determinado equilíbrio coordenativo –, de acordo com Lewis (1969, p. 36), são os problemas de coordenação familiares (ou seja, no qual há o recurso a expectativas mútuas precedentes, em oposição aos problemas de coordenação inteiramente novos).

O tipo de familiaridade de casos que Lewis tem em mente não são casos idênticos (que sequer seriam possíveis, pois o quadro mais amplo da experiência do agente quando confrontado com um caso idêntico a um caso anterior já não é o mesmo da primeira vez em que esse mesmo caso ocorreu), mas análogos. Portanto, o caso paradigmático para o qual se mobiliza soluções precedentes são problemas de coordenação análogos<sup>11</sup>:

Suponhamos, então, que nós não recebamos o problema original de novo, mas que recebamos um novo problema de coordenação de certa forma análogo ao original. Guiando-nos por qualquer analogia que percebemos, nós tendemos a seguir o precedente ao tentar um equilíbrio coordenativo no novo problema que corresponde unicamente àquele que nós alcançamos anteriormente. (LEWIS, 1969, p. 37)

<sup>10</sup> Percebe-se aqui a diferença que Postema (2011, p. 490) atribui à Lewis entre convenções e soluções-equilíbrio em sentido amplo. Estas representam possibilidades de solução, enquanto as primeiras são tratadas como solução de fato.

<sup>11</sup> A ênfase na analogia entre problemas de coordenação na construção de Lewis é importante porque Postema, como veremos mais tarde, adota o modelo racionalista e inferencialista de Brandom para tratar do raciocínio analógico no direito, ou seja, uma estratégia completamente diferente da convencionalista, que é a concepção fulcral de Postema para compreender a relação entre fatos sociais e normatividade na fundação do direito.

Nessas situações, a força de um caso precedente se explica precisamente porque o fato de os agentes terem formado um equilíbrio coordenativo anteriormente em caso análogo revelasse como uma “fonte de um importante tipo de saliência” (LEWIS, 1969, p. 36). Portanto, a saliência de uma solução adotada em um caso precedente torna-se relevante e especial no raciocínio prático envolvendo analogias notáveis (LEWIS, 1969, p. 38).

A própria possibilidade de se eleger um caso análogo como um caso precedente e obter sucesso na resolução de um caso “novo” a partir do equilíbrio coordenativo alcançado previamente depende basicamente de dois elementos: (1) a capacidade dos agentes envolvidos de identificar os aspectos relevantes de similaridade entre casos análogos, tendo em vista que nenhuma analogia é idêntica, e (2) a capacidade de excluir outras analogias que não tenham tanta familiaridade com o caso novo. Considerando esses elementos e a multiplicidade de analogias possíveis, Lewis (1969, p. 39) aponta para a necessidade de que as ações dos agentes respondam a fenômenos de regularidade acentuada – i.e., para que a força e a saliência de um precedente funcionem adequadamente, é preciso que o equilíbrio coordenativo análogo espelhado se forme por conformidade à regularidade. Lewis (1969, p. 39) advoga por uma “preferência condicional pela conformidade”, capaz de explicar a tendência dos agentes em problemas de coordenação de seguirem precedentes e de criarem expectativas de diferentes níveis de que os demais agentes ajam da mesma maneira – no caso, em conformidade com as regularidades observáveis.

Para Lewis, não é necessário dominar todos os precedentes ou ser capaz de listar todas as analogias elegíveis para precedente, bastando que se identifique ao menos algumas regularidades na experiência comum e suas semelhanças com os problemas de coordenação do presente – processo que forma uma “crença geral” de conformidade a certas regularidades e em determinadas situações (LEWIS, 1969, p. 40-41). O resultado desse processo é:

[...] um sistema metaestável auto perpetuante de preferências, expectativas e ações, capaz de persistir de maneira indefinida. Enquanto a conformidade uniforme for um equilíbrio coordenativo, de forma que cada um queira conformar-se condicionalmente a partir da conformidade dos outros, a ação conformadora produz expectativa de ação conformadora e expectativa de ação conformadora produz ação conformadora. (LEWIS, 1969, p. 42)

A partir dessas considerações, Lewis apresenta seu conceito bruto de convenção, que é seguido em parte por Postema em suas formulações iniciais para tratar da regra de reconhecimento. Assim, determinada regularidade apenas será uma convenção em certa comunidade quando os agentes dessa mesma comunidade envolvidos em uma situação recorrente (e nas instanciações dessa situação), cumulativamente se conformarem à

regularidade; tiverem a expectativa mútua de que os demais também se conformarão à regularidade; tiverem a preferência geral e condicional de conformação à regularidade quando tal conformação representar um equilíbrio coordenativo adequado (LEWIS, 1969, p. 42). De maneira geral, as convenções serão um subtipo especial de equilíbrios coordenativos (POSTEMA, 2011, p. 489).

À definição inicial das convenções, Lewis acrescenta especificações e demandas de conhecimento comum e de crença verdadeira. Tais elementos ganham especial importância, sobretudo para o contexto da regra de reconhecimento – que precisa explicar como o fato de uma prática ser compartilhada pelos outros pode gerar obrigações genuínas –, porque constituem parte da própria identidade do sujeito vinculado à convenção e portanto pertencente à determinada população ou grupo onde a convenção existe e para a qual ela se aplica.

Assim, além da existência de uma regularidade, é necessário que as partes da convenção tenham um conhecimento comum (que pode ser tácito ou expresso) de que: primeiro, existe um estado de coisas tal como uma convenção que impõe demandas e vincula os agentes; segundo, é verdade que a regularidade localmente observada está de acordo com tais demandas; logo, todos os agentes possuem razão para crer que a referida regularidade – ora de conhecimento comum e uma convenção verdadeira – é realmente uma convenção, e, portanto, firma-se um sistema de expectativas mútuas relacionado à conformidade à convenção (LEWIS, 1969, p. 61).<sup>12</sup>

Ao elaborar com maior detalhamento o modelo, Lewis (1969, p. 78) apresenta a seguinte formulação mais refinada da noção de convenção:

Uma regularidade R no comportamento dos membros de uma população P, quando estes são agentes em uma situação recorrente S, é uma *convenção* se, e somente se, for verdadeiro, e se for conhecimento comum em P que, em quase toda instância de S entre os membros de P: (1) quase todos conformam a R; (2) quase todos esperam que quase todos os outros se conformem a R; (3) quase todos possuem aproximadamente as mesmas preferências considerando todas as combinações de ações possíveis; (4) quase todos preferem que qualquer um esteja mais em conformidade com R, no caso em que quase todos estejam em conformidade com R; (5) quase todos prefeririam que qualquer um estivesse mais em conformidade com R', no caso em que quase todos estivessem em conformidade com R'; onde R' é alguma regularidade possível no comportamento dos membros de P em S, tal que quase ninguém em quase qualquer instância de S entre os membros de P poderia se conformar simultaneamente a R' e R. (Destques do original.)

---

<sup>12</sup> A relevância de ser verdadeiro que determinada regularidade R é uma convenção repousa no fato de que problemas de coordenação devem admitir mais de um equilíbrio coordenativo apropriado e portanto uma multiplicidade de regularidades (R', R'', etc), sob pena de trivialidade. É por isso, por exemplo, que o fato de uma regularidade R ser uma convenção é arbitrário, pois nada impediria que R' fosse a convenção ao invés de R (LEWIS, 1969, p. 70).

Embora a base do modelo de convenção de Lewis seja utilizado por Postema, este possui algumas divergências em sua própria formulação. Dentre tais divergências, pode-se apontar duas mais relevantes. A primeira grande divergência diz respeito à centralidade dada à regularidade de comportamento na noção de convenção. Rompendo com a centralidade dada ao fenômeno da regularidade por Lewis, Postema (1998a, p. 469) sustenta que, no seu modelo de convenção, as regularidades comportamentais não fazem parte da definição das convenções. Nesse sentido, Postema sustenta que o elemento central e que possui mais poder explicativo são as expectativas mútuas associadas, de forma que o que as regularidades fazem nesse esquema conceitual é apenas focalizar tais expectativas. O movimento de priorizar e conferir centralidade às expectativas mútuas é a maneira que Postema encontra de garantir a força normativa das normas sociais à luz das convenções.

A segunda grande divergência é uma consequência da primeira: se a regularidade não é central na conceituação e explicação das convenções, não é ela que resolverá um problema de coordenação. Para Postema (1998a, p. 469; 2011, p. 491), é a saliência – e a capacidade correspondente dos agentes de identificarem-na – que será o elemento chave para o equilíbrio coordenativo.

A partir dessa formulação, Postema (1982, p. 176-179) destaca quatro pontos referentes aos desdobramentos da noção de convenção lewisiana que possuem maior impacto na sua proposta inicial na teoria do direito. A começar pelo destaque de que convenções não podem ser reduzidas a meras regularidades de comportamento nem a simples convergência de ações. Postema enfatiza que o elemento distintivo das convenções é o fato de que uma regularidade convencional está lastreada em dois pilares, da qual ela deriva a sua racionalidade e a sua normatividade: (1) o sistema de expectativas mútuas e (2) a necessidade comum aos participantes de coordenar suas atividades.

O segundo destaque refere-se ao fato de que convenções não são necessariamente uma razão decisiva para o agente se conformar a ela. Aqui, Postema aponta para a possibilidade de outras razões independentes que podem corroborar com a ação conformadora, para além da própria convenção. Em outras palavras, significa dizer que as razões convencionais não são razões completas. Segundo Postema, é possível que existam situações nas quais a saliência do equilíbrio coordenativo resulta não da convenção, mas de considerações morais evidentes que apontam no sentido desse mesmo equilíbrio, o que seria uma razão forte para que o agente se conforme à regularidade observada. Não somente, também é possível que as próprias convenções prevejam certas situações nas quais se demanda o recurso às razões morais, ou

ainda, que o mesmo curso de ação demandado por uma convenção seja paralela e independentemente demandado por considerações morais e, por isso, vislumbra-se a possibilidade de mais de uma fonte de justificação para uma mesma ação (convenção e moralidade).

O terceiro destaque já está contido na teoria de Lewis e diz respeito à não necessidade de formulação explícita de uma convenção para atingir a coordenação. Esse ponto também vai ao encontro do interesse do projeto hartiano, tendo em vista que a regra de reconhecimento “muito raramente é expressamente formulada como uma regra”, estando implícita no seu uso interno pelos oficiais (HART, 2012, p. 101).

O quarto e último destaque sobre as características das convenções lewisianas realizado por Postema é a ideia de que a permanência e a capacidade vinculante das convenções são pontos absolutamente independentes da regularidade original que inicialmente levou à formação da própria convenção e da correção moral da ação demandada pela convenção. Assim, o critério determinante da perenidade de uma convenção será única e exclusivamente sua capacidade de oferecer boas soluções aos problemas de coordenação que ela se propõe a resolver. Nesse sentido, pode-se dizer que a estabilidade e a conservação de uma convenção ao longo do tempo dependem de seu sucesso em alcançar um equilíbrio coordenativo adequado, dado o contexto de preferências em que as regras convencionais surgem. Tal aspecto ressalta que as convenções não são engessadas e podem mudar, ou até mesmo deixar de vincular os agentes, caso mudem as circunstâncias que inicialmente a tornaram um caminho bem-sucedido no raciocínio prático dos agentes a ela vinculados.

Ao cruzar as contribuições humeanas com a estrutura geral lewisiana, e após o filtro desta a partir de suas principais ressalvas, Postema (2011, p. 491-492) considera adequada a seguinte descrição – que privilegia os aspectos de *racionalidade* e *normatividade* das convenções sociais:

[...] Uma convenção existe em uma comunidade quando, com relação ao padrão ou esquema de ações *S*, é conhecimento comum entre os membros da comunidade que (1) a maioria dos membros espera que a maioria de seus colegas membros faça sua parte em *S*, (2) a maioria prefere (ou tem boa razão para) não agir unilateralmente contra essa expectativa, (3) a maioria prefere conformidade geral a algum padrão ou esquema do que os membros agirem por conta própria, e (4) esse conhecimento comum coloca *pressão racional* para que os membros da comunidade façam sua parte em *S*. Compreendidas dessa forma, convenções são esquemas de ações correlatas que habilitam os membros de uma comunidade a resolverem seus problemas de cooperação recorrentes. [...] Portanto, estabelecidas em seu habitat natural de interação social e raciocínio prático, as convenções preenchem a lacuna entre fatos sociais de comportamentos e atitudes convergentes de um lado, e normas sociais com força prática genuína do outro. Poderíamos dizer até, com um pequeno exagero, *que convenções são fatos sociais com força normativa*. (Destques meus.)

Postema (1982, p. 179) considera que seguir os ditames de uma convenção, ou se conformar à regularidade convencional, é racional apenas na medida em que houver boas razões para vincular-se às convenções.<sup>13</sup> No entanto, ainda não está claro aquilo que mais importa para o refinamento do projeto hartiano: a obrigatoriedade de conformação. Há uma diferença entre a racionalidade de conformar-se a uma convenção e a obrigatoriedade de conformar-se a uma convenção. Em última análise, essa diferença é uma diferença entre expectativas razoáveis e expectativas legítimas (POSTEMA, 1982, p. 180)<sup>14</sup>.

Postema (1982, p. 180-182) sustenta que há duas circunstâncias aptas a gerarem expectativas legítimas e, portanto, obrigações e deveres genuínos. A primeira delas consiste no fato de que a confiança gerada a partir das expectativas entre as partes é induzida unilateralmente por um dos agentes. Para dar um exemplo próximo: no direito brasileiro, tal circunstância seria algo como a proibição de comportamento contraditório. O direito civil e o direito internacional ilustram o argumento de Postema, em dois exemplos. Primeiro, podemos pensar na companhia ferroviária que, ao realizar a tarefa de sinalizar o fluxo de trens nas ferrovias, cria a expectativa nos motoristas de carro de que quando não houver sinalização avisando do cruzamento do trem na ferroviária com a rodovia, eles poderão seguir – os motoristas confiam na expectativa criada pela prática da Companhia, de modo que esta torna-se responsável pela violação dessa expectativa em caso de acidente (não importando a intenção original da Companhia).

Como segundo exemplo, Postema cita os casos de teste nuclear examinados pela Corte Internacional de Justiça. Em um destes casos, o Tribunal entendeu que as manifestações da França, tornando pública sua intenção em cessar seus testes nucleares, embora unilateral, vinculam o Estado francês – note-se a indução de confiança da comunidade internacional de que os testes não continuariam. Com esses exemplos, Postema (1982, p. 181) ressalta que as ações unilaterais podem gerar obrigações genuínas aos agentes que agiram unilateralmente, isso porque as demais partes que “confiam nas novas expectativas criadas estão autorizadas a esperar um comportamento consistente com as ações unilaterais”.

---

<sup>13</sup> Essa afirmação difere profundamente de outras abordagens positivistas-convencionalistas, como veremos mais a frente, que sustentam que as razões para se comprometer às regras de uma convenção são secundárias ao convencionalismo jurídico.

<sup>14</sup> Postema (1982, p. 180) oferece o seguinte exemplo: era fato público e notório que Kant realizava caminhadas diárias pelas ruas de sua cidade. Uma outra pessoa poderia valer-se do fato seguro de que Kant caminharia pela manhã e colocar uma torta no forno, com a intenção de tirá-la quando Kant passasse em sua caminhada. Embora tenha-se criado uma expectativa, isso não coloca Kant sob a obrigação de caminhar naquela manhã, ainda que ele soubesse dos planos culinários da outra pessoa. Assim, colocar uma torta no forno com a intenção de tirá-la quando Kant passar é uma expectativa razoável, mas não há o “direito” de imputar uma obrigação de conduta a Kant.

A segunda circunstância nas quais expectativas legítimas são formadas, e por isso geram obrigações, está relacionada com o próprio pressuposto fundamental das convenções no contexto da solução de problemas de coordenação: a garantia das preferências comuns aos agentes, mediada por relações de expectativas mútuas e reciprocidade. Aqui, Postema atribui um grande peso ao fato de que, para convenções funcionarem – i.e., beneficiar todos os agentes envolvidos – é necessário um comprometimento de cada um dos agentes (ou, segundo a caracterização de Lewis, de quase todos os agentes) em desempenhar seu papel e contribuir com o sucesso da convenção em vigor. O que Postema (1982, p. 182) tem em mente ao descrever essa segunda circunstância são problemas de coordenação interdependentes e complexos que, por sua condição, ensejam obrigações do tipo *fair-play*.

Quando pensado em contextos de interação social que refletem problemas de coordenação, o direito terá uma função coordenativa diferente, a depender de que tipo de problema de coordenação estamos tratando. Há três níveis de problemas nos quais o direito desempenha um papel de coordenação (POSTEMA, 1982, p. 183): (1) problemas de coordenação independentes do direito, no qual este é introduzido como uma fonte auxiliar na resolução do problema; (2) problemas interativos na relação entre oficiais e cidadãos; (3) problemas na relação entre oficiais. A diferença entre eles, como se vê, é que a origem dos problemas do nível 1 é externa ao direito, enquanto nos níveis 2 e 3 o problema de coordenação surgirá das próprias circunstâncias de aplicação do direito.

No primeiro nível, presume-se que os agentes envolvidos no problema de coordenação não conseguiram resolvê-lo, demandando que um terceiro decida. Isso torna esse tipo de situação um caso atípico no contexto dos problemas de coordenação (POSTEMA, 1982, p. 184). Nesse tipo de problema, caberá ao adjudicador examinar as expectativas mútuas na relação de reciprocidade dos agentes e replicar um raciocínio contrafactual com vistas a “descobrir a solução saliente” – que pode, com efeito, ser ela mesma uma regra jurídica que indique um equilíbrio coordenativo (POSTEMA, 1982, p. 184). Por isso, Postema (1982, p. 185) afirma que a decisão judicial em problemas do primeiro nível não tem o objetivo de firmar soluções futuras, mas é orientada retrospectivamente para declarar qual das partes envolvidas no impasse possuía a expectativa mais legítima.

É preciso ter cautela para não reduzir o direito, nos problemas de primeiro nível, a apenas fontes externas de resolução. Uma característica importante de se considerar é que as soluções jurídicas são “autoritativas”, o que enseja sanções aderentes às convenções

(POSTEMA, 1982, p. 186). Segundo Postema (1982, p. 186), a utilidade das sanções às convenções se explica por três motivos:

[...] (i) Elas facilitam e tornam a coordenação mais eficiente porque não é mais necessário recorrer ao processo de replicações mútuas de padrões do raciocínio prático todas as vezes em que a coordenação for necessária. (ii) Elas reduzem o risco de que, em qualquer instância particular de uma situação recorrente que demande coordenação, alguma parte falhe na motivação necessária para atingir a coordenação adequada. (iii) Elas tornam possível apresentar imediatamente os recém-chegados à comunidade governada pelas convenções; pode-se contar com a conformidade, se não porque o recém-chegado compartilha do desejo apropriado de coordenação, pelo menos porque ele provavelmente quer evitar a sanção.

Como a função atribuída ao direito e à adjudicação nesse primeiro nível representa uma atipicidade em contextos de problemas de coordenação, Postema julga ser necessário que se compreenda algo mais elementar e próprio da interação social. Embora Hart tenha feito avanços com o ponto de vista interno – de modo a superar uma visão sobre o direito que o reduza a previsões de comportamento ou ao hábito de obediência –, ele falhou justamente em apreender a interdependência entre os raciocínios práticos dos oficiais e dos sujeitos jurídicos, e o quadro de expectativas que emerge dessas relações jurídicas são efetivamente um problema de coordenação, fato que seria a principal razão para uma aposta no caráter convencional da regra de reconhecimento que preenchesse a lacuna entre a teoria social e a teoria normativa (POSTEMA, 1982, p. 187).

Há que se dar proeminência à capacidade do direito de guiar a ação dos agentes, ou seja, é necessário reconhecer a primazia do ponto de vista interno. Ao ressaltar tal necessidade, Postema propõe integrar o raciocínio jurídico ao raciocínio prático mais amplo, e, ao mesmo tempo, afasta uma abordagem calcada na disposição psicológica dos agentes situados em um problema de coordenação (a exemplo do que seria a abordagem predominante ao tratar-se o ponto de vista interno como um ponto de vista pessoal-subjetivo e não lógico):

[...] Isto é, deve ser possível que as leis funcionem como guias internos para a ação, e que figurem de maneira importante, como regras ou como normas, nos padrões característicos do raciocínio prático. Portanto, o direito direciona a ação para seus fins (quaisquer que eles sejam) *em sua forma característica* apenas na medida em que seus standards possuam um lugar nos padrões de raciocínio prático daqueles sujeitos a ele. Assim, a importância prática das regras de direito não pode ser determinada independentemente de considerar o papel que essas regras exercem no raciocínio prático dos seus sujeitos. (POSTEMA, 1982, p. 188. Destaques do original.)

A pergunta que naturalmente se impõe é: qual é, portanto, o papel que as regras jurídicas exercem no raciocínio prático dos sujeitos jurídicos? A resposta a essa pergunta é o ponto de partida para compreender os problemas de coordenação jurídica do segundo nível, i.e., entre oficiais e cidadãos. Para responder, Postema (1982, p. 188-189) aponta duas características da

estrutura geral do raciocínio prático em relação às quais as regras jurídicas ganham significação. A primeira é a publicidade compartilhada da compreensão do que as regras jurídicas demandam dos agentes – ou seja, não pode ser uma questão disposicional e privada. A segunda característica é a necessidade de um contexto interpretativo prévio e comum a partir do qual é possível separar o que está de acordo com as exigências das regras jurídicas e o que não está – ou seja, o conteúdo das regras torna-se determinável.

A existência de uma prática social pública e compartilhada revela que a identificação das regras jurídicas – que sob o prisma do positivismo jurídico é centrada na atuação institucional dos oficiais – e a compreensão do que elas demandam ou proíbem são atividades estruturadas na interdependência entre cidadãos e oficiais. Esse é o caso porque se trata de um processo comunicativo de interação social que mobiliza expectativas mútuas (POSTEMA, 1982, p. 190). Postema sustenta que isso implica dizer que as regras jurídicas só podem guiar as ações se os sujeitos de direito e os aplicadores do direito se entenderem mutuamente.<sup>15</sup> Essa proposição de reciprocidade é fundamental para o projeto de Postema porque, segundo ele, “negar a interdependência aqui implica a rejeição da tese social ou da tese da normatividade” (POSTEMA, 1982, p. 190) – e, como sabemos, sua pretensão é a de aproximar as duas teses a partir da concepção de convenção como fato social genuinamente normativo.

Tal negação implica a rejeição da tese social porque considera que a atividade dos oficiais não depende, em nenhuma medida, da atividade dos sujeitos jurídicos perante o direito, o que seria uma forma de “platonismo jurídico”, pelo qual tudo o que existe é uma realidade jurídico-normativa objetiva e independente das atitudes e crenças dos sujeitos jurídicos (POSTEMA, 1982, p. 191). Por outro lado, a mesma postura de considerar que tudo o que importa são as atitudes entre os próprios oficiais pode também ser interpretada como uma rejeição da tese da normatividade porque “ignora como essas regras figuram no raciocínio prático dos sujeitos jurídicos” (POSTEMA, 1982, p. 191), erro comum dentro da tradição positivista.

Assim, Postema considera que a interdependência entre as atividades dos oficiais e dos cidadãos é uma condição necessária para conceber o direito como um problema de coordenação. Embora necessária, tal interdependência não é suficiente para garantir que estamos diante de

---

<sup>15</sup> O autor considera que a relação entre eles é normalmente assimétrica, tendo em vista que a identificação e a aplicação autoritativa possuem maior peso no processo, mas isso não significa que não seja necessário considerar as expectativas que os sujeitos jurídicos possuem sobre como os oficiais interpretarão as regras jurídicas. Em um dos exemplos dados, Postema cita a relação entre os árbitros de um jogo, de um lado, e os jogadores e torcedores, do outro. Há uma assimetria entre as partes, mas ela não é capaz de minar a interdependência de expectativas entre elas (POSTEMA, 1982, p. 194).

um problema de coordenação. Para caracterizar a interação entre oficiais e cidadãos como um problema de coordenação genuíno, Postema (1982, p. 192-193) destaca que, além da interdependência, ambas as partes possuem um interesse comum de chegar na mesma interpretação de uma dada norma jurídica, o que corresponde ao elemento das preferências mutuamente condicionais característico da matriz convencionalista humeana-lewisiana. Os cidadãos possuem o interesse em viver em harmonia com o direito, e os juízes possuem um dever de tornar o direito mais eficaz e estável. Não obstante, há sempre uma pluralidade de interpretações possíveis, situação que satisfaz mais uma condição dos problemas de coordenação: a da multiplicidade de equilíbrios coordenativos.<sup>16</sup>

Com relação aos problemas de coordenação no terceiro nível (entre os próprios oficiais), Postema os estabelece como expressão de uma doutrina da responsabilidade política coletiva. Postema (1980, p. 352) leva em consideração a preocupação de Bentham de que o direito deve funcionar como um sistema de expectativas públicas. Dessa forma, uma teoria do dever judicial construída a partir de uma noção de responsabilidade individual não é o suficiente porque deve haver espaço para uma responsabilidade coletiva, i.e., as juízas não podem se contentar com o fato de atingirem, em suas decisões individuais, um resultado mediador dessas expectativas. É necessário que se tenha espaço para um agir institucional que seja coletivo, ou seja, é preciso pensar não apenas unitariamente como uma agente pública (*official*), mas como um ente judiciário coletivizado. Postema (1982, p. 193) chama essa necessidade de coerência institucional, e demanda que cada juíza assuma uma perspectiva institucional do judiciário como um todo, de forma a considerar “não apenas as expectativas das partes referentes à suas ações ou decisões particulares”, mas também a expectativa sobre como “outros colegas no tribunal identificarão e aplicarão o direito” e suas expectativas com relação às decisões particulares.<sup>17</sup>

Postema acredita que, ao demonstrar os tipos de problema de coordenação que estão presentes nos três níveis de interação social na aplicação do direito, é possível estabelecer uma justificativa conceitual e prática para tratar a atividade de identificação e de interpretação do direito como uma questão de convenção. Resta ainda, no entanto, demonstrar como o

---

<sup>16</sup> De acordo com Postema (2011, p. 512), uma das consequências de se pensar o modelo de Hume e Lewis na teoria do direito é justamente o enfraquecimento da diferenciação entre conformação à convenção e interpretação da convenção. As divergências sobre o que uma regra convencional exige são internamente orientadas pela necessidade dos participantes em uniformizar a ação guiada pela convenção.

<sup>17</sup> Como será exposto nos próximos capítulos, acredito que essa dupla perspectiva seja melhor explicada à luz do modelo de contabilidade deôntica brandomiano.

reconhecimento dessas situações como problemas de coordenação e a sugestão convencionalista podem ser vistas como impositoras de obrigações.

A conclusão a que Postema chega é diferente para os cidadãos e para os oficiais. Quanto aos cidadãos, Postema (1982, p. 195-196) sustenta que não será possível falar em uma obrigação de conformação às convenções referentes à aplicação e interpretação do direito porque um argumento desse tipo só seria possível por intermédio da teoria do fair-play. Postema considera que, em termos gerais, só há razão para se conformar a uma convenção na medida em que persistirem os problemas de coordenação – tendo em vista que há algum valor para os envolvidos em alcançar um comportamento coordenado.

A partir do momento em que não há mais problema de coordenação, ou se a solução coordenativa não for preferível para os agentes a qualquer outro resultado obtido não-cooperativamente, inexistente razão para adoção de comportamento conforme. Mais do que isso, ainda que se possa argumentar pela existência de razões de conformação às convenções sobre identificação e aplicação do direito, não há nada que garanta uma conformação ao próprio direito – i.e., a partir do momento em que as regras jurídicas são interpretadas e aplicadas, as convenções sobre o processo de aplicação e interpretação do direito perdem seu objeto.

Isso implica a sugestão de Postema de que somente uma teoria de fair-play poderia justificar a obrigatoriedade de conformação por parte dos cidadãos, já que a razão original mais forte para aderir a uma convenção seria o interesse e a preferência pelo benefício mútuo. Ou seja, os cidadãos teriam razão para conformar-se se isso significar um resultado bom para todos os envolvidos. No entanto, de acordo com Postema, a teoria do fair-play não pode apoiar o argumento pela obrigatoriedade de conformação dos cidadãos porque, no caso, está ausente um elemento imprescindível para as obrigações de fair-play, qual seja, a voluntariedade na aceitação dessas obrigações cujo objetivo é concretizar o benefício mútuo:

[...] nós poderíamos ficar tentados a sustentar que os cidadãos possuem uma obrigação de conformação porque as convenções em questão definem um tipo de empreendimento cooperativo para o benefício mútuo, o que atrai a doutrina do fair-play. Mas esse argumento falha. Ainda que essa interpretação da situação de coordenação entre oficiais e cidadãos valha em outros aspectos, ela falha ao cumprir uma importante condição do argumento do fair-play. Pelo argumento, para estabelecer uma obrigação aos beneficiários dos efeitos de terceiros em um empreendimento cooperativo é necessário não apenas que a parte tenha recebido benefícios, mas também que ela tenha, em algum sentido significativo, os aceitado voluntariamente. [...] os benefícios das instituições jurídicas e políticas, e da conformidade geral com as demandas do direito pelos cidadãos, raramente são aceitos de forma voluntária. Tais benefícios são bens públicos que alguém recebe largamente, tenha os aceitado ou não; há pouca ou nenhuma escolha na questão. (POSTEMA, 1982, p. 195-196)

A conclusão parcial de Postema sobre a possibilidade de as convenções jurídicas vincularem os cidadãos é negativa porque, dadas as características das convenções e dos problemas de coordenação, seria preciso adotar o argumento do fair-play. Este argumento, por sua vez, não seria apto a explicar a obrigatoriedade de conformação porque está sustentado no elemento da voluntariedade. Logo, no caso dos cidadãos, tem-se, no máximo, uma razão de conformação em sentido motivacional (ou explanatório), e não uma razão normativa ligada à obrigatoriedade de conformação.<sup>18</sup> É interessante notar a ressalva feita por Postema (1982, p. 196): embora não seja possível falar em uma obrigação genuína de conformação por parte dos cidadãos, isso não é um problema para se pensar o caso dos oficiais porque, conforme o autor havia enfatizado anteriormente, há uma assimetria natural na interdependência entre cidadão e oficial, de modo que o fato da questão da obrigatoriedade afetar um lado não significa que necessariamente afetará o outro.

Essa ressalva já indica que Postema assumirá que há uma obrigação (ou um dever) genuíno de conformação às convenções por parte dos oficiais. Para o autor, a fonte dessas obrigações de conformação para os oficiais é justamente a supracitada doutrina da responsabilidade política (POSTEMA, 1982, p. 196-197), que, para ele, está lastreada em uma concepção coletivizada de responsabilidade, a qual ele julga diferente do tipo de responsabilidade individual gravitacional para outros empreendimentos justificatórios (como o de Dworkin).

Postema dirá que as preferências (um dos elementos constitutivos de um problema de coordenação) da parte dos oficiais que interpretam e aplicam o direito, ao contrário dos cidadãos, não são de caráter pessoal, mas institucional, e fruto do *papel* desempenhado por esses oficiais. Essa institucionalidade no raciocínio prático integrado é relevante porque ela é autoritativa (POSTEMA, 1982, p. 197), e isso torna as decisões oficiais uma fonte de saliência prática.

A consideração do caráter autoritativo da atividade oficial também está situada no contexto de um sistema complexo de expectativas, e por isso os cidadãos e demais sujeitos jurídicos estão *legitimados* a criarem e manterem expectativas com relação à atuação oficial-institucional. Nesse ponto, Postema (1982, p. 197) retoma a noção de uma doutrina da

---

<sup>18</sup> Essa distinção entre razão explanatória e razão normativa se encontra em Raz (2011). Segundo Raz (2011, p. 14), dizer que um agente possui uma razão para agir tem um duplo significado: explanatório ou normativo. No primeiro sentido, ter “razão” é ter um motivo que explica determinada ação, mas não há uma conexão avaliativa entre a razão e a ação. No segundo sentido, a “razão” guia a ação e a partir daquela tem-se um padrão avaliativo para a performance da própria ação.

responsabilidade política que é precisamente o que cria obrigações de conformação para os oficiais que interpretam e aplicam o direito:

[...] a Corte trata, e insiste que todos os demais tratem, suas decisões e ações como autoritativas, tendo um peso especial. Portanto, ela induz expectativas (e a confiança nelas) da parte dos cidadãos e isso não é uma característica acidental das instituições aplicadoras de direito, mas essencial ao seu papel em um sistema jurídico. [...] Cidadãos são autorizados a esperar que os oficiais buscarão coordenação nos segundo e terceiro níveis. Assim, os juízes, sob a doutrina da responsabilidade política, são obrigados a buscar coordenação em ambos os níveis e a se conformar às convenções que alcançam essa coordenação. Oficiais e cidadãos estão moralmente em posições assimétricas, em parte porque eles ocupam posições estrategicamente assimétricas.

A noção postemiana de responsabilidade política dos oficiais se dá em função do sistema de expectativas mútuas (incluindo as expectativas dos sujeitos jurídicos, dado o caráter de interdependência dos problemas de coordenação) e do objetivo de coordenação no contexto das interações sociais. Assim, Postema diferencia o conteúdo das normas jurídicas do conteúdo dos critérios de identificação das normas jurídicas (ou, em outras palavras, do conteúdo de identificação do fundamento de um sistema jurídico). Nesse sentido, não há lugar para considerações normativas de natureza moral na fundação do direito ou no empreendimento de identificar a regra de reconhecimento.<sup>19</sup>

O ponto fulcral para reconciliar a tese social e a tese da normatividade é a ênfase no contexto de interação social estratégica que está na base do próprio direito. A ideia de uma convenção basilar não é destacar as meras regularidades de comportamento dos agentes oficiais que aplicam o direito, mas chamar a atenção para a estrutura de raciocínio prático de fundo que está implícita nesse processo. Postema (1982, p. 201-202) sustenta que só há um dever judicial – e, portanto, uma obrigação – quando estivermos diante de um sistema complexo de expectativas e interação social estratégica e, o mais importante, quando estiver disponível uma solução coordenativa. Quando não for possível atingir um equilíbrio de coordenação, não há que se falar em dever judicial.

Se a prática social chegar a esse ponto, é possível admitir o recurso a considerações morais no raciocínio jurídico e ainda haveria deveres correlatos de imparcialidade e de fundamentação das decisões para dar uma resposta às partes. Contudo, tal recurso aos princípios

---

<sup>19</sup> No tocante à questão das obrigações genuínas envolvendo convenções, não estou convencido de que Postema conseguiu, como foi sua intenção, resolver as falhas de Hart. Adotar tipos diferentes de obrigações para cidadãos e para oficiais, mesmo considerando o elemento da assimetria, não supera o problema da centralização das convenções nos oficiais. Uma abordagem não-positivista, como a de Dworkin, que mobiliza apenas um tipo de teoria das obrigações para responder a essa questão não estaria em condições epistêmicas de simplicidade superiores às construções de Hart e de Postema? Postema parece reconhecer a necessidade de uma abordagem unificada e muda sua posição posteriormente. Cf. a seção das normas costumeiras no último capítulo dessa dissertação e o argumento contra a assimetria no estado de direito, também no último capítulo.

de moralidade crítica seria um elemento meramente contingente na definição do direito (POSTEMA, 1982, p. 202), não havendo que se falar, contra Dworkin, em uma solução que já estivesse contida no ordenamento e que precisasse ser descoberta pela magistrada (o que implicaria dizer que a tese da resposta correta não faz uma boa descrição do que é o direito e a prática jurídica).

O corolário de tratar a regra de reconhecimento e as obrigações judiciais como convenção e como frutos dos problemas de coordenação, respectivamente, é que “a significação normativa da prática judicial só pode ser compreendida a partir de um pano de fundo na forma de interação estratégica, característica dos fundamentos do direito”, dando prioridade explanatória não para as regularidades constitutivas de uma convenção, mas para o “contexto social” e para a “estrutura do raciocínio prático na qual tais regularidades são normativamente significantes” (POSTEMA, 1982, p. 202).

Por isso, dessa vez concordando com Dworkin, Postema (1982, p. 202) diz que é preciso romper com o olhar estático pelo qual Hart via a regra de reconhecimento, e propõe, em seu lugar, a “realidade dinâmica” e contínua<sup>20</sup> que se constrói a partir do olhar convencionalista sobre a regra de reconhecimento. Contudo, a constatação dessas falhas na abordagem hartiana original não constituiriam, segundo o argumento, um bom motivo para abandonar o positivismo, e é pela ausência de um bom motivo que Postema se propõe a repensar a estrutura do raciocínio prático e a aproximar os pilares positivistas da tese da normatividade. Nesse sentido:

Portanto, o direito é uma questão de fato social, importantemente relacionado às atividades de certas instituições básicas. Esses fatos sociais estão enraizados em uma rede complexa de interação social estratégica. Por causa desse enraizamento, os fatos sociais produzem razões concretas para ação; eles geram obrigações genuínas. O direito, então, define uma estrutura para o raciocínio prático. Com a noção de convenção, nós preenchemos a lacuna entre as teses social e da normatividade. (POSTEMA, 1982, p. 203)

O foco dado por Postema a essa leitura convencionalista é precisamente na estrutura racional e intersubjetiva que está envolvida nas regras sociais e no processo de raciocínio jurídico, e não nas regularidades de comportamento (que seriam apenas uma fonte de saliência). Contudo, apesar de ter considerado sua abordagem bem-sucedida na aproximação das duas teses, anos mais tarde Postema (1998b) reconhece alguns desafios que uma teoria

---

<sup>20</sup> O caráter dinâmico das regras convencionais se explica porque tais normas não estão centradas nas regularidades e devem ser situadas no campo da normatividade e do raciocínio prático. Por esse motivo, Postema (2011, p. 493) classifica as convenções como “nódulos relativamente estáveis em uma rede dinâmica de considerações práticas”. O foco, portanto, não está no fato de se repetir um comportamento (o que seria uma visão estática), mas em como tais comportamentos impactam as considerações normativas dos agentes de uma comunidade.

convencionalista do direito e da prática jurídica terá que responder. Há dois aspectos que os convencionalistas teriam que levar em conta: (1) se os participantes de uma prática jurídica realmente adotam a função de coordenação como o propósito de suas atividades; (2) se a concepção de racionalidade da teoria dos jogos adotada no modelo do convencionalismo jurídico dá conta da dimensão de justificação do direito (POSTEMA, 1998b, p. 472). Esses dois apontamentos de desafios que os convencionalistas terão que responder são moldados precisamente pela crítica articulada por Dworkin em *Law's Empire* (1986).

## **1.2 As objeções de Dworkin e o convencionalismo na encruzilhada do ajuste e da justificação**

O argumento geral de Dworkin é de que uma teoria convencionalista do direito falha sobretudo por duas razões: (1) o convencionalismo jurídico fracassa no teste de adequação à prática e (2) o convencionalismo jurídico não é uma teoria apta a justificar a prática.<sup>21</sup> Tais críticas são de natureza eminentemente políticas, e não de natureza epistemológica (MATOS, 2018, p. 87).

Dworkin (1986, p. 116-117) parte do pressuposto de que o propósito político norteador das leituras convencionalistas é o valor da proteção das expectativas, sustentando o argumento em duas asserções pós-interpretativas: (1) uma decisão pretérita convencionalmente aceita – e com critérios estabelecidos por convenção sobre como compreender o conteúdo dessa decisão – vincula os juízes; (2) não há direitos a não ser aqueles reconhecidos por decisões pretéritas respaldadas em convenções. Da conjunção das duas asserções resulta a tese da discricionariedade, na qual se permite que a magistrada recorra a critérios extrajurídicos para dar uma resposta às partes, já que não haveria uma resposta nas convenções jurídicas.

Para Dworkin, o divisor de águas dentro da corrente convencionalista é em que medida a magistrada aceita as extensões de uma convenção. As extensões explícitas de uma determinada convenção são o conjunto de proposições mais abstratas com os quais os participantes se comprometem e se vinculam (DWORKIN, 1986, p. 123). Já as extensões

---

<sup>21</sup> Na interpretação construtiva de Dworkin (1986, p. 65-68; 2005, p. 239), há três etapas interpretativas: (1) pré interpretativa, na qual se identifica a prática relevante que será interpretada; (2) interpretativa, onde se atribui um valor para a prática, de modo a justificá-la; (3) pós-interpretativa, onde se identificará as circunstâncias concretas demandadas pela justificação da etapa interpretativa. Além dessa disposição, um elemento importante nessa construção é o que Dworkin chama de dimensão de ajuste ou adequação (*fit*). A dimensão de ajuste é um teste em que se busca restringir a criatividade do intérprete (se ele está realmente interpretando uma prática existente ou inventando um novo objeto interpretativo) e por isso demanda que a justificação e o valor atribuídos à prática sejam compatíveis com os dados descritivos sobre ela.

implícitas de uma convenção são as consequências práticas que se seguem das extensões explicitamente reconhecidas, ou seja, é o nível em que se interpreta o que determinada convenção amplamente aceita, requer ou proíbe (DWORKIN, 1986, p. 123). A título de exemplo, Dworkin oferece uma extensão propositiva explícita segundo a qual as partes de um processo judicial devem ser igualmente ouvidas. Nesse exemplo, seria necessário discutir as extensões implícitas à essa primeira mais abstrata, ou seja, o que significaria dizer que as partes possuem o direito de se manifestar e ser ouvidas igualmente (questões relacionadas ao tempo de manifestação ou ao número de testemunhas, por exemplo).

A partir dessa diferenciação, torna-se possível identificar dois tipos de convencionalismo: estrito e moderado (DWORKIN, 1986, p. 124). Enquanto o primeiro limita a convenção às suas extensões explícitas, o segundo admite as formas implícitas das extensões da convenção jurídica. O convencionalismo moderado é o mais desafiador para a defesa do direito como integridade de Dworkin, bem como o modelo mais sofisticado dentro da tradição positivista, mas falha, assim como o convencionalismo estrito, em concretizar a proteção das expectativas – seu objetivo político fundamental.

Na avaliação de Dworkin, as principais limitações do convencionalismo estrito (i.e., reconhecimento apenas das extensões convencionais explícitas) são o problema de discricionariedade recorrente – já que, esgotadas as extensões explícitas, não há outro caminho de decisão judicial que não recorra a critérios extrajurídicos fora das convenções – e um problema mais geral de teoria da interpretação, tendo em vista que o escopo restrito das extensões explícitas de uma convenção jurídica está associado ao textualismo e ao intencionalismo interpretativos (MATOS, 2018, p. 86). O convencionalismo moderado, no entanto, apesar de se mostrar mais sofisticado quando recorre às convenções implícitas ante o esgotamento das convenções explícitas, possui duas limitações no tocante à referida “estratégia de abstração continuada” (a busca por convenções implícitas mais abstratas) (MATOS, 2018, p. 87). A primeira limitação é referente ao material a partir do qual se abstrai convenções implícitas, não se tratando mais de um fato estabelecido, mas de uma concepção normativa sobre as convenções, razão pela qual está-se diante de uma tarefa interpretativa.

A segunda limitação da estratégia de abstração é que ela “dificulta a defesa da separação entre direito e moral, um dos eixos do convencionalismo, porquanto a ficção da convenção mais abstrata esconde que os intérpretes estariam, na verdade, engajados em problemas próprios de conceitos interpretativos” (MATOS, 2018, p. 87). Ou seja, ambas as dificuldades que Dworkin enxerga no convencionalismo moderado estão relacionadas com a maneira pela qual ele

compreende que a teoria do direito é interpretativa, sendo a primeira limitação relacionada ao processo interpretativo em si, que é normativo e não conta com materiais brutos, e a segunda limitação uma limitação derivada da impossibilidade de uma neutralidade metodológica, sendo o caso em que, se o convencionalismo pretende realizar algum valor, ele precisa de um engajamento moral e político substantivos.

Quando observamos o teste de adequação (*fit*), o convencionalismo jurídico falha por dois motivos principais. Em primeiro lugar, o convencionalismo estrito falha exatamente porque reconhece apenas as extensões explícitas de uma convenção, ao passo em que os juízes, principalmente em casos difíceis, se esforçam para identificar extensões implícitas quando as explícitas se esgotam e não resolvem a controvérsia (DWORKIN, 1986, p. 130). Dworkin chega a esboçar uma possível resposta a essa primeira crítica do teste de adequação. Um convencionalista mais radical, reconhecendo a necessidade de um mínimo de consistência entre uma decisão nova em um caso difícil e decisões passadas, poderia valer-se da diferença entre consistência estratégica e consistência principiológica.

Pela consistência estratégica, um juiz convencionalista não precisaria de empregar a melhor interpretação da prática e articulá-la com seus princípios, bastando conciliar de forma harmônica a nova regra jurídica com as regras jurídicas anteriormente estabelecidas (DWORKIN, 1986, p. 133). O sentido de “consistência”, aqui, seria um sentido mais epistêmico. Por outro lado, a consistência principiológica demanda outra noção de consistência; demanda que “os inúmeros padrões que governam o uso da coerção estatal contra os cidadãos sejam consistentes no sentido de que expressem uma visão de justiça única e compreensiva” (DWORKIN, 1986, p. 134) – nesse segundo sentido, portanto, “consistência” está relacionada a uma questão de valor.

Dworkin (1986, p. 131;135) aduz que os convencionalistas negam qualquer centralidade desse segundo tipo de consistência (principiológica) na sua concepção do direito e da adjudicação, mas (contrariamente aos convencionalistas) não é isso que os exemplos de casos difíceis selecionados por Dworkin (com destaque para os casos *McLoughlin*, *Riggs vs. Palmer* e *Tennessee Valley Authority*<sup>22</sup>) mostram. A partir do momento em que os juízes recorrem aos princípios embutidos na prática para justificar decisões passadas, indo além dos limites de eventual convenção que requer o respeito a decisões passadas, o convencionalismo já não explica um aspecto central da argumentação sobre essa prática.

---

<sup>22</sup> *McLoughlin v. O'Brian* (1983) 1 AC 410; *Riggs v. Palmer* (1889) 115 NY 506; *Tennessee Valley Auth. v. Hill* (1978) 437 US 153.

Em segundo lugar, o convencionalismo também não passa no teste de adequação quando analisamos o evento que dá origem às convenções. Dworkin já argumentou pela inadequação da abordagem convencionalista no momento da decisão judicial, mas há um outro aspecto a ser levado em consideração que diz respeito à própria formação das convenções jurídicas na estrutura basilar do direito. Trata-se da diferença entre consenso por convenção e consenso por convicção. Dworkin (1986, p. 138) opera essa diferenciação a partir da identificação de dois níveis nos quais é possível formar um consenso: (1) consenso sobre determinadas regras e (2) consenso dentro da prática em que figuram tais regras.

O ponto principal a ser notado aqui é que o primeiro tipo de consenso – que é o tipo presumido no modelo do convencionalismo jurídico – atribui o valor de verdade para certas proposições jurídicas de determinado ordenamento pelo simples fato de que a maioria dos participantes dessa prática acreditam ser o caso da veracidade de tais proposições (DWORKIN, 1986, p. 136). Por outro lado, o consenso por convicção é pautado por um acordo substantivo que molda a veracidade de determinadas proposições jurídicas (DWORKIN, 1986, p. 136). Nas palavras do autor:

Talvez advogados e juízes aceitem uma proposição como verdadeira por convenção, o que significa verdadeira apenas porque todos a aceitam, do modo como todos os jogadores de xadrez aceitam que um rei só pode se mover uma casa por vez. Ou talvez todos os advogados e os juízes aceitem a proposição como obviamente verdadeira, embora não verdadeira por convenção: talvez o consenso seja um consenso de convicção independente, como a forma em que todos nós aceitamos que é errado torturar bebês ou condenar pessoas que nós sabemos ser inocentes. [...] Se os advogados pensarem que uma proposição particular sobre a legislação é verdadeira por convenção, eles não precisarão de qualquer razão *substantiva* para aceitá-la. Então qualquer ataque substantivo à proposição estará fora de lugar no contexto da adjudicação, assim como um questionamento à sabedoria das regras de xadrez está fora de lugar dentro do jogo. Mas se o consenso é por convicção, então o desacordo, surpreendentemente, não estará fora de lugar da mesma maneira porque todos reconhecerão que um ataque ao caso substantivo de uma proposição é um ataque à própria proposição. (DWORKIN, 1986, p. 136)

Assim, há que se observar que o raciocínio jurídico, enquanto prática argumentativa, não se baseia fundamentalmente em argumentos sobre o direito, mas em argumentos dentro do contexto da própria prática jurídica (DWORKIN, 1986, p. 138). Isso permite compreender como o direito pode mudar ao longo do tempo, o que desafia o peso convencionalista atribuído ao direito, já que tais mudanças ocorrem com base em argumentos substanciais robustos e pautados por convicção. Dworkin (1986, p. 139) conclui pela falha do convencionalismo no teste de adequação, considerando que o consenso por convenção pode existir, mas não é fundamental ou necessário e que, no processo de adjudicação, os juízes tratam os paradigmas interpretativos não como mera convenção patrocinada pelo passado, e sim como teorias

construtivas que realizam algum propósito ou valor no seio da própria prática (e não *sobre* a prática).

No que tange à dimensão de justificação, Dworkin questionará se o valor pressuposto no convencionalismo (proteção de expectativas) é capaz de fundamentar a coerção estatal. Nesse ponto, há um direcionamento crítico para a função de coordenação que é o que mais nos importa para pensar como Postema amolda sua defesa convencionalista ao ataque dworkiniano. O convencionalismo, em sua versão mais convincente, identificará duas grandes virtudes nas convenções: (1) a supracitada proteção da expectativa e da confiança das partes da convenção e (2) a capacidade de habilitar a coordenação social.

Partindo das formulações gerais lewisianas, Dworkin (1986, p. 145) descreve as convenções como sistemas nos quais “as pessoas seguem certas regras ou máximas por razões que essencialmente incluem suas expectativas de que os outros seguirão as mesmas máximas ou regras”. Nessa construção, os agentes terão uma razão para seguir uma determinada regra convencionalmente estabelecida quando for o caso de que seguir essa regra convencional pública seja melhor do que seguir uma regra em particular (DWORKIN, 1986, p. 145).

Há aqui uma conexão com a diferença entre consenso por convicção e consenso por convenção, na medida em que se atribui maior valor ao fato de uma determinada regra ser convencionalmente assentada e estabelecida do ao conteúdo substancial dessa regra (DWORKIN, 1986, p. 146). Estabelecendo-se uma regra por convenção, os sujeitos jurídicos poderão planejar suas atividades sabendo que, embora possa existir uma controvérsia substancial sobre a aplicação de determinada regra, há, ao menos, o consenso por convenção de como resolver disputas emergentes de um possível conflito.

É pela confiança nesse tipo de consenso por convenção que haveria um argumento favorável segundo o qual os juízes devem preservar a regra publicamente estabelecida, mesmo que a avaliem como uma regra que não deveria ser adotada originalmente (DWORKIN, 1986, p. 146). Estruturado dessa forma, o argumento convencionalista, portanto, é o de que convenções permitem a coordenação e o planejamento justamente por se ligarem a um tipo de consenso diferente do consenso por convicção.

Contudo, os próprios adeptos do convencionalismo reconheceriam que, diferentemente dos problemas de coordenação clássicos (como aqueles exemplificados na obra de Lewis), certas regras jurídicas são inevitavelmente regras substantivas, e não regras do tipo “rodovia” – que estabelecem em qual lado da rodovia os motoristas devem dirigir e cuja preferência dos motoristas (de que andem todos do mesmo lado) possui mais peso do que qualquer que seja o

sentido da rodovia convencionalmente adotado (DWORKIN, 1986, p. 146).<sup>23</sup> As regras jurídicas frequentemente possuem razões contrafactuais mais nítidas e substantivas, podendo-se, por exemplo, perguntar se uma regra eventualmente adotada é a solução mais justa para uma situação em específico.

Dado que as regras jurídicas não são necessariamente como as regras de rodovia, percebe-se que há, no convencionalismo, a busca por um equilíbrio entre previsibilidade (proteção de expectativas) e flexibilidade (DWORKIN, 1986, p. 146). Em outras palavras: considerando que a regra jurídica a ser adotada depende de considerações de convicção, em algum momento da história institucional será necessário uma tomada de decisão substantiva; contudo, uma vez tomada tal decisão substantiva, o convencionalismo impõe que os juízes a tratem como uma regra já estabelecida e publicamente sedimentada (i.e., baseada em um consenso por convenção), de forma análoga às regras de rodovia e promovendo-se a coordenação social, nos limites da convenção. Dessa forma, o convencionalismo sustentaria que:

[...] Se uma decisão sobre responsabilidade civil por dano emocional tiver sido tomada em um sentido ou em outro, e se não houver controvérsia sobre qual é essa decisão, então todos devem ter um direito de que tal decisão seja garantida até que ela seja desaprovada publicamente da mesma maneira. Mas, se não houver nenhuma decisão em qualquer sentido, então a Corte deve ser livre para decidir sobre o mérito, tomando a melhor decisão para o futuro, embora, é claro, levando em conta a consistência estratégica". (DWORKIN, 1986, p. 147)

Portanto, tem-se que uma possível defesa convencionalista na dimensão de justificação perpassaria pelo reconhecimento do valor pressuposto da proteção de expectativas aliado à mediação entre previsibilidade e flexibilidade que realize a virtude da cooperação social (DWORKIN, 1986, p. 149). No entanto, Dworkin (1986, p. 150) não acredita que o convencionalismo será a melhor teoria do direito/adjudicação se a razão capaz de justificá-lo for o fomento da coordenação. Essa conclusão é construída a partir de uma comparação, no quesito da coordenação social, com outra teoria interpretativa: o pragmatismo jurídico.

Dworkin (1986, p. 150-151) sustenta que a virtude da coordenação é mais bem realizada pelo pragmatismo jurídico<sup>24</sup>. Isso porque o juiz pragmatista, mesmo não reconhecendo um dever geral de respeitar as decisões institucionais passadas, poderá aderir às decisões passadas

---

<sup>23</sup> Nos casos de regras desse tipo (que Dworkin chama de “regras de rodovia”), a razão com maior peso é a crença compartilhada de que é melhor que todos dirijam do mesmo lado, pouco importando qual lado é esse.

<sup>24</sup> O pragmatismo jurídico, em linhas gerais e tal como concebido por Dworkin (1986, p. 151-152), é uma concepção interpretativa do direito caracterizada por um ceticismo direcionado à capacidade de decisões passadas justificarem a coerção estatal e que propõe, no lugar destas, critérios de eficiência e previsibilidade orientados para decisões que visem o futuro da comunidade política.

e ao próprio convencionalismo se essa for a melhor decisão para a comunidade jurídica. Da mesma maneira, caso a melhor decisão futura demande um rompimento brusco com o passado, o juiz pragmatista não teria o menor constrangimento em fazê-lo.

Desse modo, resta evidente, para Dworkin (1986, p. 150), que um sistema jurídico fundamentalmente convencionalista “é desprovido da capacidade de alcançar qualquer coisa próxima da flexibilidade do pragmatismo porque qualquer relaxamento inevitavelmente envolveria a derrota da expectativa publicamente encorajada”. Apesar de não aceitar o pragmatismo como a melhor teoria, Dworkin se dá por convencido de que ele constitui um modelo mais bem-sucedido, em comparação ao convencionalismo, para realizar o propósito de conciliação entre previsibilidade e flexibilidade, passado estabelecido e nova decisão para o futuro, do que se propõe uma teoria convencionalista.

### 1.2.1 Respostas de Postema aos desafios de Dworkin

Para compreender como Postema construirá uma alternativa mais viável e sensível às críticas de Dworkin ao convencionalismo é preciso atentar às duas estratégias mobilizadas com este fim. Em primeiro lugar, Postema (2011, p. 442) esclarece que a leitura interpretativista que Dworkin faz do positivismo como convencionalismo é idiossincrática, tratando-se de uma representação interpretativa do positivismo exclusivo. Assim, Postema considera que as críticas desferidas contra o que Dworkin chama de “convencionalismo” não afetam diretamente a tese mais abrangente de que a fundação do direito é uma convenção social (tese que, inclusive, pode ser compartilhada tanto por positivistas quanto por não-positivistas)<sup>25</sup>.

Em segundo lugar, a tese convencionalista adotada por Postema não segue a mesma cartilha que a adotada pelos positivistas. Postema se aproximará do convencionalismo “material” ligado à tradição dos *common-lawyers*. O autor considera que o convencionalismo positivista hartiano é formal porque reduz a convenção na fundação do direito às características estruturais e à normatividade restrita aos oficiais aplicadores do direito, ao passo em que o tipo de convencionalismo adequado é material no sentido de depender de uma continuidade do raciocínio jurídico com o raciocínio prático mais amplo (POSTEMA, 2004b, p. 13). Assim, o

---

<sup>25</sup> Além disso, Postema (2011, p. 442) lembra que o próprio Dworkin tratou o positivismo inclusivo de Coleman como uma versão menos sofisticada da tese do direito como integridade. Com efeito, Dworkin (2010, p. 266-280) afirma que o positivismo inclusivo, tal como formulado por Coleman, “não é positivismo nenhum, mas apenas uma tentativa de manter o termo ‘positivismo’ para uma concepção de direito e da prática jurídica que é totalmente estranha ao positivismo” e que a proposta de Coleman é um antipositivismo que “abandonou completamente o legado filosófico que se propõe a defender, e cobre a sua retirada afirmando que se mantém fiel ao princípio fundamental do positivismo: aquele segundo o qual o direito é sempre uma questão de convenção”.

convencionalismo material se baseia na *tese da congruência* entre as condições necessárias para que certas regras sejam regras jurídicas e as práticas sociais informais à luz dos quais normas de direito se tornam inteligíveis (POSTEMA, 2004b, p. 13).

### **1.3 O argumento em favor do convencionalismo material: a tese da congruência e sua importância para a implicitude do direito**

Postema deriva a tese da congruência das considerações de Fuller (1969a; 1969b), para quem a existência do direito enquanto sistema depende fundamentalmente de um alinhamento entre o aspecto institucional e formal e o aspecto prático-informal pelo qual se pode observar alguma diferença operada pelo direito na vida humana. Ao destacar tal alinhamento, Fuller visa dissolver a controvérsia entre o positivismo clássico e o jusnaturalismo sobre a questão da natureza da decisão judicial: se um ato judicial cria ou meramente declara direitos que já estavam implícitos em determinado sistema. Por isso, Fuller (1969a, p. 78) trabalha com uma diferença entre “direito criado” e “direito implícito”. O caso paradigmático do primeiro é a atividade legislativa, e o caso paradigmático do segundo são os costumes e o direito consuetudinário.

A principal característica do direito criado é a sua explicitude, e tem na lei em sentido estrito o seu exemplo mais concreto: as leis nos informam da existência de um direito em determinado período histórico (FULLER, 1969a, p. 79). Por outro lado, os direitos implícitos incorporado nos costumes são resultado de um longo processo de maturação e emergentes da própria prática, ou seja, não é possível atribuí-los à alguma entidade formal ou instituição específica (FULLER, 1969a, p. 79).

Além disso, vale destacar os dois sentidos de “implícito” empregados por Fuller. Dizer que o direito consuetudinário é direito implícito pode significar tanto (1) que tal direito não é resultado de uma atividade cognitiva específica para ordenar algum comportamento – e sim da própria conduta dos agentes –, e que (2) os costumes e os direitos implícitos a eles não possuem uma finalidade explicitamente declarada, razão pela qual é necessário apreender seus propósitos a partir de inferências da própria prática (FULLER, 1969a, p. 79-80).

Postema (1994, p. 363) sintetiza a diferença fulleriana entre direito criado e direito implícito da seguinte maneira:

*Regras criadas* são proposições normativas gerais concebidas anteriormente e projetadas para conduta por algum propósito ao qual, na intenção do criador, a regra dirige a conduta. Dá-se às regras criadas formulações verbais canônicas por um autor determinado em uma data razoavelmente precisa. A força prática das regras criadas

depende da autoridade de seus criadores ou dos gabinetes que eles ocupam. Assim, regras criadas pressupõem tanto autores como relações de autoridade e subordinação. Em contraste, *regras implícitas* surgem da conduta, não de concepção. Formulações verbais podem capturar, com maior ou menor precisão, as regras implícitas na conduta, mas as formulações são sempre post hoc e estritamente responsivas à conduta. Nenhuma formulação é autoritativa apenas em virtude de sua articulação pública. Embora regras implícitas emergjam da conduta de determinados agentes, tipicamente elas não possuem data de nascimento precisa e nem autores determinados. Elas não pressupõem relações de autoridade e subordinação; portanto, sua força prática não depende da autoridade ou da promulgação, mas do fato de que elas encontram “expressão direta na conduta das pessoas umas com as outras”. (Destques do original.)

A noção fulleriana de regras implícitas (ou direito implícito) ocupa um lugar central na maneira pela qual Postema constrói seu convencionalismo jurídico e sua teoria do direito. Regras implícitas são o tipo de regras que melhor captam a relação entre a normatividade do direito e o contexto social interativo no qual ele está inserido (mantendo-se a centralidade da função de coordenação).

A tese da congruência, por sua vez, é construída para auxiliar o argumento a favor da existência de uma relação de dependência entre os sistemas jurídicos modernos e as regras implícitas, ou seja, a favor do convencionalismo material. Nesse sentido, relativiza-se as formulações explícitas próprias das regras criadas em favor de uma concepção na qual a capacidade normativa de guiar ações das regras jurídicas depende, de maneira mais fundamental, “do substrato da prática contínua” (POSTEMA, 1994, p. 365). O caráter convencionalista desse substrato se explica pela capacidade dos agentes em interação de antecipar soluções para novos problemas (POSTEMA, 1994, p. 365).

Regras ou normas implícitas só fazem sentido à luz do contexto de complexa interação social, e sua racionalidade é atestada a partir de sua posição na rede de expectativas mútuas e ação intencional. Além disso, regras implícitas figuram como pontos relativamente estáveis na interação social, razão pela qual elas também são capazes de coordenar a ação (POSTEMA, 1994, p. 365), embora o sentido de coordenação utilizado por Fuller ao tratar das interações sociais não seja o mesmo sentido de coordenação empregado no contexto da teoria dos jogos.<sup>26</sup> Em termos mais minimalistas (sem atribuir qualquer destaque para alguma função exercida pelo direito), trata-se meramente do tipo de cooperação social envolvida na prática jurídica, com a atribuição de um grau mínimo de coordenação:

A coordenação da interação social autodirigida será efetiva apenas se a maioria dos participantes envolvidos puder razoavelmente esperar que a maioria dos outros

---

<sup>26</sup> Postema (1994, p. 365, nota de rodapé 12) esclarece que a diferença principal entre os dois sentidos de coordenação é que Fuller, diferentemente dos autores envolvidos com a teoria dos jogos e da escolha racional, não acredita que os agentes sejam indiferentes às soluções coordenativas.

identificará e compreenderá as regras aplicáveis aproximadamente da mesma maneira que eles fazem, e puder contar com a maior parte para alinharem-se a eles. (POSTEMA, 1994, p. 372)

O principal pilar da teoria de Fuller, na interpretação de Postema, é a ideia de que o direito implícito é um elemento *necessário* e prioritário para a existência de qualquer sistema jurídico, seja ele centrado nos costumes ou em normas explícitas. Portanto, mesmo nos sistemas do *civil-law*, dá-se um papel proeminente às normas implícitas. Isso se explica justamente pelo peso dado às interações sociais como o habitat natural das normas e sistemas jurídicos.

Por isso, Postema (1994, p. 366) retoma a diferenciação que Fuller faz entre os três níveis de interação nas práticas sociais, divisão esta que é a base para a crítica ao convencionalismo hartiano e a sua priorização de um único conjunto de relações interativas entre os oficiais do direito: (1) relações horizontais (entre sujeitos jurídicos); (2) relações verticais (entre sujeitos jurídicos e oficiais); (3) relações oficiais-oficiais (dentro das autoridades jurídicas).

Postema (1994, p. 368) ressalta que o método fulleriano para demonstrar a dependência conceitual e pragmática dos demais elementos do sistema jurídico em relação ao direito implícito reside em duas teses principais, que servem como rota de explicação para o argumento a ser defendido. A primeira delas é a tese da interação vertical, e a segunda é a supracitada tese da congruência. A tese da interação vertical (utilizada por Postema para elaborar seu modelo convencionalista como primeira proposta para refinar a abordagem hartiana na teoria do direito) reforça mais nitidamente a crítica ao formalismo hartiano, na medida em que utiliza a relação entre sujeitos jurídicos e oficiais como ponto chave para a centralidade do direito implícito.

Nesse sentido, a abordagem fulleriana pela prioridade do direito implícito leva à concepção de que tanto o conteúdo quanto o significado das normas jurídicas dependem da dupla perspectiva envolvida na relação entre sujeitos jurídicos e oficiais (POSTEMA, 1994, p. 368). Contudo, a relação entre sujeitos e oficiais apreendida na tese da interação vertical é parasitária da relação horizontal (sujeito-sujeito), podendo-se dizer que, na concepção fulleriana, há uma primazia explanatória da relação sujeito-sujeito. Isso não significa relegar um aspecto secundário às relações verticais, mas apenas reconhecer que o fator de institucionalização e autoridade imprescindíveis ao direito não se dão num vácuo nas práticas sociais; pelo contrário, a formalização se dá nesse contexto deliberativo horizontal entre os cidadãos, de tal forma que “a interação entre oficiais e cidadãos é melhor vista como uma extensão da interação deliberativa já em jogo entre os cidadãos” (POSTEMA, 1994, p. 373).

Essa afirmação tem um duplo impacto, na medida em que evidencia tanto uma condição de necessidade para a existência do direito quanto uma condição de eficácia de um sistema jurídico já constituído. Isso dizer que o direito enquanto fenômeno normativo que guia a ação só é possível a partir da troca de expectativas entre sujeitos e oficiais, e que determinado agente só seguirá uma norma jurídica caso seja possível situá-la de forma mais ampla nesse sistema de expectativas praticadas, de forma que onde não houver esforço mútuo para a interação coordenada não haverá um sistema minimamente eficaz (POSTEMA, 1994, p. 369). Essas expectativas mútuas configuram uma reciprocidade entre sujeitos e oficiais no seio da tese da interação vertical, como vimos no primeiro capítulo<sup>27</sup>, pois tanto os cidadãos reconstruem o raciocínio dos oficiais para interpretar e aplicar as normas jurídicas quanto os oficiais precisam antecipar ou projetar o raciocínio dos sujeitos normativos no seu trato com as normas, seja em nível de aplicação ou até mesmo criação.

A partir da construção fulleriana, é possível enxergar com maior facilidade como uma função coordenativa tem dimensões normativas mais amplas. Tendo a noção de direito implícito como o coração da prática jurídica – e como elemento mais destacado da ciência jurídica na concepção de Fuller –, é possível atribuir aos sujeitos normativos em geral (incluindo-se necessariamente os cidadãos) uma condição de verdadeiros agentes competentes que navegam no mundo social, interagindo com esse mundo e entre eles.

Assim, pode-se falar em uma função expressiva da coordenação, que não só exige uma antecipação dos comportamentos alheios como habilita uma série de ações que não seriam possíveis sem o alinhamento interativo:

Costumes e regras sociais informais são o produto dos indivíduos resolvendo problemas de coordenação que surgem das expectativas aninhadas. As pessoas envolvidas nessas interações dependem da identificação de padrões salientes sobre os quais elas podem formar expectativas confiáveis do comportamento dos demais e assim coordenar suas interações. Com o tempo, normas implícitas emergem, não designadas por alguém em particular ou pela comunidade como um todo, da acomodação mútua e do ajuste de expectativas e ações dos agentes interativos. Essas normas fornecem pontos estáveis na rede de interação e assim habilitam os agentes a coordenarem suas interações em busca de objetivos individuais ou coletivos. (POSTEMA, 2011, p. 148)

Portanto, o convencionalismo material (ou substancial) defendido por Postema está lastreado em duas premissas: (1) a orientação normativa do direito e (2) a interdependência típica do contexto social de interação no qual os agentes jurídicos estão inseridos (POSTEMA, 2004, p. 13).

---

<sup>27</sup> Vide p. 33 deste trabalho.

Com relação à capacidade normativa do direito de guiar ações, Postema (2004b, p. 14) esclarece que não se trata, propriamente, de uma função do direito, mas de uma característica constitutiva do próprio conceito de direito, ou seja, não há que se falar em uma função ou até mesmo valor primordial do direito quando dizemos que ele oferece razões normativas para ação. Da mesma forma, a força normativa do direito não está condicionada ao sucesso em guiar ações, mas tão somente reivindica fazê-lo (POSTEMA, 2004b, p. 14). Assim, é importante não confundir uma explicação sobre a normatividade com a eficácia de um sistema normativo.

A concepção de normatividade que Postema tem em mente aqui é robusta. Essa robustez é ampla na noção de normatividade em jogo no convencionalismo material, abarcando duas dimensões da normatividade prática. A normatividade robusta se dá tanto na função de *governança* normativa quanto na função de *orientação* normativa. Embora pareçam tratar da mesma coisa, há uma diferença importante entre elas.

Diz-se que determinada ação é normativamente governada quando há uma norma válida em vigor e a conduta dos agentes é avaliada pelos preceitos dessa norma – ou seja, a norma “absorve” a ação, e esta passa a ser avaliada de acordo com a primeira (POSTEMA, 2004b, p. 14). Noutro giro, sustentar que uma norma guia ou orienta uma ação significa dizer que tal norma funciona como impulsionadora da própria ação. Em outras palavras, uma norma orienta uma ação quando influencia, ela mesma, na “formulação de intenções e ações” no raciocínio prático de seus agentes – ou seja, há um papel ativo no processo da agência (POSTEMA, 2004b, p. 14).

A *governança* normativa é robusta no sentido de que constringe a justificação pública dos agentes, indo além de mera subsunção da ação à norma (POSTEMA, 2004b, p. 14), demandando-se um exercício argumentativo que leve em conta a norma em aplicação para além do fato de ela estar em vigor. Já a *orientação* normativa é robusta quando apreendida no sentido “motivacional”. Nesse ponto, Postema adota a diferenciação feita por Shapiro (2000) entre orientação epistêmica e orientação motivacional.

A orientação epistêmica se concretiza quando a conformação normativa está baseada na informação ou no conhecimento do que a própria norma considera adequado, ao passo em que, na orientação motivacional, a conformação à norma é “a única fonte” da motivação de conformação do agente, que se conforma “simplesmente porque a regra regulou a conduta em questão” (SHAPIRO, 2000, p. 146). Postema (2004b, p. 14) observa que “motivar-se por uma norma é considerá-la legítima e agir, ao menos em parte, com base nessa avaliação”.

Um ponto importante na noção robusta de orientação normativa é que ela opera “por atacado” (*wholesale*), i.e., afastando-se de uma pretensão orientadora particularista e aproximando-se de uma “generalidade tanto no que tange aos agentes normativos quanto às circunstâncias” de aplicação (POSTEMA, 2004b, p. 14). Dessa forma, é possível verificar o fenômeno da normatividade jurídica de uma maneira orgânica e holista, sem que seja necessário analisar como cada parte do direito se comporta isoladamente em sua força normativa.

Não somente, a afirmação de que a orientação opera por atacado remete ao fato de que o direito não reivindica o papel de guia no raciocínio prático apenas por meio de suas partes componentes, podendo-se dizer inclusive que a maneira pela qual as partes componentes estão articuladas entre si e com o todo também afeta o raciocínio prático (POSTEMA, 2004b, p. 14). A partir dessa caracterização holista e generalista, Postema chama a atenção para a seguinte ressalva: a orientação normativa robusta será uma questão de grau, i.e., o quão geral as normas jurídicas são e o nível de orientação prática que elas conseguem dar em um dado sistema jurídico podem variar de sistema para sistema, mas são características conceituais fundamentais e que o próprio direito suscita para si mesmo.

A premissa da normatividade prática robusta implica duas consequências (POSTEMA, 2004b, p. 15). Em primeiro lugar, adotar tal premissa leva a um racionalismo forte de fundo, no sentido de que a normatividade robusta só fará sentido se tratarmos os agentes destinatários como sujeitos racionais que possuem a capacidade de responsividade às razões. Em segundo lugar, adotar a premissa da normatividade robusta demanda reconhecer que a simples conformação geral aos padrões normativos não dá conta de explicar o fenômeno jurídico, porquanto pode ser um caso “inteiramente epifenomenal” no qual tal conformidade é alcançada de forma absolutamente alheia ao modo de orientação normativa que o direito se propõe a realizar (POSTEMA, 2004b, p. 15). Ou seja, a mera regularidade de conformação a uma convenção não faz jus ao caráter normativo do direito, demandando-se que os sujeitos ajam por causa da norma, isto é, que a norma seja uma razão, ainda que parcial, para sua ação.

A segunda premissa indicada (a tese da interdependência social) constrói-se mais como uma questão factual sobre o contexto de interação no qual agentes racionais estão tipicamente inseridos. Tal premissa se insere no espírito do convencionalismo humeano, de pretensões “pragmáticas” com relação à interação social. Essa interdependência descreve-se como uma “complexa rede de interações” e, diferentemente da primeira premissa (a tese da normatividade robusta na orientação da ação), não suscita uma verdade conceitual sobre o direito, mas remete ao tipo de ambiente pressuposto e necessário para que a normatividade jurídica ganhe

relevância, propósito e inteligibilidade (POSTEMA, 2004b, p. 15). Postema sustenta que a premissa da interdependência, por si só, não nos compromete com alguma tese referente a uma função específica essencial a ser desempenhada pelo direito, mas “qualquer que seja essa tarefa, se há alguma, ela deve levar em consideração esse ambiente”, de modo que o próprio direito “não pode ignorar esse fato [da interdependência] sem silenciar completamente sua voz normativa”.

A tese da congruência é a ponte entre as duas premissas. Ou seja, é a tese da congruência que torna possível falar-se em uma normatividade robusta (em ambas as dimensões, de orientação e de governança) em um ambiente complexo marcado por redes de interações e pela interdependência social:

Portanto, nós chegamos ao seguinte ponto. Nós sabemos que o direito como tal busca fornecer uma orientação normativa robusta e os recursos para governança normativa robusta, e que isso pressupõe que cidadãos (e oficiais), os agentes normativos do direito, são agentes racionais autônomos, engajados em redes de ações interdependentes. [...] A conclusão que o convencionalismo material precisa estabelecer é a seguinte: orientação normativa por atacado e governança normativa robusta de agentes racionalmente autônomos e complexamente interativos é possível nesse ambiente apenas se o direito for congruente com as práticas sociais de fundo e com compreensões amplamente públicas delas. Congruência, como orientação normativa, é uma questão de grau. O que precisa ser demonstrado não é que o direito precisa ser maximamente congruente, mas apenas que, se ele ficar abaixo de um limiar, deixa de funcionar como direito. (POSTEMA, 2004b, p. 15)

Como se pode observar da passagem supracitada, apesar de necessária, a congruência é também uma questão de grau. Por esse motivo, Postema não se propõe a estabelecer qual seria esse nível mínimo de congruência que se não for respeitado é capaz de descaracterizar o direito como tal. Seu argumento vai na direção de combater a abordagem convencionalista formalista, realizando uma conexão conceitual necessária entre os principais aspectos do direito enquanto convenção material e a tese da congruência.

A defesa da tese da congruência e do convencionalismo material leva Postema a elaborar uma reivindicação teórica adicional. Para além de uma conexão conceitual e de uma condição necessária de existência do direito, a congruência é uma “aspiração do direito” (POSTEMA, 2004b, p. 15). Em se tratando de um aspecto conceitual aspiracional, pode-se dizer que a congruência em discussão figura também como ideal político ou virtude do direito e de um sistema jurídico. Assim, nas palavras de Postema (2004b, p. 15), há aqui um ideal de estado de direito que “estende as demandas por congruência muito além do mínimo necessário para a existência bruta e para o funcionamento mínimo do direito enquanto tal”.

A despeito da aproximação entre a congruência e o ideal político do estado de direito, Postema (2004b, p. 15) faz duas advertências direcionadas a essa relação. Em primeiro lugar, é

preciso lembrar que a congruência é uma condição necessária para a própria existência do direito, de tal forma que não se pode reduzi-la à aspiração de um estado de direito. Em segundo lugar, defender a tese da congruência não exclui a possibilidade de descontinuidades e rupturas entre o direito e as práticas sociais informais.

Nesse ponto, há que se destacar a razão de ser do formalismo, tendo em vista que um dos ganhos que sociedades jurídicas trazem, se comparadas a sociedades pré-jurídicas ou não-juridicizadas, é justamente a institucionalidade que permite resolver e mediar impasses e desacordos (POSTEMA, 2004b, p. 15). Por isso, a tese da congruência não é incompatível com uma descontinuidade residual, e, segundo Postema, parte do que torna o direito valoroso é a “sua distância da prática e dos valores e sistemas de crença das pessoas que ele pretende guiar”.

O ponto fundamental que torna a tese da congruência ainda mais necessária é a maneira pela qual Postema concebe o raciocínio jurídico como um empreendimento essencialmente público. A publicidade das normas e dos raciocínios jurídicos é uma das condições que permite uma releitura da lacuna ser/dever. Para Postema (2004b, p. 16), a agência demanda dois elementos interdependentes: (1) um elemento semântico de compreensão do sentido de determinada regra – em outras palavras um *saber o que* é o caso a ser feito, e (2) um elemento pragmático de compreensão do propósito prático dessa mesma regra – ou seja, saber o porquê de agir em conformidade com a regra.<sup>28</sup>

Há uma relação de dependência mútua, como se (1) e (2) fossem dois lados da mesma moeda da agência prática. O elemento de compreensão do que a regra exige (1) é caro para o projeto de Postema justamente pelo contexto de interação social. Para que seja possível falar em força prática de uma regra, é necessário que os agentes possam apreender um sentido minimamente determinado, e essa apreensão é relevante à luz do sistema de expectativas sociais que faz o trabalho de demandar esse exercício epistêmico dos agentes. Simultaneamente, a apreensão do sentido e do que a regra demanda depende do propósito prático da regra, i.e., das razões justificatórias que a sustentam. Nas palavras de Postema (2004b, p. 16):

[...] Compreender o sentido de uma norma é apreender o que envolve segui-la. Essa compreensão depende do seu propósito prático. A inteligibilidade não é uma mera função de compreender palavras em uma linguagem, mas de compreender como essas palavras se conectam com a gama de ações disponíveis para alguém, e essa última compreensão exige a capacidade de atribuir significação prática às palavras. Isso, por sua vez, demanda a atribuição de algum propósito no engajamento com o mundo das ações. Apreender o propósito prático de uma norma é essencial para compreender o que está em jogo ao segui-la. E isso demanda que a agente normativa seja capaz de

---

<sup>28</sup> No original, os dois elementos são o “*what?*” e o “*why?*”.

colocar a linguagem da norma, ou o exemplo de uma ação ou decisão, em um contexto prático que faça sentido prático inteligível para ela.

A acessibilidade pública das normas jurídicas dependerá, portanto, do nível de continuidade entre os sentidos destas e a práticas sociais informais e ordinárias (POSTEMA, 2004b, p. 16). Postema sugere aqui a concepção kantiana de que o entendimento de uma regra demanda não apenas seu domínio em abstrato, mas o domínio dos contextos de aplicações concretas nos quais tal regra incide.<sup>29</sup>

Uma ressalva importante é a de que tal congruência não depende de um consenso ético (POSTEMA, 2004b, p. 17), pois o que mais importa aqui é que os agentes em interação social sejam capazes de antever as condutas de conformação. Nesse sentido, amplia-se o alcance da crítica ao formalismo hartiano que se baseia em um convencionalismo limitado aos oficiais do direito, mas sem que essa crítica signifique uma adesão a qualquer teoria ética ou moral específica.

Postema (2004b, p. 17) sustenta que o tipo de convencionalismo material e amplo que ele tem em estima demanda uma dupla incorporação: (1) uma incorporação do direito enquanto sistema institucional ligado à vida prática ordinária da comunidade (ou seja, uma incorporação do aspecto jurídico-formal pelas práticas sociais substantivas) e (2) uma incorporação pelo direito de critérios externos a ele, “sejam puramente factuais ou morais”. Essa dupla incorporação tem o condão de demonstrar a razão pela qual o direito perdura no tempo (incorporação 1) e explica a unidade dos sistemas jurídicos (incorporação 2), o que, segundo Postema, é uma explicação superior à regra de reconhecimento hartiana (POSTEMA, 2004b, p. 17).

Por fim, o convencionalismo material inspirado no *common law* rejeita a centralidade das autoridades e das diretrizes jurídicas. O que está em disputa, aqui, são duas leituras diferentes sobre o modo pelo qual o direito guia a ação a partir de um raciocínio público. Segundo Postema (2004b, p. 19), o tipo de convencionalismo defendido por ele tem uma noção de normatividade ampla que não pode ser resumida nas razões excludentes. Para guiar e orientar a ação, o direito precisa estar minimamente integrado ao raciocínio social ordinário, o que implica dizer que ele deve reter uma transparência nesse sentido. Mais do que isso, a estrutura desse convencionalismo material envolve três características:

---

<sup>29</sup> Há uma proximidade com o paralelo entre regras da comunicação bem-sucedida e regras jurídicas descrito por Hart (POSTEMA, 2010, p. 261): “[...] ao aplicar as regras jurídicas, deve-se assumir a responsabilidade de decidir quais palavras incidem ou não no caso concreto com todas as consequências práticas envolvidas nessa decisão” (HART, 1958, p. 607).

[...] (1) uma prática disciplinada de deliberação prática exemplificada nas, mas não restrita às, atividades dos oficiais jurídicos, (2) um corpo de exemplo que habilite os agentes definirem os problemas práticos que eles encaram e trabalhar por uma solução para eles, e (3) um fórum público institucionalizado no qual a prática é continuada, um que molde a forma do raciocínio público colaborativo e que esteja aberto à participação ativa e passiva dos cidadãos. (POSTEMA, 2004b, p. 19)

A partir dessas considerações, amplamente influenciadas pela tese da congruência e do direito implícito de Fuller e pelo *common law* clássico, Postema sacramenta uma mudança no seu tratamento do convencionalismo inaugurado no texto-referência de 1982, cujo objetivo inicial era aperfeiçoar a proposta hartiana da regra de reconhecimento. Da mesma forma, o convencionalismo material defendido tardiamente por Postema possui comprometimentos teóricos de difícil conciliação com teorias da autoridade como as de Raz, o que ficará mais claro no próximo capítulo.

## 2 CONVENÇÕES HUME-LEWIS E O ATAQUE POSITIVISTA

No presente capítulo, buscarei apresentar os principais diálogos de Postema com autores da teoria do direito no pós-1982 (texto sobre a regra de reconhecimento como convenções de coordenação). É interessante perceber que, na medida em que Postema responde algumas críticas ao convencionalismo de Hume-Lewis no direito, ele parece ir em direção a um convencionalismo mais difuso, mais material e menos positivista.

Postema divide o convencionalismo na teoria do direito em três grandes correntes, que se diferenciam no tipo de convenção que cada uma delas adota como sendo a base do direito e dos sistemas jurídicos: (1) convenções coordenativas como resoluções de problemas de cooperação, (2) convenções associadas a atividades cooperativas compartilhadas e (3) convenções constitutivas. A primeira corrente é comumente associada com a proposta original de Postema (e com propostas já abandonadas por Jules Coleman, como será exposto na sequência); a segunda corrente é paradigmaticamente defendida por Coleman; a terceira corrente tem Andrei Marmor como principal expoente e fundador. Além delas, o presente capítulo apresentará outras duas objeções influentes ao convencionalismo original de Postema: a concepção convencionalista oriunda da teoria da evolução social e a crítica geral ao convencionalismo na tradição positivista de Leslie Green.

A proposta original de Postema, como visto, busca preservar os principais insights hartianos e preencher a lacuna entre a tese social e a tese da normatividade consiste basicamente em compreender a estrutura de expectativas mútuas a partir da qual um sistema jurídico ganha inteligibilidade. Mesmo que os oficiais discordem entre si quanto aos critérios de identificação e de validade, ou exibam até mesmo uma divergência de princípios, o ponto fulcral para Postema é que eles concordam com a necessidade de coordenar suas ações, o que seria condição imprescindível para a adjudicação e para a própria possibilidade de existência do sistema jurídico. É em virtude desse nível mínimo de consenso que faria sentido tratar a regra de reconhecimento como uma regra de coordenação.

A equação que se desenha, portanto, é a seguinte: há uma necessidade prioritária, reconhecida pelos oficiais (ou pela maioria dos oficiais), pelo estabelecimento de critérios comuns de identificação e aplicação do direito. Essa necessidade é tanto conceitual (ligada ao próprio conceito de direito, em sentido hartiano) quanto prática (sem a qual as instituições jurídicas não funcionam adequadamente). Dessa forma, vislumbra-se que os fundamentos do direito são uma questão eminentemente interativa. Contudo, é preciso lembrar que o objetivo de Postema é demonstrar como essa dinâmica social é normativa. Ou seja, não é suficiente

apontar um padrão comum de comportamento, mas como – e em que medida – esse padrão é normativo, i.e., como ele constitui razões genuínas para a ação.

As convenções coordenativas no contexto de problemas de cooperação parecem direcionar a resposta, aos olhos de Postema. Isso porque, como vimos, a necessidade de resolver os problemas de coordenação e o sistema complexo de expectativas criado – as expectativas que cada membro ou participante de uma convenção tem em relação ao comportamento dos demais, tendo em vista que a maioria compartilha do desejo de adotar uma solução coordenada – impõem uma “pressão normativa” sobre os agentes, que possuirão razões para se conformar aos standards estabelecidos (POSTEMA, 2011, p. 494).

No entanto, há um grande debate, tanto no campo da teoria do direito quanto na filosofia da linguagem ou na ontologia social, sobre a noção das convenções sociais como um todo, e das convenções jurídicas em particular.<sup>30</sup> A proeminência coordenativa não está garantida, e, sobretudo dentro da tradição do positivismo jurídico (tradição na qual Postema mais se engaja para discutir o convencionalismo), o modelo proposto por Postema não passa sem críticas tanto à sua construção quanto à teoria-base que a sustenta, a saber, o convencionalismo de tipo humeano e lewisiano.

## **2.1 A primeira rodada: normatividade e socialidade na teoria da evolução**

O primeiro ponto crítico analisado por Postema leva em conta uma crítica originalmente feita contra a abordagem convencionalista realizada pelas teorias da evolução social e da evolução biológica. Do ponto de vista da teoria biológica, as convenções são estratégias evolutivas e frutos da seleção natural (POSTEMA, 1998a, p. 471).

Aqui, a cooperação se dá em termos de ajuste às pressões biológicas do ambiente, e a interação entre os organismos envolvidos é chamada de “situação de barganha evolutiva” (GIBBARD, 1990, p. 66). Essa situação de barganha típica da evolução natural se dá sob duas condições: (1) há combinações comportamentais que são mais benéficas para todos os organismos envolvidos, do ponto de vista do ajustamento biológico; (2) tais situações mais benéficas suscitam um conflito de interesses, pois haverá sempre ao menos um organismo particular que poderia se beneficiar mais, do ponto de vista do ajustamento biológico, caso o resultado combinatório fosse outro (GIBBARD, 1990, p. 66).

---

<sup>30</sup> Restrinjo-me, aqui, aos pontos do debate que possuem mais impacto para a teoria do direito, limitando-me a analisar mais amplamente o convencionalismo filosófico naquilo que for de maior relevância para as subseqüentes propostas jurídicas.

Nessa chave de leitura, explica-se como os comportamentos convergentes tornam-se convenções, mas tal explicação se revela reducionista porque não leva em conta o aspecto normativo das convenções. As teorias convencionalistas de base naturalista nos induzem a tratar as convenções como sistemas formados em resposta às pressões do ambiente, tratando os agentes como organismos com disposições psicológicas de se adequarem biologicamente. Para Postema (1998a, p. 471), o modelo biológico é insuficiente porque não situa o fenômeno das convenções na racionalidade prática e não explica as dimensões reivindicatórias da interação social.

Como resposta a essa limitação, a teoria da evolução social parte da evolução biológica e tenta aperfeiçoar a primeira abordagem. A mudança mais significativa operada pela teoria da evolução social no tratamento do fenômeno das convenções é a suposição de racionalidade no ambiente interativo (POSTEMA, 1998a, p. 471). Com esse propósito,

No lugar do ajustamento darwiniano no modelo biológico, a teoria da evolução social coloca a utilidade individual; no lugar da seleção natural, processos racionais de aprendizado e imitação; e no lugar das mutações, erros e experimentos direcionados a descobrir a estratégia da outra parte. (POSTEMA, 1998a, p. 471)

Percebe-se que no modelo da evolução social o elemento racional é adicionado. Nesse sentido, a cooperação se presta a realizar algum propósito humano, não sendo propriamente demandada pela seleção natural. Há um papel proeminente, no modelo da evolução social, atribuído às expectativas de coordenação. Com efeito, há uma correspondência necessária entre o resultado coordenativo e as expectativas de coordenação. Tais expectativas consistem em uma dupla-forma, na medida em que (1) é necessário a expectativa entre os agentes de que o resultado do empreendimento conjunto depende de cada um realizar a sua parte na equação, e (2) há igualmente uma expectativa relativa a “como os frutos da cooperação deverão ser compartilhados” (GIBBARD, 1990, p. 65). O sistema de expectativas e o modelo estratégico subjacente a ele levam à regularidade de respostas comportamentais visando a coordenação. Tal regularidade, no seio da evolução social, funcionaria como uma convenção (POSTEMA, 1998a, p. 471).

Essa abordagem, contudo, pode apenas dar uma contribuição no que tange às origens das convenções, não sendo capaz de explicar a estrutura normativa em detalhes. Isso se deve ao que Postema (1998a, p. 471) identifica como uma ambiguidade nos modelos da teoria da evolução social. Tal ambiguidade se localiza na caracterização das partes aderentes a uma convenção, tendo em vista que os agentes típicos nesse modelo teórico são indivíduos com suas próprias preferências, ao passo em que a tentativa de aperfeiçoar o modelo biológico depende,

segundo Postema, do reconhecimento recíproco de racionalidade entre essas partes e de uma cooperação que não seja confundida com estratégia.

Postema (2011, p. 501) argumenta que essa objeção clássica ao pano de fundo da teoria dos jogos, que tipicamente funciona em termos de agregação das preferências individuais, não necessariamente afeta a construção humeana das convenções. Isso porque a concepção humeana é essencialmente cooperativa, fato que abarcaria de saída o reconhecimento recíproco da racionalidade, o que poderia ser verificado no exemplo dos remadores. O argumento para desvencilhar a concepção humeana da racionalidade típica da teoria dos jogos – centrada em preferências e episódios privados – ainda precisa ser feito. Além disso, ainda que tal argumento seja corretamente construído, seria necessário examinar se o tipo de normatividade desenvolvido por uma teoria humeana é o tipo de normatividade adequado, tanto para uma teoria social das convenções quanto para uma teoria do direito convencionalista (POSTEMA, 2011, p. 501).<sup>31</sup>

## **2.2 Pode o positivismo pós-Hart ser não-convencionalista? Leslie Green e o ceticismo sobre a ponte normatividade-socialidade no convencionalismo de coordenação**

Uma das objeções mais relevantes vindas do campo positivista e que dialogam diretamente com a proposta de Postema são as formuladas por Leslie Green (1988; 1999). Segundo o autor, a abordagem convencionalista na tradição positivista ganha força a partir da insuficiência da norma hipotética fundamental de Kelsen para fundamentar a normatividade jurídica. A estratégia do transcendentalismo e da pressuposição de um alicerce normativo pelo qual as demais normas derivam seu status normativo, para Green, silencia a questão da fonte da normatividade dos sistemas jurídicos.

A principal alternativa dos positivistas analíticos para resolver a lacuna kelseniana encontra guarida na substituição da norma fundamental pelas práticas sociais, mais especificamente na noção hartiana de regra social. Segundo Green, a partir daí as leituras convencionalistas para acomodar a normatividade jurídica passam a ser recorrentes na tradição positivista, mais especificamente no positivismo contemporâneo.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Com relação à teoria social das convenções, Margaret Gilbert (1992, p. 354-355) argumenta pela inadequabilidade do modelo lewisiano quando se trata do tipo de normatividade envolvido no fenômeno convencional. Para a autora, apesar de Lewis expressamente renunciar ao vocabulário normativo na sua definição conceitual de convenção, há em sua abordagem um dever-ser ligado a um valor intrínseco, a saber, o valor de ajustar as preferências pessoais dos sujeitos de uma comunidade.

<sup>32</sup> O próprio Hart só passou a admitir explicitamente a regra de reconhecimento como uma norma convencional longos anos após a publicação do *Conceito*, mais precisamente a partir do pós-escrito. A indicação da aproximação

Green articula objeções à necessidade de se construir uma teoria positivista do direito calcada no convencionalismo de maneira geral, mas (e esse é o ponto de maior relevância para a obra de Postema) critica incisiva e mais especificamente a noção de convenções coordenativas. Para o autor, as convenções coordenativas são convenções instrumentais nas quais a necessidade de um resultado coordenado é o principal valor, e, uma vez que uma convenção desse tipo é estabelecida em alguma prática, ela se torna autônoma, oferecendo razões (ainda que parciais) para a ação das partes vinculadas (GREEN, 1999, p. 41-42).

Um ponto importante na crítica de Green é que ele não nega que uma das funções do direito é o de coordenar a ação e, com isso, resolver problemas de coordenação. Nesse sentido, seria verdadeiro (e talvez até trivial) que os sistemas jurídicos de fato podem facilitar a coordenação – e que isso é potencialmente valioso –, mas não é possível extrair dessa verdade uma obrigação geral de obediência ao direito. Essa conclusão negativa se apoia na constatação de que sistemas jurídicos ilegítimos também são capazes de coordenar a ação, e assim não haveria uma conexão imediata entre a função coordenadora e qualquer valor realizado na coordenação (GREEN, 1999, p. 42).

Green considera que a maneira pela qual ele descreve a função de coordenação e o fato de que isso por si só não é algo valioso é uma observação incontroversa para aqueles que compõem a virada convencionalista no positivismo jurídico. Por isso, o autor considera que a verdadeira controvérsia entre sua posição e a dos positivistas-convencionalistas reside na afirmação posterior de que a crença em comum na possibilidade de sistemas jurídicos auxiliarem na coordenação e o fato de que a função coordenativa possa refletir um valor (embora muitas vezes não reflita), por si só, não oferecem uma boa razão para explicar a autoridade do direito e, portanto, falham igualmente em explicar a normatividade do direito (GREEN, 1999, p. 43).

---

de Hart com o convencionalismo estaria expressa quando ele discute as críticas que Dworkin faz à sua teoria prática das normas sociais, notadamente na distinção entre práticas meramente convergentes e práticas convencionais. Segundo Hart (2009, p. 330), sua própria teoria “continua sendo uma descrição fiel das normas sociais convencionais, que incluem, além dos costumes sociais comuns (que podem ou não ser reconhecidos como dotados de autoridade jurídica), certas normas jurídicas importantes, inclusive a norma de reconhecimento, que é na verdade uma forma de norma jurídica consuetudinária que existe apenas quando é aceita e praticada nas operações de identificação e aplicação das leis pelos tribunais.” No entanto, o posicionamento no pós-escrito como argumento convencionalista é disputado mesmo dentro da tradição positivista. A título de exemplo, Coleman (1998), Marmor (2001) e Postema (1982) leem a regra de reconhecimento como uma norma convencional, mas opositores influentes como Dickson (2007) e Green (1999) sustentam que não há nada na posição de Hart que nos comprometa com uma leitura convencionalista de sua teoria. A divergência sobre o tema no positivismo não é objeto da presente dissertação, mas é importante ter em mente a existência da disputa, para fins de contextualização.

De maneira mais precisa, Green (1999, p. 43) considera que o convencionalismo na tradição positivista não é uma boa saída para a lacuna kelseniana porque o tipo de norma social paradigmática nessa vertente – i.e., normas convencionais – não possuem uma dimensão obrigatória, ordinariamente.<sup>33</sup> Nesse sentido:

O direito, ao contrário das convenções, deve ser compreendido como realizador de certas demandas exigentes por nossa conformação. Seus requerimentos pretendem ser mandatórios: reivindicam obrigação ao invés de apenas aconselhar, ameaçar, ou persuadir para conformação. É claro que nem toda lei é uma norma mandatória, mas todo sistema jurídico possui normas mandatórias e elas estão entre as suas características mais importantes. (GREEN, 1999, p. 44)

Diante disso, a dimensão normativa de obrigações genuínas e da autoridade típicas do direito seriam explicadas a partir da concepção raziana de razões excludentes. Green (1999, p. 44) concorda que o papel prático do direito não é o de fornecer razões para ser sopesadas pelos agentes, mas sim o de oferecer tanto razões positivas quanto razões negativas que precluem determinadas ações (e as razões para elas) da consideração prática.

Haveria um problema relativo à autoridade, aos olhos de Green (1999, p. 51), porque convenções de coordenação não abrem espaço para a necessidade conceitual das razões excludentes: a partir do momento em que se tem uma convenção de coordenação, a principal razão para segui-la reside no fato de que as preferências individuais já foram estrategicamente sopesadas e alocadas de forma que a maioria dos participantes prefiram um equilíbrio coordenativo em detrimento de nenhuma coordenação. Em outras palavras, o que prevalece é o entendimento comum pela superioridade da conformação.

Green (1999, p. 50) sugere que uma teoria convencionalista do direito nos moldes das normas de coordenação gravita em torno do valor do benefício mútuo, que ele entende ter como consequência valorativa a ausência de “qualquer incentivo para desvios unilaterais”. Todo o trabalho parece ser feito pelo benefício mútuo e pela preferência de conformação geral, não havendo nenhum papel a ser desempenhado pelas razões excludentes.

Por esses motivos, Green (1999, p. 48; 1988, p. 120) afirma que não há uma teoria da autoridade adequada subjacente à leitura convencionalista-coordenativa e que, portanto, a racionalidade das convenções coordenativas autoritativas será “sempre dependente de contexto”. A validade do argumento pela base convencional-coordenativa do direito depende de uma série de condições (como, por exemplo, a inexistência de convenções autoritativas que

---

<sup>33</sup> O autor cita o exemplo das convenções de vestimenta, especificamente a norma social segundo a qual homens não usam saia, com o objetivo de exemplificar como boa parte das convenções sociais não possuem um elemento de conformação compulsória que seria essencial ao direito.

não sejam coordenativas e até mesmo o alinhamento de preferências), ao passo em que a autoridade, como expresso nas razões exclusivas e na tese da preempção, demandaria conformação de forma incondicional.<sup>34</sup>

Não obstante, Green (1999, p. 49) pontua que o papel do direito e da função geral de autoridade por ele exercida consiste, por vezes, justamente em buscar evitar a coordenação.<sup>35</sup> Assim, a adesão de Postema ao tipo de convencionalismo específico em questão estaria sob dúvida, porque:

Se a coordenação é preminentemente valorosa, e se a autoridade é a única maneira praticável de estabelecer uma convenção de coordenação, e se a autoridade do direito é o único tipo possível, então é racional se conformar a ela, desde que também seja racional esperar o mesmo dos outros. Mas o sistema jurídico não limita seu alcance a esse restrito grupo de condições. O direito também reivindica autoridade quando busca precluir coordenação, quando substitui um equilíbrio coordenativo por outro tipo de solução, e quando performa todas as outras funções dos sistemas jurídicos. Qualquer teoria da normatividade do direito precisa ter ambições proporcionalmente amplas. (GREEN, 1999, p. 49)

Green lança dúvidas sobre a capacidade explanatória do modelo de convenções de coordenação que, primeiramente, não capta a dinâmica da autoridade do direito (tendo em vista que outros aspectos centrais da caracterização de um sistema jurídico autoritativo não são contemplados ao escolher-se metodologicamente esse tipo de convenção como paradigma da estrutura basilar do direito) e, em segundo lugar, depende, para seu funcionamento enquanto uma convenção de coordenação propriamente dita, de razões pessoais a ser sopesadas para gerar obrigações que seriam, em tese, públicas. Green (1999, p. 52) é cético, portanto, em relação à suficiência das convenções como elemento fundamental do conceito de direito (e de autoridade, sobretudo) e como fenômeno social que pode ser genuinamente normativo.

O autor sustenta a tese de que a regra de reconhecimento não é uma convenção de coordenação e que dificilmente esse tipo de norma social convencional será capaz de criar uma razão pública comum aos aplicadores do direito.<sup>36</sup> No mesmo sentido, Green (1988, p. 118) traça um paralelo a partir do qual ele aduz um erro comum ao convencionalismo do tipo

---

<sup>34</sup> Com isso, Green não está dizendo que as razões excludentes e que a tese raziana da preempção demandam obediência cega por parte dos sujeitos normativos. O autor apenas contrasta as lógicas distintas da autoridade e das convenções que buscam coordenação, na sua avaliação.

<sup>35</sup> Um exemplo de coordenação que a autoridade busca impedir seria a formação de cartéis entre empresas (GREEN, 1988, p. 117).

<sup>36</sup> Green (1999, p. 51) provoca os convencionalistas (Postema incluso) com a seguinte pergunta: “Por que eles [os convencionalistas] não se juntam a Finnis e abertamente defendem a posição com a qual sua tese os compromete, a saber, que a vida social é amplamente uma questão de garantir um bem comum, e que o direito tem essa função essencial em seu núcleo?”.

construído por Postema e às teorias que dão centralidade à sanção no tratamento das obrigações jurídicas:

O direito sempre reivindica autoridade, e as regras convencionais não são adequadamente autoritativas. Isso é certamente uma decepção, pois em outros aspectos a teoria da convenção coordenativa parece oferecer uma grande promessa de unir duas características do direito que tem sido companheiras hostis em outras teorias: as leis pretendem guiar a ação, mas elas são, em certo sentido, uma questão de fato social; elas são tanto normativas quanto positivas. [...] Essa versão do convencionalismo sofre do mesmo problema das teorias sancionatórias do dever jurídico: explica como o direito guia a ação, mas explica da maneira errada. Sanções fornecem apenas razões ordinárias para agir, em outras palavras, razões que devem ser sopesadas na balança com outras reivindicações competidoras. Sanções são necessárias precisamente para motivar aqueles que *rejeitam* a força exclusionária das razões jurídicas, isto é, elas são necessárias para superar considerações (como as de auto interesse) que aquelas não excluirão. Mas as convenções não estão em posição melhor porque, como argumentado acima, elas também oferecem apenas razões ordinárias para conformação. Isso tem um importante desfecho. Se o direito fosse apenas uma questão de convenção social, então sua reivindicação de autoridade seria fraudulenta. (Destaque do original)

Em outras palavras, o desafio de Green à adequabilidade das teorias convencionalistas, principalmente às propostas que tomam a coordenação como estratégia explicativa prioritária, sustenta-se na crítica de que é preciso mostrar, primeiro, que convenções de coordenação (ou convenções do tipo Hume-Lewis) são capazes de criar obrigações genuínas e, segundo, que as razões através das quais essas obrigações são criadas são razões do tipo certo (POSTEMA, 2011, p. 501).

### 2.2.1 Respostas de Postema às críticas de Green

De acordo com Postema (2011, p. 501), uma teoria convencionalista de tipo humeana não sucumbe a essas críticas. Pensar as convenções a partir de Hume é pensar a estrutura geral das convenções e os tipos de razões relacionadas a elas. As convenções, na leitura humeana, emergem como habilitadoras da cooperação, e a razão que cada agente tem para se conformar a elas ou o conjunto de razões que levam as partes a desejar a coordenação pode variar de acordo com cada convenção em específico. É por isso que Postema avalia que a leitura via Hume capta os aspectos fundamentais da prática jurídica.

Postema não considera válida a objeção oriunda da possibilidade de firmar convenções para coordenação em qualquer tipo de prática social, inclusive naquelas completamente alheias à moralidade, como o exemplo das regras de vestimenta citado por Green. O fato de haver convenções buscando a coordenação em diversos nichos de interação social não aponta para a inadequabilidade dessas mesmas convenções nos alicerces da prática jurídica, ainda que esta

tenha que lidar com demandas da moralidade. A leitura humeana oferece apenas um modelo geral e estrutural para apreender a normatividade das práticas sociais, mas não tem a ambiciosa pretensão analítica de dizer o conteúdo dessas obrigações ou algo além disso:

Na abordagem humeana, o tipo de razões para ação fornecidas por uma convenção sedimentada depende das razões que as partes têm para buscar uma solução cooperativa em sua interação. Algumas convenções podem suscitar apenas razões de benefício pessoal, outras convenções podem se sustentar em bases morais mais significativas. (POSTEMA, 2011, p. 502)

Postema (2011, p. 503) afirma que as críticas mais gerais de Green ao convencionalismo e à função da coordenação, em tese representados pelas convenções humeanas, são relativamente fáceis de rebater-se. Além de não considerar a possibilidade de que a teoria de Hume desempenhe apenas um papel mais abstrato, como no convencionalismo de Postema, Green restringe demasiadamente o escopo do que ele entende por “obrigações genuínas”. Ao sustentar que as obrigações que o convencionalismo amplo tipicamente cria não são obrigações genuínas, Green exclui a categoria de obrigações condicionais que são, com efeito, obrigações genuínas, a despeito de dependerem da conformação e da agência de terceiros (POSTEMA, 2011, p. 502). Postema contrapõe-se a essa exclusão, defendendo que as obrigações que servem a algum propósito valoroso normalmente dependem de terceiros.<sup>37</sup> O escopo de obrigação genuína de Green revela-se muito limitado, a ponto de correr o risco de não abarcar a verdadeira dimensão das obrigações.

Por outro lado, Postema (2011, p. 503) considera que a crítica mais perspicaz entre aquelas realizadas por Green é a que ele direciona ao convencionalismo jurídico (mais especificamente, em oposição aos questionamentos lançados contra o convencionalismo filosófico mais amplo) a partir da moldura raziana, ou seja, a partir da crítica do papel a ser desempenhado pelas razões excludentes e do caráter reivindicatório de autoridade do direito. A disputa, portanto, reside na melhor interpretação da regra de reconhecimento, i.e., se ela é um mandamento autoritativo ou uma convenção que habilita a cooperação (POSTEMA, 2011, p. 503).

Postema considera que o desafio raziano realizado por Green precisa, antes de tudo, ter a sua premissa inicial escrutinada. Logo, é necessário refletir em que medida a “força normativa da regra de reconhecimento deve ser compreendida em termos de obrigações vinculantes autoritativas” (POSTEMA, 2011, p. 503). Interpretado de outra forma, Postema parece estar

---

<sup>37</sup> Talvez um bom exemplo seja o das promessas condicionadas: “se eu fizer a minha tarefa, meus pais me levarão ao cinema”. Aqui, há uma obrigação parental genuína e vinculante, embora ela dependa de uma ação do filho.

duvidando de que a própria concepção de serviço da autoridade que Green tem por pressuposta seja a mais adequada. Se a regra de reconhecimento não é mera regra de identificação, o ponto central é responder que tipo de vinculação uma regra de reconhecimento obrigatória produz. Postema (2011, p. 503) não enxerga uma obviedade no modelo autoritativo sustentado nas razões excludentes, contrapondo a esse tipo de obrigação uma obrigação geral de conformação baseada em razões morais que serão transparentes às regras convencionais à luz do convencionalismo material sustentado na tese da congruência, tal como trabalhado ao final do capítulo anterior.<sup>38 39</sup>

### **2.3 Convencionalismo positivista e a marginalização da coordenação: a crítica de Andrei Marmor**

Dentro da tradição positivista, há tentativas de compatibilizar as razões excludentes com o convencionalismo, diferentemente da ruptura proposta por Green. Postema (2011, p. 503) cita o trabalho de Marmor<sup>40</sup>, para quem as convenções de tipo humeano são obrigatórias no sentido autoritativo colocado por Green como aspecto essencial do conceito de direito, o que excluiria, a priori, que as obrigações jurídicas sejam pautadas por preferências pessoais, mantendo-se, contudo, a base convencionalista da regra de reconhecimento (contrariamente à afirmação de Green de que a teoria de Hart não nos compromete a qualquer forma de convencionalismo).

A resposta de Marmor (2009, p. 167-168) é que o problema da normatividade que Green imputa à leitura convencionalista da regra de reconhecimento pode ser resolvido atentando-se para o fato de que esse tipo de regra fundamental é uma convenção constitutiva, em oposição às convenções coordenativas. É importante pontuar que a proposta convencionalista de Marmor para a teoria do direito deriva de uma crítica mais geral direcionada ao convencionalismo social e filosófico de Hume e Lewis, vertente a qual Postema declaradamente se filia.

#### *2.3.1 Marmor e o ataque ao convencionalismo Hume-Lewis*

Marmor compõe a tradição crítica às convenções Hume-Lewis, e sua principal objeção é que o convencionalismo centrado na coordenação não apreende a normatividade das

---

<sup>38</sup> Cf. p. 46-55 desta dissertação.

<sup>39</sup> Há uma outra importante objeção formulada por Postema contra a concepção de autoridade raziana. Entretanto, por avaliar que ela é a objeção fundamental para as críticas ao convencionalismo de coordenação pelo positivismo excludente, apresentarei tal objeção mais à frente, pois ela também funcionará contra as críticas de Marmor.

<sup>40</sup> Marmor tem a sua própria concepção de convencionalismo, com a qual Postema debate e que será trabalhada em maior detalhe mais à frente.

convenções como um todo, uma vez que não é necessário que o fenômeno das convenções tenha por objeto um equilíbrio coordenativo (RESCORLA, 2019, p. 11). Desta forma, o autor pretende oferecer uma análise mais eficaz das convenções sociais, buscando abarcar as convenções associadas ao modelo Hume-Lewis, mas de maneira mais acurada do que ele.

Uma das principais diferenças entre o modelo convencionalista de Marmor e o convencionalismo de tipo lewisiano é a eliminação do conhecimento comum como condição necessária para a ocorrência de uma convenção (RESCORLA, 2019, p. 12). Marmor (2009, p. 1-2) estabelece duas características básicas definidoras das convenções: (1) a arbitrariedade (no sentido lewisiano da existência de outras regras que funcionariam igualmente como uma convenção) e (2) o fato de que as convenções precisam ser efetivamente seguidas por uma parte relevante de determinado grupo social. Essas duas características são extraídas do conceito básico de convenção para Marmor, que ele apresenta da seguinte maneira:

Uma regra R é convencional se, e apenas se, todas as seguintes condições forem obtidas: 1. Há um grupo de pessoas, uma população P, que normalmente segue R nas circunstâncias C. 2. Há uma razão, ou uma combinação de razões, chame-a de A, para que os membros de P sigam R nas circunstâncias C. 3. Há ao menos uma outra regra em potencial, S, que se os membros de P tivessem seguido nas circunstâncias C, A teria sido uma razão suficiente para os membros de P seguirem S ao invés de R nas circunstâncias C, e pelo menos parcialmente porque S é a regra geralmente seguida ao invés de R. As regras R e S são de tal forma que é impossível (ou sem sentido) segui-las concomitantemente nas circunstâncias C. (MARMOR, 2009, p. 2)

A primeira parte do conceito esclarece que as convenções são regras sociais, ou seja, precisam ser tanto praticadas (excluindo-se dessa definição convenções que caíram em desuso) quanto vistas como vinculantes para aqueles que as praticam (MARMOR, 2009, p. 3). Essa parte da estrutura revela um tratamento da dimensão normativa das convenções, i.e., o fato de que elas não são apenas regularidades comportamentais em determinada população, mas que tal população (ou parte relevante dela) age conforme a prescrição convencional. Marmor (2009, p. 13) afirma que a função elementar, no raciocínio prático, das regras sociais que regulam condutas é a de “substituir (pelo menos algumas) razões para ação de primeira-ordem”. Além do mais, compõe a “convencionalidade” das regras convencionais o fato de que parte dos motivos pelos quais os membros da população seguem a convenção é porque os demais também o fazem (MARMOR, 2009, p. 4).

A segunda parte do conceito de Marmor faz menção às razões que determinada população possui para seguir as regras convencionais. O que se depreende inicialmente é que não existe convenção sem que se tenha uma razão para sua existência, mas a construção de Marmor tem pressupostos e implicações mais profundos. Primeiramente, Marmor (2009, p. 5)

considera que uma razão está intimamente relacionada a um valor, de forma que ter-se uma razão para realizar alguma ação é dizer que tal ação é boa (mas não necessariamente moralmente boa, segundo Marmor). Nesse sentido, a existência de uma razão (ou de um conjunto de razões) para seguir os preceitos convencionais em determinada situação pressupõe que a ação a ser realizada é “valorosa nas circunstâncias”, i.e., ela “serve a algum objetivo ou propósito” (MARMOR, 2009, p. 5).

Não obstante, a conexão entre razão para ação e valor não demanda que os participantes da convenção tenham ciência dessa razão, ou, ainda, é possível que determinado grupo social siga as regras convencionais pelas razões erradas, possibilidade que não interfere na convencionalidade das referidas regras (MARMOR, 2009, p. 5). Por isso, Marmor (2009, p. 6) afirma que as convenções são tipicamente opacas com relação às razões que as sustentam. Aqui, há uma divergência forte com a caracterização de Lewis, para quem um elemento necessário das convenções é o conhecimento comum entre os participantes de que estão diante de uma regra convencional (POSTEMA, 2011, p. 522).

Além disso, a maneira pela qual Marmor relaciona razões e valores o leva a sustentar que, se há uma convenção, é porque há também uma boa razão sustentadora a seu favor, de tal modo que, se não houver uma razão suficientemente forte ligada a ela, a convenção provavelmente não existiria:

[...] pode ser o caso em que a razão para seguir a convenção simplesmente não é uma boa razão. Mas isso é problemático: de acordo com uma visão plausível sobre a natureza das razões, não existe algo como uma razão ruim (da mesma forma que não existe algo como um valor ruim). Ou há uma razão, ou não há. Se isso estiver correto (e eu acredito que esteja), então nós não podemos dizer que há uma razão para seguir uma convenção que simplesmente seja uma razão ruim; nós teríamos que dizer que há uma razão, talvez uma muito fraca que é, de alguma maneira, imediatamente derrotada por considerações contrárias. (MARMOR, 2009, p. 7-8)

A terceira parte da definição formula explicitamente o sentido lewisiano em que as convenções são arbitrárias e dependentes de conformidade mútua. Significa dizer que uma convenção requer a existência de ao menos uma outra alternativa prática a ela que produza o mesmo resultado e que, portanto, poderia ser seguida pelos participantes. A título de exemplo, a condição da arbitrariedade seria o elemento que afasta a convencionalidade das normas morais (MARMOR, 2009, p. 9) – a menos, é claro, que as razões para seguir uma convenção sejam razões morais, cenário no qual seria possível falar-se em uma convenção no âmbito da moralidade.

O sentido da arbitrariedade diz respeito ao tipo de razão que sustenta as convenções. A partir de uma abordagem formal sobre a natureza dessa razão, Marmor (2009, p. 11) alega que

há um “sentido crucial” no qual é correto dizer que os participantes de uma convenção seguem suas regras “parcialmente porque os outros também as seguem”. Assim, o autor defende que a natureza das razões que levam os participantes a seguirem uma regra convencional é o seu formato “dependente de conformação”:

Deixe-me chamar essa condição de *razões dependentes-de-conformação*. Uma razão para seguir uma regra R é dependente de conformação se, e apenas se, para uma população P em circunstâncias C: 1) houver uma razão para ter R, que também é uma razão para ter ao menos uma outra regra alternativa S; e 2) parte da razão para seguir R ao invés de S (nas circunstâncias C) consistir no fato de que R é a regra realmente seguida pela maioria dos membros de P nas circunstâncias C. Em outras palavras, há uma razão para seguir R se houver conformidade geral com R, e a mesma razão é uma razão para uma regra alternativa se aquela alternativa for a regra com a qual há conformidade geral. (MARMOR, 2009, p. 11. Destaque do original)<sup>41</sup>

Observa-se que as razões que sustentam uma regra convencional devem ser as mesmas a sustentam a convenção alternativa, pelo critério da arbitrariedade, e parte dessas razões para seguir uma regra se fundamenta no fato de que os demais participantes seguem essa mesma regra (dependência de conformidade).

Com efeito, na abordagem de Marmor o elemento da arbitrariedade é o aspecto mais distintivo das convenções sociais. O autor chega a dizer que a arbitrariedade é precisamente o que costuma diferenciar regras convencionais das demais normas sociais, tendo em vista que as normas sociais, de maneira ampla, não necessariamente possuem uma “alternativa genuína” que preserve o propósito da norma originalmente praticada (MARMOR, 2009, p. 19). Nesse sentido, o argumento toma a forma de uma afirmação segundo a qual toda convenção é uma norma social, mas nem toda norma social é uma convenção. Para exemplificar o ponto, Marmor (2009, p. 19) cita o seguinte exemplo: é comum a diversas comunidades o reconhecimento de que pessoas mais novas devem cuidar dos idosos. Nesse caso, é evidente haver boas razões (inclusive razões morais) que estruturam essa prática de cuidado. Mesmo que a norma social em jogo seja amplamente aceita e praticada, não significa que tal norma seja uma convenção, principalmente porque seria difícil imaginar uma regra alternativa capaz de realizar o mesmo valor. Marmor (2009, p. 19) destaca que tal dificuldade é comum quando se está diante de “normas sociais que instanciam princípios morais válidos”, mas que haveria a possibilidade de formar convenções secundárias sobre o que tais normas implicadas na moralidade demandam dos participantes, i.e., sobre a aplicação das normas sociais moralmente sensíveis.

A definição de convenção de Marmor inclui os modelos Hume-Lewis e pretende abrigar as convenções de coordenação. No entanto, a definição inicial expande o escopo das

---

<sup>41</sup> Pontuação ligeiramente alterada para melhor compreensão.

convenções coordenativas e abarca um tipo de convenção social mais fundamental: as convenções constitutivas. As convenções constitutivas, assim como as convenções que estabelecem as regras básicas de algum jogo, não só constituem uma prática, como também regulam essa mesma prática por ela constituída, ou seja, criam uma normatividade interna. É dizer, em outras palavras, que as convenções constitutivas desempenham um papel duplo com relação à prática: elas tanto definem a prática (em seu escopo e características salientes) quanto “prescrevem como deve-se proceder com o engajamento” nesta prática (MARMOR, 2001, p. 30). Na construção de Marmor, as convenções constitutivas são um tipo elementar de convenção social não contemplada pelas teorias convencionalistas da coordenação (RESCORLA, 2019, p. 12).

Haveria um certo sentido, na concepção de Marmor (2009, p. 21), em que o foco nas convenções de coordenação e na resolução de problemas de cooperação capta características cruciais do fenômeno das convenções sociais. Em primeiro lugar, convenções de coordenação refletem exatamente o tipo de razões dependente de conformidade mútua necessário às regras convencionais – tendo em vista que a conformação de um agente a um equilíbrio coordenativo está condicionada à conformação dos demais com o mesmo equilíbrio. Em segundo lugar, convenções de coordenação também são manifestamente arbitrárias, noção explicitada por Lewis na multiplicidade de equilíbrios coordenativos.

No entanto, a limitação das abordagens convencionalistas lastreadas na teoria dos jogos no geral, e da teoria de Lewis em particular, residiria justamente no escopo das convenções de coordenação (MARMOR, 2009, p. 22). O problema, para Marmor (2009, p. 22), é que a prioridade da resolução de problemas coordenativos exclui boa parte da normatividade das convenções, porquanto seria necessário supor a antecedência de um problema de coordenação à própria convenção, o que para o autor seria impossível, já que um problema de coordenação só seria inteligível à luz de uma convenção social já estabelecida previamente a ele. O exemplo do xadrez mais uma vez auxilia Marmor, pois o jogo evidencia que não haveria como dizer que suas regras coordenam a ação dos enxadristas antes que a modalidade fosse criada (MARMOR, 2009, p. 23).<sup>42</sup>

Portanto, percebe-se que as convenções constitutivas não se prestam a resolver problemas de cooperação, mas tão somente a estabelecer certas normas convencionais que

---

<sup>42</sup> Isso não significa, para Marmor (2009, p. 24), que as regras convencionais como as regras de um jogo não tenham uma função de coordenar os jogadores, sem a qual não seria possível organizar a realização dos jogos. No entanto, Marmor acredita que essa função está longe de ser o fundamento para as normas convencionais, até mesmo porque a função coordenadora está presente “em qualquer atividade guiada por regra, seja convencional ou não”.

passarão a orientar a ação no quadro da convenção ora estabelecida, respeitando as características essenciais e necessárias das convenções enquanto regras sociais. Isso revela que as convenções constitutivas gozam de certa autonomia, uma vez que, opostamente às convenções de coordenação, as razões para o surgimento de uma convenção constitutiva não são necessariamente as mesmas razões para segui-las:

[...] No caso de convenções de coordenação, as razões para a emergência da convenção e as razões para conformar-se à convenção em toda e qualquer instância são basicamente as mesmas: resolver o problema de coordenação relevante. No caso de um jogo, como o xadrez, entretanto, isso não é necessariamente, ou até tipicamente, verdadeiro. As razões para a emergência da prática relevante não precisam ser as mesmas razões para conformar-se às suas normas em ocasiões específicas. Uma vez que o jogo lá está e pode ser jogado, ele pode fornecer razões para os agentes seguirem suas regras que são muito independentes da história de como e por que o jogo emergiu. (MARMOR, 2009, p. 24)

Além de tecer críticas às teorias convencionalistas coordenativas e de apresentar um modelo baseado na noção de convenções constitutivas, Marmor (2009, p. 58-59) faz uma importante distinção, com impactos para sua proposta na teoria do direito, entre convenções profundas e convenções superficiais. As convenções profundas são um tipo mais fundamental de convenção constitutiva que sustentam a estrutura normativa de uma prática no mundo social. As convenções superficiais, por sua vez, surgem como instanciações das convenções profundas, sendo normalmente as convenções por meio das quais de fato se pratica uma convenção profunda. Para ilustrar a diferença, a convenção do xadrez pode ser vista como uma convenção superficial instanciada na convenção profunda sobre jogos competitivos de tabuleiro (MARMOR, 2009, p. 59).

### *2.3.2 A regra de reconhecimento como convenção constitutiva: uma proposta alternativa para conciliar convencionalismo, normatividade e autoridade*

Marmor afirma que as convenções constitutivas, por si só, criam obrigações internas para segui-las, obrigações estas que são sempre condicionais – ou seja, ninguém é obrigado a participar da prática instituída, mas, caso participe, precisa seguir certas regras básicas. No caso do direito, implica dizer que há uma diferença adicional entre a obrigação jurídica e uma eventual obrigação moral de conformar-se ao direito (MARMOR, 2009, p. 167). A obrigação jurídica é interna à própria prática, ao passo em que o caso de uma obrigação moral se

fundamentaria em algo externo à prática constituída pela convenção que Marmor tem em mente.<sup>43</sup>

Como sinalizado por Postema, Marmor (2001, p. 28) adere à noção de obrigatoriedade das normas aduzida por Raz, afirmando que, nesse modelo, estar vinculado a uma obrigação significa ter “razões primárias para ação e razões excludentes, isto é, razões para não agir com base em certos tipos de razões conflitantes”. Marmor sustenta que as convenções podem figurar como razões excludentes, ainda que elas tenham uma cláusula de condicionalidade para tanto.

Assim, Marmor (2001, p. 30) considera que as convenções constitutivas são normas verdadeiramente mandatórias, no sentido empregado por Raz, destacando que a normatividade condicional seria a única diferença das normas que ele tem em mente para o modelo geral raziano:

Como nós vimos acima, tal “cláusula se” [*if clause*] é um prólogo necessário, embora geralmente implícito, a cada e a todo conjunto de convenções constitutivas. Essa “cláusula se”, contudo, também fornece a chave para a nossa compreensão da normatividade das convenções constitutivas. Tais regras são *condicionalmente mandatórias*, isto é, elas se assemelham às normas mandatórias em todos os aspectos, exceto em um crucial: o “dever” que tais regras prescrevem geram razões para ação apenas sob a condição de que alguém esteja inicialmente comprometido em participar da prática constituída por essas mesmas convenções. (Destaques do original)

Se as convenções constitutivas diferem das normas mandatórias apenas pela cláusula de condicionalidade, então Marmor considera que, uma vez que haja razões para participar de uma prática (independentemente da natureza dessas razões, e, para Marmor, não necessariamente é preciso uma razão moral para participar de qualquer prática estabelecida convencionalmente), as obrigações internas instituídas e reguladas pela convenção operam sob a lógica das razões excludentes.

Nesse passo, as regras fundamentais de reconhecimento representam as convenções constitutivas do direito. Conceber a regra de reconhecimento como convenção constitutiva é admitir que um aspecto necessário de sua dinâmica é a cláusula condicional de normatividade. Ou seja, dizer que há uma regra jurídico-convencional fundamental desse tipo implica dizer que “tais convenções não podem explicar por que as pessoas teriam qualquer razão para seguir as

---

<sup>43</sup> Marmor faz uma analogia entre os motivos que alguém teria para jogar xadrez e para a afirmação de que haveria uma obrigação moral de obediência ao direito: ao decidir jogar xadrez, pouco importam as razões que levaram o jogador ao jogo. A partir do momento em que se decide jogar, há a obrigação e o compromisso de apenas mover o bispo na diagonal, por exemplo. A analogia tem seus limites, mas serve apenas como tentativa de demonstrar que uma convenção não consegue, ela mesma, definir as razões que alguém teria para participar de determinada prática. Marmor (2001, p. 33) deixa isso claro ao pontuar que “Certamente, há razões melhores para ‘jogar’ o direito do que para jogar xadrez, mas essas razões não podem ser prescritas pelas próprias convenções sociais”.

convenções” (MARMOR, 2001, p. 32), tendo em vista que, se há sujeitos engajados nessa prática, é porque as razões para participação já desempenharam seu papel.

Marmor (2001, p. 32) observa que as razões que cada participante tem para filiar-se à convenção ora instituída podem variar – podem, inclusive, conflitar entre si. Tudo o que é necessário é o compartilhamento, entre os participantes, de uma “apreensão grosseira e geral do propósito do jogo” (MARMOR, 2001, p. 32).<sup>44</sup> Por esse motivo, as convenções constitutivas passam ao largo do objetivo de resolução de problemas de cooperação típico das convenções de coordenação, limitando-se ao duplo papel de estabelecer a prática jurídica e a regulá-la.

Tal restrição reflete uma limitação da capacidade explanatória do próprio convencionalismo na teoria do direito, de acordo com Marmor. O que a abordagem convencionalista pode oferecer, em termos de compreensão do fenômeno jurídico, é uma explicação da normatividade do direito, mas não é capaz – e nem pretende, segundo o autor – de justificar a prática jurídica, tarefa que permanece em aberto (MARMOR, 2001, p. 32).

Logo, o tratamento das regras de reconhecimento como convenções constitutivas faz parte de uma abordagem positivista modesta. Nessa quadra, as regras de reconhecimento “definem o que conta como direito na nossa sociedade” e, como convenções jurídicas, edificam os critérios de validade (MARMOR, 2001, p. 33).

A estratégia de Marmor para a sua construção do convencionalismo jurídico retira, pelo menos em um primeiro momento, a distintividade da normatividade jurídica, uma vez que pouco importa o tipo de razão que as pessoas possuem para participar da prática do direito. Nesse sentido, “a normatividade do direito é exatamente igual à normatividade de qualquer outra prática social constituída por convenções” (MARMOR, 2001, p. 33).

O elemento distintivo do direito estaria, para Marmor, na análise sobre a sua autoridade. Ao examinar as dimensões da autoridade e da normatividade, Marmor segue a mesma rota de Raz para analisar o papel autoritativo que o direito desempenha no raciocínio prático dos sujeitos normativos. Ao situar a autoridade jurídica no raciocínio prático, é possível estender a ideia de que o direito necessariamente reivindica autoridade a uma reivindicação por legitimidade (MARMOR, 2001, p. 35).<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> No caso da prática jurídica, tal concepção ampla e pouco elaborada compreenderia, por exemplo, que o direito se trata de uma prática altamente institucionalizada e autoritativa que regula a interação social em dada comunidade (MARMOR, 2001, p. 32).

<sup>45</sup> Ao falar sobre legitimidade, Marmor se refere à uma noção explicativa dessa reivindicação por legitimidade. Para ele, é central diferenciar duas tarefas desempenhadas pela teoria do direito: (1) a tarefa explicativa e (2) a tarefa justificatória. O convencionalismo constitutivo se dedica, exclusivamente, à primeira tarefa, inclusive no tratamento da autoridade.

A autoridade das normas jurídicas enquanto normas oriundas do modelo convencionalista-constitutivo é supostamente distintiva em três aspectos: (1) a filiação involuntária, (2) o caráter supremo da autoridade e (3) o uso central da coerção como instrumento para garantia da força autoritativa (*enforcement*) (MARMOR, 2001, p. 36-37). Em cada um desses aspectos, haveria evidências no sentido da distintividade do direito das demais práticas sociais, mas Marmor não adere plenamente a essa visão.

Em primeiro lugar, o fato de que a autoridade jurídica incide sobre os sujeitos normativos independentemente da adesão destes (filiação involuntária), ou seja, a despeito de aceitarem ou não participar do jogo jurídico – para colocar nos termos das analogias mobilizadas por Marmor –, não é exclusividade das convenções jurídicas. O próprio exemplo, já mencionado, das regras de vestimenta indicam uma convenção social que não depende da voluntariedade dos participantes. Nesse ponto, Marmor (2001, p. 37) indica que a única diferença para o direito é o fato deste ser uma prática consideravelmente institucionalizada, de forma que a sua independência de participação voluntária talvez seja mais evidente se comparado a outras práticas sociais.

Contudo, a constatação de que a ausência de consentimento não coloca o caráter autoritativo de uma convenção social em xeque cria uma potencial ameaça ao conceito chave na construção convencionalista de Marmor, conforme viu-se acima: a noção de uma normatividade associada à cláusula de condicionalidade (MARMOR, 2001, p. 37). Com efeito, torna-se embaraçoso dizer que as obrigações de seguir as normas de uma convenção são condicionais à adesão do participante a essa mesma convenção – não importando quais razões levaram-no a participar – e, ao mesmo tempo, sustentar que a autoridade dessas normas independe da vontade de filiação. No entanto, Marmor (2001, p. 37) crê tratar-se de mero conflito aparente, a ser resolvido pela desconexão entre a necessidade de se ter razões para participar e a possibilidade concreta de liberdade de escolha.

Para Marmor (2001, p. 38), uma opção impraticável ainda assim pode constituir-se como uma razão relevante na deliberação de um agente, esteja ele ciente da impraticabilidade ou não. Inclusive, mesmo que o agente em deliberação saiba que uma de suas opções é impraticável, ele poderá tomar uma decisão racional que conclua que uma opção praticável é, de fato, o melhor curso de ação. No caso específico de um agente que sabe ser impraticável (e impossível) escapar da normatividade do direito, a escolha deliberada por tentar fazê-lo seria uma decisão não fundamentada; a escolha deliberada por não o fazer ainda seria uma decisão fundamentada. O que se tem, afinal, é que:

[...] ele [o agente que delibera sobre sua filiação à normatividade do direito] pode inclusive sentir-se estranho ou alienado da alternativa que lhe resta. E isso é o que normalmente aconteceria com aqueles que rejeitam ou afastam a normatividade do direito. Eles continuariam participantes na prática jurídica de seu país devido à falta de alternativas factíveis; mas eles são *participantes alienados*. Em termos gerais, as pessoas podem deliberadamente se alienar de vários aspectos de suas vidas, mesmo quando tais aspectos não são passíveis de escolha em qualquer sentido direto. (MARMOR, 2001, p. 38-39. Destaques do original.)

Com relação ao segundo aspecto (supremacia autoritativa), Marmor problematiza a afirmação de distintividade da autoridade jurídica que clama ser superior aos demais domínios normativos. A moldura formalista pela qual Marmor concebe as convenções sociais não o permite concordar com uma reivindicação de natureza tão substantiva quanto a da supremacia autoritativa. Segundo o autor, o conteúdo das convenções sociais é uma questão contingente, e afirmar que a normatividade do direito é sempre prevalecente se comparada a outros tipos de autoridade é uma visão material acentuadamente particular (MARMOR, 2001, p. 39).

Marmor (2001, p. 40-41) aponta que esse tipo específico de supremacia está ligada ao movimento hobbesiano pela supremacia da autoridade política. Entretanto, a herança hobbesiana invocaria três erros, um deles histórico e os outros dois conceituais. Do ponto de vista histórico, suscitar a supremacia da autoridade jurídica impede a apreensão e o reconhecimento de outros sistemas jurídicos que não os da modernidade – como é o caso, a título de exemplo, dos sistemas da Idade Média, que eram explicitamente marginais aos demais sistemas normativos do período (MARMOR, 2001, p. 40).

Do ponto de vista conceitual, a supremacia autoritativa do direito conflita inclusive com as pretensões modernas ante ao absolutismo hobbesiano. A autoridade do direito aparece, aqui, como própria condição para o poder político. É dizer, em outras palavras, que o direito funciona como (1) critério de legitimidade para o poder político, e como (2) critério de identificação desse mesmo poder político (MARMOR, 2001, p. 41).

Por fim, no que diz respeito ao aspecto coercitivo da autoridade jurídica, Marmor pode ser visto como um dissidente da tradição a qual ele se filia. Embora o autor considere que as teorias baseadas na sanção, como a de Austin, são reducionistas e equivocadas, ele diagnostica uma ausência de rigor por parte de Raz e Hart quando estes tratam da sanção. Por certo, Austin estava equivocado ao dizer que a sanção é o aspecto central do direito, seja do ponto de vista da necessidade conceitual ou do ponto de vista da explicação da normatividade (MARMOR, 2001, p. 43). No entanto, apesar de Raz e Hart acertarem o alvo na crítica às teorias baseadas na sanção, eles subdimensionam, na opinião de Marmor (2001, p. 44), o papel desempenhado pelo instituto da sanção na dinâmica do direito.

O argumento de Marmor vai no sentido de que a coerção é um elemento mais proeminente no raciocínio prático do que as abordagens razianas e hartianas admitem. A chave para captar tal proeminência está relacionada à abordagem marmoriana das convenções sociais. Inicialmente, Marmor (2001, p. 44) afirma que seu argumento depende da focalização de uma diferença pouco trabalhada pelos teóricos do direito, a saber, a diferença funcional do direito em resolver problemas de coordenação e na resolução de problemas de oportunismo. Diferentemente dos problemas de coordenação, os problemas de oportunismo, na teoria econômica da agência, envolvem uma relação de desconfiança e interesse pessoal entre agentes, de racionalidade limitada, sendo uma possibilidade saliente a ação unidirecional (WILLIAMSON, 1993; ZARDKOOHI; HARRINSON; JOSEFY, 2015).<sup>46</sup>

Marmor (2001, p. 44) entende que “o direito desempenha um papel muito maior na resolução de problemas de oportunismo” se comparado aos problemas de coordenação/cooperação típicos do convencionalismo lewisiano, e, por isso, a característica sancionatória torna-se mais relevante, tendo em vista que os problemas de oportunismo, na contramão dos problemas de coordenação, “não podem ser resolvidos sem o incentivo oferecido pelas sanções”. Assim, a capacidade de impor sanções torna-se um aspecto especial da autoridade jurídica:

Penso que o aspecto coercitivo do direito é verdadeiramente muito mais importante do que Hart e Raz parecem ter suposto. A habilidade efetiva de impor sanções é um serviço principal que o direito oferece a seus sujeitos. O direito não é sempre o fornecedor de sanção mais eficiente, mas normalmente é. [...] Portanto, se nós esquecermos a ubiquidade das situações PD com as quais o direito lida, e focarmos exclusivamente nos problemas de coordenação, emerge uma imagem distorcida, pela qual o direito pode cumprir a maioria de suas funções mais importantes na sociedade sem a ferramenta das sanções. (MARMOR, 2001, p. 44)

Com o reposicionamento das sanções e da função coercitiva da autoridade jurídica na tradição positivista contemporânea, Marmor pretende levantar mais um motivo pelo qual a centralidade na resolução de problemas de coordenação, conjuntamente com uma noção paradigmática de convenção de coordenação, configura um equívoco na teoria do direito.

No mesmo sentido, o autor pontua que o direito efetivamente coordena a ação via resolução de problemas de cooperação, mas que isso é apenas uma função dentre várias outras, lançando dúvidas sobre se se trata de sequer uma das mais importantes que um sistema jurídico possui (MARMOR, 2001, p. 48). Se a coordenação for uma função marginal, ela perde força

---

<sup>46</sup> O exemplo paradigmático recorrentemente citado por Marmor (2001, p. 44) para ilustrar os problemas de oportunismo é o clássico dilema dos prisioneiros – ao qual ele se refere como “PD”, abreviatura do inglês “*Prisoner’s Dilemma*”. Ao contrário dos problemas de coordenação “puros”, nos problemas do tipo PD, as partes possuem interesse inerente em não participar da solução coordenativa.

explanatória na compreensão da regra de reconhecimento e relevância na tarefa de reconciliar a normatividade e a tese social.

Portanto, para Marmor (2009, p. 166), a principal tese dos convencionalistas jurídicos que bebem da fonte das convenções do tipo Hume-Lewis estaria equivocada porque depende de uma inferência cuja premissa inicial não é necessariamente verdadeira: (1) convenções são respostas normativas para a resolução de problemas de coordenação; (2) se a regra de reconhecimento for uma convenção, sua principal tarefa é resolver problemas de coordenação. Portanto, para o autor, (2) não poderia ser o caso porque, em sua concepção, o modelo Hume-Lewis dado como garantia em (1) não é uma abordagem suficiente das convenções.

Marmor (2009, p. 165) relata a mesma dificuldade com a centralidade da coordenação no convencionalismo filosófico<sup>47</sup> para a análise sobre a regra de reconhecimento: antes de poder resolver problemas de cooperação, a regra de reconhecimento precisa identificar o que é o direito e dizer algo sobre o próprio papel dos aplicadores e intérpretes jurídicos. Sem isso, parece muito difícil vislumbrar a possibilidade de coordenação. Assim, a sugestão de Marmor (2009, p. 165) é que, para poder coordenar, a regra de reconhecimento precisa, primeiro, constituir:

Como mencionamos acima, para que os juízes tenham qualquer problema de coordenação que possa carecer de solução, primeiro nós devemos ser capazes de identificá-los *como* juízes; nós precisamos primeiro de um conjunto de regras que constituam seus papéis institucionais específicos. Em resumo, e de maneira geral, primeiro nós precisamos das instituições do direito, e então nós talvez possamos ter também alguns problemas de coordenação que podem demandar uma solução normativa. O papel básico das regras de reconhecimento é constituir as instituições relevantes. As regras de reconhecimento fundamentais de um sistema jurídico são regras constitutivas (ou convenções, como veremos), e suas funções coordenativas são, no máximo, secundárias. (Destaque do original)

Outro aspecto importante da prática jurídica, que parece dar suporte à proposta de Marmor, é a arbitrariedade da regra de reconhecimento. Como mencionado, a arbitrariedade é o elemento mais distintivo da convencionalidade na concepção de Marmor. No caso da regra de reconhecimento, Marmor (2009, p. 167) advoga pela sua arbitrariedade em dois sentidos. O primeiro deles tem um teor intuitivo facilmente passível de verificação empírica: diferentes sistemas jurídicos possuem diferentes regras de reconhecimento. É possível pensar em diferentes soluções normativas em diferentes ordenamentos jurídicos.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Vide subseção anterior, p. 69.

<sup>48</sup> Não seria muito difícil imaginar como as regras de reconhecimento podem ser arbitrárias nesse primeiro sentido. A título de exemplo, poder-se-ia oferecer o contraste entre um sistema baseado no *civil law* e um sistema baseado no *common law*: certamente a regra de reconhecimento de um seria diferente da regra de reconhecimento do outro, mas ambas operam como soluções normativas para as quais é possível oferecer razões.

Em um segundo sentido, Marmor aduz que as regras de reconhecimento são arbitrárias porque também são dependentes de conformação mútua. Tal dependência é um indicador da arbitrariedade, e, no caso do direito, Marmor (2009, p. 167) retoma a noção, que ele entende como hartiana, de que “as razões que os juízes e outros oficiais possuem para seguir certas normas de identificação das fontes do direito [...] estão intimamente ligadas ao fato de que os outros oficiais seguem as mesmas normas”.

Apesar da opacidade e da independência das regras convencionais com relação às razões que as sustentam, a existência de convenções superficiais ajuda na apreensão dessas mesmas razões. Embora o formalismo de Marmor considere que as razões externas anteriores às convenções não sejam tão centrais para o entendimento da convencionalidade mais estritamente, a dinâmica das convenções superficiais – e a relação destas com as convenções profundas – admite um grau de reflexividade a partir do qual é possível compreender, ao menos parcialmente, algo sobre a natureza das razões para se ter uma regra de reconhecimento convencional constitutiva dos sistemas jurídicos.

Sobre esse ponto, Marmor recorre à diferenciação feita anteriormente entre convenções profundas e convenções superficiais. As regras de reconhecimento seriam convenções superficiais por figurarem como “instanciações das convenções profundas sobre que tipo de sistema jurídico a comunidade relevante possui” (MARMOR, 2009, p. 172). No caso, as convenções profundas seriam a combinação das necessidades de se ter um sistema jurídico em uma sociedade, as funções que esse sistema cumpre, os modos de organização de um sistema jurídico e, ainda, questões abstratas relacionadas à natureza do conceito do direito. Com isso, Marmor pretende abrir espaço para a sensibilidade das regras de reconhecimento a questões políticas e morais, mas sem se confundirem com tais questões<sup>49</sup>, reservando às convenções superficiais de reconhecimento o papel de identificar qual é o direito válido em determinada comunidade.

Assim, embora as razões para seguir uma convenção independam das razões que sustentem a mesma convenção, no caso do direito e da regra de reconhecimento as razões da regra de reconhecimento são relacionadas a uma convenção mais profunda, mesmo a prática

---

<sup>49</sup> Para o autor, essa seria mais uma vantagem de trabalhar a regra de reconhecimento em termos de uma convenção constitutiva: “Há valores políticos e morais associados às regras de reconhecimento, valores que seriam muito menos racionais de atribuir a regras que estão lá para resolver um problema de coordenação. Há, é claro, muitos problemas de coordenação que são muito importantes de se resolver; mas normalmente não é muito importante como exatamente nós os resolvemos, desde que a solução seja razoavelmente eficiente.” (MARMOR, 2009, p. 170).

jurídica superficial sendo uma prática relativamente autônoma. Portanto, Marmor (2009, p. 175) conclui que o convencionalismo da estrutura fundamental do direito se dá em dois níveis:

Deixe-me resumir: a fundação convencional do direito consiste em duas camadas. Há convenções profundas que determinam as formas de se organizar uma ordem jurídica, seus principais alicerces, por assim dizer, e essas convenções profundas são instanciadas pelas convenções superficiais de reconhecimento que são específicas dos sistemas jurídicos particulares. Nosso conceito de direito depende parcialmente das convenções profundas que determinam a organização básica de uma ordem jurídica, e parcialmente das instituições específicas que nós temos em nossa comunidade, estas que são determinadas pelas regras de reconhecimento. Ambas são convencionais, e nesse insight geral, penso que Hart estava bastante correto.

Pode-se observar, portanto, como Marmor responde ao desafio anteriormente feito por Leslie Green. Para o primeiro, as dimensões da autoridade e da normatividade do direito podem ser acomodadas por uma teoria convencionalista, e isso fica mais claro na sua proposta para a regra de reconhecimento, que busca preservar os principais *insights* de Hart. Ademais, Marmor se engaja em um empreendimento filosófico mais amplo questionador do modelo de coordenação para as convenções sociais como um todo. Seu principal objetivo é oferecer um retrato analítico mais fiel das práticas convencionais do que aquele tradicionalmente pintado por Hume e Lewis (tradição da qual Postema é legatário), apostando na ideia de convenção constitutiva como modelo básico para a explicação de como regras convencionais funcionam e como elas podem gerar obrigações genuínas de conformidade aos agentes participantes da convenção. Contudo, o resultado, para a teoria do direito de Marmor, não é uma mera descrição da prática jurídica, mas uma proposta genuinamente interpretativa (POSTEMA, 2011, p. 529).

### 2.3.3 Respostas de Postema às críticas de Marmor

Tendo em mente o contexto teórico-filosófico e os pontos críticos priorizados por Marmor, Postema (2011, p. 531-532) oferece dois argumentos para defender a importância prática e teórica da noção de cooperação no quadro do convencionalismo Hume-Lewis, contra a objeção geral formulada por Marmor. Em primeiro lugar, Postema diz que a teoria humeana não atribui exclusividade à resolução de problemas de cooperação – com efeito, a cooperação seria uma função essencial à noção de convenção tanto quanto a função de constituição ou regulação. Entretanto, é preciso reconhecer a antecedência lógica da necessidade de cooperação (POSTEMA, 2011, p. 531).

A cooperação é uma necessidade imposta por uma racionalidade instrumental mínima de modo a permitir a realização de qualquer objetivo ou valor. Nesse passo, Postema julga que

Marmor confunde a dimensão instrumental da resolução de problemas de coordenação com o próprio valor que uma convenção visa realizar:

Além disso, práticas convencionais não precisam estar (e raramente estão) somente, ou mesmo primariamente, estar preocupadas com a resolução de problemas de cooperação. Elas estão preocupadas em alcançar, realizar, respeitar ou promover certos valores, princípios ou objetivos (individuais ou coletivos). Resolver problemas de cooperação é o *meio* (ou um meio importante) para fazê-lo. Na ausência de valores, princípios ou objetivos, a convenção não teria propósito. A explicação do aspecto convencional da prática apenas recorre à resolução de problemas de cooperação, mas isso não significa que o único objetivo da prática seja resolver o problema. [...] Coordenação é inteligível apenas quando pode ser vista à serviço de outros fins, objetivos, valores ou princípios inteligíveis. (POSTEMA, 2011, p. 531. Destaques do original.)<sup>50</sup>

A mesma lógica se aplica para a função constitutiva das convenções, que só serão inteligíveis se concretizarem algum propósito ou valor (POSTEMA, 2011, p. 532). Assim, convenções constitutivas não se revelam um tipo especial de convenção, como Marmor parece acreditar, mas apenas refletem uma das inúmeras funções que normas convencionais podem exercer. Portanto, não haveria motivo para enxergar uma relação de exclusão ou primazia de uma função em detrimento de outra (embora, como vimos, Postema sustente que as convenções humanas pressupõem uma prioridade lógica da função de coordenação), sendo mais adequado falar-se em uma relação de complementariedade (POSTEMA, 2011, p. 533).

Nessa quadra, a importância da função coordenativa é maior do que Marmor admite. A título de exemplo, quando a prática convencionalmente instituída possui uma acentuada dimensão pública (como é o caso do direito), é precisamente a função de coordenação que permite que os participantes determinem o conteúdo dessa mesma prática, ao mesmo tempo em que publicizam tal conteúdo através da comunicação (POSTEMA, 2011, p. 533).

Uma vez compreendida a relação entre as funções das regras convencionais, há um segundo argumento utilizado como resposta à crítica geral de Marmor e apresentado em favor da concepção de convenção humana. Na construção de Marmor, a distintividade da arbitrariedade enseja também o foco na dependência de conformidade, sendo esta um componente essencial da primeira. No entanto, tal dependência está fortemente ligada à noção de coordenação (POSTEMA, 2011, p. 532).

Postema defende que a dependência na dinâmica convencional é parasitária de uma estrutura antecedente que reúna um conjunto de ações cooperadas necessárias. Basicamente, não é possível que haja conformidade de ação entre os participantes se não houver um pano de fundo coordenativo, e, se não for possível a conformidade, os propósitos a que servem as

---

<sup>50</sup> Pontuação levemente alterada para facilitar a compreensão.

convenções não são colocados em jogo. Dessa forma, “a realização do valor depende de um esquema pelo qual a interação desses agentes esteja coordenada”, de tal modo que, ausente o quadro interacional coordenativo, o elemento da dependência de conformidade se tornaria “ininteligível” (POSTEMA, 2011, p. 532). Isso significa dizer que, se Marmor está comprometido com a centralidade da dependência, ele precisa reconhecer a centralidade da noção de coordenação para a sua própria teoria.

Sobre esse ponto, Postema (2011, p. 532) adverte que a necessidade dessa estrutura coordenativa anterior para fins de caracterização da dependência (e, indiretamente, da arbitrariedade) não demanda uma transparência da estrutura das convenções para os agentes, nem que os agentes explicitamente sigam as regras convencionais em virtude da dimensão coordenativa. No entanto, se as regras convencionais forem normas genuínas que guiam a ação, em algum momento algum grau de transparência será necessário:

Portanto, embora não seja verdade que, necessariamente, os participantes das práticas convencionais devem reconhecer explicitamente a sua convencionalidade, no sentido de sustentar ou expressar crenças para tal efeito, um tipo de transparência-na-prática é demandado deles. Isto é, deve ser verdade que, nas ocasiões em que é necessário agir para manter a cooperação do grupo evidenciada pela convenção, ou trocar o curso de ação para meios alternativos visando alcançar o propósito da prática quando a maioria dos demais o fizerem, os participantes se comportarão da maneira favorável à cooperação, caso contrário verão uma discrepância significativa entre seus entendimentos atuais sobre a prática e o que é demandado deles nas circunstâncias [concretas]. (POSTEMA, 2011, p. 533)<sup>51</sup>

Além de não compreender a importância da dimensão coordenadora das convenções em sentido amplo, a leitura convencionalista de Marmor sobre a regra de reconhecimento também é insuficiente, aos olhos de Postema. Para explicar os problemas da abordagem de Marmor, Postema enfatiza dois elementos do convencionalismo jurídico ora dissecado: (1) a constituição de uma prática autônoma (que cria seus próprios parâmetros, independentes das razões externas que se possa ter para adotar uma convenção) e (2) a opacidade das convenções (ou não-transparência). Esses dois elementos refletem uma crítica mais ampla de Postema ao modelo raziano da autoridade, e, dentro da discussão do convencionalismo jurídico, servem como resposta tanto a Marmor quanto a Green.

---

<sup>51</sup> Tradução levemente alterada do original, para facilitar a compreensão em português: “Thus, although it is not true that, necessarily, participants in conventional practices must explicitly recognize their conventionality, in the sense of holding or expressing beliefs to that effect, a kind of transparency-in-practice is required of them. That is, it must be true that, when occasions arise in which acting to maintain group cooperation focused by the convention, or shifting to an alternative means of achieving the point of the practice when most others have done so, participants will behave in the cooperation-supporting way or come to see a significant discrepancy between their current understanding of their practice and their sense of what is required of them in the circumstances.”

Para formular uma crítica a alguns aspectos da teoria de Raz, Postema parte do que ele chama de “tese da autonomia do direito”. Tal tese tem por base um compromisso metodológico funcionalista segundo o qual as funções que o direito exerce na vida em sociedade iluminam aspectos da própria natureza do direito. Postema (1996, p. 80) sustenta que a tese da autonomia e o compromisso metodológico que a orienta são adotados em uma ampla tradição intelectual que abriga diferentes pensadores e concepções sobre o direito (começando por Cícero, a tradição inclui nomes como Hobbes, Hume, Bentham, Finnis, Raz, entre outros). O ponto em comum a esses pensadores seria a adoção do funcionalismo no seguinte sentido: “enquanto a aspiração final do direito talvez seja a justiça, seu objetivo próximo e sua tarefa definidora é fornecer uma estrutura do raciocínio prático projetado para unificar o juízo político público e coordenar a interação social” (POSTEMA, 1996, p. 80).

A tese da autonomia propriamente dita, tal como construída por Postema, sustenta que o valor funcional e a capacidade de unificação prática do raciocínio jurídico residem na sua independência e autonomia em face do raciocínio político-moral (POSTEMA, 1996, p. 80). Assim, o fato de o raciocínio jurídico não depender fundamentalmente de considerações oriundas do campo da moralidade política é precisamente o que faz com o que o direito consiga desempenhar o papel imediato atribuído a ele.<sup>52</sup> Em síntese, a tese da autonomia é “uma tese sobre a relação entre considerações jurídicas e considerações morais e como elas figuram no raciocínio prático dos oficiais e dos cidadãos” (POSTEMA, 1996, p. 82).

Isto posto, a tese da autonomia pode assumir uma versão fraca e uma versão forte. A versão fraca da tese da autonomia sustentará a autonomia do raciocínio jurídico na agência dos cidadãos ou dos sujeitos jurídico-normativos, enquanto a versão forte estende a autonomia para os aplicadores do direito. Isso implica dizer que “a versão fraca afirma que o direito é autônomo em sua identificação, enquanto a versão forte afirma que o direito é autônomo na sua identificação e na sua aplicação” (MARTIN, 2014, p. 154).

Postema (1996, p. 82) elenca três “subteses” principais no seio da tese da autonomia: (1) a tese do domínio limitado, (2) a tese da preempção e (3) a tese das fontes. A tese do domínio limitado defende que o direito altera substancial e materialmente o raciocínio prático dos

---

<sup>52</sup> Vale esclarecer que a tese da autonomia não se confunde com a tese da separação entre direito e moral. Primeiro porque a tradição na qual a tese da autonomia está situada não abarca apenas pensadores positivistas (Finnis talvez seja o exemplo mais proeminente), de forma que não há uma vinculação necessária entre a tese da separação e o positivismo metodológico (POSTEMA, 1996, p. 81). Segundo, embora a tese da autonomia subscreva a um tipo de separação entre direito e moralidade política, ela não precisa se posicionar sobre questões centrais para a tese da separação, como a questão sobre as obrigações jurídicas implicam obrigações morais (POSTEMA, 1996, p. 81).

agentes, adicionando novas razões a ser consideradas na agência e destacando, simultaneamente, um domínio especial referente ao raciocínio jurídico (POSTEMA, 1996, p. 83). A tese da preempção reflete a maneira pela qual a tese da autonomia aborda a força prática e a natureza das normas jurídicas na agência e no raciocínio prático: normas jurídicas oferecem razões excludentes para a ação (POSTEMA, 1996, p. 85). Por fim, a tese das fontes se destina a oferecer critérios de identificação para as normas que farão parte do domínio limitado e especial das considerações jurídicas, de tal sorte que “todo direito é baseado em fontes”, estas sendo publicamente acessíveis e independentes de domínios alheios ao domínio do raciocínio jurídico (POSTEMA, 1996, p. 83). As três teses estão interconectadas, tendo em vista que “A tese da autonomia sustenta que normas jurídicas possuem a força prática de razões excludentes, excluindo considerações de fora do domínio do direito tal como definido pela tese das fontes” (POSTEMA, 1996, p. 86).

Postema (1996, p. 88) desconfia da proposta subjacente à tese da autonomia de isolar o raciocínio jurídico do contexto mais amplo do raciocínio prático geral. Pelo contrário, conforme vimos, um dos seus projetos é o de integrar o raciocínio jurídico ao quadro do raciocínio prático geral. Além disso, a tese da autonomia é especialmente problemática na modalidade forte ante as fartas evidências (como demonstrado por Dworkin, por exemplo) do recurso argumentativo às considerações de fora do domínio jurídico por parte dos oficiais aplicadores do direito. No entanto, a modalidade fraca também parece não prosperar. Como explica Martin (2014, p. 154):

O defeito óbvio na tese da autonomia forte pode levar muitos (incluindo Raz) à visão da versão fraca da tese da autonomia como a mais plausível. Postema não está convencido, contudo. Sua principal queixa é que a tese da autonomia é trivial, a menos que se aplique aos juízes assim como aos cidadãos. Com efeito, ele se pergunta “se a autonomia do direito pode ser mantida, e se o propósito de insistir nessa autonomia pode ser sustentado diante de um raciocínio judicial não-autônomo”.

Assim, o problema das teorias razianas para Postema é duplo. Primeiro, tais teorias não conseguem se integrar ao raciocínio público como um todo porque, nesse raciocínio, os sujeitos levarão em conta considerações de diferentes naturezas (política, moral etc.). Em segundo, as teorias razianas se sustentam numa assimetria, não captando as dimensões horizontais essenciais para o papel de orientação normativa do direito, o que por sua vez acaba levando a uma separação no raciocínio prático dos sujeitos e dos oficiais.

Em outro sentido, a tese da autonomia será insatisfatória também se pensarmos na resolução de problemas de coordenação. Postema (1996, p. 91) afirma que a tese da autonomia confere destaque especial à função mediadora do direito, com vistas a resolver os problemas de interação social, notadamente os problemas de coordenação. É para coordenar a interação social

que a tese da autonomia emprega uma estratégia dupla, qual seja, (1) a de deslocar o raciocínio prático jurídico para um domínio próprio, público e limitado e a de (2) isolar esse mesmo raciocínio de fatores externos (notadamente os fatores oriundos do domínio moral) (Postema, 1996, p. 91).

Nesse passo, dois componentes específicos da tese da autonomia entram em cena para executar as duas estratégias de *deslocamento* e *isolamento*. A tese das fontes realiza o trabalho de averiguação e reconhecimento das normas jurídicas prévias, de forma a garantir o movimento de deslocamento e formação do domínio do raciocínio jurídico, ao passo em que a tese da preempção atende à demanda do isolamento ao assegurar a força prática das regras situadas no domínio ora formado (Postema, 1996, p. 92).

As teses das fontes e da preempção, enquanto inserções na dupla estratégia da tese da autonomia, se destinam a resolver os dois problemas causadores de descompasso na interação social: (a) problemas de identificação (quais regras seguir?) e (b) problemas de motivação (por que agir de acordo com essas regras?) (Postema, 1996, p. 92). Caberá à tese das fontes resolver o primeiro problema e à tese da preempção resolver o segundo problema.

Assim, Postema (1996, p. 92) destaca que, para que a tese da autonomia seja capaz de oferecer uma boa solução para os problemas de coordenação, a tese das fontes e a tese da preempção devem ser vistas como mutualmente dependentes, uma vez que não haveria que se falar de motivação ante à impossibilidade de identificação, e que a capacidade de identificação não representaria um grande avanço sem que se pretenda agir por orientação das regras identificadas. Nesse sentido, “a tese das fontes sem a tese da preempção é inerte; a tese da preempção sem a tese das fontes é cega” (Postema, 1996, p. 92).

No entanto, para Postema (1996, p. 96-97), a tese das fontes não é capaz de resolver o problema da identificação principalmente porque, para compreender o conteúdo de uma proposição jurídica estabelecida por uma fonte autoritativa seria necessário o engajamento com algum tipo de reconstrução racional – reconstrução essa que, por sua vez, não se resume a uma questão de fato, tratando-se de uma questão genuinamente *interpretativa*<sup>53</sup>. Além disso, o modo pelo qual um sujeito jurídico reconstrói um fato autoritativo – como um precedente – perpassará algum nível de justificação desse fato, o que demandará, segundo Postema (1996, p. 97), o recurso a argumentos morais. O problema, aqui, é que um participante engajado e comprometido com a prática do direito (não apenas um *bad man* ou alguém interessado apenas

---

<sup>53</sup> Podemos assumir que o convencionalismo de Postema será também interpretativo. Cf. tópico relacionado à interpretação protestante no capítulo 3.

por razões prudenciais), sabendo que pela tese da autoridade os juízes podem levar em conta considerações extrajurídicas, precisará reconstruir o raciocínio decisório e, para tanto, também recorrerá a razões extrajurídicas. Dessa maneira, a tese das fontes, tal como construída no seio da tese da autonomia, falha no teste de adequação à prática jurídica.

## 2.4 O convencionalismo jurídico como defesa do positivismo inclusivo

Jules Coleman talvez seja o maior exemplo de um autor que abandonou o convencionalismo coordenativo na teoria do direito. Em seus trabalhos mais antigos, Coleman (1982; 1989) colocou-se como um entusiasta das convenções de coordenação como teoria capaz de explicar a normatividade do direito e, dentro do legado hartiano, que tipo de atitude os oficiais compartilham entre si nos sistemas jurídicos modernos (POSTEMA, 2011, p. 505).

Coleman passou a duvidar da compatibilidade entre a estrutura fundacional do direito e os problemas de coordenação, ou melhor, entre a possibilidade da existência de um sistema jurídico e a necessidade da resolução de um problema de coordenação como dinâmicas correlatas. Tal como Postema, Coleman julgou ter encontrado no convencionalismo de Lewis um instrumento para conciliar a tese social e a tese da normatividade. Justificando sua ruptura com o convencionalismo coordenativo, o autor aponta as limitações desta abordagem:

[...] Pensei que o problema pudesse ser resolvido se a regra de reconhecimento fosse uma convenção-Lewis. Tal convenção é um equilíbrio de Nash, o que significa que toda pessoa governada por ela teria uma razão para conformar-se a suas demandas no sentido de que ninguém teria uma razão unilateral para desviar-se, isto é, para não se conformar. Todos teriam razão para conformar-se desde que os demais se conformem também. Embora minha sugestão tenha sido imaginativa e bem-intencionada, ela foi implausível e menos esperançosa do que eu esperava. [...] Se eu estivesse correto em pensar que a regra de reconhecimento é uma convenção-Lewis, se seguiria que o direito só poderia existir se uma convenção-Lewis existisse. Isso implica que o direito só poderia existir se as preferências dos oficiais relevantes, incluindo juízes em particular, fossem alinhadas como um problema de coordenação formal para o qual as convenções-Lewis são uma solução. Isso implica que oficiais possuindo preferências que exibem uma certa estrutura é uma condição necessária para a existência do direito. E isso, eu temo, não é uma condição de existência plausível do direito. (COLEMAN, 2009, p. 374)

Sua abordagem, então, passa a apostar em um convencionalismo sustentado no expressivismo metaético de Gibbard e na teoria da agência intencional cooperativa de Bratman (POSTEMA, 2011, p. 504). A teoria que Coleman passa a construir busca explicar o que todas as teorias convencionalistas do direito miram: como convenções podem ser normativas e, mais especificamente no quadro positivista, como a regra de reconhecimento impõe obrigações e,

portanto, como ela figura no quadro do raciocínio prático dos oficiais do direito (POSTEMA, 2011, p. 506).

Para responder a essas questões em espírito hartiano, Coleman propõe que a força normativa das convenções deve ser compreendida a partir da atitude interna dos aplicadores do direito. Tal atitude constitui-se como uma “capacidade” de expressar um estado mental de aceitação de uma norma (POSTEMA, 2011, p. 506). Essa proposta tem como pano de fundo o expressivismo metaético de Gibbard, que trata a normatividade em termos de uma racionalidade não-cognitiva:

O que é, então, para um ato ou um modo de sentir ser racional? De que maneira uma pessoa que chama algo de racional o endossa? Colocado enigmaticamente, minha resposta é essa: chamar algo de racional é expressar uma aceitação das normas que a permitem. [...] O que é aceitar normas? Aceitação é um estado da mente, e uma boa maneira de identificar esse estado da mente pode ser mostrar seu lugar em uma teoria psicológica bruta. Eu retrato a capacidade de aceitar normas como uma adaptação biológica humana; aceitação de normas figura em um sistema humano peculiar de motivação e controle que depende da linguagem. Normas criam formas de vida para os humanos, e nós podemos compreender nossa vida normativa como parte do mundo natural. (GIBBARD, 1990, p. 7)

Na concepção de Coleman, as disposições psicológicas de aceitação de uma norma, quando expressadas do ponto de vista interno do direito, constituem um compromisso de conformação aos padrões ora adotados na aceitação não-cognitiva, e isso torna possível a transformação de fatos sociais em normas genuínas (POSTEMA, 2011, p. 506). Em outras palavras, ao aceitar (comprometer-se com) determinada norma, o agente aceita também as consequências e as demandas dessa norma, e, assim, Coleman avalia que estamos diante de um processo prático-social que fornece razões.

De acordo com Postema (2011, p. 507), a formulação expressivista é a base do convencionalismo jurídico de Coleman. Como consequência, Coleman adota uma estratégia “quietista” similar à de Marmor no que diz respeito às razões anteriores que levam os agentes a aceitarem uma norma como tal, limitando-se à ideia de que, uma vez que uma norma foi aceita – i.e., uma vez que se reconhece a racionalidade de algo como sendo uma norma –, há razões para se conformar a ela, mais especificamente razões internas. Ou seja, a partir do momento que há um comportamento convergente da maioria de uma população aceitando determinada norma (i.e., quando há uma convenção), há razões genuínas para agir.

Postema (2011, p. 507) afirma que essa correlação entre convenções e razões para ação feita por Coleman é uma tese muito forte porque não significa apenas que as convenções “reivindicam o fornecimento de razões, mas que tal reivindicação será sempre (necessariamente) verdadeira”. Portanto, para Coleman, sempre que houver uma convenção

haverá também um conjunto válido de razões a ser seguidas, o que torna sua concepção diferente da noção de convenção no modelo Hume-Lewis. Postema (2011, p. 507) aponta uma divergência profunda entre os dois tipos de convenção porque, na matriz humeana, as regras convencionais nunca são razões completas para a ação e só possuem relevância prática quando integradas no contexto de interação social, de tal forma que sua capacidade racional de orientar a ação só é inteligível “em virtude de princípios básicos de racionalidade” e/ou à luz de “princípios morais”.

Afastando-se do convencionalismo Hume-Lewis, Coleman explica a normatividade das convenções do direito a partir de uma “estrutura complexa de intenções cruzadas” a partir da qual a prática judicial dos oficiais aplicadores do direito é erigida (POSTEMA, 2011, p. 508). A partir do pano de fundo da teoria da ação intencional de Michael Bratman (1987), a convencionalidade jurídica passa a ser uma questão da aceitação, por parte dos oficiais, do caráter cooperativo-intencional de suas atividades, atividades essas denominadas “atividades cooperativas compartilhadas” (DWORKIN, 2010, p. 276).<sup>54</sup>

Assim, o tipo de comprometimento normativo envolvido na prática jurídica é compreendido como um “compromisso conjunto à uma atividade cooperativa”, ou seja, trata-se de um comprometimento essencialmente coletivo (POSTEMA, 2011, p. 511), a exemplo de algumas atividades corriqueiras da prática cotidiana (caminhar conjuntamente, ou pintar uma casa conjuntamente). Cada atividade cooperativa compartilhada possui um objetivo fundamental que estabelece funções àqueles que estão comprometidos com a atividade e, no direito, “a atividade cooperativa compartilhada dos oficiais jurídicos é desenhada para avançar o objetivo de um sistema jurídico estável”, tendo como atividade conjunta estruturante desse empreendimento o “uso da regra de reconhecimento para avaliar a juridicidade das normas jurídicas particulares” (CHRISTIANO; SCIARAFFA, 2003, p. 495).

Nesse sentido, as atividades cooperativas compartilhadas possuem uma estrutura de três características comuns (POSTEMA, 2011, p. 511; DWORKIN, 2010, p. 276): (1) o conhecimento e compromisso comum entre os participantes de que determinada atividade é uma atividade conjunta e que, portanto, demanda esforços de cada participante, (2) responsividade mútua entre os participantes para com as intenções e sub-planos dos demais, (3) esforço de apoio mútuo para que cada participante consiga desempenhar seu papel na rede entrelaçada da atividade conjunta.

---

<sup>54</sup> Do original em inglês: “*shared cooperative activity*” (SCA).

Para Coleman, a prática de quaisquer autoridades jurídicas possui essa mesma estrutura com os respectivos três elementos citados, e isso seria uma exigência conceitual sem a qual o direito não seria sequer possível (POSTEMA, 2011, p. 511). O caráter convencionalista dessas atividades cooperativas compartilhadas estaria evidente na própria natureza das atividades essencialmente cooperativas, que só o são em virtude de uma realidade prática coletiva que as constitui:

[...] “o sentido em que a SCA é convencional é claro. Sua existência não depende dos argumentos apresentados em sua defesa, e sim do fato de ser praticada – do fato de que os indivíduos demonstrem as atitudes que constituem as intenções compartilhadas” (p. 158). Coleman acredita que essas duas afirmações – que uma SCA está necessariamente enraizada na convenção, e que a prática jurídica constitui, necessariamente, uma SCA – conciliam, com elegância, todos os argumentos diferentes que ele tem apresentado ao longo dos anos em favor do positivismo inclusivo (p. 99). (DWORKIN, 2010, p. 276-277)

O argumento de Coleman é mais ambicioso e dá um passo além. Ele pretende provar que as razões oferecidas pelo empreendimento compartilhado e pela visão convencionalista da regra de reconhecimento são, ao menos para os oficiais, deveres genuínos. Para tanto, Coleman recorre a uma consideração de equidade segundo a qual se deve respeitar as expectativas legítimas dos participantes de uma atividade cooperativa compartilhada, razão pela qual os oficiais possuem um dever de conformação aos critérios e padrões normativos adotados em seus compromissos com o empreendimento coletivo e na sua aceitação da regra de reconhecimento (POSTEMA, 2011, p. 512).

É interessante perceber que Coleman mantém a separação comum à tradição positivista entre as obrigações oficiais e as obrigações dos cidadãos ordinários, oferecendo uma resposta positiva para a existência de obrigações e deveres genuínos para o primeiro grupo e uma resposta negativa para o segundo grupo. Assim, tenta-se manter a ideia de que as convenções entre os oficiais é realmente um elemento distintivo para a normatividade do direito, considerando que, onde houver uma convenção entre os operadores jurídicos, haverá uma razão sustentando um dever de conformação por parte destes, mas sem que isso leve a um comprometimento com uma ideia de obrigação geral de obediência ao direito.

Pode-se dizer, então, que Coleman possui uma estratégia fragmentada porque ele divide, de um lado, o caráter convencionalista da fundação do direito (condição necessária para a prática jurídica) entre os oficiais, e, do outro, as razões que os cidadãos ordinários possuem para se conformarem aos padrões das regras jurídicas. Isto é, trata-se de uma questão diferente se as normas jurídicas orientam a ação dos cidadãos com a criação de obrigações genuínas e qual seria o tipo dessas obrigações, caso existam.

Tem-se, portanto, que Coleman acredita que a convenção estruturante da atividade judicial e, portanto, necessária para a existência do direito, se dá em termos de uma atividade cooperativa compartilhada que, por sua condição como tal – e ante um pano de fundo expressivista de aceitação normativa –, permite falar em obrigações e deveres para o referido grupo institucional. Entretanto, em razão de sua estratégia divisionista e seu comprometimento com ideias profundamente enraizadas na tradição positivista, a força e a “autoridade dessa convenção não é transitiva”, ou seja, ela “não passa para as regras de direito ordinárias” (POSTEMA, 2011, p. 513).

Contudo, é importante pontuar que a maneira como Coleman constrói seu argumento a favor da existência de obrigações genuínas dos oficiais não é puramente formalista. Pelo contrário, Postema (2011, p. 513) afirma que, embora Coleman não sustente esse ponto explicitamente, a natureza da obrigação de conformação entre os oficiais também é moral, e não apenas jurídica. Na avaliação de Postema, é nesse ponto que Coleman se afasta do modelo bratmaniano. O afastamento entre os dois se dá porque Bratman se apoia inteiramente na racionalidade instrumental, de modo que a razão para conformar-se às demandas e papéis agenciais exigidos em determinada atividade cooperativa depende inteiramente das “razões que apelam para a atividade cooperativa”, e Coleman, por outro lado, busca apontar as “razões internas ao comprometimento” com a própria atividade cooperativa (POSTEMA, 2011, p. 512).

Essas razões internas estão associadas a considerações de equidade e fidelidade, na medida em que as obrigações entre os oficiais do direito emergem não em virtude da estrutura dos comprometimentos conjuntos que as atividades cooperativas possuem, mas sim a partir da indução de expectativas legítimas entre os membros oficiais do mesmo empreendimento coletivo (POSTEMA, 2011, p. 512). A abordagem de Coleman não é redutivamente formalista em virtude desse aspecto da indução de expectativas legítimas, mas isso não o compromete com uma teoria moral em particular.

Com efeito, o ponto a ser feito é somente que uma convenção entre oficiais comumente contará com a atividade de indução de expectativas legítimas entre seus participantes, e isso é um aspecto capaz de tornar a obrigação de conformação à convenção uma obrigação ou dever de natureza moral. Percebe-se, então, que o tipo de convenção ainda determina o tipo de obrigação, mas no caso das obrigações convencionais-oficiais em específico é possível falar em um “princípio moral que apoia tais obrigações”, embora o caráter moral de uma convenção desse tipo não esteja garantido de partida, sendo “tarefa de uma teoria moral substantiva” demonstrá-lo” (POSTEMA, 2011, p. 513).

Postema aponta duas falhas na tentativa de Coleman em demonstrar a normatividade do direito a partir de sua versão do convencionalismo jurídico. A primeira falha está na mobilização do expressivismo metaético para trabalhar a normatividade jurídica e no modo pelo qual ele pensa que regras convencionais orientam a ação. Segundo Postema (2011, p. 514-515), a formulação do problema da normatividade em uma linguagem de intenções é equivocada porque, embora seja possível falar de uma “conexão racional” entre intenções e meios para se realizar tais intenções, a escolha do agente em adotar uma ação apropriada capaz de concretizar a intenção original é “interna às conexões racionais”, de tal forma que uma intenção, por si só, não constitui uma razão independente para realizar determinada ação; a racionalidade entre um fim e os meios para alcançá-lo não vincula automaticamente o agente aos meios. Por isso, para Postema (2011, p. 515):

O expressivismo metaético de Gibbard não pode ajudar Coleman aqui. Seu apego a ele, nesse ponto, confunde níveis de explicação filosófica. *Não há inferência direta legítima da abordagem metaética de Gibbard para juízos substantivos relativos às razões que os agentes possuem para ação.* Essas duas afirmações ou teses operam em domínios conceituais diferentes e são endereçadas a questões diferentes. É claro que pode ser verdadeiro que disposições ou comprometimentos, ou algo do tipo, tomados no nível substantivo tenham sucesso em gerar razões para ação, mas o argumento para essa conclusão deve se basear em outros princípios práticos substantivos, sejam princípios da racionalidade, ou moralidade, ou de algum outro tipo. Análises metaéticas não são equipadas para esse trabalho. (Grifos meus.)<sup>55</sup>

A segunda falha da abordagem de Coleman, de acordo com Postema, reside na explicação da normatividade a partir da estrutura das atividades cooperativas compartilhadas, que constitui um equívoco sobre a natureza das obrigações geradas a partir do quadro cooperativo-compartilhado e sobre o papel dessas obrigações no quadro mais amplo da normatividade prática. Sobre o primeiro ponto, há que se destacar que as atividades cooperativas compartilhadas – que, para Coleman, geram deveres em virtude da indução e da confiança em expectativas legítimas – não são capazes de evitar o desengajamento dos agentes ou o desvio unilateral dos padrões estabelecidos pela atividade (POSTEMA, 2011, p. 516). Em uma atividade dessa natureza, é possível que os agentes deixem o empreendimento, desde que o façam com um aviso prévio justificado, o que não violaria, em tese, a noção de fidelidade às

---

<sup>55</sup> É importante pontuar que Postema não acha problemático o expressivismo metaético em si. O que ele critica, aqui, é seu uso para tratar de questões normativas de primeira-ordem, ou seja, ele denuncia uma confusão entre questões de filosofia prática e questões metafísicas. Postema (1998c, p. 167) não descarta a metaética como empreendimento válido, e inclusive ressalta que tanto abordagens cognitivistas quanto não-cognitivistas acertam ao buscar explicar a dimensão normativa do discurso moral. Essa última observação é a base para Postema criticar o expressivismo específico de Hart, ao qual ele atribui o rótulo de “expressivismo cru”, dado o fato de que não há “espaço para oferecer e trocar publicamente razões e deliberar e argumentar sobre elas”, i.e., por não levar em consideração a dimensão da justificação (POSTEMA, 1998c, p. 168).

expectativas legítimas criadas. No caso do direito, não fica claro que essa mesma estrutura na dinâmica das obrigações seja suficiente, pois, se pensarmos na regra de reconhecimento, não seria razoável dizer que os oficiais possuem um dever de segui-la mas que tal obrigação pode ser afastada com um mero aviso prévio de que um oficial em particular não mais se vincularia aos padrões de correção da regra fundamental (CHRISTIANO; SCIARAFFA, 2003, p. 496).

O segundo ponto (papel das obrigações nas atividades cooperativas compartilhadas) também representa uma dificuldade para a tentativa de Coleman de associar a prática jurídica a uma atividade cooperativa compartilhada porque parece ser o caso de que as obrigações que os oficiais possuem uns com os outros é um aspecto secundário, tendo em vista que o principal é a importância do próprio empreendimento conjunto (POSTEMA, 2011, p. 516). No caso do direito, em específico, é difícil sustentar que a atividade conjunta é tão importante quanto qualquer outra atividade conjunta (tão importante quanto pintar uma casa conjuntamente, por exemplo).

Além disso, como vimos, as expectativas legítimas e a interpretação que os cidadãos fazem da prática jurídica devem ser levadas em consideração, para Postema, quando o assunto é o dever judicial entre os oficiais. Por isso, se em razão de “[...] qualquer confiança geradora-de-obrigação” nas convenções fundamentais do direito, ações forem “[...] devidas a alguém, parece que elas são devidas aos cidadãos, não aos colegas oficiais participantes” (POSTEMA, 2011, p. 516).

## **2.5 Reexaminando as convenções na fundação do direito: do tabuleiro à melodia**

Partindo das considerações feitas aos modelos alternativos de convencionalismo no direito e buscando refinar a relevância e a adequação do convencionalismo filosófico de origem humeana-lewisiana para o direito, é seguro dizer que, para Postema, a função de coordenação e o objetivo correspondente de resolução de problemas de cooperação representam, sim, um papel central se quisermos levá-lo a sério como uma prática social. Além disso, Postema acredita que não há nenhuma incompatibilidade entre as convenções Hume-Lewis e práticas sensíveis a questões morais e políticas. Pelo contrário, sua proposta é que foquemos no fato de que convenções comumente realizam valores e que, quando é o caso, tais valores normalmente só podem ser realizados via convenções sociais. Isso significa dizer que há certos valores dependentes de conformidade às regras convencionais.

A despeito disso, Postema (2011, p. 549; 1987b, p. 101) sustenta que as analogias comumente empregadas para iluminar o sentido convencionalista na fundação do direito não

são as mais adequadas. Jogos como o xadrez ou regras de etiqueta são práticas absolutamente autônomas, isto é, não dependem de considerações morais e podem facilmente ser desassociadas de valores externos – o que não seria exatamente o caso do direito e da prática jurídica.

Com o intuito de apresentar uma outra analogia possível para tratar do convencionalismo no direito, Postema propõe que pensemos o raciocínio jurídico como análogo ao que está envolvido na execução de uma obra de *jazz* (ou em sentido mais amplo, como a atividade de tocar uma música em um contexto de grupo). Nessa proposta, o autor pretende não apenas desenvolver alguns pontos do modelo filosófico de Hume e Lewis (principalmente de Lewis), mas explicar por que ele está comprometido com tal modelo (não sem tecer algumas críticas) depois de tanto tempo e mesmo depois de alguns<sup>56</sup> considerarem as convenções de coordenação e os problemas de cooperação uma corrente que saiu perdedora no debate acadêmico em torno do convencionalismo jurídico das últimas décadas por ter sucumbido às objeções em torno da acomodação da normatividade.

Postema afirma que é preciso diferenciar duas possibilidades de leitura das convenções de Lewis no tocante a um aspecto fundamental: a saliência das convenções. Nesse sentido, Postema (2008b, p. 43) apresenta duas noções distintas sobre a saliência: saliência pública e saliência privada, realizando uma defesa da saliência enquanto raciocínio público. O autor alerta que, quando falamos sobre a saliência no contexto das convenções, é necessário explicar tanto os mecanismos pelos quais os agentes conseguem efetivamente captar e detectar a saliência, como a força prática que essa saliência possui no raciocínio e na deliberação dos agentes.

No modelo da saliência natural, a saliência seria vista “apenas como um simples fato sobre nós” (POSTEMA, 2008b, p. 43). Essa visão não-racional é comumente atribuída a Lewis, mas Postema acredita que essa não seja uma qualificação correta da proposta lewisiana. A forma natural da saliência indica que um equilíbrio coordenativo será alcançado com sucesso a partir da acomodação de saliências de ordem maior que um (segunda ordem, terceira ordem etc.) (POSTEMA, 2008b, p. 43). Uma agente raciocina a partir de saliências de segunda-ordem “não em resposta ao que é saliente para ela, mas com base na sua previsão do que teria saliência primária para seus oponentes”, e uma agente raciocinando com base em saliências de terceira-

---

<sup>56</sup> É o caso, por exemplo, de Nicholas Southwood (2019, p. 24), que avalia que as construções em torno das convenções de coordenação foram virtualmente abandonadas porque o modelo lewisiano não teria espaço para considerações normativas, tratando-se de um modelo geral calcado em elementos não-normativos como crenças e preferências.

ordem considera saliente “o que seus oponentes preveem que os oponentes deles detectariam” (POSTEMA, 2008b, p. 44).

Na abordagem natural atribuída a Lewis, portanto, vê-se que os agentes sempre raciocinarão em níveis maiores do que a saliência de primeira-ordem porque suas estratégias diante de um problema de cooperação dependem dessa racionalidade preditiva sobre o que os demais estão fazendo (POSTEMA, 2008b, p. 44). Dessa forma, Postema destaca que nessa leitura haveria uma assimetria entre os agentes, uma vez que eles estarão sempre em níveis distintos de raciocínio orientado à saliência:

[...] Necessariamente, Alice não pode raciocinar a partir do segundo-nível e esperar que seus oponentes façam o mesmo, já que para ela raciocinar do segundo-nível é prever como seus oponentes escolherão com base no que é mais provável de ter saliência primária para eles, sob a suposição de que eles são movidos apenas pela saliência primária. (POSTEMA, 2008b, p. 44)

Postema acredita que essa não é a melhor interpretação sobre o raciocínio saliente na obra de Lewis. Em seu lugar, é preciso destacar que o que todos os agentes possuem, no contexto interativo de uma problema de cooperação, é a expectativa de que os outros participantes agirão sob alguma forma de saliência. É dizer: esperar dos demais uma consideração a partir da saliência é “abrigar expectativas recíprocas” e mútuas (POSTEMA, 2008b, p. 44). A diferença é que no modelo natural o raciocínio saliente se dá isoladamente com cada participante buscando prever como seus “opponentes” perceberão a saliência, enquanto o foco na expectativa recíproca revela uma intersubjetividade constitutiva do raciocínio em comum, e, portanto, público. A reciprocidade é a chave mais correta para se pensar a saliência enquanto processo público, em detrimento da assimetria que a abordagem natural atribui entre os participantes (POSTEMA, 2008b, p. 45).

Na interpretação pública da saliência em Lewis, o elemento distintivo para a análise sobre a detecção da saliência é sua publicidade e a maneira pela qual é possível equalizar o raciocínio saliente a um raciocínio comum a determinado grupo. Assim, trata-se de um “processo de observação comum”, a partir do qual os participantes “colocam certas características do mundo de sua experiência em primeiro plano e outras características em segundo plano de acordo com alguma estrutura ou padrão que atribua sentido não apenas para uma parte, mas para nós” (POSTEMA, 2008b, p. 44).

O elemento distintivo da saliência pública é a sua socialidade, ou seja, o que é relevante no raciocínio prático passa a ser contado de um ponto de vista da primeira pessoa do plural (“nós”). Mais do que isso, o tipo de raciocínio paradigmático da saliência pública é o raciocínio analógico, sendo este caracterizado de maneira mais geral como a atividade técnica de

identificar e distinguir padrões de aplicação normativa e de “juntar as pistas em um todo coerente” (POSTEMA, 2008b, p. 45).

Embora a teoria lewisiana atribua esse tipo de raciocínio público e comum da saliência à atividade de resolução de problemas de cooperação, Postema (2008b, p. 45) chama a atenção para o fato de que, antes de qualquer coisa, o problema de um grupo em contexto de interação social é o de conseguir identificar a própria estrutura de interação, e é esse problema de identificação inicial que torna possível o pensamento analógico aplicado a outras formas de interação derivadas dessa estrutura comum. Assim, Postema (2008b, p. 45) sustenta que, mesmo quando o contexto em jogo é o da interação estratégica, o reconhecimento da estrutura de interação pelas partes interativas é uma questão de reconhecer as “características informais não-estratégicas”, e, para tanto, essa tarefa é realizada “*in media res*”, ou seja, ela ocorre ao longo da própria interação e dentro da própria prática, não de antemão ou a partir de um ponto de vista externo.

É importante realçar esse aspecto “situacional” das práticas sociais e do processo de raciocínio saliente porque ele ilumina a dimensão temporal do direito. Nesse sentido, a metáfora musical, para além do jazz, ganha mais força no pensamento de Postema. A razão para isso é que Postema (2004a, p. 207) lista duas teorias meta-normativas que prevaleceram ao longo da história da teoria do direito: (1) a normatividade jurídica compreendida como razão (*nomos*) e (2) a normatividade jurídica compreendida como comando (*thesmos*). A normatividade como razão para agir desempenha um papel importante na teoria do direito de Postema, especialmente na construção de seu convencionalismo “construtivo” (ou material). Não obstante, o autor afirma que um terceiro modelo para pensar a normatividade no direito baseado na ideia de melodia (*melos*) oferece outro ângulo de compreensão que representa um ganho para a teoria jurídica, especialmente no que tange a algumas características do raciocínio prático e jurídico (POSTEMA, 2004a, p. 209).

Esse ganho se dá em virtude de a normatividade como melodia captar de forma distintiva a dimensão temporal da prática jurídica que, para Postema, resulta no modo pelo qual passado, presente e futuro estão interconectados. A melodia da prática musical se constitui principalmente como uma maneira pela qual se articulam notas e tons musicais de modo organizado pelo tempo e através do tempo. Os arranjos sonoros e as sequências melódicas se “desdobram no tempo” criando um todo coerente e dotado de sentido musical (POSTEMA, 2004a, p. 207).

Uma prática vista nesses moldes demanda uma “consciência” (*mindfulness*) por parte do ouvinte ou do músico, mas essa consciência é também inteiramente prática porque ela não ocorre em termos mentalistas ou disposicionais apriorísticos, mas é adquirida ao longo do processo temporal e junto dele (POSTEMA, 2004a, p. 208). Em se tratando de uma habilidade prática e orientada por normas, a apreensão de uma melodia depende de um *know-how* que requer do ouvinte “atenção, memória e antecipação” e sua direção é tanto sincrônica quanto diacrônica, o que reforça o caráter *in medias res* e holístico da proposta:

O pensamento musical é um tipo de seguir-regra: apreender uma melodia *in medias res* é projetar a direção do movimento musical com base no que está soando e no que já soou. O pensar-musical é pensar holístico, isto é, pensar em padrões sonoros temporais e linhas melódicas como as notas que estão soando, mantendo em mente o caminho já marcado e antecipando para onde ele vai na sequência. (POSTEMA, 2004a, p. 208)

O que se tem, portanto, é um tipo de consciência temporal (*mindfulness of time*) no qual passado, presente e futuro andam sempre juntos e, mais importante, essa relação habilita a identificação e a compreensão de padrões musicais. Quando Postema ressalta as habilidades necessárias para a prática musical em questão, é possível perceber essa relação temporal com maior facilidade. A partir do momento em que nós escutamos uma música, e ela vai se desenvolvendo no tempo, nós assimilamos os padrões já tocados nos primeiros minutos de uma melodia, ao mesmo tempo em que conseguimos avaliar se esses primeiros padrões estão fazendo sentido musical com o que se ouve no presente e, por consequência, criamos expectativas e projetamos uma coerência musical a ser seguida no futuro da melodia que se ouve. Assim, pode-se vislumbrar como o “presente e o futuro antecipado de uma melodia alteram seu passado” (POSTEMA, 2004a, p. 208).

Postema sustenta que essa dimensão temporal e melódica é uma alegoria aplicável não só ao direito, mas ao raciocínio prático intencional e discursivo de maneira geral. Agir com base em uma intenção também envolve partir de uma perspectiva *in medias res* pela qual os projetos dos agentes se tornam mais determinados ao longo do tempo. Assim, a deliberação prática no geral integra passado, presente e futuro de uma forma dinâmica que não pode ficar engessada aos planos iniciais (utilizados aqui em sentido bratmaniano da teoria do planejamento e da ação intencional) e que demanda ajuste constante às circunstâncias atuais, processo sempre constrito por normas de coerência e pela integração das partes com o todo (POSTEMA, 2004a, p. 210).

Nesse passo, Postema reforça a importância de um contexto social de interação “denso” nos quais as interações sociais são instrumentalmente valiosas (como forma de concretizar

certos objetivos individuais ou coletivos) e intrinsecamente valorosas (situação na qual a interação é valorosa em si), de tal modo que “Nossas interações, e as práticas que as moldam, fornecem boa parte da textura das vidas humanas dotadas de sentido” (POSTEMA, 2004a, p. 210). Esse contexto de interação social robusta cria uma base de experiências comuns entre os agentes que se constituem como verdadeiros processos de *aprendizado social* que servem de parâmetro para a resolução de problemas de coordenação ao longo do tempo, razão pela qual a consciência temporal socialmente adquirida se revela uma “condição absolutamente essencial da ação humana inteligente tanto na vida social como nas nossas vidas privadas” (POSTEMA, 2004a, p. 210-211).

Pensada dessa forma, portanto, a noção de um raciocínio saliente público reúne três características (POSTEMA, 2008b, p. 45): (1) tem o raciocínio analógico como técnica paradigmática, (2) o ponto de vista prático padrão é a primeira pessoa do plural e (3) por se tratar de um raciocínio prático comum e socializado, o raciocínio saliente depende das “experiências comuns” aos agentes envolvidos. A maneira pela qual Postema concebe o raciocínio analógico é de especial importância para o capítulo seguinte e para a investigação sobre a aproximação da teoria do direito do autor com o pragmatismo filosófico e com o inferencialismo semântico de Brandom, razão pela qual trabalharei a noção de analogia isoladamente na última parte, atendo-me, aqui, a apresentar as características (2) e (3) que, juntas, formam a noção geral de raciocínio público comum.

Dizer que a perspectiva do raciocínio prático saliente é compartilhada pelos agentes é sustentar a unidade básica do “nós” em detrimento da primeira pessoa do singular (“eu”). A diferença entre as unidades da agência é uma diferença prática entre formas distintas de organização e deliberação, e não uma questão metafísica relacionada à existência ou não de uma pluralidade fundamental (POSTEMA, 1995a, p. 47).

A unidade singular compreende a base da agência como um processo individual no qual um sujeito delibera suas ações a partir do seu próprio contato com o mundo, enquanto a unidade plural se sustenta em “grupos de agentes” deliberando em *parceria* e levando em conta as experiências em comum (POSTEMA, 2008b, p. 46). Em termos concretos,

O problema prático para um agente trabalhando na estrutura singular assume a seguinte forma: considerando que o mundo é (i.e., as ações dos outros são) assim-e-assim, o que eu devo fazer? Trabalhando dentro da estrutura plural, o agente pergunta (com relação a algum grupo de agentes): *o que nós devemos fazer?* E então pergunta, *qual é a minha parte e as partes respectivas deles* nesse projeto comum? (POSTEMA, 2008b, p. 46. Destaques do original.)

Bernard Williams (2006, p. 66-67) critica a atribuição de uma perspectiva plural ao raciocínio prático. Segundo Williams, só é possível falar nessa pluralidade no ponto de vista do raciocínio teórico (ou, em termos kantianos, na deliberação factual), e isso porque a perspectiva teórica demanda imparcialidade, uma vez que o que está em jogo são crenças sobre o mundo externo objetivo. Por outro lado, seria problemático, para Williams, impor a mesma demanda de imparcialidade ao raciocínio prático porque esse tipo de raciocínio está sustentado em razões-desejos internas, portanto “radicalmente” calcada na primeira pessoa do agente. A crítica, portanto, é que, ao contrário do raciocínio teórico, o raciocínio prático diz respeito fundamentalmente ao que é bom para o agente no singular.

Postema (1995b, p. 55) pontua, contudo, que no caso do raciocínio prático público, especialmente no caso do raciocínio moral, não é possível falar em tal singularidade radical, já que a linguagem da ação coordenada não é a de desejos internos ou sentimentos privados, mas sim uma linguagem com pretensões de validade e correção implícitas que demandam por reconhecimento dos demais agentes que interagem no empreendimento coletivo.<sup>57 58</sup> Assim, nesse tipo de raciocínio, há uma transcendência dos juízos normativos de forma a se atingir um “ponto de vista que os outros podem compartilhar” (POSTEMA, 1995b, p. 55).

A maneira pela qual Postema constrói a perspectiva plural se baseia significativamente nas considerações de Hume sobre a prática da moralidade e sobretudo na concepção de que os agentes agem coordenadamente e compreendem os benefícios que as convenções (mais fundamentalmente as convenções sobre a propriedade e a justiça) podem trazer para a vida em sociedade. Como explicado anteriormente, a concepção do que é comum, no quadro humeano, depende da observação das experiências comuns por parte dos participantes de determinada prática. Ao longo desse processo, Hume reserva um lugar destacado para a comunicação, que passa a ser o instrumento pelo qual os participantes adquirem consciência sobre o fato de que possuem interesses alinhados e que “seu raciocínio prático é interdependente” e essencialmente intersubjetivo (POSTEMA, 1995a, p. 38; POSTEMA 1995c, p. 351).

A partir do momento em que os participantes reconhecem seu interesse comum, tem-se um deslocamento na unidade da agência, que passa da primeira pessoa do singular para a

---

<sup>57</sup> A perspectiva e o ponto de vista pluralistas do raciocínio prático público encontram forte correspondência no raciocínio moral. Com efeito, Postema (1995b, p. 44) afirma que “o contexto político de uma noção de razão prática pública [...] tem suas raízes nas demandas da vida moral ordinária”.

<sup>58</sup> Embora a característica distintiva do ponto de vista moral humeano seja o fato de que juízos morais não expressam sentimentos privados ou pessoais, eles expressam, ainda assim, tipos de sentimentos, mas interpessoais e “públicos”. É válido pontuar, contudo, que dentro da tradição humeana há controvérsias sobre se é possível falar em uma correspondência entre o ponto de vista comum e o ponto de vista moral, como Postema faz (cf. RADCLIFFE, 2022, p. 21-23; BROWN, 2001, p. 199).

primeira pessoa do plural (POSTEMA, 1995a, p. 38-39). É importante pontuar que tal deslocamento não resolve problemas de desacordos ou de conflito de interesses, mas muda a linguagem em que eles ocorrem e o modo pelo qual eles operam. O que se tem na mudança de ponto de vista, a partir da interpretação que Postema faz de Hume, é o surgimento de uma “nova atitude prática” cujo ponto de referência não é mais os sentimentos privados dos agentes, mas o tratamento destes elementos à luz de uma perspectiva comum e pública (POSTEMA, 1995a, p. 39).

Postema (1995a, p. 40-41; 1995b, p. 60) apresenta um exemplo do pensamento empirista de Hume que ilustra o deslocamento do ponto de vista prático e o sentido em que o lugar da primeira pessoa do plural é intersubjetivo: as experiências sensoriais-visuais. A analogia compara os juízos sobre o caráter moral humano e juízos perceptivos:

O caso aqui é o mesmo dos nossos juízos relativos aos corpos externos. Todos os objetos parecem diminuir com a sua distância: Mas embora a aparência dos objetos aos nossos sentidos seja o standard original, pelo qual os julgamos, nós não dizemos que eles realmente diminuam pela distância; mas corrigindo a aparência por reflexão, chegamos a um juízo mais constante e estabelecido sobre eles. (HUME, 1960, p. 603)

O que a analogia humeana sugere é que, assim como no caso dos juízos experimentais perceptivos, os juízos das práticas do mundo social devem adotar o ponto de vista que transcende o juízo individual e o alinhe a um quadro interpretativo comum.

Postema (1995a, p. 40) adverte que esse movimento não pressupõe a existência de um corpo coletivo uno e não demanda a substituição dos juízos (ou percepções sensoriais) individuais pelos juízos dos outros; requer apenas que “consideremos nossa experiência sensorial verdadeira como interpretada do conjunto perceptual comum que herdamos”. Ou seja, o que se requer não é a substituição de uma interpretação por outra, ou dos dados sensoriais por outros, e sim uma nova “estrutura de interpretação pela qual os dados são articulados e buscados” (POSTEMA, 1995a, p. 40). Portanto, o ponto de vista que Postema tem em mente, a partir de Hume, guarda espaço para uma pluralidade de interpretações. Por esse motivo, é possível falar em uma atitude crítica sob a perspectiva pluralista, de tal forma que o que está em jogo não é apenas uma questão de “seguir regras”, mas um processo prático “mais explícito, mais reflexivo, mais articulado e mais deliberativo” (POSTEMA, 1995b, p. 60).

Postema avalia ser importante não confundir o ponto de vista apresentado com uma pretensão de universalidade. Estabelecendo novamente um paralelo com o raciocínio e o ponto de vista morais, Postema (1995b, p. 62) sustenta que a defesa do ponto de vista da primeira pessoa do plural não implica comprometimento com um universalismo kantiano. Mais do que isso, definir o escopo do ponto de vista público e comum como universal configura um equívoco

porque cria-se uma demanda de transcendência em um grau muito maior do que o é pragmaticamente requerido.

O que Postema tem em mente, portanto, é uma comunalidade local mínima que possa ser compartilhada intersubjetivamente para construir um ponto de vista “modesto” a partir do qual há um ganho na vida social (POSTEMA, 1995b, p. 63). Nesse sentido, o escopo e as dimensões do ponto de vista da primeira pessoa do plural é “determinado pragmaticamente e provisionalmente” em virtude da necessidade de lidar com desacordos no contexto interacional e “no espírito de incluir nossos potenciais interlocutores no discurso” (POSTEMA, 1995b, p. 63).

A partir dessa provisoriedade, podemos compreender um aspecto importante do raciocínio saliente comum: o reconhecimento de grupo. A própria identidade do grupo, ou a noção de filiação ou pertencimento, não é fixada apriorística ou metafisicamente, sendo dinâmica e implícita à própria prática (POSTEMA, 1995b, p. 62). Dessa forma, os praticantes “não precisam ser membros de carteirinha<sup>59</sup> de um time antecedentemente constituído; com efeito, sua tarefa mais importante talvez seja descobrir uma maneira de pensar em comum” (POSTEMA, 2008b, p. 46). Nesse ponto, Postema ressalva as limitações da associação entre o raciocínio prático comum e a racionalidade de time. Além do escopo da comunidade relevante não estar previamente dado, o ponto de vista plural, ele enfatiza, opera em primeira pessoa, não em terceira; ou seja, o raciocínio se dá a partir do que nós devemos fazer, não o que “eles” devem fazer.

Embora a abordagem empirista humeana exerça uma grande influência, explicitamente reconhecida na maneira pela qual Postema trabalha os aspectos do raciocínio saliente público e comum, seu trabalho também abriga elementos “racionalistas”. Em primeiro lugar, Postema (2008b, p. 47) aponta uma “racionalidade holista” que perpassa o raciocínio público, pela qual a medida da racionalidade das ações individuais se dá a partir da função e da relação dessas com o todo. Assim, não só as ações individuais estão integradas entre si e com o todo, mas a direção da racionalidade mediadora se dá do todo para as partes (POSTEMA, 2008b, p. 47). Postema sustenta que “racionalidade”, aqui, vai além da racionalidade instrumental, e a racionalidade holista difere significativamente da racionalidade típica das teorias dos jogos, pois a segunda toma a forma de preferências agregadas que são “estritamente uma função da racionalidade dos seus elementos compostos” (POSTEMA, 2008b, p. 47).

---

<sup>59</sup> Expressão adaptada do original em inglês: “*card-carrying members*”.

Esse tipo de racionalidade holista possui um tipo especial de responsabilidade, ao qual Postema (2008b, p. 47) se refere como uma consequência lógica do holismo trabalhado. Assim, a responsabilidade demandada no raciocínio prático público e comum é uma tarefa dos participantes de situarem suas próprias ações no contexto prático tendo por referência as demais ações “e suas contribuições para a ação do grupo como um todo” (POSTEMA, 2008b, p. 47).<sup>60</sup> Nesse contexto, a responsabilidade prática é correlata à responsividade, que pode ser reativa (quando um agente ajusta suas ações e intenções a partir das ações dos demais) ou antecipatória (quando um agente antevê um novo padrão e ajusta previamente suas ações e intenções com relação aos demais) (POSTEMA, 2008b, p. 47).

Toda essa estrutura do raciocínio (saliente) prático-social, principalmente a ideia de um ponto de vista específico da primeira pessoa do plural e do tipo de racionalidade holista e público sustentados por Postema, fica mais visível a partir do exemplo da improvisação característica de estilos musicais como o jazz. A improvisação no jazz, embora pareça se tratar de uma prática muito intuitiva, é altamente prática, teoricamente embasada, socialmente interativa e também distintivamente normativa. Os grupos de jazz, quando improvisam, precisam tocar dentro de uma mesma linha, a partir de um tom que sirva de base para o trabalho a ser feito, de maneira coerente, de tal forma que o som tocado por cada instrumento só faz sentido dentro do conjunto musical produzido como um todo. Nesse sentido:

Fazer música, especialmente fazer música no jazz, é um caso intensa e densamente social. Jazzistas improvisadores se movem e respondem uns aos outros, entrelaçando seus desenvolvimentos das possibilidades melódicas com as ideias dos seus parceiros em um todo complementar musical e emocionalmente satisfatório (quando eles obtêm sucesso). Seu objetivo é um produto comum que não pode ser compreendido como o agregado das partes. (POSTEMA, 2008b, p. 48)

Para que a improvisação seja bem-sucedida é necessário que cada músico do grupo esteja atento, simultaneamente, à música produzida como um todo e às atitudes de seus companheiros de banda. Para que isso seja possível, é necessário “leitura constante, interpretação, antecipação e ajustamento por cada membro da banda ao que é tocado pelos outros” (POSTEMA, 2008b, p. 48) e também que, individualmente, os integrantes assumam suas responsabilidades – quais são exatamente essas responsabilidades, Postema (2008b, p. 48) afirma, é uma questão que está sendo “constantemente redefinida, deslocando na medida em

---

<sup>60</sup> A noção de responsabilidade enquanto tarefa prática de um empreendimento comum é trabalhada mais substancialmente nos escritos de Postema abordados no capítulo seguinte e será aprofundada no próximo capítulo, considerando sua articulação com aspectos da teoria de Brandom.

que o ônus de definir o ritmo, ou de rastrear a progressão harmônica, ou de improvisar a partir desta base, muda de um instrumento para outro”.

A prática do improviso no jazz é consideravelmente construtiva, levando-se em consideração que não se trata de apenas respostas cognitivas automáticas por parte dos participantes – algo próximo ao que um cachorro treinado faz quando recebe determinados comandos. Há um trabalho interpretativo de compreender o sentido musical e, com isso, influenciar o próprio sentido musical. Assim, os improvisadores, a partir dessa atitude direcionada à própria prática da qual participam, “não apenas evitam colisões musicais”, mas contribuem decisivamente para que o processo com o qual eles estão engajados seja dotado de “significação musical” (POSTEMA, 2008b, p. 48). Colocado em outros termos, pode-se dizer que a improvisação só é possível porque os músicos estão inseridos em uma tradição (no caso, a tradição do jazz). Sendo uma tradição, os músicos estão inseridos em uma “cultura musical” que não apenas dita os parâmetros a ser seguidos, mas fornece recursos de criação e possibilidade de novos ritmos, arranjos e melodias (POSTEMA, 2008b, p. 49).

O aspecto normativo dessa metáfora consiste, segundo Postema (2008b, p. 49), na maneira pela qual a improvisação musical envolve também a apreensão de uma regra e uma racionalidade *conceitual*, afastando-se a ideia de que as antecipações musicais ao longo de um improviso são meramente uma questão de disposição psicológica desprovida de um quadro racional. Nas palavras de Postema (2008b, p. 49):

A melhor maneira de caracterizar esse pensamento antecipatório entrelaçado é dizer que ele é *normativo* ao invés de meramente preditivo, da mesma maneira que é normativo apreender e aplicar um conceito. Músicos apreendem ideias musicais, padrões que oferecem uma estrutura e direção definida, mas também novas oportunidades para variação criativa. Estou tentado a dizer que isso é como o que Wittgenstein tem em mente quando ele fala sobre apreender uma regra, exceto que ter algum senso sobre o processo de pensamento envolvido nesse tipo de produção de jazz é mais provável de nos ajudar a compreender a ideia de apreender e seguir uma regra do que o inverso. (Destaque do original.)

Ao apresentar os principais elementos da improvisação no jazz, sobretudo seu aspecto normativo e orientado por regras sociais, Postema busca demonstrar como o raciocínio saliente pode ser um tipo de raciocínio prático público à luz da própria teoria de Lewis. Por isso, Postema acredita que as principais críticas contra a noção lewisiana de convenções como resolução de problemas de cooperação/coordenação não compreende que a abordagem de Lewis não é analítico-conceitual – de forma a descrever como o elemento de coordenação pode resolver certos tipos de problemas. Pelo contrário, Postema acredita que a abordagem de Lewis é funcional-pragmática, ou seja, ela busca explicar a função e a força prática das convenções

no raciocínio prático e na agência social. É por isso que Postema (2008b, p. 53) julga não ser possível criticar a abordagem de Lewis apenas apontando para alguns exemplos nos quais a necessidade de coordenação não é central para certas normas convencionais.

Dessa forma, Postema (2008b, p. 54) se afasta de sua abordagem inicial e defende a tese de que as convenções de tipo lewisiano são “apenas um caso especial de convenções adequadamente compreendidas”, cujo valor teórico consiste na explicação da normatividade e da força prática das convenções “em termos do raciocínio saliente como uma forma de raciocínio comum”. Não obstante, o modelo lewisiano da saliência, interpretado como empreendimento público, oferece uma importante contribuição para compreender a dinâmica da vida social e como as convenções funcionam nesse contexto.

Para remodelar a teoria convencionalista tradicional, além de considerar as convenções de Lewis um caso especial, Postema (2008b, p. 53) amplia o escopo do raciocínio saliente, que é originalmente formulado por Lewis apenas para os problemas de cooperação com equilíbrios correlacionados. Portanto, para o autor, “A chave para compreender as convenções não é, afinal, a ideia de equilíbrios correlacionados, mas a ideia de um raciocínio prático comum” (POSTEMA, 2008b, p. 54). Além disso, Postema (2008b, p. 53) também se afasta do quadro empirista humeano quando afirma que o que as regularidades de uma convenção focalizam não é apenas um conjunto de ações e experiências passadas que funcionam como resolução de problemas coordenativos, mas sim um “padrão ou regra publicamente disponível para as partes”.

Cumprir dizer que tais padrões normativos funcionam também para situações de interação social novas, não apenas para casos pretéritos (POSTEMA, 2008b, p. 53). É por isso que o raciocínio analógico será a técnica paradigmática do raciocínio prático comum saliente de forma a explicar uma outra faceta das convenções na resolução de problemas coordenativos. Utilizando uma noção kantiana sobre os juízos práticos, Postema (2008b, p. 53) sustenta que:

Julgamento, Kant nos ensina, é demandado sempre que nós buscamos aplicar uma regra a um caso particular e a principal competência no juízo é a capacidade de julgar o ajuste entre um padrão publicamente disponível e o caso particular, independente desse padrão ter sido instanciado. Em contextos sociais, nós temos disponível uma versão de raciocínio comum dessa capacidade de juízo. Convenções resolvem problemas de cooperação oferecendo analogias que as partes podem explorar. Seguir uma convenção envolve reconhecer a similaridade entre a situação atual e as opções, e aquelas que se enquadram nos parâmetros da convenção. O pensamento analógico está no âmago do raciocínio com e por tais regras sociais.

Percebe-se que a capacidade de julgar terá uma função de destaque no raciocínio comum. A aplicação de normas e a utilização de conceitos podem ser vistas como o coração do

tipo de atividade prática envolvido no raciocínio socialmente integrado. No entanto, para explorar os juízos práticos e a normatividade geral no quadro convencionalista do direito é preciso reconhecer uma limitação adicional ao modelo Hume-Lewis de convenção.

Postema (2011, p. 537) avalia que nenhuma abordagem convencionalista na teoria do direito conseguiu explicar satisfatoriamente o aspecto *discursivo* da prática jurídica.<sup>61</sup> Mais do que isso, é preciso explicar a discursividade das fundações do direito, pois seria um erro imaginar que a prática jurídica é discursiva e as fundações do direito não o são. O que falta nas abordagens convencionalistas é ir além da “conexão das convenções com as razões práticas inteligíveis” (ou de como o convencionalismo pode resolver o problema dos desacordos morais) e explicar o fato de que o raciocínio jurídico é publicamente acessível e articulado de uma maneira argumentativa (POSTEMA, 2011, p. 536). O autor considera que a noção convencional puramente humeana também não é capaz de fazê-lo porque o contexto de interação social com o objetivo de resolver problemas de cooperação “é racional, mas não fundamentalmente discursivo” (POSTEMA, 2011, p. 536).

A mesma objeção pode ser levantada contra o modelo lewisiano, mesmo após a reinterpretção caridosa da saliência pública levada a cabo por Postema<sup>62</sup>. Reconhecendo a necessidade de superar a racionalidade instrumental da teoria dos jogos e enfatizando a normatividade justificatória do direito (até então Postema estava focando na integração com o raciocínio prático), Postema (2008b, p. 54) aduz que:

Muitas das mais importantes estruturas convencionais que governam e facilitam a vida social, o direito proeminentemente entre elas, são essencialmente discursivas. Práticas discursivas envolvem oferecer, explorar e avaliar razões e argumentos – situar proposições normativas na rede de razões e argumentos que dão força e conteúdo prático a eles [...] Normalmente a função chave de tal prática é fornecer uma estrutura para a *justificação* pública das ações e decisões. Esse tipo de raciocínio prático, contudo, não é (fundamentalmente) calculador; não é adequadamente modelado pelos princípios básicos da teoria dos jogos e da decisão. (Destaque do original)

De maneira geral, o que Postema considera o aspecto discursivo do direito é que se trata de uma prática de “articular, oferecer e avaliar razões para a conduta que são extraídas e contribuem para o sistema normativo”, de modo que um praticante competente é aquele que consegue se mover e agir a partir da rede discursiva e mobilizando seus recursos (POSTEMA,

<sup>61</sup> No diagnóstico de Postema (2011, p. 537), a proposta de Marmor não tem os “recursos para acomodar o caráter essencialmente discursivo do direito”. A proposta de Coleman está mais adapta a desenvolver esse aspecto fundamental, mas, segundo Postema, o faz de maneira muito incipiente.

<sup>62</sup> A objeção também revela uma limitação da metáfora com a improvisação no jazz, que ilumina o raciocínio público pautado em razões comuns mas que se trata de uma prática técnica e não-discursiva (POSTEMA, 2012, p. 720).

2011, p. 536-537). Além da discursividade, é preciso levar em consideração outros dois aspectos fundamentais da prática jurídica: seu caráter argumentativo e “forense”.

Segundo Postema (2011, p. 537), o direito é uma prática argumentativa em dois sentidos correlatos. Em primeiro lugar, é dizer que a prática jurídica se sustenta em torno de uma rede de argumentos práticos à qual os participantes não só se submetem, mas que também ajudam a construir por meio das melhores razões. Em segundo lugar, o caráter argumentativo do direito e da prática jurídica implica uma disputa interna à prática, de tal maneira que uma interpretação desta prática é sempre suscetível a ser desafiada argumentativamente. Compreendo que essa abertura e o caráter argumentativo do direito levam a duas consequências adicionais ao argumento de Postema: (1) é possível avaliar e desafiar os propósitos da prática, e (2) por isso é necessário um ponto de vista interno crítico.<sup>63</sup>

Ressaltar o caráter forense é dizer que a prática do direito tem como habitat natural um “contexto institucionalizado distintivo” (POSTEMA, 2010, p. 275). O mais importante ao apontar o *locus* do direito enquanto prática argumentativa e discursiva não é sugerir que as trocas argumentativas ocorrem em salas de audiência ou em plenários de tribunais superiores, mas destacar o “modo primário na troca pública de argumentos com interlocutores” (POSTEMA, 2011, p. 537). Mesmo que essa modalidade conte com a figura de um terceiro imparcial com função adjudicativa, seria um equívoco centralizar essa prática no cotidiano dos profissionais do direito porque isso violaria a tese fullleriana da congruência com o risco de subdimensionar a importância das relações horizontais entre os sujeitos jurídicos para o direito (POSTEMA, 2011, p. 537).

Portanto, no próximo capítulo, apresentarei a maneira pela qual Postema suplementa a noção de convencionalismo fundacional para dar conta da discursividade e do caráter argumentativo do direito. Até aqui, é possível vislumbrar que Postema não se desvencilhou por completo do modelo Hume-Lewis, apesar de ter se afastado de uma versão positivista de tal modelo. O desafio, agora, é conciliar esse modelo, tipicamente associado à racionalidade instrumental, com os aspectos normativos-argumentativos da prática jurídica em termos de uma teoria sustentada em outro tipo de racionalidade, já que a instrumental parece suportar todo o trabalho demandado pelos aspectos convencionalistas e sociais da teoria do direito de Postema.

---

<sup>63</sup> Trabalharei esses dois aspectos no próximo capítulo.

### **3 AS INFLUÊNCIAS PRAGMATISTAS E INFERENCIALISTAS NO CONVENCIONALISMO DE POSTEMA**

Para assimilar o aspecto essencialmente discursivo da prática e do raciocínio jurídicos às convenções fundamentais na estrutura do direito, Postema recorrerá ao pragmatismo e ao inferencialismo de Brandom. Esse movimento faz sentido porque o projeto de Brandom está centrado na estrutura normativa implícita às práticas sociais discursivas. Isso significa dizer que práticas discursivas possuem, constitutivamente, parâmetros avaliativos de correção que os agentes-praticantes utilizam para realizar movimentos no que Brandom chama de jogo de dar e pedir razões.

A estratégia brandomiana, portanto, consiste em explicar os significados das expressões linguísticas de forma integrada ao uso dessas expressões. Mais do que isso, é dizer que a semântica “responde” à pragmática, de maneira que a tarefa de uma teoria semântica é precisamente a de atribuir conteúdos proposicionais às sentenças a partir de sua significação pragmática (BRANDOM, 1994, p. 83; 2011, p. 58). Essa proposta não é exclusiva de Brandom. Com essa visão sobre a relação entre semântica e pragmática, Brandom se filia a uma tradição pragmatista-filosófica mais ampla que consiste justamente na primazia explanatória da pragmática. Antes de analisar como Postema se relaciona com o instrumental teórico de Brandom, é necessário apresentar alguns aspectos gerais introdutórios para justificar a relação a ser feita neste capítulo, principalmente para se ter um parâmetro avaliativo partindo do inferencialismo e do pragmatismo fundamental.

#### **3.1 Uma breve síntese-introdução: aspectos da teoria de Brandom relevantes para a teoria do direito de Postema**

O pragmatismo que Brandom tem em mente, enquanto escola filosófica mais ampla, não é restrito ao pragmatismo clássico de James e Dewey que se orientava prioritariamente pelo sucesso instrumental das crenças e ações com relação aos desejos (BRANDOM, 2011, p. 56), embora não seja incompatível com esse pensamento. Há três compromissos inerentes ao pragmatismo amplo: (1) o pragmatismo metodológico, (2) o pragmatismo semântico e (3) o pragmatismo fundamental (DECAT, 2015, p. 265).

O pragmatismo metodológico não apenas reivindica a tese de que a semântica deve responder à pragmática, mas tem a pretensão de servir como um critério de demarcação para as teorias do significado. Assim, esse tipo de compromisso metodológico básico propõe a

abordagem integrada entre semântica e pragmática, com primazia explanatória da segunda, como “fonte final do critério de adequação a partir do qual o sucesso daquele empreendimento teórico [da teoria semântica] será avaliado” (BRANDOM, 2011, p. 59).

O pragmatismo semântico, por sua vez, também é uma forma de levar a cabo o lema mais geral do pragmatismo de que a semântica responde à pragmática. Segundo Brandom (2011, p. 61), o pragmatismo semântico consiste na “visão plausível de que é o modo que os praticantes usam as expressões que faz que eles signifiquem” o que querem dizer. Colocado de outra forma, o pragmatismo semântico é a ideia de que os conteúdos dos conceitos e das expressões linguísticas são determinados pelo uso destes (BRANDOM, 2002, p. 210). Brandom (2011, p. 63) insiste que o pragmatismo semântico difere do pragmatismo metodológico por um detalhe pequeno, mas relevante, referente à ordem explanatória e aos respectivos objetos centrais da modalidade metodológica e semântica:

As diferenças do que tenho chamado pragmatismo “metodológico” e “semântico” são sutis. [...] Mas há uma diferença real na ordem explanatória entre esses compromissos estratégicos. O pragmatista metodológico olha para a explicação da prática de usar expressões, a matéria da pragmática, em termos dos conteúdos associados com aquelas expressões, a matéria da semântica. O pragmatista semântico olha para a explicação da associação dos conteúdos com expressões em termos da prática de usar essas expressões.

Tendo em vista que apenas considerações sobre o uso das expressões podem estabelecer as conexões entre estas e seus conteúdos, um parâmetro crucial para delimitar e especificar o termo “uso” é “o vocabulário que se permite usar para descrever as práticas que são o uso das expressões linguísticas” (BRANDOM, 2011, p. 64). Ao associar as expressões aos seus interpretantes semânticos, o pragmatismo semântico estabelece uma restrição ao tipo de vocabulário que pode ser mobilizado para explicitar essa relação.

O pragmatismo fundamental também contribui para a especificação do vocabulário a ser empregado para falar da associação entre expressões linguísticas e seus conteúdos semânticos. O mote do pragmatismo fundamental, enquanto elemento característico do pragmatismo filosófico em sentido amplo, é que o saber prático (*knowing how*) tem prioridade explanatória com relação ao saber teórico (*knowing that*) (BRANDOM, 2011, p. 65). Dessa forma, as crenças e representações explícitas são compreendidas a partir das competências práticas que implicitamente já orientam esse saber teórico (LEVINE, 2019, p. 44).

Sendo assim, o pragmatismo fundamental se constitui como um projeto diametralmente oposto ao que Brandom (2011, p. 65) classifica como “intelectualismo platônico”, que se caracteriza pelo reverso: por trás de toda crença ou saber prático, deve haver alguma instância

de um saber teórico. O que está subjacente ao intelectualismo – que, segundo Brandom, é a corrente filosófica prevalecente no século XIX, sobretudo por influência de certa interpretação de Kant – é uma concepção regulista sobre as normas, ou seja, a ideia pela qual as normas vinculam os sujeitos apenas quando explicitamente apoiadas na forma de regras ou princípios (BRANDOM, 1994, p. 19-20). O problema dessa concepção fica evidente no argumento wittgensteiniano do regresso ao infinito: se toda normatividade se baseia na normatividade de regras, a aplicação de uma regra dependerá de outra regra explícita, que por sua vez dependerá de outra regra explícita, assim por diante, sucessivamente. Eventualmente, será necessário uma distinção prática relativa à correção de aplicação das regras de forma a estancar o regresso ao infinito, pois, caso contrário, “nenhum sentido pode ser feito da distinção entre performance correta e incorreta – da diferença entre agir de acordo com a norma e agir contra ela. Normas seriam ininteligíveis.” (BRANDOM, 1994, p. 21). Dessa forma, o pragmatismo fundamental contribui para a restrição do vocabulário padrão das abordagens semântico-pragmatistas sobre a relação entre expressões linguísticas e seus interpretantes semânticos no sentido de que tal vocabulário deve ser ineliminavelmente um vocabulário normativo e expressivo a partir do qual é possível tornar explícito o que os sujeitos já fazem implicitamente na prática.

Considerando a oposição declarada do pragmatismo fundamental descrito por Brandom ao intelectualismo platônico, seria tentador inferir que o compromisso com o pragmatismo fundamental é também um compromisso contra o racionalismo, tendo em vista que historicamente o “intelectualismo é o vício-chefe do racionalismo” (LEVINE, 2019, p. 45). No entanto, o pragmatismo de Brandom não exclui todo e qualquer tipo de conteúdo. Pelo contrário, ele pressupõe que o pragmatismo “não é mais bem pensado como um tipo de empirismo”, e sim que “em sua melhor aparência, o pragmatismo deve ser racionalista na forma” (LEVINE, 2019, p. 43).

O teor racionalista que Brandom dá ao pragmatismo deriva da maneira pela qual ele responde ao que considera a questão demarcatória das práticas linguísticas, a saber: “O que é distintivo das práticas linguísticas (ou discursivas)? O que as destaca das práticas pré-linguísticas ou não-discursivas?” (BRANDOM, 2011, p. 28). Nesse aspecto, é possível associar o pragmatismo a um critério-base racionalista para a supracitada questão demarcatória, de forma que o elemento distintivo das práticas linguísticas e discursivas em geral é um elemento racional em dois sentidos: primeiro, participantes das práticas linguísticas-discursivas são seres sábios e não só sencientes; segundo, o ponto fulcral que diferencia as práticas discursivas

das demais é que elas gravitam em torno da atividade de “dar e pedir razões” (BRANDOM, 2011, p. 30).

O primeiro sentido de racionalidade reflete a estratégia kantiana de demarcação de modo que o que distingue os seres humanos dos demais habitantes do mundo natural é que nós habitamos também o campo da liberdade, ou seja, nós temos a autonomia para nos vincular a concepções de regras. Enquanto todos os animais agem em conformidade às regras em sentido causal (como as leis da natureza, por exemplo), apenas os seres racionais agem de acordo com concepções de regras, i.e., o aspecto distintivo da agência racional não é a vinculação a determinada regra necessária, mas a *possibilidade* de agir com base em algo que se *reconhece* como sendo uma regra vinculante (BRANDOM, 1994, p. 31). É justamente a capacidade de agir conforme uma concepção ou representação de uma regra que torna o erro possível, porquanto agir de acordo com uma regra é algo invariável, e agir de acordo com uma concepção de regra é algo cujo sucesso é relativo. Nesse contexto, a partir de Kant, a intencionalidade será tratada como uma questão inteiramente normativa, em sentido distinto das regras causais típicas dos seres que não possuem vontade racional.

Assim, enquanto Brandom rejeita o regulismo, ele aceita a estratégia demarcatória de Kant porque, a partir dela, é possível compreender como as atitudes normativas instituem a significação normativa de forma a conciliar essa tese com a distinção prática entre performance correta e incorreta feita por Wittgenstein (BRANDOM, 1994, p. 32). Uma condição fundamental para realizar essa conciliação é “diferenciar a atitude de reconhecer implicitamente (ou na prática) a correção de alguma classe de performances de meras regularidades” (BRANDOM, 1994, p. 32).

O inferencialismo de Brandom aparece também na estratégia demarcatória racionalista adotada pelo autor porque ele explica como as razões exercem força normativa em nós. Nesse sentido, o que constitui um ser racional é o fato de nós estarmos sujeitos e vinculados à “autoridade das razões”, de forma que:

[...] Dizer ‘nós’, nesse sentido, é nos colocar no espaço das razões, dando e pedindo razões para as nossas atitudes e performances. Adotar esse tipo de postura prática é nos tomar ou tratar como sujeitos da cognição e da ação; as atitudes que nós adotamos em resposta ao estímulo ambiente contam como *crenças* apenas na medida em que elas podem servir como e carecer de razões, e os atos que nós performamos contam como *ações* apenas se for adequado oferecer e pedir razões a eles. Nossas atitudes e atos exibem um conteúdo inteligível, um conteúdo que pode ser apreendido ou compreendido sendo extraído de uma rede de razões, sendo inferencialmente articulados. Compreensão, nesse sentido favorecido, é a apreensão das razões, o domínio das correções das *inferências* práticas e teóricas. (BRANDOM, 1994, p. 5. Destaques do original.)

Portanto, a distintividade da sapiência, a capacidade de se orientar a partir de concepções sobre regras, de diferenciar implicitamente performances linguísticas corretas e incorretas e a articulação inferencial das razões estão diretamente ligadas na construção da resposta que o pragmatismo fundamental e racionalista dá à demarcação da discursividade.

Além disso, as práticas discursivas estão essencialmente calcadas na tríade pragmática-semântica-sintaxe (BRANDOM, 2011, p. 30). A abordagem pragmatista ampla trabalha a pragmática em termos da significação normativa das asserções, a semântica em termos de conteúdos proposicionais e a sintaxe em termos das sentenças declaratórias (“*é o caso que*”) como sendo a forma de articulação e expressão dos conteúdos proposicionais (BRANDOM, 2011, p. 30).

Brandom (2011, p. 31) sustenta que a síntese entre racionalismo e pragmatismo fundamental que ele propõe não corre o risco de incorrer nos mesmos problemas que contaminam a abordagem intelectualista precisamente porque sua proposta compreende a “intencionalidade discursiva como um tipo de intencionalidade prática” que tem como coração a prática do jogo de razões e como objetivo teórico apontar que tipo de estrutura uma prática social deve ter para poder ser classificada como uma modalidade deste jogo. Portanto, o pragmatismo fundamental racionalista de Brandom, ao estabelecer a distintividade das práticas discursivas, aduz um tipo central e especial de domínio prático necessário, a saber, “o domínio prático das relações e transições inferenciais” (BRANDOM, 2011, p. 31).<sup>64</sup>

Nesse sentido, o principal objetivo do projeto de Brandom é demonstrar como as práticas sociais linguísticas discursivas podem ser melhor compreendidas se considerarmos sua articulação inferencial, e não a sua dimensão representacional, como seu aspecto central e determinante do conteúdo conceitual de expressões, performances e atitudes proposicionais envolvidos nessas práticas. Por isso, trata-se de um projeto anti-representacionista. Isso não quer dizer que Brandom negue a dimensão de representação dos conteúdos semânticos.<sup>65</sup> Na verdade, o que ele indica é que não é uma estratégia explanatória adequada começar pelas representações. Com efeito, a determinação do conteúdo representacional de crenças e atos de fala também depende de uma atitude prática com relação aos conceitos empregados.

Brandom reabilita o conteúdo representacional ao submetê-lo à sua estrutura teórica. Assim, para que seja possível falar em representação e em apreensão de estados intencionais na

<sup>64</sup> Brandom reconhece que há outras coisas que podem ser feitas racionalmente que não apenas dominar inferências, mas, para ele, outras funções são parasitárias do domínio prático inferencial.

<sup>65</sup> O autor afirma que ele segue o mesmo caminho do pragmatismo de Rorty ao rejeitar a noção moderna (iluminista e empirista) de “experiência”, mas rompe com seu mestre no que se refere à representação (que Rorty também rejeita), pois Brandom tenta reabilitá-la de uma maneira social-pragmática (BRANDOM, 2011, p. 197).

função de representação, é preciso compreender a dinâmica fundamental que habilita ou autoriza a utilização desse tipo de conceito. Essa dinâmica é abordada por meio de uma “tarefa explanatória dupla: dizer o que é *expressar* um conteúdo *proposicional* no geral, e então dizer o que mais é demandado especificamente para que o conteúdo expressado *represente* algo objetivo, da maneira que interessa para a ciência empírica” (BRANDOM, 1994, p. 75 – destaques do original).<sup>66</sup>

Percebe-se, então, que a prioridade lógica do caráter proposicional dos conteúdos semânticos é um compromisso teórico central para Brandom, por onde se inicia seu empreendimento filosófico. Tal compromisso pode ser rastreado até Kant. A tese que Brandom (1994, p. 79) denomina “prioridade pragmática do proposicional” remete à ideia kantiana de que os juízos são a unidade mínima da cognição e do entendimento. Assim, tudo o que há para ser feito com os conceitos é aplicá-los nos juízos, razão pela qual “qualquer discussão sobre conteúdo deve iniciar com os conteúdos dos juízos, já que qualquer outra coisa só tem conteúdo na medida em que contribuir com os conteúdos dos julgamentos” (BRANDOM, 1994, p. 80).

Nesse passo, a pragmática de Kant é sustentada em um tipo de atividade envolvendo a maneira pela qual aplicamos os conceitos nos juízos. Mais especificamente, essa atividade é uma síntese unificadora, ou seja, trata-se de submeter as representações aos conceitos aplicáveis (BRANDOM, 1994, p. 80). Essa atividade de síntese, portanto, será a atividade básica para a faculdade de julgar. Por isso, “toda nossa atividade cognitiva consiste nos julgamentos e aspectos desta atividade. Qualquer conteúdo que possa ser discernido em qualquer categoria é derivativo do conteúdo de possíveis juízos, isto é, de conteúdo proposicional.” (BRANDOM, 1994, p. 80).

Segundo Brandom, essa estratégia pragmática kantiana revolucionária foi seguida por Frege e Wittgenstein. Em Frege, Brandom (1994, p. 81) argumenta, as mesmas linhas explicativas ficam evidentes a partir da priorização fregeana do valor de verdade como determinante do valor semântico de uma sentença e a partir do princípio da composicionalidade (pelo qual o valor semântico de expressões completas dependem não só do valor de verdade de suas partes mas do modo em que as partes estão organizadas e arrançadas (MILLER, 2010, p. 22)). Dessa maneira, Brandom (1994, p. 81) enfatiza que a estratégia semântica explanatória de

---

<sup>66</sup> Por esse motivo, Brandom defende que iniciar a estratégia explanatória pela representação é um erro. É preciso estabelecer uma nova base pela qual as representações podem ser apreendidas. Nesse sentido: “Compreender a objetividade do conteúdo representacional demanda compreender essa estrutura particular de autoridade e seu reconhecimento – o que significa para aqueles que avaliam a correção das representações [*representings*] ceder a autoridade sobre eles para o que é representado [*represented*], tratar a correção delas na prática como determinada por aqueles [fatos] representados.” (BRANDOM, 1994, p. 78).

Frege opta por iniciar a análise sobre os conteúdos verdadeiros a partir dos conteúdos dos juízos, e não propriamente dos conceitos. Considerando a centralidade da concepção de verdade para a semântica fregeana, observa-se a adesão à tese da prioridade do proposicional, na medida em que “falar de uma expressão como dotada de conteúdo é falar sobre a contribuição que ela faz ao valor de verdade dos pensamentos e das proposições em que ela ocorre” (BRANDOM, 1994, p. 81).

No caso do Wittgenstein tardio, a prioridade proposicional aparece ao se eleger as sentenças como as estruturas linguísticas básicas, no sentido de serem aquelas capazes de realizar uma jogada nos diversos jogos de linguagem, sinalizando sua primazia em relação às expressões subsentenciais (BRANDOM, 1994, p. 82). Assim, expressões com conteúdo proposicional são o começo da ordem explanatória, considerando-se que funções de representação e referência derivam daquelas:

Referir-se a algo, indicá-lo ou nomeá-lo, é também algo que se pode fazer com expressões linguísticas; é um ato de fala que se pode performar. Mas eles pertencem a uma classe de atos de fala que é, em um importante sentido, derivada ou parasitária dos atos de fala que envolvem sentenças, paradigmaticamente afirmações, asserções, ou atribuição de verdade. Para usar uma expressão como um nome, para se referir ou apresentar um objeto com ela, deve-se ser capaz de usar o nome para *dizer* alguma coisa (paradigmaticamente, assertar alguma coisa) sobre o objeto referido, indicado ou nomeado. A significação de adotar ou tratar algo como um nome, com propósito de se referir a um objeto, reside em como alguém considera que seja apropriado usar a expressão, e o uso das expressões como nomes é ininteligível, exceto no contexto de usar expressões que os contém como sentenças. (BRANDOM, 1994, p. 82. Destaque do original.)

A primazia do proposicional fica evidente não apenas na análise da significação dos atos de fala, mas também na atribuição de intencionalidade. A título de exemplo, Brandom (1994, p. 83) cita a intencionalidade de organismos não-linguísticos e de seres sencientes no geral. Se a tese kantiana da demarcação estiver correta, então o elemento distintivo da intencionalidade humana é que ela é algo a que nós respondemos e pela qual somos responsáveis. Diferentemente dos seres não-linguísticos que apenas agem de acordo com regras (i.e., estão suscetíveis às leis naturais necessárias), os seres sapientes e linguísticos agem de acordo com concepção de regras e a partir de uma intencionalidade original.

A intencionalidade dos organismos não-linguísticos é derivada no sentido de depender de uma atribuição de um estado intencional com conteúdo proposicional.<sup>67</sup> Logo, o

---

<sup>67</sup> Nesse quadro, interpretar algum comportamento não-linguístico é atribuir um estado intencional, e, portanto, fala-se em uma intencionalidade derivada. Por exemplo: é necessária uma interpretação que atribua conteúdo proposicional ao comportamento de um animal; só é possível falar que a minha gata está com fome quando mia ao lado de seu pote porque eu atribuo intencionalidade e conteúdo proposicional ao comportamento dela.

comportamento “é feito inteligível exibindo-o como racional, dadas várias crenças e pró-attitudes, e fazer isso é portar um pedaço de raciocínio prático que de alguma maneira é tomado como estando por detrás ou implícito no comportamento” (BRANDOM, 1994, p. 83). A interpretação e a atribuição de intencionalidade-racionalidade a um comportamento revelam, na visão de Brandom, que apenas conteúdos proposicionais podem servir como “premissa no raciocínio” (BRANDOM, 1994, p. 83).

Assim, como as asserções são a unidade básica das expressões linguísticas dotadas de conteúdo proposicional, somente asserções podem ser dadas como razão e racionalmente questionadas (pedir razões para uma determinada asserção) no jogo de dar e pedir razões. Ações, por sua vez, não podem servir como razões ou premissas no jogo de dar e pedir razões; é possível apenas demandar as razões das ações, e oferecer uma razão para uma ação é ainda realizar uma asserção (BRANDOM, 1994, p. 171).

Embora ações também sejam um tipo especial de performance no jogo de dar e pedir razões, elas só são inteligíveis, no modelo de Brandom, a partir das asserções dotadas de conteúdos proposicionais. Nas palavras de Brandom (1994, p. 171):

[...] Ações são apenas performances para as quais é apropriado oferecer razões, e oferecer uma razão é realizar uma asserção. Portanto, ações não são inteligíveis como tal exceto em um contexto que inclua o oferecimento assertório de razões. Onde explicações intencionais são oferecidas do comportamento de criaturas não-linguísticas [...], as razões são oferecidas, as asserções são feitas, pelo intérprete do sistema intencional simples, que busca tornar o comportamento inteligível ao tratá-lo como se pudesse agir de acordo com as razões oferecidas. É por isso que o que é atribuído em tais interpretações é uma intencionalidade derivada. Asserções desempenham os dois papéis; pode-se oferecer razões para elas, e elas podem ser oferecidas como razões. Ações desempenham apenas o primeiro papel no jogo de dar e pedir razões.

É a partir desses pressupostos que a noção de inferência ganha destaque na teoria de Brandom. Asserções sempre vem acompanhadas de inferências porque são as inferências que articulam os conteúdos conceituais das asserções realizadas no jogo das razões. Isso implica dizer, dentro do pragmatismo fundamental e da concepção de padrões de correção implícitos na prática que é seu corolário, que apreender o conteúdo conceitual é dominar a habilidade prática de realizar transições inferenciais entre asserções que empregam um conceito – notadamente inferências relativas às consequências, premissas autorizadoras e às incompatibilidades de instâncias de emprego de um conceito com relação aos demais conceitos adquiridos em bloco (BRANDOM, 1994, p. 89).<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> O inferencialismo de Brandom é holista, o que significa dizer que: “Em uma abordagem inferencialista do conteúdo conceitual, não se pode ter *qualquer* conceito a menos que se tenha *muitos* conceitos. Isso porque o conteúdo de cada conceito é articulado por suas relações inferenciais com outros conceitos. Conceitos, então,

Nesse ponto, as inferências são o conceito-chave para perceber a diferença entre o conceitual e o não-conceitual, ou entre asserções dotadas de sentido intencional e meros relatos observacionais. Seres que não dominam inferências apenas respondem representacionalmente a um estado de coisas, ao passo em que os enunciados de usuários de linguagens podem “desempenhar um papel de justificar crenças e afirmações” (BRANDOM, 1994, p. 89).

Para exemplificar a diferença e ilustrar como as inferências demarcam as práticas discursivas, Brandom (1994, p. 88-89) indaga o que diferencia um mero sinal em resposta ao fato de que estamos diante da cor vermelha de compreender o conceito de cor vermelha. Tanto um espectrofotômetro (aparelho cuja função é analisar a luz absorvida e transmitida por comprimentos de onda) quanto um papagaio treinado podem enunciar que algo é vermelho quando for o caso. Se comparados a um ser-humano especialista em identificar e reportar coisas vermelhas, a reação do espectrofotômetro e do papagaio são apenas um relato, uma resposta ao ambiente desencadeada não-inferencialmente. A diferença mais importante entre eles e o ser-humano é que o ser-humano compreende suas respostas quando se depara com o estímulo do vermelho, e essa compreensão se dá justamente porque o sujeito é capaz de realizar inferências com o conceito de vermelho. Nesse sentido:

O papagaio não trata “isso é vermelho” como sendo incompatível com “isso é verde”, nem como sendo consequência de “isso é escarlate” e implicando “isso é colorido”. Na medida em que a resposta repetível não é, para o papagaio, apanhada nas correções práticas da inferência e da justificação, e portanto da realização de juízos adicionais, não se trata de uma questão conceitual ou cognitiva. O que o papagaio e o instrumento medidor não têm é uma apreciação da significação que suas respostas possuem como razão para fazer afirmações adicionais e adquirir crenças adicionais, seu papel na justificação de algumas atitudes e performances adicionais e na exclusão de outras. Conceitos são essencialmente inferencialmente articulados. Apreendê-los na prática é saber o caminho em torno das correções de inferência e incompatibilidade nos quais eles são apanhados. O que faz uma classificação merecer ser chamada classificação *conceitual* é seu papel *inferencial*. (BRANDOM, 1994, p. 89. Destaques do original.)

De grande importância para a compreensão do inferencialismo é a elucidação do tipo de inferência em jogo na explicação do conteúdo conceitual: as inferências e regras inferenciais relevantes aqui possuem natureza material. Nesse ponto, Brandom (1994, p. 97-98) segue Sellars (2005, p. 329-354), para quem regras materiais são essenciais para o significado e, portanto, para a linguagem e para o pensamento. Nesse quadro, o que torna uma transição inferencial uma transição boa e correta são os conteúdos dos conceitos utilizados na realização de inferências. Assim, “A está a oeste de B” implica corretamente “B está a leste de A”, e “Está chovendo, logo a rua estará molhada” é uma boa inferência não em virtude de uma articulação

---

devem vir em pacotes (embora disso não se segue que eles devem vir em apenas um único e grande pacote).” (BRANDOM, 2001, p. 15).

lógica e formal, mas do conteúdo dos conceitos de leste e oeste, e do conteúdo e das implicações do conceito de chuva. A prática inferencial necessária, portanto, é a de estabelecer relações de consequência e incompatibilidade entre os comprometimentos conceituais subjacentes às inferências (como no exemplo em que compreender o conceito de “vermelho” envolve a necessidade de saber que é um conceito incompatível com o conceito de “incolor” ou “verde”, e ao mesmo tempo demanda-se o saber prático de que “vermelho” é consequência de “colorido”; portanto, há dois movimentos básicos na realização de inferências, a saber, relações de consequência e incompatibilidade).

Por isso, Brandom rejeita uma abordagem formalista das inferências, segundo a qual tudo o que existe quando se trata de inferências são inferências formalmente válidas em termos da veracidade dos condicionais na operação dedutiva premissa-conclusão (BRANDOM, 1994, p. 100; 2001, p. 53). Nessa vertente teórica, a estratégia explanatória sobre as inferências considera a prioridade das “licenças proposicionais explícitas” que permitem realizar movimentos inferências “em virtude de sua forma lógica”, e as inferências materiais são tratadas como entimemas (inferências com premissas implícitas, no caso, supressões dos condicionais) e, por isso, ou são dispensáveis como característica do raciocínio, ou possuem uma autoridade puramente derivada das regras formais de inferência (BRANDOM, 1994, p. 101; SELLARS, 2005, p. 331-333).

Como resposta à abordagem e à estratégia inferencial-explanatória formalista, Brandom (1994, p. 101) oferece mais uma vez uma abordagem pragmatista pela qual deve-se começar pelas inferências materiais (filiando-se ao argumento de Sellars de que elas são essenciais para a linguagem e para o raciocínio) para depois explicar “como o vocabulário lógico tal como o condicional deve ser compreendido como permitindo a expressão dos compromissos inferenciais implícitos de uma maneira explícita – isto é, como conteúdos julgáveis, assertáveis, críveis, como conteúdos de compromissos proposicionais em potencial”.

Essa proposta na ordem explanatória da função exercida pelas inferências (materiais) na articulação conceitual e na prática de dar e demandar razões atribui um papel expressivo para o vocabulário lógico típico das inferências formais. O vocabulário lógico passa a representar um ganho significativo para os consumidores de razões, tendo em vista que sua principal característica é “[...] possibilitar falar e pensar explicitamente sobre os conteúdos semânticos inferencialmente articulados conferidos implicitamente às expressões (dentre outras coisas) por seu papel na prática racional” (BRANDOM, 1994, p. 117).

Nota-se que esse tipo de racionalidade inferencial e a proposta explanatória de Brandom ainda assim conferem uma função pragmático-semântica de destaque para o vocabulário lógico. O ponto central, contudo, é o de perceber que o uso correto desse vocabulário lógico pressupõe o domínio prático das relações inferenciais materiais, de forma que as inferências formais passam a ser uma função na atribuição de conteúdo proposicional e intencionalidade. Portanto, há uma racionalidade expressiva (tornar explícito algo implícito na prática) referente à racionalidade inferencialista e à sua relação metodológica com o vocabulário lógico e as inferências formais-dedutivas:

O modelo inferencialista de racionalidade reserva, assim como o primeiro modelo proposto por Brandom<sup>69</sup>, um papel extremamente importante para a lógica. Contudo, este papel não mais consiste em entender a racionalidade, de modo restritivo, como validade formal, mas na função racionalmente expressiva do vocabulário lógico de tornar explícitas as relações inferenciais materiais implícitas constitutivas do sentido das expressões linguísticas e atitudes proposicionais. Nessa concepção expressivista da lógica, as locuções condicionais assumem importância central na medida em que a codificação explícita que elas fazem das inferências materiais permite aos usuários de uma linguagem que disponha de tal vocabulário dizer aquilo que, noutras circunstâncias, poderiam apenas fazer, a saber, aprovar ou rejeitar inferências materiais. (DECAT, 2015, p. 39)

É importante salientar que o domínio inferencial prático – i.e., dominar a habilidade de extrair relações inferenciais de consequência e incompatibilidade – está relacionado ao que Brandom chama de “status deôntico”. Nesse sentido, as asserções realizadas no jogo de dar e pedir razões expressam dois status deônticos básicos implícitos na prática: (1) comprometimentos (*commitments*) e (2) autorizações (*entitlements*) a comprometimentos, e a relação entre eles é fundamental para compreender a noção de incompatibilidade material, já que “Duas afirmações são incompatíveis se o comprometimento com uma precluir autorização à outra” (BRANDOM, 1994, p. 160).

A ideia aqui é que sempre que um movimento é feito no jogo de dar e pedir razões, ou seja, sempre que se realiza uma asserção ou uma ação, há a adoção ou o reconhecimento de um comprometimento coordenado com uma autorização. Pode-se pensar em comprometimentos e autorizações da maneira clássica como obrigações e permissões, mas Brandom evita esse vocabulário porque ele é comumente associado às teorias da sanção, e o autor sustenta não ser

---

<sup>69</sup> O outro modelo de racionalidade ao qual Decat faz menção consiste no modelo lógico de racionalidade, ao qual Brandom (2002, p. 3-4) atribui a centralidade da validade inferencial formal entre premissa e conclusão. O modelo inferencial de racionalidade absorve o modelo lógico. Com efeito, ao apresentar os modelos de racionalidade, Decat (2015, p. 28) sugere que o que Brandom tem em mente é uma relação de “círculos concêntricos” na “abrangência” entre os diferentes modelos de racionalidade.

necessário qualquer relação hierárquica para compreender a sua proposta de estados normativos e deônticos (BRANDOM, 1994, p. 160).

Comprometimentos e autorizações são estados normativos fundamentalmente práticos e sociais porque só possuem significação normativa em virtude do fato de que eles são atribuídos e reconhecidos pelos participantes de uma prática (BRANDOM, 1994, p. 161). Assim, estar comprometido ou autorizado no jogo de dar e pedir razões é uma questão de tratar os participantes como participantes que endossam certos comprometimentos e que estão autorizados a realizar determinados movimentos. Trata-se de uma performance de atribuir e adotar comprometimentos/autorizações que, diante do contexto da normatividade implícita nas práticas discursivas, também é algo que se pode fazer correta ou incorretamente – i.e., é preciso reconhecer a diferença entre uma performance (algo que é feito) de uma performance com significação normativa (algo que deve ser feito), além da diferença entre estados normativos e a atitude direcionada a esses estados normativos (o que é considerado correto) (BRANDOM, 1994, p. 36-41).

A relação entre atitudes e os status normativos é estabelecida por Brandom (1994, p. 162-163) da seguinte maneira:

[...] É por referência às atitudes dos outros direcionadas ao status deôntico (atribuir um comprometimento) que a atitude de alguém cujo status está em questão (reconhecer ou adotar um comprometimento) deve ser compreendida. Então, tudo o que é exigido para fazer sentido da significação normativa da performance como a adoção de um comprometimento é uma consideração sobre o que é tomar ou tratar alguém como comprometido a fazer alguma coisa.<sup>70</sup>

Dessa forma, os status deônticos – comprometimentos e autorizações – possuem significação normativa a partir de atitudes práticas igualmente deônticas de “tomar ou tratar alguém como comprometido ou autorizado” (BRANDOM, 1994, p. 166). O ponto mais importante nas práticas sociais linguístico-discursivas cujo núcleo é o jogo de dar e pedir razões inferencialmente articuladas é saber o tipo de performance necessário para contar como uma atribuição ou adoção de comprometimentos. Há, portanto, duas atitudes deônticas fundamentais que instituem novos estados deônticos-normativos e alteram os status já estabelecidos, quais sejam, a atribuição de comprometimentos e a adoção (ou reconhecimento) de comprometimentos. Para Brandom (1994, p. 166), a atitude individual de adotar um comprometimento (*undertaking*) – i.e., quando eu subscrevo determinado comprometimento e

---

<sup>70</sup> Brandom (1994, p. 162) apresenta um exemplo específico para tratar da relação comprometimentos/responsabilidade e autorizações/autoridade: a aceitação do xelim (moeda britânica do século XVIII) da rainha como comprometimento de se juntar ao exército. Esse exemplo será apresentado mais à frente.

suas consequências práticas/conceituais – é precisamente o que autoriza que outros participantes atribuam esse mesmo comprometimento; no entanto, assumir um comprometimento é atribuí-lo a mim mesmo. Por isso, Brandom afirma que, dadas as duas atitudes que instituem e alteram status deônticos – atribuir e adotar comprometimentos –, a atribuição é a atitude fundamental para o quadro geral da normatividade social.

Nesse ponto, é possível introduzir uma ideia central para o pragmatismo e inferencialismo brandomiano e que terá implicações importantes no argumento sobre o convencionalismo de Postema que pretendo fazer nas páginas finais: a noção de contabilidade deôntica (*deontic scorekeeping*). O modelo da contabilidade deôntica explicita o que os participantes fazem implicitamente nas práticas discursivas: “Eles contam o placar dos status deônticos atribuindo esses status aos outros e adotando-os” (BRANDOM, 1994, p. 166). Assim, na medida em que novos movimentos são feitos no jogo de dar e pedir razões, altera-se o placar do jogo, de forma que a significação normativa de qualquer performance corresponderá à “diferença que ela faz no placar deôntico – isto é, o modo pelo qual ela altera quais comprometimentos e autorizações os praticantes, incluindo o performador, atribuem uns aos outros e os adquirem, reconhecem ou adotam” (BRANDOM, 1994, p. 166).

Dessa maneira, tem-se que a contabilidade deôntica é em si um tipo de habilidade prática, um “tipo de know-how” (BRANDOM, 1994, p. xiv) em que os participantes de um jogo de linguagem mantêm um placar de status deônticos, instituído e alterado pelas atitudes deônticas fundamentais de atribuir e adotar comprometimentos. Aqui, fica visível o caráter perspectivado e social da contabilidade deôntica, considerando os dois pontos de vista possíveis de (1) adotar comprometimentos e (2) atribuir comprometimentos aos outros participantes. Os conteúdos conceituais só podem ser explicitados a partir de “algum ponto de vista, ante o pano de fundo de algum repertório de comprometimentos discursivos” (BRANDOM, 1994, p. 590). A dupla-perspectiva social exige que os contadores deônticos sejam aptos a manter “dois conjuntos de livros” (BRANDOM, 1994, p. 590), a saber, um livro de comprometimentos e autorizações individual e um livro de comprometimentos e autorizações referentes aos demais contadores. Por isso, Brandom (1994, p. 590) sustenta que “Conteúdos conceituais, paradigmaticamente conteúdos proposicionais, podem ser genuinamente compartilhados, mas sua natureza perspectivada significa que fazê-lo é dominar o sistema coordenado de perspectivas da contabilidade deôntica, não passar algo não-perspectivado de mão para mão (ou boca a boca)”.

Avalio que essa breve exposição de alguns aspectos gerais da teoria de Brandom seja suficiente para introduzir preliminarmente as temáticas brandonianas que estão em maior diálogo com alguns pontos fundamentais da teoria do direito de Postema. A presente dissertação não pretende – sequer seria pertinente – esgotar os passos teóricos de Brandom na construção de seu inferencialismo, principalmente para seu projeto estruturante levado a cabo em *Making It Explicit* (1994). Nas próximas seções, a metodologia norteadora será a de articular os dois autores (Brandom e Postema) e apontar sentidos implícitos de influência do pragmatismo e inferencialismo brandonianos para além dos recursos explícitos a essa teoria feitos por Postema.

### **3.2 Inferencialismo, pragmatismo e racionalidade histórico-expressiva em Postema: cruzando as fronteiras do raciocínio analógico**

Como assinalado no final do capítulo anterior, a analogia é a técnica padrão do raciocínio público saliente tal como elaborado por Postema. Assim como no caso das normas costumeiras, boa parte da noção de analogia em Postema se baseia no inferencialismo de Brandom. O que Postema pretende é defender uma certa concepção de analogia, baseada no raciocínio analógico do *common law*, ao mesmo tempo em que responde aos desafios céticos com relação à analogia em geral, e ao raciocínio jurídico em particular.

A concepção clássica típica do *common law* atribui três características ao raciocínio por analogia (POSTEMA, 2007a, p. 106). Em primeiro lugar, o raciocínio por analogia possui força prática, não sendo apenas um exercício teórico abstrato ou intelectual. Em segundo lugar, esse tipo de raciocínio depende essencialmente da capacidade do agente de estabelecer inferências entre casos pretéritos e casos novos, e é a validade e a correção da relação inferencial entre eles que garante a similaridade e, portanto, justifica uma decisão comum aos dois casos. Em terceiro lugar, o raciocínio por analogia não é do tipo-regra, ou seja, ele não depende da identificação de uma regra geral na qual se fixa os casos particulares dessa regra, mas sim da relação entre casos particulares.

Postema (2007a, p. 106) afirma que endossar essa relação entre casos e entre casos e regras, da forma em que ela é estabelecida no raciocínio analógico, não significa dizer que a “articulação de uma regra não desempenha qualquer papel no pensamento analógico, [...] mas apenas que uma regra geral será produto da analogia identificada, não sua precondição”. Essa consideração é uma defesa de uma ordem explanatória específica em se tratando do raciocínio

por analogia: é a relação de similaridade entre os casos particulares que confere força normativa às analogias, e apenas depois disso é possível extrair uma regra relacionada aos casos análogos.

A proposta sobre a função de regras explícitas e gerais na articulação da analogia vem, no campo da teoria do direito, como resposta ao ceticismo suscitado por autores como Richard Posner e Dworkin. Posner (1994, p. 91-93) sustenta que o argumento por analogia, quando não meramente retórico – i.e., quando juízes não apenas utilizam de analogias para melhorar a premissa de suas decisões reforçando sua autoridade –, “não pertence à lógica da justificação” principalmente porque não possui instrumentos confiáveis para determinar a “distância social, política ou econômica entre um caso análogo antecedente e o caso presente”.

Dworkin (2010, p. 95-99), em seu empreendimento contra o movimento antiteórico no direito, ataca a analogia como alternativa ao recurso aos níveis teóricos nos casos difíceis afirmando que “Uma analogia é uma maneira de afirmar uma conclusão, e não de chegar a uma conclusão, e o verdadeiro trabalho deve ser feito pela teoria”. Postema (2007a, p. 107) destaca a paráfrase kantiana feita por Dworkin (2010, p. 99): “[...] sem teoria, a analogia é cega”.<sup>71</sup>

Postema (2007a, p. 107) atribui tanto à posição de Posner quanto a de Dworkin uma postura do regulismo que dá abertura para o regresso ao infinito na teoria do direito e da argumentação jurídica. Nesse sentido, o erro de ambos é fruto de uma concepção equivocada sobre a estrutura do pensamento por analogia:

Essa desqualificação sumária do raciocínio analógico se baseia em um argumento igualmente apressado: Dois casos são análogos apenas se eles compartilharem algumas propriedades que são consideradas relevantes para o propósitos jurídicos em jogo. Mas, argumenta-se, isso é o mesmo que dizer que eles são análogos apenas se houver alguma regra, princípio, ou teoria pela qual essas propriedades são relevantes e juridicamente significativas. Assim, dois casos são análogos apenas como uma *consequência* de se subsumirem ao princípio. (POSTEMA, 2007a, p. 107. Destaque do original.)

A abordagem equivocada leva a um problema adicional para o raciocínio analógico no raciocínio jurídico que é o problema de legitimidade. Para que uma analogia consiga desempenhar uma função justificatória, ela precisa refletir uma base igualmente justificatória, seja ela formada por princípios, regras ou teorias normativas. Assim, a argumentação por

---

<sup>71</sup> Nesse ponto, cabe fazer uma ressalva: talvez Postema não caracterize corretamente o propósito do argumento de Dworkin sobre as analogias. Em primeiro lugar, cabe dizer que a atribuição de regulismo a Dworkin é difícil de ser feita, considerando que os princípios no sentido trabalhado por Dworkin estão implícitos na prática, e não fora dela (BUSTAMANTE, 2020, p. 120-121). Em segundo lugar, o contexto da crítica de Dworkin às analogias é o referido movimento anti-teórico no direito, e uma concepção específica de analogia tal como a apresentada por Cass Sunstein (1996, p. 32-33), em que a analogia se apresenta como uma atividade formal e cuja coerência é apenas local, já que se trata apenas de reconhecer casos de acordo com a autoridade dos tribunais, e nada além disso. Agradeço ao Professor Thomas Bustamante por realizar esse apontamento.

analogia só se legitima se for publicamente justificada, e o exercício de justificação pública se resume na identificação de normas explícitas que regulam as relações entre casos análogos. Dessa forma, a crítica cética leva à uma exigência de justificação também calcada na articulação explícita de regras – o regulismo: “Se os fundamentos dos julgamentos judiciais não puderem ser inteiramente articulados com base em princípios explícitos, os julgamentos não podem ser considerados normativamente justificados à luz dos nossos padrões de juízos responsáveis” (POSTEMA, 2007a, p. 108).

Postema chama essa maneira de conceber o raciocínio analógico clássico baseado na possibilidade de extração e articulação de regras e princípios que permitam estabelecer uma analogia entre casos de “racionalismo de regras”. O que motiva essas teorias é o ceticismo contra teorias particularistas, teorias às quais o raciocínio analógico clássico supostamente estaria filiado. Postema acredita que uma teoria particularista robusta do raciocínio por analogia é falha, mas isso não dá razão para os racionalistas de regras no tratamento da analogia.

O particularismo na leitura sobre a analogia se sustenta em duas teses: (1) a tese substantiva (que busca oferecer que tipo de relação existe entre casos particulares análogos) e (2) a tese epistemológica (que responde questões referentes ao modo de acessar a relação entre casos particulares estabelecida na tese substantiva) (POSTEMA, 2007a, p. 108). Isto posto, a resposta particularista sobre a natureza da relação entre casos análogos é que a similaridade é uma questão de situações práticas e concretas. Em outras palavras, é dizer que o “Raciocínio analógico, nessa visão, é corolário da visão sobre as razões: é o movimento da razão prática de caso particular para caso particular” (POSTEMA, 2007a, p. 108-109). Quanto à tese epistemológica, Postema (2007a, p. 109) observa que o particularismo pode adotar respostas diferentes, mas seguindo sempre a linha aristotélica de que a apreensão das razões práticas não se dará pela aplicação de fórmulas gerais, mas a partir de “alguma forma de *insight* imediato”.

A objeção racionalista à tese substantiva particularista é que o que constitui razões práticas como razões práticas é o fato de que elas devem ser repetíveis e, portanto, universais (ou universalizáveis) (POSTEMA, 2007a, p. 109). Tendo em vista essa objeção à tese substantiva, tem-se também uma objeção à tese epistemológica na medida em que insights – sejam na forma de percepção, intuição, entre outras – não são a maneira adequada de se apreender universais e realizar a subsunção dos particulares.

As objeções do racionalismo de regra às teorias particularistas são pertinentes. No entanto, Postema busca refutar a associação entre a concepção particularista e o modelo clássico de argumentação analógica característico do *common law*. O ponto de maior saliência que

demonstra que o raciocínio analógico que Postema tem em mente não é particularista é a sua posição quanto à tese epistemológica. Segundo o autor, o raciocínio analógico no direito não é uma questão de intuição como sugere a linha aristotélica. Pelo contrário, trata-se de uma questão “discursiva ao invés de intuitiva; uma questão de argumento ao invés de percepção ou sentimento; uma forma de raciocínio, não apenas um modo de insight” (POSTEMA, 2007a, p. 110).

A despeito de suas restrições essenciais às teses particularistas, Postema não subscreve à proposta racionalista-regulista. O argumento mais sofisticado em favor desse tipo de racionalismo é fornecido pela tese da relevância (POSTEMA, 2007a, p. 111), a qual Postema considera uma versão mais elaborada do argumento que motiva posições céticas como as de Dworkin e Posner. A tese da relevância envolve duas premissas: (1) as relações inferenciais em jogo no raciocínio analógico não dependem apenas da capacidade de identificar similaridades entre dois ou mais casos, mas da capacidade de identificar os aspectos *relevantes* entre eles; (2) os aspectos de relevância são necessariamente estabelecidos a partir de regras ou princípios explícitos que fornecem o critério do que é relevante no caso concreto (POSTEMA, 2007a, p. 111).

Como se pode perceber, o pedigree do regulismo está localizado na segunda premissa da tese da relevância, que também evidencia a ordem de prioridade explanatória adotada nesse tipo de racionalismo direcionado ao raciocínio por analogia, pois “para cada analogia verdadeira há uma proposição geral (chame-a ‘regra’) que captura exatamente os aspectos nos quais os análogos são relevantemente similares” e, mais do que isso, a segunda premissa “insiste adicionalmente que a regra é anterior aos casos” (POSTEMA, 2007a, p. 111). A anterioridade ou a prioridade da regra determinante da relevância pode ocorrer em três dimensões diferentes: prioridade constitutiva, prioridade normativa e prioridade epistêmica (POSTEMA, 2007a, p. 111-112).

No primeiro sentido, a prioridade constitutiva significa que um determinado caso só é uma analogia em virtude da regra que sustenta essa relação. A prioridade normativa das regras decorre do sentido de primazia constitutiva, e consiste na função de justificação que uma certa regra exerce entre dois ou mais casos análogos, ou seja, a regra permite a transição inferencial de um caso antigo para um caso novo. O terceiro sentido, prioridade epistêmica, refere-se à ordem de engajamento no raciocínio analógico, estabelecendo um caminho metodológico em que se deve começar pelas regras aplicáveis em sentido constitutivo e normativo.

Se levarmos em consideração o argumento do regresso, a exemplo da maneira em que ele é trabalhado por Brandom<sup>72</sup>, torna-se possível vislumbrar com maior facilidade a razão pela qual a concepção racionalista sobre a prioridade epistêmica, segundo a qual é necessário sempre uma regra explícita para constituir e mediar as analogias, não deve prosperar. Nas palavras de Postema (2007a, p. 114):

Se todo julgamento pressupõe uma regra para guiá-lo, nós cairíamos em um regresso infinito. Eis a forma geral do argumento: nenhuma aplicação de uma regra explícita a um caso particular, nenhuma aplicação de um conceito, é possível sem o exercício do que Kant chamou poder de julgar, um poder que desafia a articulação explícita. Se nós insistimos que o juízo é legítimo (racionalmente guiado) apenas em virtude da apreensão de uma regra mediadora, então nós enfrentamos o mesmo problema com respeito à aplicação da regra mediadora. Ela exige um exercício de julgamento que, se a legitimidade do juízo depende apenas de uma regra para guiá-lo, adiciona outra regra, que por sua vez demanda um exercício de julgamento adicional, e assim por diante. Se todo exercício de julgamento requer uma regra, então não apenas o juízo é impossível, mas também as regras e o raciocínio. [...] Assim, não pode haver uma *regra*, um guia genuíno para o pensamento ou a ação, a menos que em algum momento exista um exercício de juízo *não-regulista*, embora normativamente responsável. (Destaques do original.)

O ataque à epistemologia regulista sobre o raciocínio analógico abre o caminho para as objeções contra as prioridades constitutivas e normativas construídas no seio do racionalismo de regras. Nesse sentido, a prioridade normativa apresentada parece eleger o exercício justificatório como uma questão exclusivamente de deduções lógicas unidirecionais (POSTEMA, 2007a, p. 115). A crítica de Postema é que derivar as analogias válidas a partir da dedução de uma regra geral impede a análise ou o juízo relativo a outras relações lógicas ou comprometimentos colaterais que não estão propriamente situados na relação de dedução principal. Dessa forma, o erro dos racionalistas de regra aqui é “confundir argumento dedutivo com raciocínio sólido”, já que o “resultado do raciocínio sólido é o produto da avaliação de todas as considerações relevantes à luz de suas relações lógicas”, o que significa dizer que a justificação “não pode, com plausibilidade, ser modelada como uma questão estritamente de cima-para-baixo [*top-down*]” (POSTEMA, 2007a, p. 115). Além disso, é preciso considerar também a reflexividade do raciocínio analógico, tendo em vista que o que está “por baixo” na base (casos concretos e relações de semelhança e diferença inferencialmente estabelecidas entre tais casos) também molda o que está “por cima”, ou seja, também afeta as regras ou princípios que supostamente devem fazer todo o trabalho no pensamento analógico (POSTEMA, 2007a, p. 115).<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Cf. primeira seção deste capítulo.

<sup>73</sup> Postema (2007a, p. 115) chama a atenção para o fato de que mesmo a diferença entre regras e princípios firmada por Dworkin não poderia salvar uma abordagem racionalista de regra nesse ponto. Isso porque nem a dimensão de

Não obstante a conclusão de Postema referente aos equívocos das abordagens particularistas e racionalistas de regra no tratamento do raciocínio analógico, a superioridade do modelo tradicional de analogia do *common law* não está garantida. Para sofisticá-lo, Postema (2007a, p. 116) propõe a divisão do pensamento analógico no direito em dois níveis distintos mas interdependentes: um nível básico, que Postema denomina “raciocínio analógico” propriamente dito, e um nível reflexivo de “avaliação analógica”. O primeiro nível é o nível da identificação, onde se captura as analogias e se estabelece relações inferências entre elas; no segundo nível é onde ocorrem avaliações críticas sobre o que foi feito no primeiro nível, submetendo-se as analogias e suas inferências à avaliação pelos padrões normativos dos princípios jurídicos e morais (POSTEMA, 2007a, p. 116).<sup>74</sup>

Para que seja possível operar no primeiro nível, é necessário conceber uma versão da tese substantiva. Assim, Postema estabelece que o raciocínio analógico característico do *common law* é uma atividade cognitiva básica cuja distintividade repousa na sua forma de prática institucionalizada. Em termos mais gerais, raciocinar por analogia é “um processo dinâmico de formação analógica discursiva – isto é, de formar juízos de relevância robusta de similaridades e diferenças e de realizar inferências desses juízos” (POSTEMA 2007a, p. 117).

O processo analógico não depende de regras explícitas que os articulem, e sim de competências práticas relacionadas à própria cognição, e a consequência disso é que o raciocínio por analogia não é propriamente uma estrutura formal de argumentação, ou uma técnica argumentativa em sentido estrito, e sim um “complexo modo de argumentação” (POSTEMA, 2007a, p. 117)<sup>75</sup>. Se Postema rejeita o dogmatismo de regras no pensamento analógico e o aspecto formal como sendo central para este, *o que realiza o trabalho normativo na analogia?*

Uma parte da resposta, segundo Postema (2007a, p. 117-118), é a adequação ao contexto social e à estrutura racional que torna o processo analógico inteligível, como no caso do improvisado no jazz. Assim como na metáfora do jazz, o pensamento analógico depende

---

peso dos princípios e nem a sua “textura aberta” conseguem resolver a questão que, para Postema, é o que está em jogo nas analogias, qual seja, a “determinação do escopo de uma proposição geral”. A distintividade dos princípios só funcionaria se a questão analógica não fosse sobre o escopo das proposições gerais e sim sobre o peso relativo de proposições gerais competidoras.

<sup>74</sup> Segundo Postema (2007a, p. 116), é comum que no raciocínio jurídico os processos relativos a cada nível ocorra na ordem sequencial (nível básico seguido do nível reflexivo), mas nada impede uma dinâmica na qual eles ocorram simultaneamente.

<sup>75</sup> Fábio Shecaira (2020, p. 186) afirma que a diferença estabelecida por Postema entre uma “forma de argumentação” e um “modo de argumentação” é que: “[...] não se pode compreender (e avaliar adequadamente) as analogias focando-se apenas na sua forma visível, na maneira em que elas são tipicamente estruturadas e aduzidas no argumento ordinário. Deve-se focar também no processo subjacente de pensamento que subscreve a forma visível das analogias.”

fundamentalmente da capacidade de reconhecer padrões salientes (no caso do raciocínio por analogia, padrões relevantes de similaridade e diferença, como assinalado acima), mas isso não significa meramente responder aos estímulos ambientes por meio de disposições psicológicas ou privadas (POSTEMA, 2007a, p. 118). Com efeito, para transitar no jogo da analogia, o navegante precisará dominar duas competências básicas, quais sejam, a habilidade de contrastar objetos (a qual Postema remete à noção hegeliana de negação) e de consiliência (POSTEMA, 2007a, p. 118; 120). Ademais, em se tratando de um empreendimento social, o processo da analogia é um processo aberto, o que significa dizer que os participantes estabelecem e revisam suas analogias, culminando “em algum grau de equilíbrio” (POSTEMA, 2007a, p. 118). Tal equilíbrio é o ponto de estabilização do processo cognitivo e dinâmico da formação da analogia. Aqui, Postema (2007a, p. 119) utiliza considerações científicas sobre os aspectos cognitivos da formação de analogias, a partir das quais identifica-se quatro passos no processo de formação: codificação (identificação de saliências), recuperação (busca por alguma fonte de analogia para organizar o “material” coletado na codificação), mapeamento (associação de semelhanças entre os casos codificados e as fontes recuperadas) e avaliação (confirmação ou rejeição da analogia feita com base em uma análise sobre as outras partes do processo).

O apontamento dos quatro passos (ou elementos cognitivos) do processo de formação de uma analogia evidencia a importância do contexto para o pensamento e raciocínio analógicos porque tanto a primeira quanto a segunda etapas (codificação e recuperação) são moldadas pelo contexto, “especialmente pelo senso do realizador da analogia sobre o propósito da busca por analogia e o contexto de seu uso” (POSTEMA, 2007a, p. 119). No caso específico do direito, o contexto no qual ocorre o raciocínio analógico exerce cinco restrições fundamentais ao processo de formação das analogias jurídicas (POSTEMA, 2007a, p. 124-127): (1) a restrição institucional, pela qual as analogias são realizadas como forma de fundamentar e justificar decisões que vinculam tanto os oficiais aplicadores quanto os cidadãos, de maneira que a analogia formada precisa ser reconhecida como autoritativa pela comunidade ao figurar nas razões justificadoras dos sujeitos jurídicos; (2) a restrição histórica, que significa a restrição de ordenar as analogias tanto em coerência com o passado institucional como a possibilidade de entendimento futuro; (3) a restrição público-coletiva, que significa dizer que o raciocínio analógico se dá a partir de uma racionalidade de grupo e de maneira socializada, sendo construída e moldada fundamentalmente a partir de um fórum público de troca de razões; (4) a restrição do domínio local, pela qual as analogias devem ser feitas dentro de cada domínio

específico do direito,<sup>76</sup> (5) a restrição de justiça, pela qual o raciocínio analógico deve se guiar por um senso aspiracional de justiça.<sup>77</sup>

Contudo, as considerações cognitivas gerais sobre a analogia deixam de fora o aspecto essencialmente normativo do processo de formação das analogias e do raciocínio analógico. É preciso enfatizar a atividade de julgar que sustenta esse tipo de raciocínio. Estabelecer semelhanças e diferenças entre casos potencialmente análogos é aplicar um conceito, especificamente o conceito de “relevância”. Assim, o raciocínio analógico “envolve realizar e avaliar juízos de relevância e conclusões desenhadas a partir deles” (POSTEMA, 2007a, p. 119). O fato de que fazer analogia é exercer a faculdade de julgar ilumina o aspecto normativo do processo analógico e marca com maior precisão que os agentes no raciocínio analógico não apenas respondem aos estímulos ambientes, o que reflete a tese da demarcação kantiana que atribui vontade racional e intencionalidade aos julgadores:

[...] o processo de raciocínio pelo qual juízos são formados é necessariamente normativo. (Isso não quer dizer que ele necessariamente trata questões de ação ou política – o normativo não é restrito ao domínio prático.) A raiz do pensamento aqui é a ideia kantiana fundamental de que julgar é uma atividade pela qual os julgadores são, e se consideram ser, responsáveis. Quando eles se engajam no raciocínio analógico, julgadores não apenas respondem – regularmente, confiavelmente – ao seu ambiente, mas suas respostas manifestam correções na sua prática. Discrepâncias são consideradas erros, não anomalias. É claro que a correção dos seus juízos não pode ser constituída pelo seu comprometimento com eles; pois assim não haveria distinção entre parecer correto e ser correto, e sem isso erros não seriam possíveis, e sem a possibilidade de erro, a ideia normativa de correção perde seu conteúdo. (POSTEMA, 2007a, p. 119-120)

O caráter normativo da dependência-de-juízo revela como pode ser pensada a dimensão justificatória do raciocínio por analogia. Isso porque, ao realizar um juízo sobre analogia, o

<sup>76</sup> Por essa restrição, a analogia deve ser buscada dentro de cada domínio intrajurídico, que já estabelece “não apenas uma vasta variedade de decisões registradas, mas também um conjunto de valores amplamente definidos ou os padrões aos quais o direito naqueles casos é razoavelmente considerado a servir” (POSTEMA, 2007a, p. 126). Pode-se notar uma semelhança entre essa técnica do *common law* e o que Dworkin chamou de princípio da prioridade local (DWORKIN, 1986, p. 250-254), que consiste na compartimentalização do direito na interpretação jurídica. Isto é, o intérprete busca guardada primeiro nos departamentos do direito em que seu caso está situado (por exemplo, direito dos contratos), e, caso seja necessário, buscará consistência de princípios em departamentos mais amplos (por exemplo, se não houver resolução do caso à mão no domínio do direito dos contratos, passa-se para o campo da responsabilidade civil, assim sucessivamente).

<sup>77</sup> Aqui, Postema não oferece uma teoria da justiça específica. Para o autor, é importante estabelecer uma diferença lógica entre a significação normativa de uma analogia e sua justificação moral, pois a justificação ocorre apenas no segundo nível da formação analógica, enquanto restrições de justiça operam no primeiro nível de formação (POSTEMA, 2007a, p. 127). Não obstante, ele acredita que as constrições de justiça vêm na forma de “injustiça manifesta em circunstâncias concretas”, ou seja, a restrição que se coloca é a de um “quadro discriminatório” que “orienta ao invés de determinar o julgamento” (POSTEMA, 2007a, 128-129). Com isso, Postema está dizendo que, no contexto da deliberação institucional e diante do pluralismo sobre concepções de justiça, nem sempre é viável saber o que é o justo, mas que, em vários cenários, a própria deliberação exclui de cara o que é o injusto. A título de exemplo, sabemos de imediato que a tortura é injusta, e essa restrição de justiça negativa (discriminar o injusto) é que exerce um papel relevante na busca por casos análogos.

jugador torna-se suscetível ao erro, i.e., a analogia é uma atividade que pode ser feita correta ou incorretamente – o que não seria o caso se considerássemos a formação de analogias como mera resposta ao ambiente, governada por relações de causalidade. Em outras palavras, torna-se possível desafiar o juízo analógico realizado (POSTEMA, 2007a, p. 120). Fazer uma analogia, portanto, é um modo de raciocínio característico do jogo elementar de dar e pedir razões das práticas discursivas, e, enquanto tal, demanda uma integração à “rede de razões usadas para justificar crenças, afirmações e decisões” (POSTEMA, 2007a, p. 120).

Nesse contexto, a formação das analogias, reafirma-se, não consiste na aplicação de casos concretos particulares a uma regra geral antecedente, mas na prática de realizar inferências e razões correlatas entre casos particulares. Dessa forma, as habilidades de contraste e consiliência “assumem um caráter distintivamente discursivo” e desempenham a função de “rastrear compatibilidades e incompatibilidades de juízos e razões”, de maneira a atestar em que medida tais juízos e razões analógicas “podem ficar juntos com outros comprometimentos na rede” (POSTEMA, 2007a, p. 120). O contraste e a consiliência, no contexto de juízos sobre analogias, funcionam como ferramentas para estabelecer relações inferenciais materiais de consequência e incompatibilidade, isto é, em que medida casos se assemelham e em que medida é possível oferecer razões para tais semelhanças dentro de um todo de comprometimentos e autorizações já instituído e em funcionamento.

Do ponto de vista epistemológico, contrariamente ao particularismo, isso significa que os juízos de relevância não são resultado de “algum tipo de insight infável especial, intuição, ou percepção. Pelo contrário, é endossar um juízo cujo conteúdo é dado por sua localização na rede de razões que os sustentam e que ele sustenta” (POSTEMA, 2007a, p. 121). Por outro lado, a relação do raciocínio analógico com as regras não é de dependência, mas de possibilidade de explicitar tais regras a partir de suas relações inferenciais. Nesse sentido, é a expressão das regras implícitas que depende do raciocínio analógico, e não o raciocínio analógico que depende de regras explícitas de articulação. Nas palavras de Postema (2007a, p. 121), recorrendo a noções brandonianas:

É claro, pode-se tentar tornar explícitas as conexões e razões que alguém endossa ou explora, e fazê-lo pode tomar a forma de articular uma regra ou princípio geral (ou um conjunto deles). Mas isso será sempre parasitário da atividade mais fundamental de apreender as conexões e distinções. Como Robert Brandom coloca, articular tais regras é tentar *dizer* o que nós estamos *fazendo*, mas é o *fazer*, o domínio da rede inferencial que é constitutivamente anterior. (Destaque do original.)

Portanto, a atividade de tornar explícitas as regras implícitas no processo do raciocínio analógico implica afirmar que a ordem explanatória deve tomar como prioritário o domínio da

rede de inferências e razões que sustentam a formação de analogias no primeiro nível (nível básico). Por consequência, Postema atribui a função de explicitação ao segundo nível – o nível reflexivo de avaliação das analogias formadas. Necessário perceber que a função expressiva é importante no raciocínio analógico, mas não é prioritária e faz parte de uma outra etapa que não propriamente a formação de analogias (POSTEMA, 2007a, p. 121).

O engajamento no nível reflexivo é motivado principalmente por insucessos no primeiro nível, “especialmente quando o recurso à analogia falha em produzir um resultado determinado ou inteiramente satisfatório” (POSTEMA, 2007a, p. 130). A necessidade de recorrer ao segundo nível pode originar-se de vários fatores epistêmicos. No caso do direito – e da prática do *common law* paradigmaticamente –, a necessidade de recurso ao segundo nível no pensamento analógico, além de suscetível às motivações epistêmicas, é frequentemente ocasionada por disputas em torno da aspiração à justiça e por questões de moralidade política. Seja qual for o motivo que demande o processo do segundo nível, é preciso pontuar que, embora o primeiro e o segundo níveis sejam logicamente diferentes, eles são interdependentes, de forma que, mesmo no nível de avaliação reflexiva, ainda há uma influência do nível básico porque o material coletado inicialmente, de alguma maneira, limita o processo no segundo nível (POSTEMA, 2007a, p. 130). A despeito disso, é nesse segundo nível que as formulações explícitas de regras e princípios aplicáveis à analogia concreta devem ser formuladas, movimento em que Postema tenta acomodar a reivindicação racionalista sobre o raciocínio analógico.

Thiago Decat (2020) realiza uma avaliação da estratégia postemiana com relação à reconstrução do raciocínio analógico em geral e no direito em particular. O diagnóstico de Decat é que, no tratamento das analogias, Postema está mais comprometido com o inferencialismo brandomiano do que explicitamente admitido em sua abordagem. Nesse sentido, Decat considera que, se for possível estender o escopo da teoria e do modelo de racionalidade brandomianos à concepção de analogia típica do *common law* reformulada por Postema, é possível elaborar um modelo de analogia holista e unificado, de uma só fase, o que geraria um ganho à própria concepção postemiana.

É possível notar uma filiação da analogia de Postema aos preceitos da teoria de Brandom que vai além do compromisso com o pragmatismo fundamental (DECAT, 2020, p. 165). Perceptivelmente, Postema adere ao pragmatismo fundamental no tratamento das analogias porque ele rejeita a abordagem regulista suscetível ao regresso infinito em detrimento da dependência do domínio de habilidades práticas, a saber, a capacidade de realizar juízos de relevância e relações de inferências entre casos análogos, o que significa a prioridade de um

*know-how* implícito em relação a um “saber que” explícito. O *know-how* no raciocínio analógico aparece nas habilidades (que Postema relaciona à negação hegeliana) de contraste e consiliência (DECAT, 2020, p. 168), além do quadro kantiano (compartilhado por Brandom) de que os juízos são atividades práticas (normativas) pelas quais somos responsáveis.<sup>78</sup>

No entanto, o rótulo do pragmatismo fundamental não diz tanto quando o assunto é a relação de proximidade com a teoria de Brandom. Afinal, ao elaborar sua concepção de pragmatismo amplo, Brandom parece reproduzir a estratégia de seu orientador (Rorty), sintetizada na seguinte diretiva: “Trata-se de ampliar o escopo do pragmatismo filosófico de modo a incluir alguns dos compromissos teóricos do pragmatismo clássico – mas não necessariamente todos – assim como as realizações de outros filósofos que compartilham esses compromissos mas aos quais nem sempre se atribuiu o qualificativo de pragmatistas” (DECAT, 2015, p. 234). (Para exemplificar, Brandom inclui no pragmatismo amplo autores diversos como Heidegger, Kant, Hegel, Wittgenstein, Sellars, além dos pragmatistas clássicos). Dessa forma, ampliando o escopo de filiação ao marco teórico brandomiano, Decat (2020, p. 165) afirma que a concepção de analogia de Postema “não apenas parece ser compatível com, mas também instanciar o modelo inferencialista de racionalidade teorizado por Brandom.”

Para tornar (mais) explícita a aplicação do inferencialismo de Brandom à concepção analógica em análise, é necessário apontar para o expressivismo e para a noção de inferências materiais que podem sustentar o fim da distinção dos dois níveis do processo analógico feita por Postema. Segundo Decat (2020, p. 169), tal distinção é:

[...] uma maneira de acomodar afirmações aparentemente irreconciliáveis. Ela torna possível reconhecer, em um domínio, a existência de formas de raciocínio que não depende de regras ou princípios, enquanto reconhece, no outro, o papel e a influência de restrições principiológicas nessa forma de raciocínio.

Contudo, se os compromissos com o inferencialismo brandomiano puderem ser estendidos, “tal distinção de níveis de raciocínio analógico não é necessária para adequar uma compreensão adequada do raciocínio jurídico analógico”, de forma que haverá um “ganho teórico em reconhecer uma estrutura unitária no raciocínio analógico no direito” (DECAT, 2020, p. 170).

O argumento pelo inferencialismo mais robusto e explícito na concepção de raciocínio analógico pode ser feito pela via da centralidade da noção de inferências materiais nas práticas

---

<sup>78</sup> Decat trabalha a noção de que o tipo de responsabilidade envolvida nos juízos são responsabilidades práticas, isto é, responsabilidades de fazer algo (conceito de *task-responsibilities*). Como pretendo utilizar essa noção no tópico seguinte, farei a exposição do conceito (que Brandom formula através de Kant) posteriormente. No momento, vale assinalar que o tratamento das responsabilidades como responsabilidades-tarefas é também atribuído à concepção postemiana de analogia por Decat (2020, p. 168), em suas três dimensões: crítica, ampliativa e justificatória.

discursivas e pelo reconhecimento dos dois status normativos básicos – comprometimentos e autorizações – instituídos pelas atitudes de tratar um sujeito como possuindo comprometimentos e autorizações. Decat defende que a adoção explícita das três relações inferenciais da construção de Brandom (relações inferenciais que preservam comprometimentos, relações inferenciais que preservam autorizações e relações inferenciais que implicam incompatibilidade – preclusivas) explica “de uma maneira mais detalhada e conceitual as operações racionais (porque inferenciais) por trás do contraste e da consiliência” (DECAT, 2020, p. 171) pois os juízos de relevância que buscam por similaridades, semelhanças e incompatibilidades entre casos análogos são facilmente traduzíveis para o idioma deôntico, ganhando profundidade na análise.

Ao adotar a noção material inferencialista como central para a articulação entre as analogias, torna-se possível conceber a função expressiva do vocabulário lógico também no processo do raciocínio analógico. Com a visão brandomiana de que as locuções condicionais nos permitem tornar explícitas as inferências materiais implícitas na articulação do conteúdo proposicional, nos tornamos capazes, como Postema mesmo reconhece (2007a, p. 121), de dizer o que estamos fazendo na prática. A versão postemiana da função expressiva do vocabulário lógico, que é dependente do domínio das inferências materiais, é a atribuição da prioridade da captação prática de inferências no nível básico da analogia, e a consequente explicitação de regras e princípios no nível reflexivo (estes seriam o “dizer” na relação com o que estamos “fazendo”). No caso especial do direito, a importância da função de um vocabulário expressivo é visível considerando a sua institucionalidade:

O próprio Postema reconhece que algumas das restrições impostas no raciocínio analógico jurídico pelo seu contexto são mais bem compreendidas em termos da concepção expressivista do vocabulário lógico. Isso é especialmente verdadeiro com relação à “natureza pública e colaborativa do raciocínio jurídico no direito”, no sentido de ser “institucionalizado como o *modus operandi* de um fórum público”. É precisamente a função expressiva do vocabulário lógico que torna possível situar os juízos analógicos em um “fórum público”. Esse fórum deve ser compreendido como uma versão institucionalizada do jogo de linguagem de dar e pedir razões, e apenas afirmações explícitas são o tipo de coisas para as quais razões podem ser dadas e demandadas. (DECAT, 2020, p. 173)

Assim, a função expressiva do vocabulário lógico explica a divisão que Postema faz entre dois níveis no pensamento analógico. O fato de que a explicitação das propriedades normativas que governam as analogias é feito no segundo nível (avaliativo-reflexivo) não implica dizer que o trabalho realizado no nível básico (raciocínio analógico propriamente dito) seja desprovido de racionalidade justamente porque nos juízos analógicos do primeiro nível há uma “estrutura inferencial articulando seus conteúdos – articulação inferencial de

comprometimentos e autorizações – que garantem racionalidade a tais julgamentos” (DECAT, 2020, p. 173).

Além da função expressiva do vocabulário lógico, Decat (2020, p. 174) chama a atenção para a função expressiva atribuída ao vocabulário prático-normativo. Como visto na primeira seção deste capítulo, Brandom destaca que o vocabulário avaliativo do raciocínio prático (como dizer que alguém possui uma obrigação ou que deve agir de certa forma) – assim como no caso do vocabulário lógico que trata as locuções condicionais não como premissas suprimidas (entimemas) mas como a maneira de tornar explícito o que é implicitamente endossado – também possui uma função expressiva pela qual ele pode ser visto como um “codificador de comprometimentos prático-materiais” (BRANDOM, 1994, p. 248). Como as ações são transições de saída nos jogos de linguagem, “[...] o vocabulário normativo prático torna explícitas as relações inferenciais que governam as transições do comprometimento doxástico para o prático, ‘isto é, dos comprometimentos reconhecidos nas asserções para os comprometimentos de fazer algo’.” (DECAT, 2020, p. 174).

Nesse passo, Decat destaca os tipos de “deveres” que tornam explícito o raciocínio prático no quadro inferencialista. Para Brandom (1994, p. 271), o que está sendo implicitamente feito na ação é o “endosso a um padrão de raciocínio prático”, e a mobilização de razões para agir (isto é, ações baseadas em razões) depende de atitudes que reconheçam os comprometimentos práticos que inferencialmente autorizam a ação racional. Por isso, Brandom (1994, p. 250-253) identifica três tipos de “deveres” (*oughts*) que autorizam as transições inferenciais práticas: (1) prudenciais, que refletem um desejo ou uma preferência, razão pela qual os padrões inferenciais serão considerados bons ou ruins para quem possua o desejo ou preferência; (2) institucionais, nos quais as normas inferenciais implícitas dependem de um status social específico e, por isso, os juízos sobre as transições inferenciais-práticas se direcionarão àqueles que se encontram nesse status social; (3) incondicionais, nos quais os padrões inferenciais são tomados como preservadores de autorizações para agir independente de desejo ou status sociais específicos.

Embora diferentes entre si, os três tipos de deveres, quando colocados no jogo de dar e pedir razões – isto é, quando se demanda as razões sustentadoras de uma determinada ação –, são instanciações da racionalidade inferencial, isso porque:

Ser racional é apenas estar no espaço de dar e pedir por razões, e ser um *agente* racional é estar no espaço de dar e pedir razões pelo que alguém *faz*. Quando as correções da inferência prática que articulam esse espaço são explicitadas na forma de asserções, elas assumem a forma de normas – de “deveres” racionais.

Racionalidade é o gênero ao qual todas essas espécies de “deveres” pertencem. (BRANDOM, 1994, p. 253. Destaques do original.)

Portanto, a despeito da função expressiva dos vocabulários lógicos e avaliativos sustentar indiretamente a distinção postemiana entre os dois níveis do processo analógico, Decat (2020, p. 176) argumenta que se os deveres (sejam eles prudenciais, institucionais ou incondicionais) são tomados como a formulação explícita “dos comprometimentos com a correção das inferências materiais práticas”, então a pertinência e a força da distinção entre níveis analógicos devem ser questionadas porque tais formulações explícitas estão em funcionamento já no primeiro nível, embora isso não esteja aparente no processo.

O último passo de Decat para demonstrar que já há, em boa medida, uma filiação implícita de Postema ao coração do inferencialismo brandomiano – e também que sua ampliação não apenas melhoraria sua concepção de analogia mas também permitiria unificá-la em um processo monofásico e holístico – é ressaltar o aspecto histórico e constitutivamente social da racionalidade geral orientadora do projeto de Brandom. Dessa maneira, reconhecer a racionalidade histórico-expressiva é fundamental para o argumento geral de Decat.

O ponto central é ressaltar a estrutura histórica na qual ocorrem os processos normativos de aplicação social. Nesse sentido, “As práticas sociais que chamamos julgar, aplicar conceitos ou assinalar universais a particulares, deve possuir uma estrutura histórica específica para ser capaz de determinar as correções em questão” (DECAT, 2020, p. 177). Para tanto, compreende-se as práticas sociais discursivas como reconstruções de uma tradição na qual os conteúdos conceituais são confeccionados e são tornados cada vez mais determinados, ou, em outros termos, cada vez mais explícitos, exibindo-se tanto uma perspectiva sincrônica quanto diacrônica (DECAT, 2020, p. 177).

Nesse quadro histórico-expressivo de inspiração hegeliana<sup>79</sup>, a aplicação de um conceito por um membro da tradição é vista como uma demanda por reconhecimento, pela qual o aplicador ou julgador reivindica autoridade sobre o conteúdo social aos demais membros da tradição (nesse sentido, fica-se evidenciada a socialidade forte subjacente ao modelo). Assim, a prática do *common law* é um bom exemplo: casos antigos, utilizados como precedentes, atestam a autoridade da aplicação conceitual antecedente, e, em casos novos, os aplicadores buscam desnudar as propriedades normativas de correção implícitas que já governavam a

---

<sup>79</sup> Nesse sentido, a autoconsciência envolve um processo de reconhecimento mútuo dos sujeitos enquanto indivíduos autoconscientes que se reconhecem como tal (HEGEL, 1977, p. 112).

aplicação conceitual, de forma a tornar a tradição um todo coerente, integrado e racional, exibindo uma espécie de atitude *whiggish*<sup>80</sup> diante da tradição (DECAT, 2020, p. 178).<sup>81</sup>

Diante disso, quando consideramos os contornos histórico-expressivos empregados na reconstrução de uma tradição e na determinação do conteúdo conceitual conjuntamente compreendida com seu processo de aplicação, é possível enxergar de um outro ângulo a relação entre particular e universal e, assim, não apenas observar uma limitação da abordagem bifásica postemiana sobre o raciocínio analógico, mas vislumbrar uma maneira de melhorá-la:

Se se aceita a função expressiva do vocabulário prático normativo, anteriormente à primeira aplicação explícita de um princípio jurídico no tribunal, os comprometimentos e autorizações que constituem seu conteúdo já estão na articulação inferencial com os status normativos constituindo o conteúdo conceitual de outras normas, explícitas ou não. Além disso, nessa condição eles ainda podem exercer pressão, e ainda são afetados pela história das práticas sociais (jurídicas ou de outro tipo) da comunidade. Inferencialismo é uma concepção inteiramente holista. Compreender isso tem um efeito libertador. Torna-se desnecessário criar um nível de raciocínio protegido contra o uso de regras explícitas, já que juízos podem ter posições independentes-de-regra e podem sempre exercer pressão sobre os universais. (DECAT, 2020, p. 178-179)

As sugestões e argumentos feitos por Decat são convincentes. Acredito que eles ganhem ainda mais força se considerarmos alguns outros aspectos da teoria de Postema, para além de sua concepção sobre o raciocínio analógico. No restante desta seção e, em partes, deste capítulo, apresentarei e defenderei outras articulações entre Postema e Brandom que reforçam que a proposta de Decat no tocante às analogias está correta, e, além disso, pretendo, ao demonstrar essas outras articulações possíveis, sugerir que a influência do inferencialismo semântico, do pragmatismo normativo e da racionalidade histórico-expressiva nos pontos delimitados na obra postemiana aponta para a relativização da força da tese convencionalista na fundação do direito, projeto trabalhado nos dois primeiros capítulos.

Desta forma, a estratégia adotada para o restante do presente tópico e para a seção seguinte é, primeiro, apresentar outra filiação implícita ao inferencialismo brandomiano em Postema, tal como sugerido por David Luban (2015) e, em segundo lugar, reconstruir criticamente a abordagem postemiana sobre os costumes e as normas consuetudinárias. O segundo momento exigirá uma atenção maior porque nesse ponto Postema trabalha amplamente com conceitos e ideias de Brandom, atribuindo à estrutura das normas costumeiras um aspecto

---

<sup>80</sup> A teoria historiográfica chamada *whiggish* propõe a noção de história progressiva, pela qual conceitos e ideias avançam linearmente ao longo do tempo e substituem conceitos e ideias historicamente equivocados.

<sup>81</sup> A exemplo do que considerei no caso da noção de responsabilidades-tarefa (*tasks responsibilities*), pretendo recorrer a essa estrutura histórica e expressiva (e a proposta de uma leitura *whiggish*) dos processos discursivos mais à frente, razão pela qual permito-me limitar a exposição a alguns aspectos mais importantes da apresentação feita por Decat.

discursivo essencial para o direito, mas, ainda assim, parece repetir as mesmas imprecisões identificadas por Decat na abordagem bifásica do raciocínio analógico. Se os compromissos com o coração da teoria de Brandom puderem ser justificadamente ampliados na direção da visão de Postema sobre a prática dos costumes, considero ser possível dizer que a filiação exposta e defendida por Decat torna o inferencialismo e o pragmatismo brandonianos muito mais fortes na maneira em que Postema concebe o direito como um todo – e não apenas uma mobilização de um instrumental teórico pontualmente no tratamento das analogias –, e, com isso, perderá força a tese convencionalista (ou que sobrou dela).

Como vimos no capítulo anterior, Postema considera que o direito é um fenômeno essencialmente temporal, chegando, inclusive, a propor um tipo de normatividade destacado para a compreensão jurídica: a normatividade enquanto melodia (*melos*) capta o aspecto fundamental pelo qual passado, presente e futuro estão são interconectados e interdependentes no direito (ocasião em que trabalhei a metáfora da improvisação musical no jazz). Por essa proposta, Luban (2015, p. 909) considera ser possível dar maior concretude à consideração de Postema (2015) de que o direito é uma prática social *histórica*.

Ao elaborar reflexões meta-teóricas, i.e., sobre a teoria do direito, e não propriamente o direito em si, Postema (2015, p. 885) destaca o fato de que a teoria do direito analítica tem flertado com uma metodologia predominantemente a-histórica. Postema considera que o foco acentuado em questões conceituais reflete o movimento de Austin em determinar uma província para a teoria do direito, isolando um domínio específico a partir do qual se analisa alguns conceitos igualmente específicos (POSTEMA, 2015, p. 874).

No entanto, se quisermos efetivamente compreender o direito, a teoria do direito “deve dar atenção à história” porque a história é essencial para a atividade de compreensão e para o direito (POSTEMA, 2015, p. 885). Nesse sentido, retoma-se a dimensão essencialmente temporal do direito e a reivindicação de Postema por uma “consciência temporal”:

Nem tudo que existe no e pelo tempo, e nesse sentido tem uma história, é iluminado pelo estudo dessa história. Mas o direito é diferente. O direito é, por natureza, orientado-pelo-tempo e reflexivo. O tempo não está apenas entre as condições de existência do direito, mas (se estamos dispostos a colocar dessa forma) é de sua essência. Nesse sentido, como a melodia, o direito não apenas existe no tempo e persiste no tempo, mas ordena o tempo; e essa ordenação do tempo é essencial para seu *modus operandi* fundamental de fornecer orientação normativa para agentes deliberativos que precisam agir em um espaço social constituído de outros agentes deliberativos interagindo com eles. A deliberação de tais agentes é racionalmente dotada de sentido em parte porque situa escolhas presentes em uma trajetória de ações passadas direcionadas a um futuro dotado de sentido. (POSTEMA, 2015, p. 885-886.)

A organização temporal do direito não aparece como uma tese metafísica ou ontológica, mas como uma consideração de necessidade prática. Além do dever de coerência entre precedentes passados e futuros, isso pode ser visto pela afirmação de que o aspecto temporal do direito estabelece que “quaisquer atos normativamente significativos” só terão conteúdo e significação normativa “na medida em que eles puderem ser integrados na constelação (ou sistema) de decisões passadas, ações e promulgações, e projetados em um futuro normativamente inteligível” (POSTEMA, 2015, p. 886).

A dimensão temporal também atravessa outra característica importante do direito: seu caráter recursivo-reflexivo. Isso significa dizer que o ato de seguir uma regra jurídica, assim como o de aplicar um conceito, contribuir para a determinação de seu conteúdo. Dessa forma, “ao seguir regras de direito, os sujeitos normativos, oficiais e leigos inevitavelmente moldam as regras” (POSTEMA, 2015, p. 886). O aspecto reflexivo desse processo se explica porque “depende da apreensão deliberativa” (POSTEMA, 2015, p. 886). Dessa forma, o caráter recursivo-reflexivo contribui para a historicidade do direito na medida em que a maneira pela qual “nós compreendemos o que nós estamos realmente fazendo molda o que nós estamos fazendo – não causal ou acidentalmente, [...] mas intrinsecamente” (POSTEMA, 2015, p. 887). Isso não implica dizer que as crenças dos participantes de uma prática sobre a prática sejam o critério de correção da própria prática; a prática continua tendo a força normativa, mas ela é afetada pela consciência temporal e pela forma com que os conceitos são utilizados.

A consciência temporal que Postema tem em mente “por vezes é um componente explícito e até mesmo central do entendimento, como tende a ser em alguns sistemas costumeiros e foi, por exemplo, no *common law* inglês”, mas mesmo quando não é o caso, a temporalidade do direito implicitamente regula a compreensão e articulação sobre a própria prática jurídica (POSTEMA, 2015, p. 887). Sendo assim, a tarefa central da teoria e da filosofia do direito reflete a racionalidade histórico-expressiva sugerida por Decat no tratamento das analogias:

Portanto, a teoria jurídica, que torna explícitas as compreensões reflexivas e busca autoconsciência crítica dos entendimentos moldadores-da-prática do direito, precisa reconhecer não apenas que os entendimentos reflexivos mudam ao longo do tempo, mas também que tais mudanças, refletindo mudanças na prática em resposta a mudanças no seu contexto político e social, são intrínsecas à natureza da prática. O direito e os nossos entendimentos sobre ele não apenas possuem uma história, mas essa história é uma parte intrínseca deles. História, portanto, é uma parte intrínseca do empreendimento da teoria do direito. (POSTEMA, 2015, p. 887-888.)

Essa dimensão histórico-expressiva pode ser vista no já recorrente exemplo da improvisação do jazz, o qual Postema retoma na sua proposta de historicização da teoria do

direito. Assim, é necessário conceber que o jazz representa uma tradição, e os músicos possuem liberdade de movimento musical apenas dentro dessa tradição, de forma que notas, arranjos e composições só são inteligíveis à luz da tradição, não fora dela (POSTEMA, 2015, p. 889).

Luban (2015, p. 913) sustenta que a construção do aspecto histórico-temporal do direito e da atividade do teórico feita por Postema está implicitamente baseada no inferencialismo semântico de Brandom. O autor destaca também a “visão pragmatista e hegeliana” que estrutura a abordagem de Brandom, na medida em que ele parte de uma visão unificada da linguagem natural em oposição à abordagem bifásica sustentada na linguagem artificial/formal. Assim, o sentido semântico da linguagem, tal como aduzido por Brandom, é apreendido “*in media res* ao usar os conceitos na realização de asserções e inferências” (LUBAN, 2015, p. 913).

Mais especificamente, Luban (2015, p. 912) afirma que, ao sustentar o caráter recursivo-reflexivo pelo qual os sujeitos jurídicos seguem as regras e, com isso, moldam o conteúdo dessas mesmas regras, Postema está aderindo à concepção brandomiana (kantiana/hegeliana) de que a aplicação conceitual determina torna o conteúdo conceitual mais determinado, a exemplo do paradigma do *common law* no qual os juízes do passado, do presente e do futuro dialogam para tornar o conteúdo de uma norma jurídica cada vez mais determinado. Logo:

Postema parece aderir a uma teoria do “significado como uso” sobre o significado jurídico-linguístico, na qual a prática normativa da comunidade relevante determina a semântica das regras jurídicas. Como Robert Brandom, o principal expoente contemporâneo dessa visão sobre a linguagem, coloca: “o processo de aplicar os conceitos nos juízos, e a integração racional de uns com os outros, [é também] o processo de determinar os conteúdos desses conceitos”. Brandom explicitamente modela sua visão da linguagem na adjudicação por precedente, na qual “o juiz está extraindo consequências inferenciais materiais de [adjudicadores anteriores] comprometimentos...mas também desenvolvendo e determinando os conteúdos conceituais...que por sua vez restringem o processo daqui para frente.” (LUBAN, 2015, p. 912-913)

É interessante perceber que os aspectos sincrônicos/diacrônicos da estrutura histórica do processo de aplicação/determinação e desenvolvimento dos conteúdos conceituais, aliados à metáfora do jazz enquanto tradição (de forma que não há inteligibilidade fora da tradição) e ao modo pelo qual Postema concebe a dimensão temporal e holista da prática jurídica, apontam para o fato de que “não há ponto arquimediano como uma intenção ou significado original que fixa as regras” (LUBAN, 2015, p. 912). Além disso, é pertinente perceber que a visão que Postema imprime à dimensão histórico-temporal do direito é integrada e não conta com uma separação em dois níveis para acomodar a possibilidade de tornar explícitas as nossas compreensões sobre a prática jurídica e sobre o conteúdo dos conceitos jurídicos. Diferentemente do que Postema propõe para o raciocínio analógico, o aspecto melódico é um

processo unificado de integração entre passado, presente e futuro, não comportando separações lógicas.

Se levarmos a sério a dimensão histórica da proposta de Postema para a teoria do direito e a articulação brandoniana feita por Luban, teremos que o argumento de Decat sobre o modelo analógico postemiano ganha força. Se os aspectos gerais e estruturais do direito e da prática jurídica são histórico-expressivos e baseados em uma semântica inferencialista, então faz ainda menos sentido adotar uma visão diferente, dividida em dois níveis lógicos, para tratar da técnica da analogia. Contudo, torna-se necessário analisar uma última consideração para que seja possível compatibilizar o pensamento postemiano sobre a estrutura do direito em seu todo com a racionalidade histórico-expressiva nos moldes trabalhada por Brandon.

Ao formular melhor o que ele considera uma abordagem filosófica histórica com relação ao direito, Postema explicitamente rechaça uma concepção *whiggish* sobre a própria história. Em suas palavras:

Nós não podemos eliminar os efeitos do passado ignorando-o, nem podemos seguramente assumir a visão *Whiggish* de que os conceitos ou argumentos do passado não são mais nossos conceitos ou argumentos porque eles foram substituídos por outros intelectualmente mais poderosos ou bem-sucedidos, ou evitados por modos de pensar filosoficamente mais sofisticados. [...] A teoria do direito filosófica não é meramente empregada à serviço das visões prevalentes da prática contemporânea do direito, mesmo aquelas dos auto identificados participantes comprometidos. [...] Nós não aprendemos bem essa história nos apressando para transformar figuras históricas em nossos contemporâneos, lançando suas preocupações e controvérsias aos odres recentemente na moda e os tratando como versões primitivas ou ingênuas de visões contemporâneas. Nós precisamos fazer o trabalho duro de compreender suas ideias e argumentos em seu habitat nativo – teórico assim como histórico-político. (POSTEMA, 2015, p. 890-892.)

No lugar dessa concepção *whiggish*, Postema (2015, p. 893) propõe o sinequismo de C. S. Peirce. De acordo com Postema a tendência sinequista favorece a busca por continuidades. Susan Haack (2005, p. 240) afirma que a melhor formulação do sinequismo peirceano é a que o considera um “princípio regulatório da lógica” e, nas palavras do próprio Peirce (1902 *apud* HAACK, 2005, p. 240), “uma tendência do pensamento filosófico que insiste na ideia da continuidade como importância primordial e, em particular, na necessidade de hipóteses envolvendo verdadeira continuidade”.

No entanto, Luban (2015, p. 905) adverte que o sinequismo de Peirce pressupõe um projeto amplamente metafísico, no qual a existência de continuidades estaria em todos os domínios – fundamentalmente baseada na pressuposição de infinitesimais matemáticos. Do ponto de vista histórico, o sinequismo remete a um tipo específico de historiografia, que atribui ao historiador o papel de localizar continuidades entre presente e passado (LUBAN, 2015, p.

905). Entretanto, Postema (2015, p. 894) afirma que seu recurso ao sinequismo não o compromete com o projeto metafísico de Peirce.

Com efeito, o que Postema diz propor é apenas que a orientação filosófica na teoria do direito deve ser aberta às continuidades, que não são absolutas, podendo ser superadas caso haja evidências suficientes apontando as descontinuidades. A principal motivação para o recurso ao sinequismo como princípio regulador da atividade do teórico do direito é o incômodo manifestado por Postema com o pensamento geral dominante na tradição analítica desde Austin, que consiste em buscar rupturas e estabelecer limites e diferenças fortes em favor de uma suposta clarificação dos conceitos relevantes para o direito.

Como anunciado anteriormente nessa seção, ainda pretendo trabalhar em maiores detalhes a concepção *whiggish* importante para a estrutura histórica do desenvolvimento dos conteúdos conceituais defendida por Brandom. No entanto, diante do risco de um impasse entre posições distintas sobre a historicidade das práticas sociais, e considerando que tal impasse pode suscitar um óbice à ampliação da racionalidade histórico-expressiva brandomiana à teoria de Postema (assim como sugeriu Decat), argumentarei, por ora, que estamos diante de um conflito aparente, de forma a manter a possibilidade de uma filiação mais robusta de preceitos postemianos ao quadro teórico de Brandom.

O que torna o conflito e a incompatibilidade entre as duas posições históricas (concepção *whiggish* e concepção sinequista) aparente é precisamente o fato de que Brandom também não postula uma concepção metafísica da estrutura e do desenvolvimento histórico. Por isso, considero que as ressalvas de Postema à metafísica peirceana também se aplicam em favor do modelo *whiggish* brandomiano.<sup>82</sup> O que Brandom busca é apontar que tipo de atitude prática os praticantes devem ter com relação à sua tradição para que seja possível falar em uma expressividade. Assim, os participantes devem reconstruir a tradição de modo que faça sentido dizer que os entendimentos conceituais atuais se tornaram explícitos; se agora eles estão explícitos, é porque nas aplicações conceituais passadas eles já estavam implicitamente em jogo, por isso tal abordagem é tida como uma espécie de triunfalismo.

A reconstrução racional do passado demanda um meta-conceito de razão rememoradora que insere uma noção retrospectiva na reconstrução racional de novos comprometimentos e na integração destes aos comprometimentos antigos (BRANDOM, 2009, p. 90)<sup>83</sup>. Rememorar

---

<sup>82</sup> É importante pontuar que a interpretação hegeliana que Brandom faz ao tratar do modelo *whiggish* é controversa enquanto proveniente de Hegel (cf., p. ex., PIPPIN, 2005; YONG, 2016, p. 191 ss.). No entanto, assumirei a interpretação que Brandom faz de Hegel apenas como modo de entender seu próprio modelo.

<sup>83</sup> Brandom (2009, p. 104; 2019, p. 439) ressalta que tal razão rememoradora é construída por Hegel tanto na *Fenomenologia* quanto na *Ciência da Lógica*.

demanda não apenas que se extraia relações inferenciais materiais de consequência e incompatibilidade entre os comprometimentos, mas que os sujeitos assumam uma responsabilidade justificatória retrospectiva, de modo que seja possível verificar como o processo passado que levou à adoção de um comprometimento foi racional (BRANDOM, 2009, p. 92). Assim, em cada etapa da razão rememoradora retrospectiva busca-se atribuir necessidade à contingência, no sentido de que:

Cada passo é necessário, não no sentido prospectivo de que as coisas não poderiam ter sido diferentes – as viradas erradas que bagunçam o passado real confuso omitido da história reconstruída mostram o contrário – mas no sentido retrospectivo expressivo de que se elas *não* tivessem acontecido, algum aspecto do que a narrativa afirma que estava implícito durante todo esse tempo não teria se tornado explícito. É nesse sentido que pode haver *dependências expressivas*: um elemento não poderia ter se tornado explícito a menos que outro já tenha sido. (BRANDOM, 2019, p. 438. Destaques do original.)

Portanto, o objetivo de Brandom ao recorrer a uma noção *whiggish* é integrar “o que sabemos” ao “como nós descobrimos” (BRANDOM, 2009, p. 91). Assim, não se trata de ignorar o passado, como sustenta Postema, inclusive porque tal passado não é visto como contingente mas como necessário. Além disso, a proposta de Brandom é mais formal, no sentido de prover a estrutura de explicitação de um conceito ou uma propriedade normativa, e menos substantiva no sentido de classificar o teor do passado como desprovido de sofisticação ou como ontologicamente inferior.

Por fim, a abordagem de Brandom abre espaço para a reivindicação de Postema sobre como a nossa relação com a própria prática, para além das nossas atitudes, influenciam a maneira pela qual compreendemos o direito. O resultado final do modelo *whiggish* será uma autoconsciência histórica sobre os comprometimentos que nós temos com a nossa prática, o que se assemelha com a reivindicação postemiana por uma “consciência temporal” do direito e da prática jurídica. Por esses motivos, considero que o conflito entre a concepção postemiana da historicidade das práticas sociais e o modelo *whiggish* brandomiano é um conflito meramente aparente – ao fim e ao cabo, eles não refletem visões radicalmente distintas, o que abre espaço para a possibilidade de atribuir uma racionalidade histórico-expressiva mais ampla ao pensamento jurídico de Postema.

### 3.3 Convenções e discursividade a partir das práticas e normas costumeiras

Conforme visto no capítulo anterior, Postema acredita que embora o convencionalismo Hume-Lewis precise ser revisto para dar conta da discursividade do direito, o autor não pensa

ser necessário abrir mão por completo do convencionalismo nas fundações do direito. Pelo contrário, ele pensa que o convencionalismo jurídico fundacional é capaz de acomodar uma leitura que leve em consideração o aspecto discursivo essencial. Para tanto, Postema constrói uma concepção da prática do costume no direito internacional que, a um só tempo, preserva o caráter convencionalista geral e discursivo das normas jurídicas e preenche mais substantivamente o argumento pela tese da congruência, i.e., pela correspondência mínima entre “costumes informais e práticas da vida ordinária na sociedade governadas por eles” (POSTEMA, 2008a, p. 53).

A maneira pela qual Postema (2007b; 2008a; 2012) constrói sua concepção sobre os costumes é explicitamente brandomiana e a motivação inicial para isso é a insuficiência da maneira pela qual o direito internacional normalmente trabalha a noção de costume. No conceito tradicional, a norma internacional consuetudinária consiste na junção de dois elementos: (1) um elemento objetivo pelo qual se diz que há uma determinada regularidade comportamental (*usus*) e (2) um elemento subjetivo (uma crença ou uma convicção) que atribua ao comportamento objetivo o status de uma norma jurídica de direito internacional (*opinio juris*) (POSTEMA, 2007b, p. 279-280; 2012, p. 708). Essa visão – denominada concepção aditiva dos costumes – não é adequada, para Postema, porque baseia a força das práticas costumeiras em dois fatos empíricos: (1) fatos relativos à regularidade comportamental e (2) fatos relativos às atitudes dos sujeitos que se comportam regularmente (POSTEMA, 2012, p. 714).

Os fatos sobre as atitudes dos sujeitos servem, na concepção aditiva, para qualificar as regularidades de comportamento como um costume. O maior problema, aqui, é que ao se adicionar um fato empírico (2) a outro fato empiricamente observável (1), o resultado não pode ser normativo. Além do mais, a sugestão de mera adição é falha porque não seria possível falar que um simples padrão de conduta, sozinho, constitui um conjunto de regras capazes de orientar a ação (POSTEMA, 2012, p. 715). Por fim, a proposta da teoria aditiva de marcar as condutas como regras de costume se dá de uma forma mentalista, o que não capta o caráter social das regras costumeiras.

Postema acredita que falta algo na caracterização da identificação subjetiva dos costumes e sua relação com o aspecto “objetivo”. É preciso estabelecer como os costumes possuem força normativa e como eles podem ser socialmente identificados e publicamente vistos como regras. A via hartiana para considerar costumes como regras sociais genuínas sugere dois caminhos para analisar o elemento subjetivo na concepção aditiva: (1) a

regularidade comportamental tratada internamente como padrão comum aos sujeitos e (2) a condição de que uma das razões que os sujeitos possuem para agir de acordo com os costumes como se esses fossem regras é o fato dos demais membros da comunidade também tratarem os costumes dessa forma (como razão parcial para ação) (POSTEMA, 2012, p. 716).

Para Postema (2012, p. 716-717), os caminhos hartianos são falhos porque “nenhum deles garante que a convergência de comportamento ou atitude explicadas dessa forma, caso ocorra, não seja meramente acidental”. Ambas as vias pressupõem que o conteúdo das atitudes internas dos participantes coincidirá e que é possível determinar o conteúdo subjetivo das atitudes dos sujeitos sem apelar para um elemento externo, i.e., sem necessidade de recorrer diretamente às regularidades de comportamento (POSTEMA, 2012, p. 716-717).

Entretanto, Postema aponta que a abordagem puramente internalista e subjetiva não é apropriada quando se trata da determinação e da apreensão do conteúdo das regras sociais. De acordo com o autor, o conteúdo de uma regra só pode ser determinado se considerarmos a satisfação de duas exigências. Em primeiro lugar, é preciso situar a regra em apreensão no seu habitat natural: a prática deliberativa. Isso implica dizer que é necessário situar a regra envolvida na deliberação na rede de razões, onde a atitude padrão é a de oferecer e demandar razões com vistas a justificar as ações (POSTEMA, 2012, p. 716). Em segundo lugar, é necessário submeter a regra à rede de *accountability* dos agentes que compartilham dos mesmos compromissos (*commitments*) subjacentes à regra cujo conteúdo se quer determinar. Esse movimento em direção à rede de *accountability*, que pode ser compreendida como uma rede de agentes engajados e comprometidos, não apenas auxilia na apreensão do conteúdo das regras, que deve ser inferencialmente apreendido, mas é necessário para estabelecer a possibilidade de erro. Nesse sentido:

Sem *accountability* dos outros para aderir a um comprometimento [*commitment*], não será possível para um agente (de dentro, por assim dizer) distinguir entre conformar-se a uma regra e aparentar fazê-lo. Não será possível distinguir entre falhar em seguir a regra e seguir uma regra diferente. E se essa distinção não está disponível, então não seria possível para um agente realmente falhar em seguir a regra, e uma regra que não se pode, a princípio, falhar em seguir não é uma regra normativa. (POSTEMA, 2012, p. 717)

Para além das falhas relativas ao aspecto subjetivo ou interno dos costumes, é necessário refinar a noção objetiva dos costumes. Postema (2007b, p. 284) destaca duas dimensões objetivas dos costumes. Costumes são tanto hábitos como convenções, embora não seja puramente nenhum dos dois. São hábitos na medida em que provocam um comportamento “intuitivo” e não-reflexivo. Diferentemente dos hábitos em sentido forte, costumes não são

apenas a aquisição natural de alguma disposição de repetição, mas “comportamentos sociais aprendidos” (POSTEMA, 2007b, p. 284). São convenções na medida em que são dinâmicos (variam ao longo do tempo e dependendo da comunidade em que estão inseridos) e *artificiais* (POSTEMA, 2007b, p. 284), características que refletem o pensamento convencionalista de Hume. Com efeito, os costumes podem ser identificados em algum ponto entre esses dois extremos, ou seja, entre simples hábito e “convenções explicitamente adotadas para propósitos específicos” (POSTEMA, 2012, p. 719).

Além dessas duas dimensões – que variam em grau (determinado costume pode ser um hábito em grau maior ou menor, assim como uma convenção em grau maior ou menor) –, o fundamental para compreender os costumes é a dimensão da normatividade e da socialidade (POSTEMA, 2007b, 284). Essas facetas apontam para o fato de que costumes são normas em prática em uma dada comunidade (POSTEMA, 2007b, p. 285). Em outras palavras, os costumes, como outras regras sociais, se propõem a regular o comportamento social, mas essa não é a história completa sobre eles. A maneira pela qual tal regulação ocorre é por meio de normas através das quais se estabelece condutas apropriadas ou inapropriadas; ou seja, os costumes não apenas descrevem padrões regulares de conduta, mas prescrevem padrões normativos de avaliação das performances dos sujeitos normativos (POSTEMA, 2007b, p. 285).

Portanto, sustentar os costumes como normas sociais significa reafirmar que eles servem como base provedora de razões na interação social de agentes racionais. Tendo em vista que “Agentes são criaturas capazes de apreender e ser constrictos por normas, criaturas responsivas a normas em virtude do fato de que eles são capazes de manterem a si e aos outros vinculados aos standards estabelecidos pelas normas” (POSTEMA, 2007b, p. 285), os costumes, enquanto normas praticadas em alguma comunidade e direcionadas a essa mesma comunidade, são regras pelas quais somos especialmente responsáveis e, mais especificamente, se revelam “um tipo particular de norma social” (POSTEMA, 2007b, p. 286).

A partir do caráter essencialmente normativo e social das normas costumeiras, Postema propõe uma outra concepção sobre os costumes, em oposição às falhas da teoria aditiva. Trata-se de uma concepção *normativa e integrada* sobre os costumes. É normativa porque foca no aspecto de orientação da ação das normas costumeiras enquanto normas incorporadas em uma prática social discursiva-intencional. É integrada porque tem como objetivo investigatório não o elemento que deve ser adicionado ao uso objetivo, e sim como esse uso, “compreendido como ação ao invés de mero comportamento”, é adotado e como ele desempenha uma função no

“raciocínio prático ordinário” (POSTEMA, 2012, p. 719). Nesse sentido, considero que Postema está comprometido não apenas com o inferencialismo de Brandom (ao qual ele se filia explicitamente), mas com um dos aspectos mais salientes do pragmatismo filosófico amplo: o pragmatismo fundamental.

Sustento essa associação ressaltando o fato de que Postema atribui relevância aos costumes como normas genuínas de direito internacional não em virtude da *opinio juris*, i.e., das crenças de tribunais ou atores internacionais de que determinada regularidade tem a força vinculante de uma norma consuetudinária, mas sim em virtude da maneira pela qual a prática costumeira está situada no sistema normativo e argumentativo (POSTEMA, 2012, p. 738). Assim, é possível dizer que normas consuetudinárias de direito internacional possuem seu status normativo por integrarem as práticas, razão pela qual uma norma desse tipo é uma questão de *know-how* (*usus*), e não de *know-that* (*opinio juris*).

Percebe-se, nesse ponto, a mesma estratégia utilizada por Postema em sua concepção do raciocínio analógico. No raciocínio analógico, a maneira que ele encontra de ressaltar a prioridade prática é negando o racionalismo de regra e atribuindo a formalização de regras ou princípios explícitos governantes da analogia a um segundo nível do pensamento analógico, o qual ele classifica como nível avaliativo-reflexivo. Aqui, ao tratar da força e da normatividade genuína das normas de costume no contexto do direito internacional, Postema busca rejeitar o elemento explícito correspondente ao que seriam as formalizações de regras e princípios na analogia: o elemento subjetivo da *opinio-juris*. Assim, em suas palavras, “O que é decisivo para as partes não é o que qualquer participante pensa, ou a maioria ou até mesmo todos os participantes em determinado tempo pensam, sobre o que é ou o que deve ser feito, mas o que os participantes estão *realmente fazendo*” (POSTEMA, 2012, p. 728).

Postema inicia seu empreendimento por uma construção geral e estrutural (e, portanto, formal em sentido amplo<sup>84</sup>) dos costumes para depois explicar a força normativa dos costumes no direito internacional, ou seja, o que torna costumes normas jurídicas no contexto internacional. As normas jurídico-consuetudinárias serão classificadas por Postema como uma subclasse dos costumes em sentido amplo (POSTEMA, 2012, p. 723), e serão especiais em virtude de sua intencionalidade discursiva.

---

<sup>84</sup> Postema (2012, p. 723) reconhece que “Uma abordagem substantiva da força normativa de uma prática normativa deve levar em consideração os objetivos de fundo da prática (e outros valores ou princípios morais implicados ou comprometidos com a prática)”, mas ele se limita a uma abordagem formal no sentido de trabalhar com a estrutura das práticas normativas como as do costume.

Sendo assim, é necessário destacar as cinco principais características gerais dos costumes que Postema tem em mente. A começar pelo fato de que costumes são atividades práticas, i.e., são algo que “pertence à ação ao invés de ao pensamento” (POSTEMA, 2012, p. 722). Em segundo lugar, tais práticas são normativas no sentido amplo utilizado por Postema como guia para a ação (POSTEMA, 2012, p. 722) – no contexto da deliberação e raciocínio público, é possível atribuir também uma função de justificação, e não apenas orientação. Em terceiro, costumes são fenômenos sociais, o que significa dizer que eles figuram no raciocínio público de uma determinada comunidade enquanto regras socialmente reconhecidas, “e não apenas regras acidentalmente sobrepostas que os indivíduos adotam apenas por sua parte” (POSTEMA, 2012, p. 722). Em quarto lugar, como visto na reconstrução que Postema faz da teoria de Fuller, costumes são normas implícitas, de forma que “emergem e encontram expressão na conduta”, sendo possível explicitá-las, mas sua força normativa não depende disso (POSTEMA, 2012, p. 722). Por fim, o conteúdo das regras costumeiras é performativamente determinado, o que demanda que os praticantes envolvidos nessa prática estejam “inteiramente engajados” individual e coletivamente (POSTEMA, 2012, p. 722).

A metodologia no tratamento dos costumes, segundo Postema (2012, p. 721), é a mesma metodologia de Lewis no tratamento das convenções. Postema diz que a abordagem de Lewis é um bom exemplo (embora aqui Postema não esteja aderindo ao seu convencionalismo, propriamente) justamente por ser pragmática e não conceitual. Isto é, propõe-se trabalhar a partir de algumas nuances do aspecto social e governado por regras dos costumes, e não a partir de uma definição conceitual do que é o costume.

Nesse espírito, o aspecto que destaca a normatividade dos costumes não será, portanto, o elemento subjetivo, mas fundamentalmente o fato de que são parte de práticas sociais *normativas*. Tal normatividade está sustentada na noção brandoniana de comprometimentos. Segundo Postema (2007b, p. 288), a noção de agentes racionais em práticas normativas significa que tais agentes estão no jogo de dar e pedir razões, nos quais eles manifestam seus estados intencionais em suas ações e juízos, fazendo-se responsáveis pelos comprometimentos envolvidos nestes. Dessa forma, os agentes “adotam comprometimentos de (ou se encontram comprometidos a) julgar certas performances como apropriadas, lícitas ou exigidas, e outras performances como fora de limite ou proibidas”, resguardando-se a noção normativa fundamental (POSTEMA, 2007b, p. 288).

Esses comprometimentos diferem-se decisivamente do elemento subjetivo tradicional da *opinio juris* e da atitude hartiana interna em dois sentidos (POSTEMA, 2007b, p. 288).

Primeiro, diferentemente da *opinio juris*, comprometimentos normativos não descrevem comportamentos (como a *opinio juris* apenas descreve que há um direito consuetudinário), mas são prescrições de um modo específico de engajamento prático. Em segundo lugar – e aqui Postema parece fazer menção à tese expressivista metaética sobre o tipo de atitude interna em Hart –, comprometimentos normativos não são estados internos não-cognitivos e psicológicos de aceitação, e sim uma questão “essencialmente normativa e intersubjetiva – um modo de agir de um agente fortemente racional que ocupa o status constituído por relações normativas entre os participantes de uma prática” (POSTEMA, 2007b, p. 288). Em outras palavras: “A linguagem do comprometimento é a linguagem das responsabilidades e autorizações, ao invés de atitudes; é a linguagem do que pode ser propriamente demandado, ao invés da linguagem do que alguém acredita.” (POSTEMA, 2012, p. 724).

Além disso, Postema (2007b, p. 289) reconhece o caráter mútuo dos comprometimentos normativos que, segundo ele, derivam de atitudes sociais, i.e., entre os sujeitos normativos e, portanto, a partir do “reconhecimento recíproco”. Nesse ponto, pode-se visualizar a influência brandomiana de um perspectivismo social e a ideia de que o conteúdo dos conceitos é constituído pela prática social normativa, de tal forma que “assumir responsabilidade por suas ações e juízos é reconhecer que suas ações ou juízos podem estar errados, ficar aquém dos padrões implícitos de correção” (2007b, p. 289). Tem-se também, a exemplo da abordagem sobre a analogia, a atribuição a uma função expressiva ao vocabulário normativo.

A reciprocidade recognitiva e a socialização da avaliação dos juízos e ações apontam para o fato de que “Ninguém, nem mesmo toda a comunidade, tem uma palavra final incontestável sobre quais são as normas da prática” (POSTEMA, 2007b, p. 289). No mesmo sentido, a apreensão dessas normas práticas dependerá (de modo semelhante à abordagem sobre as analogias) do domínio de uma prática, que envolve a capacidade de estabelecer inferências entre as correções normativas e as ações demandadas pelos costumes, que só pode ser dominada a partir do aprendizado social – tal como a improvisação no jazz (POSTEMA, 2007b, p. 290).

Postema não se limita, no entanto, a uma abordagem sobre o aspecto “social” das “práticas sociais” à maneira brandomiana. O autor mantém parte do seu projeto original e longo de oferecer uma análise humeana do contexto social das práticas sociais, aliado a considerações fullerianas. No entanto, Postema não mantém inteiramente seu projeto, e faz uma importante ressalva:

Desde os anos 1970, abordagens sobre regras sociais e convenções das teorias dos jogos, mais proeminentemente aquela do Professor Lewis, tem desenvolvido modelos sofisticados para as ideias sugestivas do Professor Fuller, mas a precisão e a

sofisticação desses modelos vem com um preço. Por causa de suas pressuposições iniciais sobre a natureza privada da racionalidade, é difícil abarcar o caráter social – isto é, intersubjetivo ou público – dos costumes. Além disso, porque as regras sociais nessas abordagens emergem como soluções de problemas de cooperação, a abordagem parece limitada aos contextos de interação social que apresentam problemas de cooperação. Entretanto, seria um erro abandonar o insight Hume-Fuller de que costumes pressupõem e se dirigem a seres humanos engajados em interações sociais densamente interdependentes. (POSTEMA, 2012, p. 724-725)

O insight que Postema atribui a Hume e Fuller continua dentro do quadro convencionalista mais amplo, ainda dotado de uma função importante de coordenação. Segundo o autor, “Se Hume e Fuller estiverem certos, ações tendem a suscitar expectativas legítimas de conduta futura similar em ambientes sociais caracterizados por redes densas de interdependência e, ao fazê-lo, facilitam a coordenação social” (POSTEMA, 2007b, p. 293). Por esse motivo, Postema considera que há um tipo especial de costumes (paralelamente à crença de que há um tipo especial de convenção) que ele chama de “costumes-convenções” – que se caracterizam justamente por criarem expectativas legítimas em contextos sociais interativos de interdependência (POSTEMA, 2007b, p. 293).

Costumes convencionais são socialmente interdependentes por duas condições: (1) interdependência material e (2) dimensão deliberativa (POSTEMA, 2007b, p. 293-294). As condições materiais são aquilo que Postema extrai de Hume e que diz respeito ao cenário de escassez: “as partes se encontram frequentemente demandando os mesmos recursos escassos” (POSTEMA, 2007b, p. 294), situação em que a necessidade de cooperação social se impõe se os participantes quiserem alcançar objetivos valorosos – em conformidade com o convencionalismo amplo e artificial humeano trabalhado no primeiro capítulo desta dissertação. Na dimensão deliberativa, Postema busca dar um tratamento normativo à antecipação de comportamentos. Dessa forma, Postema segue na linha de Fuller, para quem o fato de as ações de cada agente depender e ser influenciadas pelas ações uns dos outros implica dizer que é necessário dominar a antecipação do comportamento alheio (POSTEMA, 2007b, p. 294). No entanto, ele ressalta o aspecto normativo e governado por normas dessa antecipação, que é diferente de mera previsão de comportamento de maneira causal em dois sentidos: (1) o modo pelo qual se antecipa comportamentos também influencia nos comportamentos futuros, ao contrário do sentido causal meramente responsivo; (2) os agentes antecipadores assumem uma responsabilidade normativa perante padrões de correção para suas ações (POSTEMA, 2007b, 294).

Para Postema, é necessário compreender o contexto social interativo de fundo na prática dos costumes. Um ponto a ser esclarecido, segundo ele, é que a dinâmica da antecipação de

comportamentos e de expectativas legítimas são um pressuposto dos costumes-convenções (inclusive um pressuposto para que essas práticas tenham um propósito), e não uma razão que pode ser oferecida para essa prática (POSTEMA, 2007b, p. 296). A ideia aqui é que a partir do momento em que se tem um ponto comum de comportamento social, é possível atribuir um propósito que seja comum e, portanto, confira valor à prática.

A teoria de Brandom é utilizada por Postema, por fim, para explicar não só a força normativa dos costumes, mas também seu escopo. Nesse sentido, considerando que os costumes são práticas sociais nas quais os participantes adotam comprometer-se e assumem responsabilidade por esses comprometer-se, “o escopo e o conteúdo das normas, determinando aquilo pelo qual se é responsável, nunca é uma questão meramente de uma parte única” (POSTEMA, 2007b, p. 297).

Para Postema, via Brandom-Hume-Fuller, as normas da prática do costume são normas sociais e, portanto, normas da comunidade implícitas na prática – por isso não dependem de consentimento ou acordo exposto para terem força – e, assim, a mera filiação à comunidade vincula um membro a participar do que está em jogo (POSTEMA, 2007b, p. 297).

Como assinalado acima, a estratégia postemiana direcionada aos costumes e as regras de direito costumeiro é a mesma do tratamento do raciocínio analógico: a prioridade de propriedades normativas implícitas na prática e a atribuição de um papel secundário ao vocabulário normativo expressivo. Além disso, se no pensamento analógico Postema não deixa de levar em conta o contexto social interativo de integração do raciocínio analógico ao raciocínio público e comum, não é diferente no tratamento das práticas costumeiras. Nessa oportunidade, Postema busca não só a via brandomiana, mas insiste nos moldes das teorias de Hume e Fuller para reivindicar que a prática dos costumes precisa estar integrada ao contexto de práticas sociais ordinárias mais amplo, o que dá margem para considerações de coordenação e um vocabulário de racionalidade instrumental – culminando numa noção de “costumes-convenções”.

A partir de agora, o restante deste capítulo e desta dissertação apresentará as demais influências brandomianas na teoria do direito de Postema (algumas explícitas, outras implícitas) para mostrar como pontos considerados fundamentais para a teoria postemiana refletem um comprometimento forte com o inferencialismo de Brandom. Se esse for o caso, considerando que estaremos diante de uma teoria fundamentalmente normativa, inferencialista e racionalista, cujo núcleo central de explicação do que estamos fazendo está associado com um jogo de dar e pedir razões articuladas por relações de inferências materiais, a pergunta metodológica a guiar

a parte final é a seguinte: diante de uma possível contribuição brandoniana forte nos pontos sensíveis de sua teoria do direito, ainda faz sentido para Postema se apegar ao rótulo do convencionalismo? Será que não estamos diante do mesmo alerta que Dworkin fez a Coleman?

### 3.4 A aspiração à fidelidade: o Estado de Direito como um caso de contabilidade deôntica

Segundo Postema (2014, p. 18), o cerne do estado de direito, enquanto princípio da moralidade política, é a promessa “contra o poder arbitrário e suas formas de exercício”. Nesse sentido, além da juridicidade (*Legality*) (aspectos formais, procedimentais e institucionais), o estado de direito funda-se a partir da noção (fulleriana) de *fidelidade*, que, por sua vez, depende do compromisso com a ideia de *accountability* mútua (POSTEMA, 2014, p. 21; 2010, p. 269). Nas palavras do autor:

Fidelidade envolve tanto *accountability* mútua como complacência recíproca. Assim, devemos pensar o estado de direito não apenas como um conjunto de padrões para criação e coercibilidade do direito, mas também como uma regulação das relações pelo comprometimento mútuo com um direito comum e compartilhado e com as responsabilidades recíprocas correlatas a ele. A primeira dessas responsabilidades é a responsabilidade mútua de manter uns aos outros responsáveis ao direito. A tese da fidelidade sustenta que o estado de direito é politicamente robusto apenas quando seus membros, e não apenas os oficiais ou a elite governante, se responsabilizam por manter uns aos outros, e especialmente os oficiais, responsáveis ao direito. (POSTEMA, 2014, p. 21)

No sentido empregado por Postema, a *accountability* constitutiva do estado de direito é uma prática interpessoal normativamente estruturada (POSTEMA, 2014, p. 30), vislumbrando-se um núcleo prático mínimo envolvendo dois agentes (individuais ou coletivos), formalizados nos polos de demandante e demandado. De acordo com essa abordagem, a estrutura normativa baseia-se em três noções (POSTEMA, 2014, p. 30): (1) os agentes são normativamente suscetíveis às demandas e, ao mesmo tempo, possuem um poder normativo de demandar; esse poder normativo demandatório é exercido por meio de asserções sobre as obrigações do demandado; (2) pressupõe-se normas autoritativas garantidoras das asserções de obrigação; (3) a ação do demandado deve ser governada por normas que justifiquem sua ação para o demandante.

Há, aqui, uma influência kantiana forte com relação à noção de normatividade, de modo que “um agente manter outra parte *accountable* é um caso paradigmático do exercício da autoridade normativa de ‘vincular o outro’ no sentido de Kant” (POSTEMA, 2014, p. 33). Assim, a partir da noção de *accountability* mútua e de reciprocidade normativa (incluindo-se

um elemento de correção na prática entre os sujeitos normativos), pode-se vislumbrar que o estado de direito “possui uma dimensão essencialmente social e horizontal, além de uma dimensão política-vertical” (POSTEMA, 2014, p. 39).

A concepção de *accountability* e de estado de direito de Postema é de especial importância para este trabalho porque se afasta, por exemplo, de um modelo hartiano no qual tudo que importa é a regra de reconhecimento sendo aplicada pelos oficiais, relegando-se a segundo plano os demais participantes da prática jurídica (os cidadãos ordinários), e se aproxima novamente da noção fulleriana refletida na tese da congruência que reconhece três dimensões de interações essenciais para o direito (cidadão-cidadão, cidadão-oficial, oficial-oficial). O que será argumentado mais especificamente nessa oportunidade é que a dinâmica da *accountability* defendida por Postema pode ser vista como uma instanciação da proposta de contabilidade deôntica de Brandom, tornando-se mais concreta à luz desta.

Como introduziu-se preliminarmente, a proposta de contabilidade deôntica revela as diferentes perspectivas sociais no processo inferencial de determinação conceitual. Pela contabilidade deôntica, busca-se estabelecer de que forma as atitudes normativas instituem status deôntico e contribuem para o conteúdo semântico das normas. Dessa maneira, as atitudes de reconhecer, adotar e atribuir comprometimentos entre os participantes de uma prática social discursiva alteram o placar deôntico desta prática. Segundo Brandom (1994, p. 142):

Praticantes linguísticos competentes mantêm o controle dos seus comprometimentos e autorizações e dos outros. Eles são (nós somos) *contadores deônticos*. Atos de fala, paradigmaticamente asserções, alteram o placar deôntico. Eles alteram quais comprometimentos e autorizações são adequados de atribuir, não apenas para aquele produzindo o ato de fala, mas para aqueles aos quais ele se endereça. (Destques do original.)

Vê-se, portanto, que o idioma da contabilidade deôntica é estritamente normativo, pois envolve as noções de comprometimentos e autorizações (*status* deônticos básicos) e isso implica dizer que, para jogar um jogo de linguagem (mais especificamente, o jogo de dar e pedir razões), os participantes contam não apenas seus próprios comprometimentos e autorizações, mas os comprometimentos e autorizações uns dos outros, o que resultará no placar geral deôntico da comunidade em particular. Assim, há uma reciprocidade mútua pela qual os contadores se tornam responsáveis por demandar coerência a partir das consequências e incompatibilidades entre os comprometimentos que cada um deles adota.

Tal reciprocidade aponta para o fato de que a contabilidade deôntica é socialmente perspectivada. Um contador não apenas mantêm o seu placar deôntico ao adotar e reconhecer comprometimentos, mas mantêm um placar relativo aos demais jogadores aos quais ele atribui

comprometimentos e autorizações (BRANDOM, 1994, p. 185). Portanto, jogar o jogo de dar e pedir razões é também uma questão de:

[...] manter a contagem dos comprometimentos e autorizações dos outros jogadores, *atribuindo* comprometimentos e autorizações. Assim como cada interlocutor está tipicamente em cada estágio atribuído um conjunto diferente de status deôntico, cada interlocutor tipicamente possui em cada estágio um conjunto diferente de atitudes ou atribuições. Com o que C está comprometido de acordo com A pode ser muito diferente, não apenas do que D está comprometido de acordo com A, mas também do que com o que C está comprometido de acordo com B. A prática linguística da contabilidade deôntica é *duplamente* perspectivada. (BRANDOM, 1994, p. 185. Destaques do original.)

Ao destacar o caráter perspectivado da contabilidade deôntica, pelo qual os contadores mantêm diferentes conjuntos de placares para si e para os demais contadores, é possível diferenciar as atitudes que instituem status deônticos. Torna-se possível, então, diferenciar as atitudes de atribuir, reconhecer e adotar um comprometimento no contexto da contabilidade deôntica (FOSSSEN, 2014, p. 376). A atitude de atribuir um comprometimento equivale a considerar (ou tratar como se fosse o caso de) que um outro contador está comprometido; a atitude de reconhecer um comprometimento é atribuir a si mesmo (tratar como sendo o caso em que o próprio contador está comprometido); por fim, adotar um comprometimento é a atitude prática que permite com que os outros contadores atribuam determinado comprometimento ao agente (FOSSSEN, 2014, p. 376). A diferença entre essas atitudes deônticas é exemplificada por Brandom no exemplo de uma prática simplificada do Reino Unido no século XVIII:

[...] De acordo com essa prática, aceitar “a moeda real” de um oficial recrutador conta como comprometimento em aceitar o serviço militar. Uma performance desse tipo possui a mesma significação que assinar um contrato teria – em ambos os casos um sujeito se juntou ao exército e adotou todos os comprometimentos implicados por essa mudança de status. [...] A significação de um comprometimento é compreendida nos termos da atitude prática daqueles que o atribuem, isto é, nos termos do que consiste considerar ou tratar alguém como comprometido. Nesse caso, consiste em estar suscetível à punição por uma corte marcial se alguém falhar em cumprir o comprometimento. O conteúdo do comprometimento atribuído corresponde ao comportamento subsequente que provocaria, ou não, uma sanção. (BRANDOM, 1994, p. 162)

Assim, o placar deôntico é alterado a partir de performances dotadas de significação normativa e das diferentes atitudes que atribuem, reconhecem ou adotam comprometimentos na rede inferencialmente articuladas de constelação de comprometimentos (KLATT, 2008, p. 132). Nesse sentido, as relações inferenciais que efetivamente alteram o placar deôntico são as que preservam comprometimentos, as que preservam autorizações e as relações de incompatibilidade material (KLATT, 2008, p. 132). O que os contadores precisam dominar são as transições inferenciais: com o que determinada asserção ou ato de fala os compromete, e o

que o comprometimento com tais atos e asserções demanda e/ou preclui, isto é, o que eles autorizam, licenciam, e o que eles não autorizam e licenciam.

A maneira pela qual Brandom concebe o modelo da contabilidade deontica implícito nas práticas sociais discursivas fornece um quadro geral para pensar atividade normativas sociais que reivindicam a diferença entre performances corretas e incorretas. Nesse sentido, o modelo de *accountability* no estado de direito de Postema pode ser visto como uma instanciação dessa prática de contabilidade deontica. *Accountability*, tal como trabalhada por Postema (2014, p. 30), é “uma relação interpessoal normativamente estruturada”, na qual o demandado responde ao demandante por alguma ação ou performance. A normatividade da *accountability* se dá mediante a articulação das noções de responsabilidade, poder reivindicatório e obrigação (POSTEMA, 2014, p. 30). Assim, tem-se que o demandado está sujeito às demandas do demandante, que por sua vez possui o poder de reivindicar a obrigação de correspondência do polo passivo da relação.

Nesse sentido, Postema (2014, p. 30) destaca a necessidade da existência de normas autoritativas dos direitos e poderes do demandante e garantidoras das obrigações dos agentes demandados. São essas normas que governam e eventualmente justificam a agência do demandado. O que Postema (2014, p. 33) está afirmando, em outras palavras, é que “demandar *accountability* é um caso paradigmático do exercício de autoridade normativa”. Por isso, Postema reconstrói a tese kantiana da reciprocidade/mutualidade. Tal reconstrução começa pela concepção hobbesiana de que “estar sujeito ao direito é estar sujeito ao juízo de terceiros” (POSTEMA, 2014, p. 31). O insight kantiano reside na apreensão da reciprocidade como elemento necessário nas relações de *accountability*. Deste modo:

[...] *accountability* deve ser mútua, se não estritamente recíproca. Assim, essa é a tese de Kant revisada: uma parte, A, está em uma posição de vincular outra parte, S, e de demandar S por essa obrigação, apenas se A também estiver sujeito a uma rede de *accountability* de terceiros, rede essa em que S também participe. (POSTEMA, 2014, p. 33)

Postema oferece um exemplo prático da tese da mutualidade acima descrita: a voz reflexiva. Na voz reflexiva, o sujeito gramatical é, a um só tempo, o agente praticante da ação verbal e o paciente da ação verbal (POSTEMA, 2014, p. 34). Há, portanto, uma importante socialização no interior da prática da *accountability*.

Essa socialização horizontal deriva, especificamente, do reconhecimento recíproco entre os sujeitos envolvidos (POSTEMA, 2014, p. 34). Em outras palavras, onde há *accountability*, há, necessariamente, uma via de mão dupla na qual o ora demandante poderá ser demandado, e vice e versa. Essa concepção coincide com o jogo socialmente perspectivado de dar e pedir

razões brandoniano, o que justifica o argumento de que o modelo de Postema pode ser teoricamente classificado como uma instanciamento do de Brandom.

A reciprocidade kantiana leva à superação do tradicional modelo da hierarquia. Boa parte da tradição dominante (na qual Hobbes é um dos principais teóricos) considera que a *accountability* é um caso de hierarquia e subordinação (POSTEMA, 2014, p. 34). Isso significa que haveria uma cadeia na qual um demandante exerce *accountability* sobre um agente e figura como demandado em uma relação com uma terceira parte, reconhecendo apenas a autoridade deste terceiro. A título de exemplo, Postema recorre a um exemplo em que um senhor de escravos judicializa sua relação com um de seus escravos. O escravagista que vai ao Tribunal pleitear seus direitos escravocratas reconhece a autoridade do Tribunal – e se submete a ela –, ao mesmo tempo em que não reconhece o escravo como apto a dirigir-lhe qualquer tipo de demanda.

Postema (2014, p. 34-36) ressalta que o modelo da hierarquia é especialmente falho quando o que se propõe é pensar o estado de direito. Primeiro porque, sem o reconhecimento recíproco, não há uma obrigação genuína entre demandante e agente demandado. A autoridade normativa se esvazia na medida em que as reivindicações de obrigação feitas pelo demandante são endereçadas a um terceiro (na analogia feita, ao Tribunal, sem reconhecimento do sujeito demandado), de tal forma que a responsividade do demandado é, na verdade, uma responsividade a esse terceiro, e não ao demandante. Em segundo lugar, a dinâmica da hierarquia pressupõe que toda relação de *accountability* entre duas partes dependeria de um terceiro garantidor. Se levarmos esse argumento às últimas consequências, enfrentaríamos a ameaça de um regresso ao infinito, ou pior, a cadeia de *accountability* teria fim em um sujeito que é um demandante não suscetível ao controle via *accountability*<sup>85</sup> (POSTEMA, 2014, p. 25), o que seria uma violação aos preceitos básicos do estado de direito e, em termos brandonianos, seria dizer que há uma perspectiva privilegiada no jogo de dar e pedir razões e na contabilidade deôntica.

Por isso, o modelo da hierarquia deve ser rejeitado. A alternativa conceitual e legítima que se apresenta é conceber a *accountability* como essencialmente horizontal e recíproca (ou, pelo menos, mútua). Além disso, deve-se considerar que a estrutura da *accountability* é dinâmica e complexa, e não unidirecional (POSTEMA, 2014, p. 35). Portanto, o estado de

---

<sup>85</sup> Como Postema (2014, p. 35) esclarece, é fácil vislumbrar o problema dessa alternativa ao regresso quando olhamos para a solução dada pelo próprio Hobbes: a figura de um soberano – alguém que é demandante, mas não está sujeito a ser demandado, estancando-se o regresso ao infinito de uma maneira não satisfatória (e, acrescente-se, possivelmente autoritária).

direito só é realizável se considerarmos a prática da *accountability* como uma rede complexa e entrelaçada de relações horizontais e mútuas de autoridade (POSTEMA, 2014, p. 36). O que os membros de um estado de direito fazem é atribuir, adotar e reconhecer compromentimentos, tanto a si quanto aos outros.

Da estrutura da *accountability*, extrai-se a responsabilidade dos sujeitos participantes do estado de direito de manterem uns aos outros vinculados aos juízos de correção relacionados ao dever de fidelidade. Trata-se de uma responsabilidade de engajamento prático. Nas palavras de Postema (2014, p. 36-37):

A fidelidade faz uma reivindicação poderosa sobre as obrigações e responsabilidades de (e em) uma comunidade que aspira concretizar o estado de direito. A reivindicação é de que, numa comunidade caracterizada por um estado de direito forte, a *accountability* é um poder normativo comunicado, distribuído e compartilhado. A tese da fidelidade sustenta que todos os membros da comunidade possuem uma responsabilidade mútua de exercer esse poder. Comprometimento com o direito, submissão mútua ao governo do direito, envolve assumir a responsabilidade de engajar na distintiva prática do estado de direito. Essa é uma obrigação que cada membro deve aos outros e a todos – é mútua e geral.

Percebe-se que Postema vai muito além da caracterização formal e das virtudes negativas do estado de direito. Com efeito, para garantir a promessa contra as formas abusivas e arbitrárias de exercício do poder, é necessário o engajamento com a responsabilidade positiva de fidelidade ao direito e ao estado de direito. O ponto fundamental é de que tal promessa só pode ser cumprida se o poder e a autoridade forem *socialmente administrados*. Pode-se dizer que o poder normativo da *accountability*, então, é um poder-dever, e não mera faculdade; é uma prática sem a qual não é possível sustentar o ideal político do estado de direito.

Nesse passo, a responsabilidade dos membros uns com os outros e com a rede *accountability* como um todo revela o caráter público da racionalidade operante na prática da *accountability* e da fidelidade, e, por isso, o empreendimento cooperativo que se está desenhando (POSTEMA, 2014, p. 37), sendo preciso focar nos aspectos internos dessa relação. Dessa forma, temos que:

Considerando que as responsabilidades de fidelidade são responsabilidades de participar de um esforço cooperativo, elas serão limitadas, em certa medida, pela participação confiável das outras partes. Isto é, as obrigações são, em um importante aspecto, condicionais. [...] Tentar demandar *accountability* jurídica de uma infidelidade massiva pode não ser racional. Contudo, da perspectiva solidária, a participação dos outros em um empreendimento cooperativo não é um mero fato exógeno dado. Pelo contrário, a responsabilidade-fidelidade de cada um estende-se ao esforço de empoderar e encorajar os outros a participarem, a assumirem suas responsabilidades seriamente. (POSTEMA, 2014, p. 38)

Nesse passo, pela leitura de Postema (2010, p. 276-277), o status deôntico correspondente à *accountability* e à prática do estado de direito é um “[...] comprometimento amplo da comunidade e seus governantes a esse modo de governança, de fidelidade ao direito”. São, assim, comprometimentos públicos e normativos, em dois sentidos: (1) há possibilidade de erro na integração e na *compreensão* desse comprometimento de fidelidade ao estado de direito (por exemplo, o que ele licencia ou o que ele preclui) – um erro na transição de entrada da linguagem; e (2) possibilidade de fracasso em *agir* de acordo com esse comprometimento – um erro na transição inferencial de saída (POSTEMA, 2010, p. 277). Postema destaca que “Em ambos os aspectos, comprometimentos envolvem conceder autoridade aos outros para julgarem as performances de alguém”, o que está em consonância com o modelo kantiano da reciprocidade (POSTEMA, 2010, p. 277).

Por fim, Postema destaca uma última necessidade para o exercício da *accountability* (e, portanto, para concretizar a aspiração de fidelidade ao estado de direito), e esse elemento fornece uma importante ponte para o argumento de que a *accountability* é uma instanciação da contabilidade deôntica. Dentre as condições para a *accountability*, além da publicidade das normas avaliadas social e perspectivamente pela autoridade de todos os sujeitos jurídicos (tanto oficiais e cidadãos) em um modelo kantiano de reciprocidade, está a exigência de um fórum público “no qual afirmações podem ser avaliadas ordenando-se argumentos extraídos do corpo do direito, argumentos que procedem através ‘do trabalho do negativo’ (como Hegel coloca), isto é, por meio de extrair afirmações contrastantes ou conflituosas e testando sua adequação ao contexto do direito (ou a parte relevante dele) como um todo” (POSTEMA, 2010, p. 278). Esta é precisamente a noção hegeliana que norteia tanto o contraste e a consiliência no pensamento analógico quanto a atividade de estabelecer relações inferenciais materiais de consequência e incompatibilidade, holisticamente, que está no coração do modelo brandomiano de práticas sociais discursivas e implícita na contabilidade deôntica.

Portanto, tem-se que a prática da *accountability*, enquanto prática concreta e responsiva ao dever de fidelidade ao estado de direito, é uma instanciação do modelo brandomiano da contabilidade deôntica. Ambas são práticas sociais perspectivadas, irreduzivelmente normativas e cuja normatividade é instituída por meio de atitudes práticas que possibilitam determinar os conteúdos conceituais envolvidos nas trocas de razões. Se pensarmos dessa maneira, a aspiração de fidelidade do direito torna-se uma questão dependente da estrutura normativa envolvida em distinguir performances corretas e incorretas, ou, nos termos da prática jurídica, performances que são jurídicas/antijurídicas, fiéis/infiéis, baseadas em princípios/não baseadas em princípios,

de acordo com o idioma do placar deôntico adotado no estado de direito. A presente proposta ainda atribui ao estado de direito uma articulação inferencial-material, pela qual é possível atribuir, reconhecer e adotar comprometimentos relacionados ao dever de fidelidade e ao ideal de proteção contra o arbítrio entre os participantes desse jogo de linguagem, o que, por consequência, enfraquece o aspecto convencionalista na fundação do direito, pois confere-se primazia às atitudes normativas práticas que instituem status deôntico; aspectos convencionalistas podem fazer parte do jogo de dar e pedir razões, mas não podem ser mais fundamentais do que o domínio prático e a habilidade de jogar (corretamente) tal jogo.

### **3.5 O direito como prática essencialmente contestatória, ou “por que precisamos da interpretação protestante?”**

Se a sugestão de abordar a prática da *accountability* e a aspiração à fidelidade no estado de direito como uma instanciação do modelo de contabilidade deôntica operante nas práticas sociais discursivas estiver correta, então uma noção de interpretação como a interpretação protestante dworkiniana precisará estar em jogo nessa construção. Para Dworkin (1986, p. 413), a natureza das atitudes interpretativas direcionadas à prática jurídica é protestante no sentido metafórico de que cada cidadão (não apenas oficiais do direito) possui um dever de interpretar, por si mesmo e apropriadamente, o esquema de princípios de sua comunidade:

O que é o direito? Ofereço agora um tipo diferente de resposta. O direito não é exaurido em um catálogo de regras ou princípios [...] Nem em um rol de oficiais e seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido por *atitude*, não por território ou poder ou processo. [...] Trata-se de uma atitude interpretativa, auto-reflexiva, direcionada à política no sentido mais amplo. É uma *atitude protestante* que torna cada cidadão responsável por imaginar quais são os *comprometimentos públicos* principiológicos de sua sociedade, e o que esses comprometimentos exigem em novas circunstâncias. (DWORKIN, 1986, p. 413. Destaques meus.)

A noção de interpretação protestante está relacionada não apenas à autonomia ética e à responsabilidade individual dos participantes de uma prática, mas se relaciona com um dever mais robusto “de justificar de maneira coerente e fundada em princípios cada uma das pretensões que um membro dessa comunidade erija contra os demais ou contra a comunidade” (BUSTAMANTE, 2018, p. 133).

Importante salientar que a interpretação protestante não está comprometida com relativismo moral ou epistêmico pelo qual qualquer coisa que parecer verdade para o intérprete seja efetivamente verdadeiro (BIX, 2020, p. 148). O ponto feito por Dworkin é que não há uma primazia interpretativa em função de papel institucional ou de qualquer status social. Isso

significa dizer que há uma “presunção inicial de igualdade” entre os intérpretes (BIX, 2020, p. 148). Portanto, “embora os juízes devam ter a última palavra, sua palavra não é, por essa razão, a melhor palavra” (DWORKIN, 1986, p. 413).

Inicialmente, Postema (1987a, p. 301) sustenta que a noção de interpretação protestante de Dworkin, dentro de seu quadro interpretativo geral, é problemática porque torna a “interpretação das práticas sociais insuficientemente prática, insuficientemente intersubjetiva, e assim (ao menos no caso do direito) insuficientemente política”. Em linhas gerais, o déficit apresentado pela noção dworkiniana da interpretação protestante deriva da sua falha em captar a socialidade das práticas argumentativas, ou, nos termos favoritos de Postema, falha em captar o raciocínio comum e coletivo do qual o raciocínio jurídico depende.

Entretanto, Postema reconhece que a teoria do direito e da interpretação de Dworkin não pode ser inteiramente classificada como individualista ou indiferente ao aspecto coletivo da prática jurídica. Pelo contrário, o autor argumenta que o problema reside justamente no protestantismo forte (POSTEMA, 1987a, p. 289), com o qual Dworkin está comprometido. Postema argumenta que a separação lógica realizada por Dworkin entre a interpretação de uma prática (aspecto teórico) e a própria prática (material bruto que se interpreta) torna a interpretação um caso individual-privado:

[...] Compreender uma prática como um todo é aceitar uma teoria interpretativa geral sobre essa prática. Interpretação é a atividade de um participante individual de articular uma teoria, um conjunto estruturado de princípios e objetivos gerais, que em seu juízo [o juízo de uma intérprete] coloca a prática em sua melhor luz. A teoria é oferecida como uma justificação geral para os elementos consensuais da prática que constitui seus “dados brutos”. Mas enquanto os “dados” são o ponto comum, interpretações são privadas, e elas podem conflitar amplamente; isto é, teoria interpretativa em seu limite ideal determina o que a prática é e requer. O que parece comum na prática é meramente a sobreposição das extensões das (mais ou menos explícitas) teorias interpretativas dos participantes individuais. (POSTEMA, 1987a, p. 300)

Segundo Postema (1997, p. 827-828), uma das maneiras pelas quais sua noção de integridade diverge da de Dworkin é justamente o comprometimento com o aspecto protestante da atitude interpretativa. Para Postema, o ponto central é que a prática interpretativa exiba uma espécie de racionalidade coletiva-cooperativa, um “agir como um time”, o que para ele salienta que os princípios jurídicos são construídos publicamente e acessados publicamente no contexto de interação social complexa. Dessa forma, apesar da interpretação protestante “corretamente destacar a responsabilidade individual, ela ignora o caráter público interativo do raciocínio prático demandado pela integridade” (POSTEMA, 1997, p. 828).

A alternativa à noção protestante apresentada por Postema, a exemplo da maneira pela qual ele propõe uma concepção de analogia que é uma espécie de terceira via entre o particularismo e entre o regulismo racionalista, concebe que a compreensão do direito (e das práticas sociais variadas) não está relacionada às disposições responsivas confiáveis – i.e., aprender a responder comportamentalmente a determinadas situações – nem à concepção de Dworkin pela qual a compreensão depende da apreensão de uma proposição geral justificatória independente sobre a prática, e sim ao domínio de uma disciplina ou técnica (POSTEMA, 1987a, p. 303-304).

O domínio disciplinar, de inspirações wittgensteinianas, demanda que o participante saiba estabelecer relações de semelhança e diferença entre os aspectos de sua prática social, tendo também a capacidade de “situar itens aparentemente novos” na prática em jogo, conseguindo transitar “com certa facilidade na rede de relações criadas” (POSTEMA, 1987a, p. 304). Aqui, há uma proximidade forte com o pensamento analógico (e as capacidades referentes ao contraste e à consiliência) porque é dispensável o recurso explícito a uma teoria interpretativa sobre o propósito da prática. Pela analogia, a prática a ser compreendida pode ser situada comparativamente a outras práticas sociais correlatas, “enriquecendo e aprofundando a compreensão dela e fornecendo um contexto para crítica de algum de seus componentes”.<sup>86</sup>

Entendido dessa forma, há espaço, novamente, para a metáfora com a improvisação musical no jazz. É necessário lembrar que Postema (2008b, p. 45) acredita que o raciocínio por analogia é uma técnica “fundamental a todas as formas de raciocínio: distinguir a figura do fundo, filtrar distrações, identificar padrões, juntar as pistas em um todo coerente”. Assim, a improvisação musical exibe um caso paradigmático de domínio técnico que dialoga com a prática, não sendo exigida uma concepção teórica geral sobre ela, posição que também reforça o compromisso pragmatista fundamental exarado na máxima “saber *como* ao invés de saber *que*”, além de apontar, conjuntamente com o raciocínio analógico, para a função expressiva dos vocabulários lógico e normativo-avaliativo e para a possibilidade de filiação à racionalidade histórico-expressiva:

A metáfora da improvisação também chama a atenção para o tipo e a extensão da reflexividade envolvida em um domínio prático. Essa reflexividade normalmente não é articulada verbalmente, mas é evidente de outras maneiras. O pianista de jazz trabalha nas, com, e em torno das, formas reconhecidas – os ritmos, padrões de acorde, e “melodias” desse idioma musical. Ele as cita, manipula e até mesmo as viola, e o

---

<sup>86</sup> Nessa passagem, é interessante notar a posição anti-arquimediana adotada por Postema, de forma que o ponto de crítica à prática não é externo, mas interno à própria prática que se quer criticar. Tal anti-arquimedeanismo será fundamental para o argumento anti-convencionalista e anti-positivista relacionado à teoria de Brandom mais à frente na seção.

processo revela dimensões antigas não reconhecidas. Improvisação é uma energia criativa livre, possibilitada pelas formas reconhecidas – possibilitada não apenas ao se fornecer um ponto de contraste, mas fornecendo à improvisação seus materiais necessários e a estrutura de seu sentido. A improvisação exibe uma consciência sofisticada da prática como um todo, seus elementos estruturantes e seus detalhes concretos. Ela erra e falha sem essa compreensão. (POSTEMA, 1987a, p. 303. Destaques meus.)

Thomas Bustamante (2020; 2021) sustenta que o argumento em prol da interpretação protestante de Dworkin pode ser fortalecido se olharmos para algumas dimensões do pensamento de Postema, razão pela qual as objeções de Postema ao protestantismo perdem força. Com efeito, Bustamante afirma ser possível não só rebater os principais pontos críticos de Postema, mas reconciliar seu pensamento jurídico com a atitude interpretativa protestante. Para tanto, é necessário ser um pouco mais caridoso com alguns elementos da teoria de Dworkin, de modo a tornar possível tal reconciliação e, mais importante para esta dissertação, destacar a conexão entre a interpretação protestante e o quadro teórico de Brandom.<sup>87</sup>

Em primeiro lugar, cumpre reconhecer que tanto Postema quanto Dworkin compartilham de um anti-arquimedianismo forte. Portanto, a crítica de Postema direcionada à divisão dworkiniana lógica entre interpretação da prática e a própria prática talvez esteja mal direcionada, isso porque a rejeição à bagagem metafísica por parte de Dworkin impede que a teoria geral justificadora esteja fora da prática, sendo, portanto, interna à própria prática (BUSTAMANTE, 2020, p. 120). Desse modo, “Uma teoria de uma prática social é apenas uma descrição abstrata da prática, e quando se realiza uma afirmação (teórica) sobre o sentido dessa prática, as afirmações são também internas à prática em jogo” (BUSTAMANTE, 2020, p. 120).

Ao se reconhecer o anti-arquimedianismo que perpassa a afirmação de que há um propósito na prática constituído independente dela, abre-se espaço para vislumbrar a real dimensão coletiva e histórica na teoria da interpretação de Dworkin. A começar pelo fato de que a história institucional restringe o processo interpretativo, inclusive na fase pré-interpretativa, no sentido de limitar os dados a ser interpretados. Logo, há que se pontuar que, tal como Postema recorre ao jazz para ressaltar a maneira pela qual a tradição torna o raciocínio e as considerações sobre a prática inteligíveis, a tradição e a História também são partes constitutivas na proposta interpretativa de Dworkin, exemplarmente ilustradas na metáfora do romance em cadeia (BUSTAMANTE, 2020, p. 121).

---

<sup>87</sup> Para um argumento robusto pela aproximação da teoria do direito de Dworkin com o inferencialismo expressivista pragmatista de Brandom, cf. Decat 2015, especialmente capítulos 4 e 5. Para uma proposta suplementar de uma semântica brandomiana em apoio à teoria de Dworkin, em oposição à semântica Kripke-Putnam, cf. Klatt, 2008, p. 26-27.

No entanto, apesar de compartilhar do comprometimento histórico gadameriano, a teoria interpretativa geral de Dworkin não considera que todo tipo de pensamento seja propriamente interpretativo. Nesse ponto:

O interpretativismo, para Dworkin, não é adotado em todo tipo de desafio intelectual. Pelo contrário, ele é apropriado apenas quando nós consideramos um conceito interpretativo, ou quando um conceito que pode ser usado diferentemente em diferentes contextos é empregado em um argumento justificatório – como é o caso, por exemplo, do conceito *doutrinal* do direito. Em outras palavras, Dworkin pensa que nós devemos adotar uma atitude interpretativa direcionada ao direito não porque ele aceita uma teoria geral do significado (que nós poderíamos usar para explicar todo e qualquer aspecto do mundo), mas porque há algo no direito (ou mais exatamente no conceito doutrinal do direito) que demanda a atitude interpretativa. (BUSTAMANTE, 2020, p. 121. Destaque do original.)

Não somente, é preciso levar em consideração a dimensão de justificação que Dworkin atribui à prática jurídica. Isso significa dizer que a atitude interpretativa é “guiada por um propósito moral, um valor que é capaz de fornecer uma justificação da prática que está sendo interpretada” (BUSTAMANTE, 2020, p. 123). Por mobilizar um propósito valorativo e empregar um vocabulário avaliativo, a responsabilidade pessoal suscitada pela noção de interpretação protestante ganha contornos de uma “responsabilidade especial”, já que se está diante de uma “propriedade especial da prática, que é a habilidade de justificar coerção” (BUSTAMANTE, 2020, p. 123).<sup>88</sup>

O propósito valorativo justificatório indica que o direito não é uma prática social comum, mas uma subespécie especial em virtude do seu caráter argumentativo (BUSTAMANTE, 2020, p. 124). Sendo assim, o que a noção de interpretação protestante demanda, dado o contexto político-valorativo e argumentativo nos quais ela está situada, não é que o intérprete ignore uma possível interpretação da comunidade como um todo, ou, ainda, que ele não reconheça uma interpretação quando esta é feita por um *expert*. Na prática argumentativa e discursiva do direito, sensível a questões morais, proposições e asserções são frequentemente desafiadas, e, nesse sentido, o que a interpretação protestante requer é apenas que “os intérpretes assumam uma responsabilidade individual pelos seus próprios julgamentos sobre o propósito da prática” (BUSTAMANTE, 2020, p. 124). Dessa forma, da mesma maneira que Dworkin compreende que nem todas as questões são questões interpretativas, pode-se entender que a principal reivindicação da interpretação protestante não é um solipsismo, mas

---

<sup>88</sup> Essa dimensão especial está diretamente ligada à concepção de responsabilidade ética e moral sustentada na noção de igual respeito e consideração com os outros e com nós mesmos, segundo Dworkin. (DWORKIN, 2011, p. 112-113).

que, quando necessário, o intérprete-participante não prescindir de seu próprio juízo nem atribua sua responsabilidade a terceiros ou à figura da comunidade personificada.

Além disso, os participantes da prática compartilham um sentido mínimo sobre ela, o que significa dizer que os conceitos interpretativos dependem, em algum grau, de um acordo entre seus usuários.<sup>89</sup> Nesse ponto, a distinção entre conceito e concepção mostra-se útil. Para Dworkin, conceitos e concepções refletem dois níveis distintos de abstração pelos quais a interpretação pode ser analisada. Dessa forma, os conceitos estabelecem o propósito geral da prática, enquanto as concepções competem entre si e divergem com relação ao que os conceitos realmente exigem em circunstâncias mais concretas (DWORKIN, 1986, p. 71). O exemplo hipotético que Dworkin oferece é o de um filósofo incumbido com a tarefa de elaborar uma abordagem filosófica sobre a prática da cortesia (DWORKIN, 1986, p. 68). Assim, o filósofo precisará relacionar o *conceito* de cortesia ao respeito, o que não será tarefa muito difícil, mas também oferecer uma *concepção* sobre quais atos são respeitosos, ou quais grupos merecem respeito (DWORKIN, 1986, p. 70).<sup>90</sup>

Entretanto, haverá uma restrição ainda maior ao trabalho do filósofo imaginário e que diz respeito à necessidade de acordo para que possa haver desacordos em se tratando de conceitos interpretativos: os paradigmas. Um paradigma em determinado estágio histórico da interpretação são interpretações entrincheiradas que determinam certas exigências concretas por parte dos praticantes (DWORKIN, 1986, p. 72; BUSTAMANTE, 2020, p. 125). Assim, no caso da cortesia, em determinado contexto social e histórico, um paradigma desta prática a ser considerado no processo interpretativo seria, no exemplo de Dworkin (1986, p. 72), a regra de que um homem deve se levantar quando uma mulher entra no mesmo ambiente em que ele está. Desse modo, “O papel que esses paradigmas exercem no raciocínio e no argumento serão ainda mais cruciais do que qualquer acordo abstrato sobre um conceito” (DWORKIN, 1986, p. 72).<sup>91</sup> Um ponto importante para a presente dissertação é que os paradigmas interpretativos não funcionam no raciocínio prático público e individual como convenções:

---

<sup>89</sup> O grau intermediário de acordo entre os participantes/usuários pode ser uma questão contingente, como no caso do conceito interpretativo da justiça. Dworkin (1986, p. 73-74) afirma que o que está em jogo nas disputas de justiça são os próprios testes de justiça, que variam de acordo com a visão sobre a justiça empregada. Isso, no entanto, não impossibilita que exista acordo/desacordo entre participantes que possuem critérios diferentes para os testes de justiça.

<sup>90</sup> Para Dworkin, é importante dizer que essa tarefa é interpretativa-substantiva, e não semântica. Ou seja, o filósofo precisará argumentar em favor do propósito da prática de cortesia e justificar suas concepções, e não apenas estabelecer “regras linguísticas básicas que todos devem seguir para fazer sentido” (DWORKIN, 1986, p. 71).

<sup>91</sup> Na mesma oportunidade, Dworkin destaca que nenhum paradigma está livre da possibilidade de ser desafiado interpretativamente.

[...] Embora a maioria das pessoas compartilhem um paradigma e os usem como um ponto inicial para interpretações adicionais, nenhum paradigma – para Dworkin – pode ser considerado arbitrário no sentido que convenções normalmente são. [...] Há pelo menos duas características que diferenciam o interpretativismo dworkiniano do convencionalismo: as ideias de que o propósito de uma prática interpretativa é um valor (e portanto não pode ser um propósito arbitrário) e de que esse propósito está embutido nos aspectos concretos dessa prática. (BUSTAMANTE, 2020, p. 125)

Assim, no instrumental teórico de Dworkin, engajar-se em uma interpretação construtiva demanda a integração entre “conceitos usados em uma prática e o propósito da prática”, o que denota a dimensão de correção e, portanto, de normatividade da atividade interpretativa que parecem estar em falta no convencionalismo compreendido como compartilhamento de critérios semânticos (BUSTAMANTE, 2020, p. 126). Nesse ponto, Bustamante sustenta que, para responder à questão sobre “como um intérprete deve proceder para engajar-se na interpretação construtiva?”, o recurso ao raciocínio analógico de Postema auxilia a compreender que tipo de atitude se deve exibir para ingressar no empreendimento interpretativo dworkiniano (BUSTAMANTE, 2020, p. 126).

A necessidade teórica que sustenta a analogia, assim como a exigência de uma teoria interpretativa justificatória, ambas fundamentais para Dworkin, estariam mais próximas das posições de Postema do que parece. Afinal, os princípios necessários para orientar a atividade analógica estão *implícitos* na prática, não sendo necessário (e nem recomendável) apelar para qualquer nível externo para extrair tais princípios (BUSTAMANTE, 2020, p. 128). Além disso, tais princípios serão apreendidos a partir das capacidades inferenciais, articulando-os a valores da moralidade política, ao passado histórico institucional e ao futuro da comunidade política, podendo-se argumentar pelo caráter inferencial-material da interpretação construtiva (BUSTAMANTE, 2020, p. 128).

Portanto, atribuir um propósito à prática, buscar justificá-la argumentativamente, é situar o direito no espaço lógico das razões (BUSTAMANTE, 2020, p. 129), e, portanto, no espaço da normatividade. Em paralelo com a epistemologia, nas palavras de Sellars (2008, p. 81): “O ponto essencial é que, ao caracterizar um episódio ou um estado como aquele de saber, não estamos dando uma descrição empírica de tal episódio ou estado; nós o estamos situando no espaço lógico das razões, do justificar e ser capaz de justificar o que se diz”.

Na mesma direção, Bustamante sugere ainda que a interpretação protestante deve ser concebida a partir da tese da autonomia kantiana, nos moldes formulados por Brandom (2009, p. 60), pela qual o exercício da nossa liberdade positiva de nos vincularmos a normas discursivas consiste em uma habilidade prática pela qual nos colocamos no espaço normativo governado por comprometimentos e responsabilidades. Vincular-se às normas é adquirir um

tipo de responsabilidade de fazer alguma coisa (responsabilidade-tarefa). Mais especificamente, trata-se da responsabilidade de “integrar o juízo em uma unidade da apercepção” (BRANDOM, 2009, p. 35).

Brandom (2009, p. 36-37) identifica três principais responsabilidades-tarefas demandadas na concepção kantiana da autonomia e dos juízos conceituais e que são necessárias para integrar juízos na unidade da apercepção: (1) responsabilidade crítica, (2) responsabilidade ampliativa e (3) responsabilidade justificatória. No momento crítico, deve-se estabelecer relações de incompatibilidade material entre os comprometimentos, abandonando os que forem incompatíveis. A responsabilidade ampliativa demanda que se extraia relações materiais de consequências entre os comprometimentos restantes, levando-se em consideração as “hipóteses auxiliares e premissas colaterais fornecidas pelo resto dos comprometimentos”. Por fim, a responsabilidade justificatória demanda que se ofereça razões inferencialmente articuladas para os comprometimentos efetivamente reconhecidos pelo sujeito.

A normatividade do processo do juízo conceitual e a demanda racional de integração por meio das responsabilidades-tarefas atribuem conteúdo material aos juízos conceituais e produzem uma unidade sintética original e transcendental da apercepção que Brandom (2009, p. 37) classifica e explica da seguinte maneira:

[...] é uma *unidade* precisamente no sentido de ser governada por, sujeita à avaliação de acordo com, essas normas de integração. É uma unidade *sintética* porque é produzida pela atividade de sínteses que integra comprometimentos discrepantes em uma unidade. É uma unidade *original* da *apercepção* porque o que torna um ato ou episódio um *judgar* primeiramente é apenas ele estar sujeito à demanda normativa de ser integrado em tal todo sistematicamente unificado, e consciência no sentido de apercepção (uma questão de sapiência, ao invés de mera senciência) é julgamento (apercepção é julgamento). Kant também chama o produto dessa atividade sintética uma unidade de apercepção *transcendental*. É transcendental em termos pelos quais nós devemos compreender a relação com os objetos – representação – que é uma dimensão essencial do conteúdo dos julgamentos. (Destques do original.)

Desta maneira, no quadro kantiano da autonomia e da racionalidade, cada julgador se torna responsável pelo conteúdo dos juízos conceituais, razão pela qual a atividade de julgar se torna uma atividade prática que demanda responsabilidades práticas que podem ser resumidas na responsabilidade central de integrar comprometimentos em uma unidade sintética original da apercepção. No entanto, como pontua Bustamante (2020, p. 129), na maneira pela qual Brandom compreende essa atividade, a construção kantiana é apenas a primeira parte do processo. É necessário reconhecer também em que sentido esse processo é um processo social, e, para tanto, Brandom recorre a Hegel, a quem ele atribui a retenção dos principais insights kantianos para desenvolver uma segunda parte que explica a socialidade do que está em jogo.

A ideia básica do modelo da autonomia kantiana é de que a força normativa de uma norma depende da adesão a ela por parte dos sujeitos normativos. Contudo, algo mais é necessário porque, caso contrário, perder-se-ia a distinção entre o que é correto e o que aparenta ser correto para o sujeito (BRANDOM, 2009, p. 79). É nesse ponto que o modelo hegeliano do reconhecimento recíproco oferece a sua maior contribuição na compreensão dos estados normativos e suas relações com as atitudes normativas. Assim, os conteúdos de uma norma passam a depender menos dos sujeitos normativos. Nas palavras de Brandom (2009, p. 79):

O modelo do reconhecimento recíproco de Hegel deriva da ideia de que, aceitando o comprometimento iluminista com a atitude-dependência dos status normativos, o modo de dar sentido à meta-autoridade independente contraposta associada com o conteúdo com o qual me comprometo ou pelo qual me faço responsável é ter essa autoridade administrada por outros.

O que se está a fazer é basicamente socializar o conteúdo normativo dependente da autonomia dos sujeitos. Dessa forma, torna-se possível estabelecer avaliações sobre a aplicação de conceitos, sobre movimentos de um enunciado a outro, sobre a relação entre comprometimentos etc. Por conseguinte, “Autoridade e responsabilidade estão inteiramente coordenadas, e as atitudes de todos os reconhecedores reconhecidos são, conjuntamente, suficientes para instituir estados normativos” (BRANDOM, 2009, p. 79). Para realizar tal conciliação entre o modelo da autonomia e o modelo do reconhecimento recíproco, segundo a leitura que Brandom faz de Hegel, o segundo autor situa ambos os modelos “em uma estrutura mais ampla de desenvolvimento histórico” (BRANDOM, 2009, p. 81). Assim, a aquisição de comprometimentos e a determinação de seus conteúdos ao longo do tempo é o processo denominado “experiência” hegeliana, e é marcado por seu caráter “expressivamente progressivo”, porquanto os conteúdos conceituais serão cada vez mais determinados (BRANDOM, 2009, p. 81). A experiência hegeliana é um “fazer”; é um processo que demanda engajamento com a prática; contrapõe-se ao sentido cartesiano de experiência como algo que meramente acontece com o sujeito (BRANDOM, 2011, p. 7). A contribuição hegeliana é importante para o trabalho de Brandom, na medida em que:

[...] conta como a mesma prática de integração racional dos comprometimentos adotados pela aplicação dos conceitos, isto é, a síntese simultânea de sujeitos individuais reconhecidos e reconhecedores – e da comunidade recognitiva – está, a um só tempo, no processo histórico por meio do qual as normas que articulam os conteúdos dos conceitos são instituídas, determinadas e desenvolvidas. (BRANDOM, 2011, p. 4)

Hegel mostra como o processo para determinação do conteúdo das normas conceituais demanda, simultaneamente, um olhar para o passado e para o futuro. A rememoração

reconstrutiva da tradição (em sua dimensão retrospectiva) e dos comprometimentos e conteúdos conceituais que a compõem revela como as atitudes dos sujeitos normativos, gradualmente, culminaram no reconhecimento explícito das normas que implicitamente governaram as práticas sociais (BRANDOM, 2009, p. 92). Na dimensão prospectiva, a aplicação dos conceitos contribui para a determinação de seus conteúdos, enquanto tarefa semântica prática e construtiva, na medida em que o usuário/sujeito normativo sustenta algumas aplicações como corretas, de tal forma que o usuário do presente busca o reconhecimento de sua autoridade pelo usuário do futuro; os futuros usuários, caso reconheçam e reforcem essa autoridade passada aplicando o conceito a partir do critério de correção anteriormente estabelecido, estarão estabelecendo, socialmente, uma norma ainda mais determinada (BRANDOM, 2009, p. 92-93).

Esse processo dinâmico, no qual a razão rememoradora demanda que se distinga as integrações racionais passadas corretas e expressivamente progressivas, revela uma síntese sincrônica e diacrônica (BRANDOM, 2009, p. 103). Desse modo, tem-se que a *responsabilidade* e a *autoridade*, na aplicação dos conceitos e no processo de integração dos comprometimentos em uma unidade sintética da apercepção, são recíprocas, o que salienta, para Hegel, a forma histórica do reconhecimento que, por sua vez:

[...] institui, de uma só vez, uma forma distinta de comunidade (uma tradição) e indivíduos que exibem status normativos com conteúdos conceitualmente determináveis [...] o reconhecimento aparece em sua forma apropriada, i.e., como processo que fornece o contexto no qual podemos compreender as relações semânticas que articulam os conteúdos conceituais determinados dos comprometimentos discursivos. (BRANDOM, 2009, p. 104)

É nesse contexto que Brandom apresenta a leitura histórica *whiggish*, trabalhada anteriormente nesse capítulo quando da sugestão de ampliação da racionalidade histórico-expressiva à concepção postemiana de analogia feita por Decat (2020). Além das considerações feitas naquela oportunidade, adicionaremos o seguinte: essa perspectiva histórica específica ganha relevância na construção brandomiana porque a capacidade de desenvolver essa narrativa *whiggish* seria o que Hegel chama de “marcha da razão pela História” (BRANDOM, 2009, p. 91). A ideia de um progresso ininterrupto em uma historiografia *whiggish* é definida por Brandom nos seguintes termos:

O que, do ponto de vista dos nossos comprometimentos atuais, revelar-se retrospectivamente como viradas equivocadas, becos sem saída, teorias suplantadas e programas de pesquisa degenerados, é ignorado – por mais promissor que eles tenham parecido naquele tempo, por melhores que as razões para eles tenham sido, e a despeito do nível de esforço que foi devotado a eles. O que é destacado e apresentado no lugar disso é uma trajetória de um progresso intacto e cumulativo – das descobertas que suportaram o teste do tempo. É uma narrativa sobre como nós descobrimos quais são os verdadeiros limites dos nossos conceitos atuais e, assim, como eles devem ser

adequadamente aplicados, descobrindo-se o que realmente se segue de algo, e o que é realmente incompatível com o que. (BRANDOM, 2009, p. 91)

O que Brandom (2002, p. 14) faz, nessa concepção, é levar à cabo o movimento hegeliano de “dar à contingência a forma da necessidade” – necessidade em sentido deontológico e não alético, ou seja, no sentido de estar de acordo com uma regra.

A atitude de conversar com a tradição, de modo a reconstruí-la e torná-la racional, reflete uma “forma de racionalidade como história sistemática” (BRANDOM, 2002, p. 14). A ambição de Brandom (2002, p. 15-16) é expor tal sistematicidade histórico-filosófica e a supracitada reconstrução da tradição histórica como “dois lados da mesma moeda, dois aspectos de um empreendimento”. Com isso, pretende-se tornar inteligível tanto a consciência inferencial (manifesta na capacidade de aplicar os conceitos inferencialmente articulados) quanto a “noção histórica de autoconsciência” (BRANDOM, 2002, p. 14-15). O empreendimento histórico, portanto, aparece como a aquisição de uma consciência explícita (HEGEL, 2001, p. 39).

O inferencialismo operacionalizado por essa racionalidade histórico-expressiva pode ser mais bem visualizado a partir do *common law*, que fornece, de acordo com Brandom, um poderoso exemplo dessa estrutura histórica e social de reconhecimento recíproco. Para Brandom (2009, p. 84), o sistema do *common law* mostra como o processo de aplicação dos conceitos é, concomitantemente, um processo de determinação dos conteúdos desses mesmos conceitos que extrai suas relações inferenciais materiais de consequência e incompatibilidade. No *common law*, em cada caso novo, o juiz precisa decidir pela aplicabilidade ou pela inaplicabilidade de um conceito jurídico, de modo que a fundamentação justificatória se baseia no (1) apontamento dos casos normativamente privilegiados do passado (precedentes) e nas regras materiais de inferência implícitas desses casos passados com o caso presente (apontando-se semelhanças e diferenças entre eles) e no (2) apelo às fundamentações explícitas associadas aos precedentes (BRANDOM, 2009, p. 84-85).

No exemplo de Brandom, o argumento principal é que cada juiz, exercendo uma responsabilidade de natureza semântica (perante o conteúdo de um conceito jurídico) e aceitando as responsabilidades-tarefas (*task-responsibilities*) de efetivar uma unidade sintética racional ao integrar comprometimentos passados e presentes (contribuição do modelo da autonomia kantiana), apresenta uma reconstrução racional da tradição na qual está inserido (BRANDOM, 2009, p. 86). É essa prática racional integrativa que estabelece o status normativo autoritativo do conceito, e o status normativo da responsabilidade que cada intérprete exerce perante os intérpretes passados e constringendo os intérpretes futuros ao estabelecer padrões de correção para aplicação de um conceito em particular (BRANDOM, 2009, p. 87). O

elemento do reconhecimento recíproco é basilar nessa dinâmica, na medida em que cada juiz “reconhece a autoridade e o conteúdo das decisões passadas sobre a avaliação da correção da decisão atual [...] O juiz adjudicador também exerce autoridade sobre os juízes sucessores, caso sua decisão seja considerada um precedente no futuro” (BRANDOM, 2009, p. 87).

Mais fundamentalmente, o que se tem nesse processo social de reconhecimento é a constituição, a um só tempo, do indivíduo e da comunidade social. Um indivíduo, um “*self*”, se constitui conjuntamente com a comunidade, os “*selves*”. O elemento da reciprocidade é a chave nesse processo.<sup>92</sup> Nas palavras de Decat (2015, p. 274):

[...] Alguém se torna um ser autoconsciente, um eu, quando assume, simultaneamente, os papéis de sujeito e de objeto das atitudes normativas recognitivas. Mas não são apenas sujeitos que são sintetizados pelo processo de reconhecimento mútuo. Comunidades – compreendidas como conjuntos estruturados de *selves* que se reconhecem reciprocamente – também são produzidas por este mesmo processo.

Acredito que é na chegada a esse ponto que a noção de interpretação protestante se torna mais necessária. A natureza individual das atitudes interpretativas se revelam não apenas um dever de responsabilidade prática diante dos juízos e das aplicações conceituais no contexto do jogo de dar e pedir razões, mas também constitutiva da própria concepção que a comunidade como um todo tem sobre suas práticas sociais. Esse argumento parece ser compatível com a visão que Postema tem sobre o ponto de vista público e comum da primeira pessoa do plural.

Bustamante (2021a, p. 6) sustenta que a visão sobre a unidade do raciocínio público postemiana (apresentada no capítulo anterior desta dissertação) é uma das razões centrais que faz com que Postema desconfie e rejeite a ideia da interpretação protestante. No entanto, se levarmos em conta o esforço de Postema ao longo de sua obra para apresentar a maneira pela qual a normatividade jurídica não pode depender apenas das relações entre os oficiais, sendo necessário acomodar também as relações horizontais entre sujeitos jurídicos e entre esses e os oficiais, no espírito fulleriano, obteremos um outro ponto comum entre Postema e Dworkin que é a rejeição a uma perspectiva privilegiada, esta também compartilhada por Brandom. Mais do que isso, no caso das normas costumeiras, tem-se um elemento de irresignação muito próximo ao que motiva Dworkin na formulação da interpretação protestante:

Cada participante pode e deve realizar uma avaliação responsável das “correções de inferência e justificação”, e apreender através de seu próprio juízo as normas da prática que permitem a ela cumprir essa responsabilidade. Isso explica por que Postema, assim como Dworkin, afirma que “ninguém, nem mesmo a comunidade inteira, possui uma palavra final imutável sobre quais são as normas da prática”. É

---

<sup>92</sup> Agradeço aos professores David Gomes e Thiago Decat por me chamarem a atenção para esse ponto.

precisamente essa ideia que faz a interpretação dos costumes de Postema também uma interpretação protestante. (BUSTAMANTE, 2021a, p. 14. Destaques do original.)

A primeira pessoa do plural é a perspectiva própria do raciocínio público, impondo uma constrição nos elementos que devem ser levados em conta pelos participantes no seu raciocínio – o ponto de saliência são questões públicas e não privadas. No entanto, é preciso acomodar a possibilidade de que a comunidade como um todo possa estar equivocada. Uma atitude crítica como aquela expressa na noção de interpretação protestante não viola a intersubjetividade dos processos situados no raciocínio público social; a questão é compreender a estrutura da intersubjetividade, e como ela não apenas comporta algo como uma noção de interpretação protestante, mas necessita desta.

Para tanto, propõe-se aqui, no mesmo passo de Bustamante (2021a, p. 8), a proposta brandomiana para compreender a intersubjetividade discursiva. Como visto anteriormente nesse capítulo, uma das características distintivas da normatividade é a possibilidade de discernir entre juízos e performances corretas e incorretas. Nesse sentido, Brandom adota uma noção da objetividade dos conteúdos conceituais (como critérios de avaliação e correção da verdade das asserções e das aplicações dos conceitos) que é socialmente construída, de modo que a objetividade “aparece como uma característica da estrutura da intersubjetividade discursiva” (BRANDOM, 1994, p. 599).

Um dos erros mais graves em se tratando dessa intersubjetividade, segundo Brandom (1994, p. 38), é a personificação da comunidade como árbitro para avaliar a correção das performances. Ao se personificar a comunidade e atribuir a ela tal função corretiva, comete-se um equívoco de confundir a relação estrutural social “eu-tu” (*I-thou*) com uma relação orientadora “eu-nós” (*I-we*). A relação base a prevalecer é a primeira (eu-tu) porque “Avaliar e endossar são atividades que fazemos enquanto indivíduos e atribuímos uns aos outros, constituindo uma comunidade (“nós”)", e, ao tomar o modelo eu-nós como base estruturante, distorce-se a maneira pela qual status normativos (ou deônticos) são instituídos” (BRANDOM, 1994, p. 38).

O modelo eu-tu é de fundamental importância para a maneira pela qual Brandom apresenta seu modelo de contabilidade deôntica porque um contador deôntico mantém a contagem do placar deôntico a partir das atitudes de atribuir, adotar e reconhecer comprometimentos a si e aos outros contadores, e, sendo assim:

A objetividade das normas conceituais – a dimensão de correção na aplicação de conteúdos conceituais, avaliados a partir de como as coisas às quais eles são aplicados realmente são, ao invés de como eles são considerados ser – é aqui uma construção essencialmente *social*. A objetividade aparece como uma característica da estrutura

da intersubjetividade discursiva. Mas tradicionalmente a intersubjetividade tem sido compreendida do modo *eu-nós*, que foca no contraste entre os comprometimentos de um indivíduo e os comprometimentos da comunidade (coletivamente), ou aqueles compartilhados por *todos* os indivíduos (distributivamente). Na abordagem davidsoniana mais ampla oferecida aqui, por contraste, a intersubjetividade é compreendida na perspectiva *eu-tu*, que foca na relação entre comprometimentos *adotados* por um contador deôntico que interpreta os outros e os comprometimentos *atribuídos* por esse contador aos outros. (BRANDOM, 1994, p. 599. Destaques do original.)

A referência à Davidson se justifica justamente porque é de sua concepção de interpretação radical que Brandom extrai a estrutura eu-tu, o que pode ser visto a partir da construção davidsoniana em dois momentos. Primeiro, sua concepção de que o contexto da interpretação sempre exibirá uma diferença entre erros e acertos (DAVIDSON, 1984, p. 169). Em segundo, e de maneira mais relevante, a afirmação de que para que critérios de correção interpretativa possam ser estabelecidos é necessário a “existência de um sistema *interpessoal* de comunicação” que aponte para o erro quando for o caso (DAVIDSON, 1984, p. 170).

Por essa leitura, o principal problema do modelo eu-nós é que ele “equivocadamente postula a existência de uma perspectiva privilegiada – aquela do ‘nós’, ou comunidade”, um privilégio equivocado ao qual Brandom atribui o qualificativo de um “privilégio global” (BRANDOM, 1994, p. 599). Por outro lado, ao se adotar a intersubjetividade no modelo eu-tu, admite-se uma multiplicidade de perspectivas, e, dessa forma, pode-se falar no máximo em um “privilégio local” que “incorpora a distinção estrutural entre aplicações de conceitos objetivamente corretas e aplicações que são apenas consideradas corretas subjetivamente” (BRANDOM, 1994, p. 600). Para Brandom, o que está em jogo é um perspectivismo formal pelo qual tudo que se exige dos participantes, enquanto nível de acordo mínimo, é que eles compartilhem do fato de que “há uma diferença entre o que é objetivamente correto na aplicação conceitual e o que meramente é considerado correto”, não sendo necessário que eles compartilhem os mesmos conteúdos como ponto de partida; ou seja, as diferentes perspectivas precisam compartilhar a estrutura normativa da aplicação conceitual, não seu conteúdo (BRANDOM, 1994, p. 600).

A noção dworkiniana de interpretação protestante nada mais é do que a incorporação desse comprometimento com a estrutura eu-tu da intersubjetividade discursiva, para além da carga ética e moral atribuída por Dworkin. Há que se considerar que a comunidade jurídica possa estar equivocada em determinada interpretação, possibilidade esta que gera uma razão para que nós não adotemos a via da personificação denunciada por Brandom. Além disso, a interpretação protestante no direito torna explícita uma característica implícita no pragmatismo social e no inferencialismo semântico de Brandom: que o direito – ou práticas sociais

discursivas em sentido mais amplo – possuem um aspecto essencialmente contestatório e, por isso, possuem um ponto de vista crítico imanente. Para sustentar essa afirmação e dar robustez ao argumento pela interpretação protestante – constituindo, assim, mais uma razão pela qual devemos incorporá-la à leitura que Postema faz de Brandom nos temas fundamentais tratados neste capítulo e nessa dissertação –, proponho um paralelo com a proposta de Thomas Fossen (2014).

Segundo Fossen (2014, p. 371), há um desafio que atinge as abordagens pragmatistas como um todo: fornecer um ponto de vista para crítica, pois o comprometimento pragmatista com a primazia da prática gera um risco de um “positivismo ou convencionalismo social”, pois o pragmatista “é forçado a aceitar práticas existentes como autoritativas”. O autor sustenta que esse desafio atinge a teoria de Brandom em virtude do seguinte questionamento: de onde vem os status normativos básicos do modelo da contabilidade deôntica? (FOSSEN, 2014, p. 378). A problemática ganha corpo quando consideramos de que maneira a resposta seria articulada no pensamento brandomiano:

Por um lado, a direção da explanação para o pragmatista, Brandom nos diz repetidamente, é de uma abordagem sobre o que é tomar algo como verdadeiro, dotado de sentido ou correto – das atitudes para os status. Isso pode dar a impressão de um subjetivismo ou relativismo irrestritos, onde o que é verdadeiro ou o que conta como conhecimento é inteiramente dependente dos próprios sujeitos. Por outro lado, contudo, seu modelo de contabilidade deôntica invoca status normativos como básicos e irreduzíveis. Como podem os status normativos, por um lado, ser compreendidos como implícitos nas práticas, ou como Brandom também tende a colocá-los, como “instituídos” por essas práticas, e, ao mesmo tempo, ser genuinamente vinculantes, independentemente das reais atitudes dos participantes? (FOSSEN, 2014, p. 378-379)

Assim, o desafio residiria na dificuldade de manter a diferença entre as atitudes práticas de atribuir status deônticos e a instituição desses mesmos status deônticos “sem colapsar os status normativos nas atitudes práticas” (FOSSEN, 2014, p. 379). Há, portanto, uma possível circularidade na maneira pela qual Brandom concebe que atitudes instituem status normativos e esses são vinculantes e irreduzíveis às próprias atitudes.

O primeiro passo para responder ao desafio é a compreensão do perspectivismo social e do modelo eu-tu utilizado por Brandom tal como apresentados anteriormente. É preciso ter cuidado para não cair no subjetivismo radical (status normativos instituídos por atitudes individuais, logo não haveria possibilidade de avaliações individuais estarem erradas) e nem no erro da personificação da comunidade (pelo fato das atitudes da comunidade como um todo instituírem os status normativos, não haveria possibilidade de a avaliação comunal estar equivocada) (FOSSEN, 2014, p. 379-380). Nesse sentido, as diferenças de perspectiva entre os contadores deônticos – o fato de que cada um deles individualmente possui seu próprio

“repertório de comprometimentos” – demanda que cada participante seja capaz de “distinguir na prática a significação que uma expressão tem para seu próprio ponto de vista para o dos outros” (FOSSSEN, 2014, p. 380).

Dessa forma, na contabilidade deôntica os contadores não apenas demandam uns aos outros, mas também se fazem responsáveis por conseguirem falar “das mesmas coisas de diferentes pontos de vista” (FOSSSEN, 2014, p. 381-382). Nesse passo:

Adotar um comprometimento envolve a responsabilidade de fornecer razões para ele quando desafiado, e revisitar o repertório de comprometimentos se razões melhores forem colocadas. Cada participante, portanto, não apenas diferencia entre comprometimentos atribuídos aos outros e aqueles adotados por ele mesmo, mas também entre os comprometimentos que ele reconhece e quaisquer comprometimentos que seriam apropriados adotar. Essa distinção emerge em virtude do fato de que contar o placar é um engajamento entre uma multiplicidade de perspectivas. (FOSSSEN, 2014, p. 382)

Portanto, é precisamente o perspectivismo social que permite responder ao desafio inicialmente posto, i.e., acomodar a diferença entre status deônticos e atitudes práticas que os instituem, “sem colapsar um no outro” (FOSSSEN, 2014, p. 382).

A proposta de Fossen é a de compreender o modelo de contabilidade deôntica socio-perspectivado como uma prática “agonística”. Uma prática agonística, como sugerido aqui, remete à Grécia antiga, e significa uma prática social que envolve uma disputa, e, por isso, é essencialmente contestatória (FOSSSEN, 2014, p. 384). Práticas agonísticas, nesse sentido, são práticas sempre em aberto, onde não há perspectiva privilegiada nem palavra final, onde os praticantes disputam entre si, sendo possível contestar inclusive os critérios de excelência da própria prática (FOSSSEN, 2014, p. 384). Portanto, a pertinência de se ver as práticas discursivas e o modelo da contabilidade deôntica como agonísticos deve-se ao fato de que:

Na áгона, o que conta como excelência não é fixado antecipadamente, mas é também um objeto de contestação, determinado provisoriamente através do engajamento contínuo dos participantes. Da mesma forma, nas práticas discursivas, o que é verdadeiro, correto ou dotado de sentido não pode ser determinado antecipadamente à prática, nem pode ser identificado com qualquer avaliação individual sobre elas ou da comunidade como um todo. Ao invés disso, é uma função do engajamento, como avaliado de cada perspectiva. Esse ponto é refletido no destaque de Brandom, na citação acima, de que o status dos critérios para o que conta como verdadeiro ou apropriado está “sempre ele mesmo em questão”. Portanto esse aspecto agonal percorre todo o caminho e é irreduzível. (FOSSSEN, 2014, p. 384)

Nessa leitura, as práticas sociais discursivas e a relação entre atitudes normativas/status deônticos são práticas dinâmicas, não sendo possível apontar propriamente o início ou o começo delas de tal forma a marcar a instituição dos status normativos. Assim, o problema do desafio inicial é que ele parece demandar uma espécie de particularização, um apontamento de qual

atividade leva inicialmente à instituição dos status normativos. No entanto, “Não há, estritamente falando, nenhum ato de instituição; é *na* atividade da contabilidade deontica, ao invés de *por meio* dessa atividade, que status normativos são instituídos” (FOSSEN, 2014, p. 383).

A imagem de uma prática agonística remete, então, às disputas que alimentam tais status normativos. Há aqui uma visão de que a relação entre atitudes e status normativos, vista perspectivamente, “expressa uma tensão que está inerentemente em jogo” (FOSSEN, 2014, p. 384). Nesse ponto, Fossen sustenta que as práticas sociais são fundadas no desacordo, o que não é problemático porque são as diferentes perspectivas sociais que podem criar um acesso comum ao mundo. Pelo contrário, é justamente a interação social em uma comunidade de diferentes perspectivas que torna o erro inteligível, porque o contraste entre perspectivas acaba revelando que o que temos, de fato, são perspectivas diferentes na mesma prática social (FOSSEN, 2014, p. 384), por isso o desacordo é bem-vindo. Nas palavras de Brandom (1994, p. 485):

[...] O que é compartilhado pelo falante e pela audiência não é um *conteúdo*-como-função, mas uma *prática* de contabilidade deontica. Pois, o que está implícito pode ser explicitado de várias maneiras, nem sempre compatíveis. De cada ponto de vista doxástico sobre um ato de fala pode haver um conteúdo comum a quem adota um comprometimento e aos contadores deontico que atribuem o comprometimento, mas o que é considerado que está sendo compartilhado pode ser diferente dos pontos de vista de diferentes contadores. Assim, conteúdos inferenciais são essencialmente perspectivados – eles podem, em princípio, ser especificados apenas de um ponto de vista. O que é compartilhado é a capacidade de navegar e atravessar diferenças em pontos de vista, especificar *conteúdos* a partir de diferentes pontos de vista. (Destaque do original.)

No entanto, a noção de prática agonística aponta para o fato de que práticas sociais discursivas não são apenas um empreendimento interativo cooperativo no sentido descrito de ajustar pontos de vista, mas também práticas essencialmente contestatórias, no sentido de que “participantes tentam redimir suas próprias afirmações e convencer os outros a subscreverem seus próprios standards de verdade e adequação” (FOSSEN, 2014, p. 385). Fossen cita um trecho em que Brandom (2007, p. 668) compara as práticas discursivas a uma dança (poderíamos pensar na metáfora postemiana do jazz), onde os participantes compartilham do fato de estarem em uma dança (ou em uma tradição) mas realizam diferentes movimentos de diferentes perspectivas. Assim, o caráter contestatório no sentido defendido por Fossen implicará dizer que os dançarinos seguem um critério de excelência, mas esse critério também está aberto à disputa das diferentes perspectivas, sendo tensionado historicamente, e mudado ao longo do tempo, podendo-se pensar, por exemplo, em novos estilos de dança.

Parece-me que essa disputa e esse caráter contestatório levado à cabo pela integração de compromentimentos a partir de diferentes perspectivas sociais retêm um elemento próximo à hipótese estética dworkiniana. Se pensarmos em termos da prática jurídica e do estado de direito, o que estamos fazendo é disputando não só o que é uma proposição jurídica correta, mas quais são os melhores critérios de excelência, contestando a prática, nos fazendo responsáveis por ela e nos submetendo à autoridade recíproca socialmente reconhecida, como no modelo de *accountability* de Postema. A interpretação protestante, nessa dinâmica, reivindica exatamente isso: um tensionamento entre diferentes perspectivas. A partir da noção protestante, aliada à visão das práticas sociais agonísticas, pode-se compreender o que está por trás da proposta de Postema sobre a integridade.

Ao trabalhar a noção de integridade, Postema (1997, p. 828-829) reivindica que ela demanda uma “atitude autocrítica” de arrependimento. Nesse sentido:

Assim, quando a integridade nos exige determinar com o que nossa prática passada comum nos compromete agora e no futuro, nós devemos responsabilmente balancear o respeito pelo nosso passado com um arrependimento apropriado. *Nós não podemos simplesmente tomar como fixados nossos princípios e nossos ideais auto-enganosos e recusar a assumir responsabilidade pelas ações que falham em se conformar a eles; nem podemos simplesmente tomar as ações do passado como estabelecidas* – como expressões coerentes de princípios – e apenas perguntar a quais princípios essas ações servem. A integridade demanda que nós reconheçamos a possibilidade de hipocrisia nesses dois níveis e que nós ajamos em juízos sólidos em resposta a ela. (POSTEMA, 1997, p. 829. Destaques meus.)

Em comunidades políticas profundamente desiguais e marcadas por opressões estruturais – raça, gênero, classe, entre outras – como é o caso de Brasil e Estados Unidos, a atitude crítica do arrependimento torna-se uma exigência da integridade para com as minorias políticas, na visão de Postema. Vejamos o exemplo que ele dá do tensionamento e da disputa, por uma perspectiva social diferente e cujos compromentimentos nem sempre são reconhecidos (em alinhamento com a noção agonística que Fossen associa à leitura de Brandom), pela causa antirracista no contexto estadunidense ao citar o notável intelectual e militante Frederick Douglass:

Portanto, a integridade complexa nos força a criar espaço para o tipo de argumento profundamente entristecedor que Frederick Douglass fez em seu *Fourth of July Oration* de 1852. “O que eu, ou aqueles que eu represento, tenho a ver com sua independência nacional?”, ele perguntou. “A existência da escravidão nesse país marca seu republicanismo como uma vergonha, sua humanidade como uma base dissimulada, e sua cristandade como uma mentira...São os grandes princípios da liberdade política e da justiça natural, incorporados na Declaração da Independência, estendidos a nós?... Esse Quatro de Julho é de vocês, não meu. Vocês podem se alegrar, eu devo lamentar”. (POSTEMA, 1997, p. 830-831)

No trecho acima, temos um exemplo de uma perspectiva social diferente sobre a prática, tensionando, assim, a própria instituição de status deôntico; um ponto de vista diferente na maneira pela qual valores como o da liberdade política e do republicanismo estão inferencialmente articulados. Evidencia-se a constante disputa que Fossen descreve, e expressa-se exatamente o que Dworkin tem em mente quando sustenta uma atitude interpretativa protestante: uma reivindicação responsável sobre o direito, principalmente quando a comunidade aparenta estar equivocada.

É a partir desses desacordos e das diferentes perspectivas que podemos mudar os critérios de excelência, questioná-los ou demandar razões para eles. Dessa forma, a atitude básica no estado de direito postemiano, a de demandar fidelidade aos preceitos desse estado de direito, envolve também uma possibilidade crítica e contestatória desses próprios preceitos. A crítica à prática, contudo, não carece de um ponto de vista externo, situando-se, pelo contrário, dentro da prática.

Nesse ponto, é importante registrar que há um anti-arquimedeanismo também em Brandom, pois este reconhece que é possível um ponto de vista crítico da prática, mas que tal ponto de vista é interno. Assim, “mesmo as normas subjacentes às críticas das práticas passadas e atuais são internas à alguma prática existente”, o que evidencia o anti-arquimedeanismo de Brandom (MARCHETTONI, 2018, p. 224) e a afinidade de seu modelo com a construção sugerida até aqui (a saber, a construção de que há uma intercessão entre a interpretação protestante, a noção anti-convencionalista de prática agonística e a demanda de arrependimento imposta pela integridade).

Se a leitura de Fossen estiver correta, e se for possível atribuir ao pragmatismo e ao inferencialismo de Brandom esse caráter implicitamente contestatório a partir das diferentes perspectivas sociais que orientam as práticas discursivas – e, portanto, significativamente não-convencionalista –, então teremos uma boa razão para acomodar a noção de interpretação protestante para além dos argumentos já apresentados por Bustamante. Nesse sentido, a interpretação protestante é fundamental para que os participantes disputem suas perspectivas e tensionem a própria instituição de status normativos pelas atitudes normativas. Além disso, a interpretação protestante, vista à luz do elemento contestatório típico das práticas agonísticas, parece ser a atitude padrão para se demandar fidelidade ao estado de direito tal como concebido por Postema.

## CONCLUSÃO

Na mesma entrevista citada na introdução deste trabalho, Postema, ao explicar as peculiaridades do seu entendimento sobre o convencionalismo jurídico, chega a afirmar que a maneira pela qual ele concebe tanto o empreendimento da teoria do direito quanto sua própria obra é como uma espécie de trabalho permanentemente em construção, essencialmente aberto e incompleto (BUSTAMANTE; SERBENA; STAMILE, 2020, p. 312). É inevitável concordar com Postema nesse ponto. A atividade de pesquisa, sobretudo aquelas voltadas para o engajamento filosófico, são projetos colaborativos passíveis de tornar-se mais completos na medida em que um campo coletivo avança alguns poucos degraus nas infundáveis questões que o atravessam. Por essa visão, importa resgatar o pensamento de Sellars na epígrafe da presente dissertação: a filosofia é a mãe das hipóteses. Reinterpreto essa frase como uma representação da velha máxima acadêmica segundo a qual o principal papel da pesquisa é levantar mais dúvidas do que certezas, e a própria concepção de convencionalismo de Postema é fruto desse pensamento.

Nesse sentido, a conclusão deste trabalho é que Postema realizou um movimento coerente de alteração substantiva de seu convencionalismo ao longo dos anos. Tal coerência deve-se principalmente ao modo pelo qual o autor compreende a discursividade das práticas sociais e o raciocínio prático comum. Se a argumentação do último capítulo estiver correta, é possível indicar que Postema está comprometido com temas fundamentais do pensamento de Brandom, em um nível mais profundo do que aparenta. Isso fica evidenciado no tratamento de quatro temas que adquirem grande importância na teoria do direito de Postema: (1) o pensamento analógico como técnica paradigmática do raciocínio jurídico compreendido como raciocínio público e social; (2) a prática costumeira compreendida como prática essencialmente discursiva; (3) o caráter inferencialista da prática de *accountability* no estado de direito; (4) as dimensões interpretativas e contestatórias da agência plural socio-perspectivada.

Com foco nesses quatro eixos temáticos, tentou-se sustentar que a sugestão de expansão do modelo de racionalidade histórico-expressivo não apenas é compatível com o núcleo central da teoria do direito de Postema, mas necessário a ela. Se assim for, o ponto de conclusão dessa dissertação é indagar qual é o papel do convencionalismo nos fundamentos do direito e da prática jurídica, a partir do momento em que os compromissos com a teoria de Brandom tomam conta dos principais fortes da cidadela do quadro teórico de Postema.

A formulação original do convencionalismo de Postema, apesar de ter sido virtualmente abandonada, ainda capta algo de importante para o direito porque ela é o ponto de partida para

compreensão do contexto social interativo que torna possível a dinamicidade do direito. Esse aspecto vale a pena ser trabalhado na concepção de Hume e Lewis pela qual as convenções são experiências comuns a um determinado grupo social e, por isso, torna-se possível formular uma noção de saliência pública mais sofisticada do que o modelo típico de racionalidade da teoria dos jogos.

Se retermos essa dimensão do pensamento humeano e lewisiano, aliado à construção *common-lawyer* de um convencionalismo material construtivo, conectado com as práticas informais e alimentado pela primazia da noção de direito implícito, teremos que a dinâmica interativa e saliente do raciocínio social é capaz de focalizar determinados aspectos da prática jurídica. Se o direito for pensado à maneira do jogo de dar e pedir razões, é possível dizer que o raciocínio público comum e social, tal como construído por Postema, é compatível com as regras do jogo; afinal, o espaço lógico das razões é também um espaço social, no sentido de que são os participantes da prática que, em um importante sentido, administram o conteúdo das normas conceituais.

Entretanto, embora o raciocínio comum – pensado da perspectiva da primeira pessoa do plural – e o convencionalismo material apenas delimitem o jogo de razões no direito, mostrando quais aspectos são salientes nesse quadro, torna-se difícil sustentar que isso ainda é um convencionalismo no sentido mais relevante para a teoria do direito. O convencionalismo jurídico de Postema é associado, desde a origem, às estruturas do direito, i.e., às suas fundações. A partir do momento em que se tem que os aspectos fundamentais da teoria do direito de Postema são prioritariamente questão de comprometimentos normativos inferencialmente articulados, e não de convenções, não há, ao menos no sentido mais relevante da tese, um convencionalismo jurídico genuíno.

Nessa leitura, regras convencionais não poderiam estar na base da prática jurídica porque elas mesmas dependem de um domínio (pensado tanto em termos brandonianos quanto *common-lawyers*) das condições de correção das transições inferenciais de cada jogo de linguagem, que não apenas regulam as transições de saída (ação em conformidade com o que é de fato uma performance correta), mas habilitam a própria entrada no quadro prático dos agentes – apreensão do que é a performance correta.

Ao final, a metáfora da improvisação no jazz revela-se pertinente para demonstrar, a um só tempo, a sofisticação e a limitação do desenvolvimento de Postema sobre o convencionalismo jurídico e o raciocínio prático público. Por mais que a improvisação musical represente a temporalidade e historicidade da prática jurídica, bem como seu aspecto coletivo

(e coordenativo, pois afinal a improvisação musical requer alguma coordenação), o improvisado dentro de uma tradição não é uma questão de convenção; tampouco as saliências públicas são o fator que explica a normatividade. As saliências chamam atenção para um aspecto da normatividade, ou seja, elas podem ser um indicativo de fenômenos normativos, mas dependem de algo mais fundamental, da instituição de status deônticos, para serem vistas como normativas. Além disso, a partir do momento que se adquire consciência musical daquela tradição (ou consciência temporal), tem-se a possibilidade de um ponto de vista crítico e contestatório da própria tradição que dificilmente pode ser posto em termos fundamentalmente convencionalistas.

Portanto, sustento que Postema desenvolveu, com efeito, uma noção convencionalista muito melhor do que a versão originalmente formulada, e com abertura para uma noção mais completa de prática social do que as versões positivistas apresentadas nesse trabalho. Não obstante, ao manter alguns aspectos convencionalistas como fundamentais para o direito – como é feito no tratamento da prática dos costumes –, Postema parece querer manter-se filiado ao convencionalismo, o que cria uma dificuldade para os demais compromissos teóricos que lhes são caros. Entretanto, o ponto é que essa dificuldade pode ser evitada.

Se Postema levar os compromissos com o pragmatismo fundamental e com o inferencialismo semântico às últimas consequências, ele terá instrumentos para tornar sua obra (ainda) mais (parcialmente) completa. Mas isso vem com um custo, que é justamente a admissão de que noções convencionalistas podem, evidentemente, ser trabalhadas na teoria do direito, mas elas não são o começo da ordem explanatória, nem figuram no núcleo central do que está em jogo na prática jurídica. Pelo contrário, dependem de algo antecedente, nos termos postos acima e na completude deste trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIX, Brian. Protestant Interpretation, Conventions, and Legal Truth. In: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago (org.). **Philosophy of Law as an Integral Part of Philosophy: Essays on the Jurisprudence of Gerald J Postema**. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 147-156.

BRANDOM, Robert. **Making it explicit: reasoning, representing, and discursive commitment**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.

BRANDOM, Robert. **Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism**. 2.ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

BRANDOM, Robert. **Tales of the Mighty Dead: Historical Essays in the Metaphysics of Intentionality**. Londres: Harvard University Press, 2002.

BRANDOM, Robert. Inferentialism and Some of Its Challenges. **Philosophy and Phenomenological Research**, vol. 74, n. 3, p. 651-676, mai. 2007.

BRANDOM, Robert. **Reason in Philosophy: Animating ideas**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

BRANDOM, Robert. **Perspectives on pragmatism: classical, recent, and contemporary**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

BRANDOM, Robert. **A Spirit of Trust: A Reading of Hegel's Phenomenology**. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

BRATMAN, Michael. **Intention, plans, and practical reason**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.

BROWN, Charlotte. Is the General Point of View the Moral Point of View?. **Philosophy and Phenomenological Research**, vol. LXII, n. 1, p. 197-203, jan. 2001.

BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e os fundamentos da comunidade política. In: BUSTAMANTE, Thomas; COELHO, André; MATOS, Saulo de (org.). **Interpretando o Império do Direito: Ensaio críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 115-136.

BUSTAMANTE, Thomas. Revisiting the Idea of Protestant Interpretation: Towards Reconciliation between Dworkin and Postema. In: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago (org.). **Philosophy of Law as an Integral Part of Philosophy: Essays on the Jurisprudence of Gerald J Postema**. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 113-139.

BUSTAMANTE, Thomas. Is Protestant Interpretation an Acceptable Attitude Toward Normative Social Practices? An Analysis of Dworkin and Postema. **The American Journal of Jurisprudence**, vol. 66, n. 1, p. 1-25, mai. 2021a.

BUSTAMANTE, Thomas. Precedent in the Common Law World. In: SELLERS, Mortimer; KIRSTE, Stephan (org.). **Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy**. Formato eletrônico. [S.l.]: Springer, 2021b. p. 1-4.

BUSTAMANTE, Thomas; SERBENA, César; STAMILE, Natalina. Interview with Professor Gerald Postema. In: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago (org.). **Philosophy of Law as an Integral Part of Philosophy: Essays on the Jurisprudence of Gerald J Postema**. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 301-318.

CHRISTIANO, Thomas; SCIARAFFA, Stefan. Legal Positivism and the nature of legal obligation. **Law and Philosophy**, 22, p. 487-512, 2003.

COLEMAN, Jules. Negative and Positive Positivism. **The Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 1, p. 139-164, jan. 1982.

COLEMAN, Jules. On the Relationship Between Law and Morality. **Ratio Juris**, v. 2, n. 1, p. 66-78, mar. 1989.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, v. 4, n. 4, p. 381-425, dez. 1998.

DAVIDSON, Donald. **Inquiries into Truth and Interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 1984.

DECAT, Thiago. **Racionalidade, valor e teorias do Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2015.

DECAT, Thiago. Some Inferentialist Remarks on Postema's Conception of Analogical Thinking in Law. In: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago (org.). **Philosophy of Law as an Integral Part of Philosophy: Essays on the Jurisprudence of Gerald J Postema**. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 159-190.

DICKSON, Julie. Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 27, n. 3, p. 373-402, fev. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, MA: Belknap, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

FOSSEN, Thomas. Politicizing Brandom's Pragmatism: Normativity and the Agonal Character of Social Practice. **European Journal of Philosophy**, vol. 22, n. 3, p. 371-395, set. 2014.

FULLER, Lon. **Anatomia del Derecho**. Trad. Luis Castro. Venezuela: Editorial Arte, 1969a.

FULLER, Lon. Human Interaction and the Law. **The American Journal of Jurisprudence**, vol. 14, n. 1, p. 1-36, jan. 1969b.

GIBBARD, Allan. **Wise choices, apt feelings: A Theory of Normative Judgment**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

GILBERT, Margaret. **On Social Facts**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992.

GREEN, Leslie. **The Authority of the State**. Nova York: Oxford University Press, 1988.

GREEN, Leslie. Positivism and Conventionalism. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. XII, n. 1, p. 35-52, jan. 1999.

HAACK, Susan. Not Cynicism, but Synechism: Lessons from Classical Pragmatism. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**, v. 41, n. 2, p. 239-253, 2005.

HARRISON, Jonathan. **Hume's Theory of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1981.

HART, H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958.

HART, H. L. A. **Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1982.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3ªed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HEGEL, G. W. F. **Phenomenology of Spirit**. Trad. A. V. Miller. Nova York: Oxford University Press, 1977.

HEGEL, G. W. F. **The Philosophy of History**. Trad. J. Sibree. Kitchener, ON: Batoche Books, 2001.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. 1888. Reimpressão. Londres: Oxford University Press, 1960.

HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Tradução: José Oscar de Almeida Marques. 2ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

KLATT, Matthias. **Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation**. Portland, OR: Hart Publishing, 2008.

LEVINE, Steven. **Pragmatism, Objectivity, and Experience**. Cambridge, RU: Cambridge University Press, 2019.

LEWIS, David. **Convention: A Philosophical Study**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1969.

LUBAN, David. Time-Mindedness and Jurisprudence. **Virginia Law Review**, 101, n. 4, p. 903-917, jun. 2015.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema da Crítica Conceitual. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 128-155, jul/dez. 2015.

MARCHETTONI, Leonardo. Brandom on Norms and Objectivity. **Critical Horizons**, v. 3, n. 19, p. 215-232, 2018.

MARMOR, Andrei. **Positive Law and Objective Values**. Nova York: Oxford University Press, 2001.

MARMOR, Andrei. **Social Conventions: from language to law**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

MARTIN, Margaret. **Judging Positivism**. Portland, OR: Hart Publishing, 2014.

MATOS, Saulo de. Convencionalismo e o valor fundamental da proteção de expectativas. In: BUSTAMANTE, Thomas; COELHO, André; MATOS, Saulo de (org.). **Interpretando o Império do Direito: Ensaio críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 75-94.

MILLER, Alexander. **Filosofia da Linguagem**. Trad. Evandro Luis Gomes, Christian Marcel de Amorim, Perret Gentil Dit Maillard. 2.ed. São Paulo: Paulus, 2010.

PIPPIN, Robert. Brandom's Hegel. **European Journal of Philosophy**, 13:3, p. 381-408, 2005.

POSNER, Richard. **The problems of jurisprudence**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.

POSTEMA, Gerald. Bentham and Dworkin on Positivism and Adjudication. **Social Theory and Practice**, v. 5, n.3-4, p. 347-376, 1980.

POSTEMA, Gerald. Coordination and Convention at the Foundations of Law. **The Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 1, p. 165-203, jan. 1982.

POSTEMA, Gerald. "Protestant" Interpretation and Social Practices. **Law and Philosophy**, 6, p. 283-319, 1987a.

POSTEMA, Gerald. The Normativity of Law. In: GAVISON, Ruth (org.). **Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart**. Nova York: Oxford University Press, 1987b. p. 81-104.

POSTEMA, Gerald. Implicit Law. **Law and Philosophy**, v. 13, p. 361-387, 1994.

POSTEMA, Gerald. Morality in the First-Person Plural. **Law and Philosophy**, n. 14, p. 35-64, fev. 1995a.

POSTEMA, Gerald. Public Practical Reason: An Archeology. **Social Philosophy and Policy**, v. 12, n. 1, p. 43-86, 1995b.

POSTEMA, Gerald. Public Practical Reason: Political Practice. **Nomos**, v. 37, Theory and Practice, p. 345-385, 1995c.

POSTEMA, Gerald. Law's Autonomy and Public Practical Reason. In: GEORGE, Robert (org.). **The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism**. Londres: Oxford University Press, 1996. p. 79-118.

POSTEMA, Gerald. Integrity: Justice in Workclothes. **Iowa Law Review**, v. 82, p. 821-855, 1997.

POSTEMA, Gerald. Conventions at the foundations of law. In: NEWMAN, Peter (org.). **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**. Vol. 1. Nova York: Palgrave Macmillan, 1998a. p. 465-472.

POSTEMA, Gerald. Jurisprudence as Practical Philosophy. **Legal Theory**, v. 4, n. 3, p. 329-357, set. 1998b.

POSTEMA, Gerald. Norms, Reasons, and Law. **Current Legal Problems**, v. 51, n. 1, p. 149-179, dez. 1998c.

POSTEMA, Gerald. Melody and Law's Mindfulness of Time. **Ratio Juris**, v. 17, n. 2, p. 203-226, jun. 2004a.

POSTEMA, Gerald. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (org.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004b. Formato eletrônico. p. 1-24.

POSTEMA, Gerald. Whence avidity? Hume's psychology and the origins of justice. **Synthese**, 152, p. 371-391, set. 2006.

POSTEMA, Gerald. A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law. In: EDLIN, Douglas (org.). **Common Law Theory**. Nova York: Cambridge University Press, 2007a. p. 102-133.

POSTEMA, Gerald. Custom in international law: a normative practice account. In: PERREAU-SAUSSINE, Amanda; MURPHY, James (org.). **The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives**. Nova York: Cambridge University Press, 2007b. p. 279-306.

POSTEMA, Gerald. Conformity, Custom, and Congruence: Rethinking the Efficacy of Law. In: KRAMER, Matthew; GRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony (org.). **The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy**. Nova York: Oxford University Press, 2008a. p. 45-65.

POSTEMA, Gerald. Salience Reasoning. **Topoi**, v. 27, n. 1, p. 41-55, jun. 2008b.

POSTEMA, Gerald. Positivism and the Separation of Realists from their Skepticism: Normative Guidance, the Rule of Law and Legal Reasoning. In: CANE, Peter (org.). **The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century**. Oxford: Hart Publishing, 2010. p. 259-279.

POSTEMA, Gerald. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**. Nova York: Springer, 2011, v. 11.

POSTEMA, Gerald. Custom, Normative Practice, and the Law. **Duke Law Journal**, 62, p. 707-738, 2012.

POSTEMA, Gerald. Fidelity in Law's Commonwealth. In: AUSTIN, Lisa; KLIMCHUCK, Dennis (org.). **Private Law and the Rule of Law**. Nova York: Oxford University Press, 2014. p. 17-40.

POSTEMA, Gerald. Jurisprudence, the sociable Science. **Virginia Law Review**, v. 101, n. 4, p. 869-901, jun. 2015.

POSTEMA, Gerald. **Bentham and the Common Law Tradition**. 2.ed. Nova York: Oxford University Press, 2019.

RADCLIFFE, Elizabeth. **Hume on the Nature of Morality**. Formato eletrônico. Cambridge University Press, 2022.

RAZ, Joseph. **From Normativity to Responsibility**. Nova York: Oxford University Press, 2011.

RESCORLA, Michael. Convention. In: ZALTA, Edward (org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/convention/>. Acesso em jan. 2022.

SELLARS, Wilfrid. **Science and Metaphysics: Variations on Kantian Themes**. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1968.

SELLARS, Wilfrid. Inference and Meaning. In: SICHA, Jeffrey (org.). **Pure Pragmatics and Possible Worlds: The Early Essays of Wilfrid Sellars**. Atascadero, CA: Ridgeview Publishing Company, 2005. p. 329-354.

SELLARS, Wilfrid. **Empirismo e filosofia da mente**. Trad. Sofia Inês Albornoz Stein. Petrópolis: Vozes, 2008.

SHAPIRO, Scott. Law, Morality, and the guidance of conduct. **Legal Theory**, 6, p. 127-170, 2000.

SHECAIRA, Fábio. Postema on Analogies in Law. In: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago (org.). **Philosophy of Law as an Integral Part of Philosophy: Essays on the Jurisprudence of Gerald J Postema**. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 181-190.

SOUTHWOOD, Nicholas. Laws as Conventional Norms. In: PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott; TOH, Kevin (org.). **Dimensions of normativity: new essays on metaethics and jurisprudence**. Nova York: Oxford University Press, 2019. p. 23-44.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. Nova York: Oxford University Press, 1996.

WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. 2<sup>a</sup>ed. Nova York: Routledge, 2006.

WILLIAMSON, Oliver. Opportunism and its critics. **Managerial and Decision Economics**, v. 14, p. 97-107, 1993.

YONG, Peter. **Hegel and the Given: A Phenomenological Interpretation of Hegel's Philosophy**. 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade da Califórnia, San Diego, 2016.

ZARDKOOHI, Asghar; HARRISON, Joseph; JOSEFY, Mathew. Conflict and Confluence: The Multidimensionality of Opportunism in Principal-Agent Relationships. **Journal of Business Ethics**, 146, p. 405-417, 2017.