ERIC RIBEIRO PICCELLI

NOVOS PLANOS, VELHOS PROBLEMAS

O POSITIVISMO JURÍDICO DE SCOTT SHAPIRO

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior

VERSÃO CORRIGIDA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2018

ERIC RIBEIRO PICCELLI

NOVOS PLANOS, VELHOS PROBLEMAS

O POSITIVISMO JURÍDICO DE SCOTT SHAPIRO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração denominada Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Professor Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior.

VERSÃO CORRIGIDA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2018

Catalogação da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Piccelli, Eric Ribeiro
Novos Planos, Velhos Problemas: o positivismo jurídico de Scott Shapiro / Eric Ribeiro Piccelli ; orientador Ronaldo Porto Macedo Junior – São Paulo, 2018.
148 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018

1. Positivismo Jurídico. 2. Direito como Planificação. 3. Tese da Separação. 4. Normatividade. 5. Desacordos Teóricos. I. Porto Macedo Junior, Ronaldo, orient. II. Título.

Nome: PICCELLI, Eric Ribeiro

Título: Novos planos, velhos problemas: o positivismo jurídico de Scott Shapiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

AGRADECIMENTOS

Sou profundamente grato ao Professor Ronaldo Porto Macedo Junior pela oportunidade que me deu de receber sua orientação e de participar do Programa de Pós-Graduação em Direito da FADUSP. Antes desta jornada eu o admirava apenas por suas brilhantes credenciais acadêmicas; depois dela vi essa admiração ser eternamente qualificada por suas ainda mais brilhantes credenciais humanas.

Agradeço aos Professores Thomas da Rosa de Bustamante e Rafael Mafei Rabelo Queiroz, tanto pelas excelentes contribuições que me deram ao participarem de meu exame de qualificação quanto pela honra que me concederam ao comporem a banca perante a qual apresentei minha defesa; à Profa. Clarissa Piterman Gross, por aceitar ser integrante daquele mesmo colegiado, abrilhantado por sua presença e por seus lúcidos e profundos comentários; ao Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, pela enriquecedora convivência durante o seminário de Hermenêutica e Razão Prática, a qual me trouxe dividendos acadêmicos e humanos que ainda não terminei de colher; ao Prof. Leonardo Gomes Penteado Rosa, pela longa conversa às vésperas de minha qualificação e pela gentileza com que me ajudou naquele momento tão importante e de tantas dúvidas; ao Prof. Pablo Antonio Lago, pelas observações que muito me esclareceram e pela assistência quando foi necessário requerer a prorrogação do prazo de que eu dispunha para depositar este trabalho; aos colegas de curso e de monitorias, bem como a Daniel Peixoto Murata, Octavio Sampaio de Moura Azevedo e aos demais orientandos do Prof. Ronaldo, cujas contribuições são muito numerosas para citar aqui; aos servidores e ex-servidores da Secretaria da Pós-Graduação da FADUSP com quem tive contato no decorrer dos últimos quatro anos, especialmente a Dona Maria de Fátima Silva Cortinhal, que gentilmente me socorreu diante de uma grande dificuldade logística, viabilizando a realização de meu exame de qualificação, a Mario Paulino, pelas iluminadoras observações feitas quando do protocolo de meu primeiro projeto de pesquisa, e a Alexandre de Alencar Banho, pela diligência no atendimento de requerimentos e disponibilidade na resolução de dúvidas; a Alexandra Elbakyan, pela incansável e custosa defesa da ideia de que o conhecimento deve ser livremente difundido e compartilhado.

Agradeço a André Boiani e Azevedo pela amizade, pelo incentivo e pela complacência ao longo dos últimos anos, esperando um dia atingir o mesmo patamar de seriedade, de dedicação e de capacidade intelectual de que ele tem sido um exemplo diário; a Lucas Ribeiro do Prado, pela amizade, pelo infindável bom humor, e pela paciência com a qual encarou minha entrega à pesquisa; a Solange Maria Poço Tsuha e a Givaldo Galdino de Souza, cuja ajuda cotidiana tornou tudo mais factível.

Agradeço a Leandro Augusto Rodrigues pelo incentivo e pelo auxílio durante o processo seletivo para o Programa de Mestrado; a Anderson Navarro, Paulo Levi Pereira da Silva e Thiago Brandão pela amizade verdadeira de sempre, cujo valor não pode ser expresso em palavras; a Celso Prado e a Marcos Augusto Maranhão pela compreensão nos períodos em que minha ausência foi necessária; aos diversos amigos e irmãos que me animaram a chegar ao fim deste trajeto mesmo sem entenderem bem o que ele significava.

Agradeço à minha família pelo amor e pela paciência infindáveis que tem me dispensado; a Luciana, amor e inspiração da minha vida, por ser o meu porto seguro de todos os dias, por não medir sacrifícios para me ajudar desde o primeiro segundo da caminhada, e por me despertar para a atividade acadêmica; a Juliana, meu tesouro, por fazer todos os meus dias felizes e tornar todo e qualquer esforço digno de ser posto em prática; aos meus pais, pela vida, pela formação, pelo exemplo, pelo sangue nas veias, pelo sentimento no coração e pela esperança na alma; a Bruna, que mesmo à distância me apoiou em tudo e se alegrou comigo; aos meus sogros, pelo acolhimento carinhoso e pela alegria que me dão ao me tratarem e amarem como filho; ao tio Carlos e à tia Júlia, que de tantas vitórias participaram, e que por isso vencem comigo; e a Paulo Sérgio Ribeiro Sobrinho, cujas conquistas comemoro mais do que as minhas próprias, pelo constante contato, pelo crescimento conjunto e pelos frequentes debates (também) acadêmicos.

Acima de tudo agradeço a Deus, diante de quem sou um devedor eterno.

Para Luciana e Juliana.

A man said to the universe:
"Sir, I exist!"
"However," replied the universe,
"The fact has not created in me
A sense of obligation."
Stephen Crane

RESUMO

PICCELLI, Eric Ribeiro. Novos planos, velhos problemas. O positivismo jurídico de Scott Shapiro. 148 f.. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Desde a publicação de Legality a teoria do direito de Scott Shapiro tem estado no centro do debate contemporâneo em filosofia do direito. Essa teoria é construída em redor das afirmações de que (1) normas jurídicas são planos e de que (2) a atividade jurídica é uma atividade de planejamento. Neste trabalho tento avaliar criticamente a sua obra, usando a ideia de separação entre direito e moral, também conhecida como tese da separação, como minha lente conceitual. Exploro as consequências da aliança de Shapiro a essa ideia em dois níveis teóricos diferentes. O primeiro é o da fundação do direito, enquanto o segundo é o da prática jurídica. Com relação ao primeiro sustento que a aposta de Shapiro na particular concepção de racionalidade defendida por Michael Bratman não o aparelha com as ferramentas filosóficas de que ele necessita para explicar adequadamente a normatividade do direito. Observo que o dilema que ele procura solucionar é de ordem moral, e como tal só pode ser superado por deliberação moral – deliberação de tipo incompatível com a noção de que o direito e a moral constituem-se em dois domínios normativos separados. Essa particular afirmação descarta o convencionalismo como teoria sólida da normatividade do direito, mesmo em sua sofisticada forma shapiriana. Já quanto ao segundo postulo que uma boa teoria do direito deve explicar os fenômenos que Ronald Dworkin chamou de desacordos teóricos, e que o positivismo de Shapiro, a despeito de sua sofisticação, não pode fazê-lo precisamente em função de sua insistência na tese da separação. Concluo que a única maneira de salvar a teoria de Shapiro é modificando seus compromissos fundamentais de maneira a transformá-la em uma instância de positivismo normativo.

Palavras-chave: Scott Shapiro; positivismo jurídico; teoria do direito como planificação; tese da separação; Michael Bratman; planejamento; convencionalismo; normatividade; desacordos teóricos; Ronald Dworkin; positivismo normativo.

ABSTRACT

PICCELLI, Eric Ribeiro. New plans, old problems. The legal positivism of Scott Shapiro. 148 p. Master Degree. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

Since the publishing of Legality, Scott Shapiro's theory of law has been at the center of current jurisprudential debates. That theory is constructed around the claims that (1) laws are plans and that (2) legal activity is an activity of social planning. In this work I try to assess his oeuvre critically, using the idea of separation between law and morality, also known as separation thesis, as my conceptual lens. I explore the consequences of Shapiro's allegiance to that idea in two different theoretical levels. The first one is that of the foundations of law, while the second is that of legal practice. With regards to the first, I contend that Shapiro's reliance on the particular conception of rationality that goes along with planning, and that is defended by Michael Bratman, does not provide him with the philosophical tools he needs to give an adequate account of law's normativity. I point out that the puzzle he aims to solve is a moral one, and as such can only be solved through moral reasoning – reasoning of a kind that is not compatible with the notion that law and morality constitute two separate normative domains. That particular contention rules out conventionalism as a sound theory of law's normativity, even in its sophisticated Shapirian form. As for the second, I argue that a good theory of law must explain the phenomena dubbed by Ronald Dworkin as theoretical disagreements, and that Shapiro's positivism, in spite of its sophistication, cannot do that precisely because of its insistence on the separation thesis. I conclude that the only way to salvage Shapiro's theory is by amending its core commitments in order to transform it in an instance of normative positivism.

Keywords: Scott Shapiro; legal positivism; planning theory of law; separation thesis; Michael Bratman; planning; conventionalism; normativity; theoretical disagreements; Ronald Dworkin; normative positivism.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO 17
1. Por que levar Shapiro a sério? 18
2. O plano a ser seguido 29

II. A TEORIA DO DIREITO COMO PLANIFICAÇÃO 37
1. O homem que planeja 38
2. O direito como atividade de planejamento 44

III. ERROS DE HART, SOLUÇÕES DE SHAPIRO 58
1. Erros de Hart 60
2. A solução de Shapiro para o Dilema da Possibilidade 62
3. A solução de Shapiro para o Desafio de Hume 72

IV. O PLANO-MESTRE DE SHAPIRO E O CONVENCIONALISMO 75
1. Regra de reconhecimento, razões e convenções 77
2. O Dilema da Possibilidade como uma questão moral 79
3. A morte e a morte da tese da separação 82

V. A PRÁTICA DOS PLANOS E OS DESACORDOS TEÓRICOS 95
1. Introdução à natureza do argumento 96
2. Dworkin e o argumento dos desacordos teóricos 100
3. A explicação de Shapiro 109
4. A persistência do problema 121

VI. CONCLUSÃO 129

VII. REFERÊNCIAS 136

I. INTRODUÇÃO

Your absence has gone through me
Like thread through a needle.
Everything I do is stitched with its color.[1]

Em *Legality*[2], sua principal obra filosófica, Scott J. Shapiro defende uma nova vertente de positivismo jurídico exclusivista. Sua peculiar teoria parte da concepção de que o homem é um agente planejador e afirma (1) que o direito é um sofisticado instrumento de planejamento social, (2) que as normas jurídicas são planos, e (3) que a determinação da existência e do conteúdo do direito depende apenas da análise sociológica dos fatos relevantes, sem que a moral participe dessa operação. Ele também articula particulares soluções para os problemas centrais da filosofia do direito, todas de algum modo dependentes da, ou vinculadas à, tese da separação entre o direito e a moral.

Nesta dissertação identifico dois níveis em que a tese da separação pode ser situada no empreendimento teórico de Shapiro, notadamente (1) o da fundação do direito e (2) o da prática jurídica, e em seguida discuto seu novo positivismo em ambos esses contextos.

No primeiro descrevo como o autor tenta resolver o problema da *autoridade* (ou da *normatividade*) do direito, relativamente aos oficiais do sistema jurídico, reconstruindo a regra de reconhecimento de H. L. A. Hart, abandonando a ideia hartiana de ponto de vista interno e apresentando um novo tipo de convencionalismo fundado na racionalidade instrumental do planejamento. Afirmo que sua teoria não é defensável porque não se mostra capaz de explicar, sem apelo à moral, como o direito confere razões para agir a esses oficiais.

Já no segundo mostro como Shapiro procura elucidar o fenômeno dos *desacordos teóricos*, apontados por Ronald Dworkin como um traço central de nossas práticas jurídicas, com a assertiva de que eles se referem a metodologias interpretativas que podem ser determinadas apenas por fatos sociais, novamente sem demandar ou comportar deliberação moral. Sustento que sua solução não se harmoniza com a racionalidade dos juízes porque estes, ao decidirem a partir de razões jurídicas referidas a valores morais, e não apenas ao direito positivado, demonstram que não estão comprometidos com a lógica dos planos.

---

[1] MERWIN, W. S. *The second four books of poems* .Port Townsend, WA: Copper Canyon Press, 1993, p. 15.
[2] SHAPIRO, Scott. *Legality*. London/Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Minha conclusão é a de que é mal sucedida a tentativa de salvar a tese da separação, e com ela o positivismo jurídico de corte analítico, a partir do recurso aos planos e à racionalidade do planejamento – o que acaba por evidenciar que devemos abandonar a insistência dos positivistas em seus termos.

Nas seções seguintes, a título de introdução, expando essa descrição e relato em maiores detalhes o que farei neste trabalho e como desenvolverei a discussão aqui sumarizada. Antes disso esclareço por quais motivos considero que a obra de Shapiro merece ser estudada e discutida.

1. Por que levar Shapiro a sério?

Scott J. Shapiro leciona na *Yale University*. Ele é um positivista exclusivista e nessa condição tem participado ativamente das recentes discussões concernentes à filosofia do direito de tradição Anglo-Saxã. Em especial, e apesar de entender que a disciplina deve se expandir para além dessa espécie de preocupação[3], ele tem dado contribuições relevantes para a compreensão das questões inicialmente suscitadas naquele que ficou conhecido como o debate Hart-Dworkin.

Após publicar alguns artigos que tratavam dos pontos centrais[4] e da própria natureza desse debate – que ele procurou apresentar de modo sucinto àqueles não iniciados em seus mais importantes temas, destacando que o principal foco da discórdia, em sua visão, estava em saber se fatos morais determinam ou não a existência e o conteúdo do direito[5] –, Shapiro ofereceu à comunidade jurídica sua particular teoria do direito, exposta no livro *Legality*.

---

[3] PLUNKETT, David, SHAPIRO, Scott. Law, morality, and everything else: general jurisprudence as a branch of metanormative inquiry. *Ethics*, 128, October 2017, pp. 37-68.

[4] SHAPIRO, Scott. On Hart's way out. *Legal Theory*. Volume 4, Issue 4, December 1998, pp. 469-507. SHAPIRO, Scott. Was inclusive legal positivism found on a mistake? *Ratio Juris*, Volume 22, Number 3, September 1999, pp. 326-338; SHAPIRO, Scott. Authority. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 383-439; SHAPIRO, Scott. What is the internal point of view? *Fordham Law Review*, Volume 75, Issue 3, 2006, pp. 1157-1170; SHAPIRO, Scott. What is the rule of recognition (and does it exist)? In: ADLER, Matthew D., HIMMA, Kenneth Einar (editors). *The rule of recognition and the U.S. Constitution.* Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 235-268.

[5] SHAPIRO, Scott. The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (editor). *Ronald Dworkin*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55. É importante observar que essa caracterização do debate, e que a própria existência de um debate entre Hart e Dworkin, não são objeto de consenso. Para uma visão panorâmica dessa polêmica, ver STRAVOPOULOS, Nicos. The debate that never was. *Harvard Law Review*, Vol. 130, 2017, pp. 2082-2095.

A obra despertou a atenção de diversos autores da filosofia do direito contemporânea[6]. Numerosos artigos foram produzidos sobre o livro, que foi rapidamente traduzido ao Espanhol[7] e ao Chinês[8], e que deu ensejo à edição de um volume dedicado a

---

[6] ALEXY, Robert. Scott J. Shapiro between Positivism and Non-Positivism. *Jurisprudence*, 7:2, 2016, pp. 299-306; BAER, Judith. Legality, by Scott J. Shapiro. *Political Science Quarterly*. Vol. 126, Issue 4, Winter 2011, pp. 696-697; BIX, Brian. Legality, by Scott J. Shapiro. *Ethics*, Volume 122, Number 2, January 2012, pp. 444-448; BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans: a critical view of Scott Shapiro's Planning Theory of Law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 37, 2012a, pp. 219-250; BUSTAMANTE, Thomas. Book reviews. Legality, by Scott Shapiro. *Legal Studies*, Vol. 32, No. 3, September 2012, pp. 499-522; CELANO, Bruno. Law, plans and practical rationality. *Diritto & Questioni Pubbliche*. N. 12, 2012b, pp. 211-254; CROCKER, Lawrence. The power of positive planning. *Analysis Reviews*. Vol. 72, No. 3, July 2012, pp. 541-551; CROCKER, Thomas P. Whom should you trust? Plans, pragmatism, and legality. *Tulsa Law Review*. Vol. 47, 2011, pp. 205-217; DUKE, George. The planning theory and natural law. *Law and Philosophy*: pp. 1-28. Published Online: 14 July 2014. Disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10982-014-9213-x>. Acesso em 15/11/2014; DYZENHAUS, David. Legality without the rule of law? Scot Shapiro on wicked legal systems. Critical notice: Legality, by Scott Shapiro. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XXV. No. 1. January 2012, pp. 183-200. EDMUNDSON, William. Shmegality. Georgia State University College of Law. Legal Studies Research Paper No. 2012-02. 2011. *Social Science Research Network*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1835746>. Acesso em 05/05/2014; FARRELL, Ian P. On the value of jurisprudence. Legality, by Scott J. Shapiro. *Texas Law Review*. Vol. 90, 2011, pp. 187-224; GARDNER, John; MACKLEM, Timothy. Scott J. Shapiro. Legality. *Notre Dame Philosophical Reviews*. 2011. Disponível em <http://ndpr.nd.edu/news/27609-legality/>. Acesso em 27/03/2014; GREEN, Michael S. On Hart's category mistake. *Legal Theory*. Vol. 19, 2013, pp. 347-369; GUEST, Stephen. GLOP, The moral aim of the law and trusting judges. *Analysis Reviews*, Vol. 72, Number 3, July 2012, pp. 552-563. HERSHOVITZ, Scott. The model of plans and the prospects for positivism. Public Law and Legal Theory Research Series. Paper no. 354. September 2013. *Social Science Research Network*. Disponível em < http://ssrn.com/abstract=2322457>, Acesso em 16/09/2014; MURPHY, Mark C. Book review. Legality, by Scott J. Shapiro. *Law and Philosophy*, Number 30, 2011, pp. 369-375; MURPHY, Mark C. No more fresh starts. *Analysis Reviews*. Vol. 72, No. 3, 2012, pp. 563-573; PULIDO, Carlos Bernal. Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em uma prática social. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. No. 307, Julho/Dezembro de 2013, pp. 43-98; RIPSTEIN, Arthur. Self-certification and the moral aims of the law. Critical notice: Legality, by Scott Shapiro. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXV, No. 1, January 2012, pp. 201-2017; RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. The moral puzzle of legal authority. A commentary on Shapiro's Planning Theory of Law. In: BERTEA, Stefano; PAVLAKOS, George (editors). *New essays on the normativity of law*. Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 86-106; ROSATI, Connie S. Normativity and the Planning Theory of Law. *Jurisprudence*, 7:2, 2016, pp. 307-324; SCHAUER, Frederick. The best laid plans. Legality, by Scott J. Shapiro. *The Yale Law Journal*. No. 120, 2010, pp. 586-621; SIMMONDS, Nigel E. The logic of planning and the aim of the law. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 62, No. 2, Spring 2012, pp. 255-276; YAFFE, Gideon. Book review: Legality. *Philosophical Review*, Vol. 121, No. 3, 2012, pp. 451-474; WALDRON, Jeremy. Planning for legality. *Michigan Law Review*. Vol. 109, April 2011, pp. 883-902. Também no Brasil a obra foi abordada em diversos trabalhos relevantes, cf. BUSTAMANTE, Thomas; CUNHA, Mirlir. Muito além do plano: objeções à visão de direito de Scott Shapiro. 2013. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8386fa112ba70c3f>, Acesso em 20/04/2014; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O direito em desacordo*. O debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico. 2013. 247 f. Tese (Concurso de Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013a; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*. São Paulo: Saraiva, 2013b; NEIVA, Horário Lopes Mousinho. Teoria do direito e análise conceitual: uma crítica à metodologia de Scott J. Shapiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 65, jul./dez. 2014, pp. 261-284; TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade*: introdução à teoria analítica do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[7] SHAPIRO, Scott. *Legalidad*. Traducción de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, 2014.

[8] SHAPIRO, Scott. *合法性*. China: China Legal Publishing House, 2016.

discuti-lo[9]. Os editores do periódico *Analysis Reviews* também se preocuparam em promover um simpósio[10] para discussão de *Legality*, do qual o próprio Shapiro tomou parte, primeiro apresentando os aspectos principais de sua obra, e depois respondendo a alguns de seus críticos.

Por que tanto interesse em Shapiro, afinal? Ele não seria apenas mais um dentre os inúmeros *comentadores* das obras de Hart e Dworkin – e um dos mais *inexpressivos* dentre eles, dada sua entrada tardia na discussão que toma por ponto de partida as teorias desses dois autores, e que foi iniciada no final da década de 1960?

Um primeiro mérito de *Legality* é o de ter sido elaborado como uma obra clara e didática em que as questões fulcrais da filosofia do direito do presente são abordadas de forma sistemática e precisa. Ao expor seu positivismo dos planos Shapiro também busca traçar uma espécie de mapa do atual estado da disciplina – e o faz adequadamente. As resenhas da obra, em geral críticas quanto às especificidades da teoria shapiriana, são praticamente unânimes em reconhecer essa sua virtude.

O trabalho do autor também se destaca porque no tempo atual raramente surgem novas teorias do direito[11]. Shapiro não se limita a comentar e a tentar incrementar as posições dos teóricos centrais em seu domínio de estudo, mas se esforça por desenvolver seu próprio sistema de pensamento. É bem verdade que esse sistema se mostra em grande medida tributário das inovações que Michael Bratman introduziu no campo da filosofia da ação, as quais já haviam sido incorporadas à filosofia do direito por Jules Coleman[12]. Mesmo assim, como ficará mais claro a seguir, Shapiro de algum modo se descola das concepções positivistas mais tradicionais, pelo que sua produção teórica merece ser tratada sob a rubrica de um *novo* positivismo. O próprio Coleman o qualifica como autor de uma das mais sofisticadas defesas do positivismo exclusivista hoje disponíveis, somente comparável em sofisticação àquela formulada por Joseph Raz [13].

---

[9] CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Eds). *The planning theory of law*: a critical reading. Dordrecht/Heidelberg/New York/London: Springer, 2013.
[10] Book Symposium. Legality, by Scott Shapiro. *Analysis Reviews*, Vol. 72, Number 3, July 2012.
[11] Independentemente das discussões que possam existir em torno de eventuais distinções entre as expressões *filosofia do direito* e *teoria do direito*, aqui as trato como sinônimas uma da outra.
[12] COLEMAN, Jules. *The practice of principle*: in defense of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University, 2001, *passim*.
[13] COLEMAN, Jules. The architecture of jurisprudence. *The Yale Law Journal*, 121:2, 2012, pp. 2-80.

Além disso, e bem ao contrário do que costuma ser o caso na tradição positivista hartiana, Shapiro intenta agregar à sua teoria um forte apelo prático[14], e não meramente analítico ou descritivo – sem embargo de estar declaradamente inserido na escola analítica do positivismo jurídico, cujo principal foco de estudo é a elucidação descritiva e moralmente desengajada da natureza e dos caracteres essenciais do direito e dos sistemas jurídicos[15]. Essa preocupação com a prática começa a descortinar a verdadeira relevância filosófica da produção do autor, pois claramente o separa de teóricos importantes dentro dessa mesma tradição de pensamento – como Raz, para quem o aspecto prático de uma teoria do direito é, senão totalmente irrelevante, ao menos marginal[16] –, enquanto o aproxima, nesse traço específico, de pensadores não-positivistas – como Dworkin, autor da famosa observação de que a teoria do direito é *o prólogo silencioso de toda decisão jurídica*[17].

O viés prático de *Legality* está essencialmente na percepção de que o modo pelo qual os juízes *interpretam* o direito (ou mediante o qual o identificam e determinam o seu *conteúdo*), e portanto como *decidem no direito*, é dependente do *conceito de direito* que eles aceitam. Para Shapiro não é possível determinar qual seria o método correto de interpretação do direito sem que antes se ofereça resposta à pergunta filosófica "o que é o direito?". A resposta que ele mesmo apresenta quanto a esse questionamento irá, no entender dele, fixar o método pelo qual será possível estabelecer a adequada metodologia interpretativa para a

---

[14] Esse ponto é destacado por Brian Bix (cf. BIX, Brian. Legality, by Scott J. Shapiro, 2012, p. 447).

[15] O primeiro capítulo de *Legality* é dedicado à exposição da particular visão que Shapiro defende acerca do que é a filosofia do direito, de quais são seus objetos e de qual é a sua metodologia. Recentemente, contudo, o autor mudou de posição a respeito desses temas ao publicar artigo que alarga consideravelmente o escopo de sua visão teórica e propõe uma nova agenda para a disciplina. Não trato desse assunto neste trabalho, uma vez que meu foco investigativo permanece inalterado diante das novas posições do autor (cf. PLUNKETT, David, SHAPIRO, Scott. Law, morality, and everything else, 2017).

[16] RAZ, Joseph. Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison. *Legal Theory*, Volume 4, Issue 03, September 1998, pp. 249-282. Considero importante situar Shapiro em relação a Raz, ainda que sucintamente. Para tanto baseio-me no esquema conceitual de Coleman (COLEMAN, Jules. The architecture of jurisprudence, 2012, *passim*). Ambos, Raz e Shapiro, são positivistas exclusivistas e derivam o positivismo da análise que fazem dos elementos essenciais do direito – ou daquilo que compõe sua natureza. Para Raz o traço mais importante dentre as verdades necessárias sobre a natureza do direito é a sua reivindicação de autoridade. Ele então apresenta um argumento conceitual (sobre a natureza do direito), aliado a um argumento normativo (sobre a autoridade), para disso concluir que apenas fatos sociais podem determinar a identidade e o conteúdo do direito. Shapiro, de seu turno, apresenta apenas argumentos conceituais (sobre a natureza do direito e sobre a natureza dos planos) para fundamentar sua teoria positivista. Ambos diferem, assim, quanto àquilo que consideram ser os caracteres mais básicos que conformam a natureza do direito, bem como quanto ao tipo de defesa que fazem das conclusões que atingem a esse respeito: Raz avança argumentos normativos e conceituais em favor de sua forma de positivismo exclusivista, enquanto Shapiro constrói apenas argumentos do segundo tipo em prol da sua. Por esse prisma, ao menos em uma primeira mirada, Shapiro parece ser um positivista mais *hardcore* do que Raz – embora seja possível sustentar, como se verá ao longo deste trabalho, que sua radicalidade positivista é apenas aparente.

[17] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 90.

solução de um problema jurídico. Noutras palavras, Shapiro extrairá de seu conceito de direito uma metateoria da interpretação jurídica que possibilitará ao juiz encontrar a maneira acertada de interpretar o direito e de decidir sobre questões jurídicas, sejam elas controvertidas ou não. Pode-se até mesmo afirmar que o autor é um dos únicos teóricos positivistas que se ocupa de articular com profundidade uma teoria da decisão jurídica.

Shapiro também rompe laços com alguns positivistas ao aceitar como cruciais e carentes de uma resposta definitiva algumas das críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, particularmente aquelas que atingem a *tese da separação entre direito e moral*, bem como a formulação hartiana de *regra de reconhecimento*. Grosso modo, essas objeções afirmam que (1) a gramática lógica envolvida na decisão judicial necessariamente aponta para a inviabilidade de se considerar o direito e a moral como domínios normativos estanques, bem assim que (2) a utilização, pelos juízes, de *standards* jurídicos que são válidos em função de seu conteúdo valorativo, e não de seu *pedigree*, e que portanto dependem de *justificação* para além do direito positivado, aliada (3) ao surgimento de desacordos teóricos em torno dessa justificação (e do conceito de direito que a viabiliza), esvaziam a noção de que poderia haver uma regra de reconhecimento que fosse determinante do conteúdo do direito em um dado sistema e definidora das obrigações jurídicas nele encontráveis[18].

É importante desde logo apontar o que quero dizer quando falo em *tese da separação*. Tradicionalmente ela é compreendida como o enunciado de que a *validade* de uma norma jurídica não depende de sua correção moral, mas apenas de seu *pedigree* ou de sua fonte social. Tanto Hart quanto Dworkin fazem expressa referência a essa concepção, caracterizando-a como traço central do positivismo jurídico. Ela diz respeito ao tipo de relações que seriam (in)existentes entre o direito e a moral no estrito campo da validade jurídica. Os positivistas não afirmam que direito e moral são absolutamente incomunicáveis e distintos um do outro. Como defender a concepção de *mínimo moral* de Hart, por exemplo, nesses termos radicais? Como compreender o conceito de *autoridade* em Raz senão como

[18] A crítica aparece primeiramente no célebre artigo The model of rules I (DWORKIN, Ronald. The model of rules I. In: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977b, pp. 14-45), mas recebe sua articulação mais extensa no livro *Law's empire* (DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986). Dworkin retorna a esse tema em diversos escritos posteriores (DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006a; DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011), mas seus componentes essenciais permanecem os mesmos.

um tema de moralidade política[19]? Mesmo assim eles entendem, em regra, que a ideia de separação tem especial relevância na discussão da classificação de um certo *standard* normativo como jurídico, e que em seu tratamento pode ser encontrada a própria definição daquilo que seria o positivismo jurídico[20].

Shapiro, de certo modo, investe contra essa tradição minimalista da ideia de separação ao dizer que a *identificação do direito* e a *determinação de seu conteúdo* não dependem de deliberação moral. Ele na verdade avança duas afirmações distintas sob a roupagem da tese da separação, (1) a primeira relativa à *existência* do direito e das instituições jurídicas, (2) a segunda referente à *interpretação* das normas jurídicas. Direito e moral estão separados no que se liga à existência do direito e das instituições tipicamente jurídicas porque estes estão fundados unicamente em fatos sociais. Direito e moral estão separados no que tange à interpretação jurídica porque, dada a natureza do direito, este não pode cumprir sua função se permitir ou tolerar o recurso à deliberação moral nas decisões *jurídicas* – do que decorre que a *razão jurídica* deve ser *amoral*. Parece evidente que a separação entre direito e moral na esfera da validade das normas jurídicas está contida nessa posição do autor. No entanto ela não a esgota. Desse quadro é possível concluir, ademais, que o positivismo de Shapiro é definido pela observação de que fatos jurídicos são determinados exclusivamente por fatos sociais[21]. Fatos jurídicos são fatos sobre a existência ou sobre o conteúdo de sistemas jurídicos, e portanto se referem às duas afirmações que Shapiro propõe quanto à noção de separação entre direito e moral. A moral não pode ter participação na determinação de tais fatos, mas isso não preclui a possibilidade de que direito e moral ainda assim mantenham algum tipo de ligação entre si.

O rompimento de Shapiro com esse traço da herança positivista é especialmente importante porque, paralelamente à implementação da noção de separação entre direito e moral nos aspectos acima mencionados, ele reconhece que ambos estão conectados de alguma maneira relevante ao afirmar que o direito tem um propósito moral *constitutivo de*

---

[19] E também como reconhecimento de que ao menos parte da visão jusnaturalista sobre o direito está correta, conforme aponta Carla Henriete Bevilacqua Piccolo (PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. *A moral e o conceito de direito em H. L.A.* Hart. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, *passim*).

[20] A tese da separação, nesse contexto, serviria para (1) definir o positivismo jurídico como uma teoria do direito que nega a possibilidade de que a juridicidade de uma norma possa depender de sua correção moral, bem como para (2) diferenciá-lo do direito natural, que preconizaria o contrário.

[21] PLUNKETT, David. Legal positivism and the moral aim thesis. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 33 (3), Autumn 2013a, pp. 563-605, p. 585.

sua própria natureza[22]. Não está claro se ele concorda com a análise de Coleman no sentido de que ele, Shapiro, se aproximaria de Raz ao entender que o direito e a moral não apenas estão intimamente ligados um ao outro, como também que o direito está a serviço da moral. A aparente radicalidade da posição de Coleman nesse particular talvez levante preocupações quanto ao acerto de sua observação, mas esta não deixa de ser relevante por conta disso[23]. Se ele estiver certo, então ou bem (1) Shapiro não é um positivista nos termos em que ele mesmo se define, ou bem (2) o positivismo jurídico, antes de prestigiá-la, nega a tese da separação. Principalmente no primeiro desses casos a afirmação de que o direito teria um propósito moral poderia sugerir a presença de uma contradição no âmago da teoria de Shapiro, máxime se essa formulação for compreendida como *normativa*[24]. De todo modo, quando me referir à tese da separação o farei relativamente à sua específica vertente shapiriana. Isso permitirá o exame do positivismo de Shapiro em seus próprios termos.

Tendo em conta que a tese da separação, conforme pode ser compreendida na obra de Shapiro, necessariamente demanda que o direito tenha fontes exclusivamente sociais, considerarei para os fins deste trabalho que ela *contém* a chamada *tese das fontes*. Não é minha preocupação, contudo, discutir se essa relação de continência seria ou não existente de fato. Nada de relevante para este estudo decorre dessa possível discussão, mesmo porque ambas essas posições teóricas caminham juntas e são indissociáveis uma da outra na obra de Shapiro – se a tese da separação for verdadeira na acepção aqui tratada, então a tese das fontes necessariamente também o será. Por esse motivo sempre que me reportar à tese da separação também terei me referido à ideia de que o direito tem fontes exclusivamente sociais[25].

---

[22] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 213-215; 391.

[23] COLEMAN, Jules. The architecture of jurisprudence, 2012, *passim*. Mesmo que Coleman esteja correto a tese da separação continua a ser, quando menos, um dispositivo teórico relevante para a compreensão da racionalidade que marca a descrição positivista do direito. Ainda que não seja mais razoável falar em separação entre direito e moral no nível metateórico, no âmbito das explicações positivistas para problemas como os da normatividade do direito e da racionalidade da decisão judicial a ideia de separação permanece crucial. A própria obra de Shapiro é um bom exemplo disso. Assim, examino o compromisso do autor com a tese da separação não por entender que ela faz ou deixa de fazer sentido em si mesma, mas por considerá-la como uma lente particularmente poderosa pela qual uma teoria do direito (ainda) pode ser examinada. O fato de ela própria eventualmente se configurar em fruto de uma opção moral anterior do teórico, ou em exigência do serviço que o direito presta à moral (como diz Coleman), não altera esse quadro.

[24] Oportunamente tratarei desse ponto com mais detalhes.

[25] Noel Struchiner, embora utilizando nomenclatura diferente, destaca que existe um mínimo denominador comum entre todos os teóricos positivistas: a *tese do positivismo conceitual*, segundo a qual a existência e o conteúdo do direito independem do preenchimento de qualquer critério moral, resumindo-se a questões resolúveis pela identificação correta de suas fontes. São decorrências dessa tese fundamental as ideias de que (1) há uma separação conceitual entre direito e moral e de que (2) existe sempre um componente de

Podemos identificar duas dimensões, ou dois contextos, em que as críticas dirigidas à tese da separação[26] e à regra de reconhecimento podem ser situadas e discutidas em relação à obra de Shapiro.

A primeira delas é a da fundação ou das bases do direito. O direito é constituído convencionalmente? A regra de reconhecimento (ou o plano-mestre, para usar o glossário de Shapiro) é uma convenção cujos méritos morais são indiferentes para sua identificação e interpretação? É parte da identidade do direito o seu caráter convencional? De que maneira uma convenção pode criar obrigações jurídicas, principalmente para os oficiais de um sistema jurídico? Essa convenção pode ou não conter elementos morais? Ela é capaz de oferecer aos oficiais do sistema jurídico razões para colocá-la em prática? De quais espécies são – ou devem ser – essas razões? Tais perguntas foram formuladas e (não) respondidas ao longo dos anos por diversos autores, dentre eles o próprio Hart, cada um deles enfatizando pontos diferentes das críticas dirigidas ao positivismo jurídico. Alguns, como Julie Dickson[27] e Leslie Green[28], negaram peremptoriamente o caráter convencional da regra de reconhecimento hartiana. Outros, como Jules Coleman[29], embora convencionalistas, sustentaram que a regra de reconhecimento pode contingentemente encampar fatos morais[30]. Outros ainda, como é o caso de Andrei Marmor, buscaram refinar o conceito de convenção

---

indeterminação a caracterizar o direito. Ele avança a afirmação de que essa posição positivista básica é *normativamente inerte*, o que implica o reconhecimento de que ela não tem consequências práticas e de que pode ser acoplada a diversos modelos decisórios (ou a variadas maneiras de se lidar com as normas jurídicas). Mais adiante mostrarei como o pensamento de Shapiro parece não se adequar a esse esquema conceitual em virtude de propor um desenho determinado de decisão (aquele ligado à lógica dos planos) que seria imposto aos agentes decisórios pela natureza do direito (cf. STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras*. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, *passim*).

[26] Interessantemente Shapiro não discute a tese da separação como um elemento notavelmente importante de sua teoria do direito. Na realidade ele só trata expressamente dela em uma nota de pouco mais de meia página. Talvez isso aconteça porque ele reconhece que o direito e a moral estão de alguma forma ligados – conquanto não *essencialmente* ou *necessariamente* ligados. Mesmo assim a tese permeia toda a sua construção teórica, visto que o autor insiste em afirmar – e nisto está o seu comprometimento com o positivismo exclusivista – que a identificação e a determinação do conteúdo do direito se dão por recurso a fatos exclusivamente sociais. A teoria shapiriana está inegavelmente atrelada, então, à tese da separação, ainda que apenas sob o prisma da explicação de sua racionalidade interna.

[27] DICKSON, Julie. Is the rule of recognition really a conventional rule? *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No.3, 2007, pp. 373-402.

[28] GREEN, Leslie. Positivism and conventionalism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XII, No. 1, January 1999, pp. 35-52.

[29] Embora Coleman e Shapiro partilhem o apreço pelo positivismo e pelo convencionalismo, é interessante notar que a questão em torno de se saber se a regra de reconhecimento pode ou não conter critérios morais para determinação da juridicidade de uma regra coloca ambos em trincheiras opostas do debate entre inclusivistas e exclusivistas. Coleman defende uma concepção de positivismo jurídico de feição inclusivista, enquanto Shapiro, como já dito, permanece no campo exclusivista.

[30] COLEMAN, Jules. *The practice of principle*, 2001, *passim*. Essa admissão marca a mais fundamental diferença entre o positivismo inclusivo, ou inclusivista, ao qual Coleman está filiado, e o exclusivista.

para dar conta dos argumentos levantados pelos críticos do convencionalismo[31]. Shapiro dirá que as respostas apresentadas pelos positivistas para as perguntas aqui exemplificativamente mencionadas, particularmente por Hart, são inadequadas, em seguida avançando novas soluções para essas perenes questões.

Adiante tratarei de pontos mais específicos dessa discussão, que serão parte do foco deste trabalho. Desde já, contudo, afirmo que sigo Gerald Postema[32] e Ronaldo Porto Macedo Junior[33] quanto a compreender (1) uma convenção social como uma norma social praticada cujo funcionamento como norma depende, em alguma medida, de ela ser efetivamente praticada, bem como (2) o convencionalismo jurídico como a tese de que a natureza e a normatividade do direito tomam por base uma prática social de tipo convencional[34]. Destaco que essa definição do que seja o convencionalismo jurídico é propositalmente larga, não apenas por serem várias as possíveis formas de compreensão do assunto (e da própria ideia de convenção), como também porque ela dá margem a que seja destacado unicamente o que é fundamental dentre o conjunto de teorias convencionalistas do direito: a ideia de que, na base do direito, está uma prática social convencional[35].

A segunda dimensão do debate se localiza no plano da prática jurídica, ou, poderíamos dizer, da fenomenologia do julgar. Shapiro leva a sério a crítica dworkiniana segundo a qual a descrição positivista do direito não está aparelhada para explicar (1) os nossos desacordos teóricos, tampouco (2) o dever de obediência ao direito que os juízes reconhecem ter ao desempenhar suas funções institucionais. Ele afirmará que autores como Brian Leiter estão errados ao dizer que os desacordos teóricos deveriam ser tomados como

---

[31] MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2005. Para uma detalhada comparação entre as teorias de Shapiro e Marmor, ver GARCIA, Edgar Ramón Aguilera. La naturaleza del derecho: Están nuestras prácticas jurídicas fundadas en una convención constitutiva o en un plan compartido? *Alegatos*, Núm. 81, mayo/agosto 2012, pp. 347-372.

[32] POSTEMA, Gerald. Coordination and convention at the foundations of law. *The Journal of Legal Studies*. Vol. 11, No. 1, January 1982, pp. 165-203.

[33] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O direito em desacordo,* 2013a, p. 9.

[34] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O direito em desacordo,* 2013a, p. 10.

[35] A moderna concepção de convenção aparece na obra da David Lewis (LEWIS, David. *Convention*: a philosophical study. Oxford: Blackwell Publishers, 2002). Dworkin, por outro lado, enxerga o convencionalismo como uma espécie de versão interpretativa do positivismo: uma teoria do direito fundada em determinados valores políticos que justificam uma interpretação de nossas práticas jurídicas centrais segundo a qual o direito funcionaria do modo como os positivistas dizem que ele funciona (DWORKIN, *Law's empire,* 1986, pp. 114-150). Os positivistas em geral rejeitam essa visão, pois entendem o positivismo jurídico como uma teoria descritiva, e não interpretativa, do direito. O próprio Shapiro pensa dessa forma. Para os fins colocados nesta dissertação não é estritamente necessário ingressar nesse ponto específico do debate entre Dworkin e os adeptos do positivismo, e por isso trabalho com uma concepção propositalmente ampla, do ponto de vista descritivo, do que seja o convencionalismo.

fenômenos de pouca ou nenhuma importância para a filosofia do direito, os quais sequer demandariam explicação específica[36]. Entretanto dirá, *contra* Dworkin, que a existência de desacordos teóricos em nossas práticas jurídicas é inteligível mesmo no interior de uma concepção positivista do direito – isto é, de uma teoria que defina os fundamentos dos fatos jurídicos como sendo fatos exclusivamente sociais. Ele concluirá que o argumento dworkiniano não se presta a demonstrar que a identificação e a determinação do conteúdo do direito dependem mesmo de fatos morais (compreendidos como razões ou justificações valorativas que permitam que algo venha a ser descrito como direito), e que a teoria do direito de Dworkin está errada porque derrota a função do direito, que está inscrita *em sua natureza* e que, para Shapiro, é a de *sanar controvérsias morais*.

Discutir a obra de Shapiro, então, é importante por diversos motivos. Do ponto de vista teórico, os principais deles podem ser sumarizados nas afirmações de que (1) seu posicionamento no campo positivista revela com singular clareza os rasgos existentes no tecido dessa tradição de pensamento, bem como de que (2) sua construção teórica procura enfrentar e responder as objeções mais contundentes que podem ser dirigidas ao positivismo jurídico por seus críticos externos, reconhecendo-as como fortes e pertinentes.

Os adversários teóricos de Shapiro estão tanto dentro quanto fora da tradição à qual ele está filiado, e, ainda que ele esteja equivocado em algumas de suas posições – ponto que explorarei com mais profundidade ao longo deste trabalho –, é fundamental compreendê-las e apontar onde estão os seus equívocos. A importância teórica dessa elucidação, e portanto a relevância teórica deste trabalho, está em que os desacertos de Shapiro e a forma pela qual é possível detectá-los são paradigmáticos no que se refere ao tipo de debate que caracteriza a filosofia do direito contemporânea, marcado por um forte caráter *metodológico* e cada vez mais *metateórico*.

Isso no entanto não significa que o estudo da obra de Shapiro somente produza frutos teóricos. Seu trabalho também gera consequências práticas notáveis. Ele mesmo destaca um exemplo simples, porém revelador, do tipo de impacto que sua visão acerca do que é o direito exerce sobre a prática jurídica: o do casamento entre pessoas de mesmo sexo. Afirmando que é possível defendermos as mais variadas convicções sobre o significado desse conceito

---

[36] LEITER, Brian. Explaining theoretical disagreement. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 76, 2009, pp. 1215-1250; LEITER, Brian. Theoretical disagreements in law: another look. *Social Science Research Network*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2830732>. Acesso em 15/09/2016.

o autor assevera que a lógica dos planos nos leva à conclusão de que o casamento em termos jurídicos será apenas aquele celebrado entre homem e mulher sempre que o direito positivo disser que esse é o caso[37].

Essa espécie de posição pode ser vista como paradigma de um formalismo possivelmente retrógrado que fortaleceria o *status quo* e impediria a compreensão do direito em termos de algum ideal substantivo de justiça que pudesse ser defendido mais abertamente pelos juízes. Contudo, pode também ser abraçada por juristas refratários ao que se convencionou chamar de *pamprincipiologismo* – isto é, o uso de princípios genéricos e sem peso normativo como fundamento de decisões judiciais que refletem nada mais do que as idiossincrasias dos juízes que as prolatam[38]. Para pensadores dessa matriz uma teoria como a de Shapiro seria hábil para ao mesmo tempo (1) fundamentar uma oposição teoricamente robusta ao posicionamento dos magistrados adeptos desse expediente e (2) evitar as censuras tradicionalmente direcionadas ao positivismo kelseniano. Isso porque, embora positivista, Shapiro constrói uma sofisticada teoria da decisão jurídica que prestigia o conteúdo do direito posto e que não se harmoniza com a afirmação de que o juiz no fundo simplesmente decide como quer. Como representante de um positivismo que valoriza a distinção hartiana entre regras primárias e secundárias, ademais, o pensamento shapiriano também protegeria os nossos sistemas jurídicos das consequências advindas do esvaziamento da ideia de regra de reconhecimento – notadamente da incerteza, da ineficiência e da estagnação[39].

Há então dividendos teóricos e práticos a extrair da obra de Shapiro, pelo que é realmente importante levá-lo a sério. Encaro sua obra não apenas com essa seriedade, mas, apesar de minha posição crítica em relação às teses do autor, também com um profundo respeito e uma forte admiração por sua produção filosófica, que despertou em mim interesse grande o suficiente para justificar a dedicação de alguns anos ao seu estudo.

Dito isso, na seção seguinte apresento esquematicamente o caminho que percorrerei nesta dissertação.

---

[37] SHAPIRO, Scott. *Legality,* 2011, p. 227.

[38] Cf. STRECK, Lênio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr/jun 2012, pp. 7-21.

[39] Cf. adverte André Luiz Souza Coelho (COELHO, André Luiz Souza. Por que surgem as regras secundárias? Uma reinterpretação da fábula de Hart. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD*, v. 1, n. 25, 2014a, p 18. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/11661>. Acesso em 10/10/2016).

2. O plano a ser seguido

Como já afirmado, Shapiro é um positivista exclusivista e portanto está de alguma maneira comprometido com a tese da separação entre direito e moral. Esse comprometimento se verifica em dois níveis, especificamente (1) no da fundação do direito, ou daquilo que lhe serve de base, e (2) no da prática jurídica, ou da decisão judicial.

Para defender sua posição exclusivista Shapiro se vincula a uma certa concepção de *racionalidade*, que é a do *planejamento*. Ele segue Bratman ao dizer que os homens têm a inata capacidade de planejar e que o fazem porque necessitam atingir objetivos complexos contando com recursos racionais limitados. O planejamento permite ao homem manejar os meios adequados para chegar aos fins que ambiciona, sejam quais forem esses fins, e de forma independente de seus méritos valorativos[40]. Ele é uma ferramenta que se presta a cumprir as mais variadas funções, sejam elas boas ou más.

O fio condutor do trabalho é a relação entre dois pontos: (1) a implementação que se faz da tese da separação na obra de Shapiro e (2) a concepção de racionalidade instrumental que a possibilita. Meu argumento central é o de que o esforço de Shapiro falha nos dois níveis estudados, a despeito de sua grande sofisticação, porque essa racionalidade não é a do direito[41].

No nível da fundação do direito Shapiro diz que a prática jurídica toma por base um *plano compartilhado* chamado de *plano-mestre*, em redor do qual se desenvolve um agir também compartilhado. Por dois motivos esse plano-mestre é *normativo* (ele tem *autoridade*) relativamente aos oficiais do sistema jurídico. Em primeiro lugar porque ele autoriza uma pessoa ou um grupo de pessoas a planejar pela comunidade, vindo tal autorização não de um outro plano ou de outra norma, mas da racionalidade instrumental que caracteriza a atividade de planejamento. Em segundo lugar porque os membros do grupo social normalmente seguem os planos criados pela autoridade, mesmo que não haja consenso em torno de seu conteúdo ou de seus méritos morais[42].

---

[40] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 118-153.
[41] Embora possa ter utilidade, como será melhor explicado adiante, em certos ramos específicos do direito.
[42] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 180.

Apresento nesse aspecto a ideia de que o plano-mestre shapiriano é uma reformulação da regra de reconhecimento de Hart. Para Shapiro essa reformulação é necessária porque a tese hartiana de que na base do direito se encontra uma prática social compartilhada, que por si só gera regras sociais, e que portanto produz normatividade, está errada. O erro hartiano é filosófico: como práticas e regras pertencem a categorias metafísicas distintas, práticas não podem gerar regras, ainda que sejam compreendidas como convenções coordenativas[43]. O plano-mestre de Shapiro, ao contrário disso, é capaz de dar origem a outros planos porque a sua normatividade é garantida não só pela prática social, mas fundamentalmente pelas normas da racionalidade instrumental característica do planejamento. Essas normas existem pelo simples fato de serem racionalmente válidas, e portanto não necessitam estar fundadas em alguma espécie de norma superior[44], tampouco são constituídas apenas pela própria prática social. Elas são *naturalmente normativas*.

É importante observar que essa racionalidade não demanda dos oficiais do sistema que se engajem de modo *prático* no plano-mestre (prático no sentido de Hart, segundo o qual o fato de uma regra ser praticada se constitui em razão de ação para esses oficiais, que adotam quanto à regra de reconhecimento o ponto de vista interno – ou uma atitude crítica reflexiva que se assemelha à ideia de *endorsement*[45]), mas apenas que o aceitem de uma mirada *instrumental*. Isso significa, a rigor, o abandono do ponto de vista interno hartiano, que pressupunha uma certa *intencionalidade* compartilhada pelos oficiais. Na visão do autor ela também não envolve deliberação moral alguma, pelo que fica preservada e prestigiada a tese da separação nesse contexto. Segundo Shapiro, embora o direito use terminologia moral, o faz apenas do ponto de vista do próprio direito, que pode ser moralmente bom ou moralmente mau, de maneira que seu conteúdo é passível de ser descrito normativamente mesmo por quem não o aceite desde um ponto de vista interno[46].

Tal posição alinha Shapiro ao convencionalismo[47], uma vez que, para existir e funcionar como norma, o plano-mestre tem de ser praticado pelos oficiais do sistema. É um

---

[43] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 103.
[44] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 181.
[45] PATTERSON, Dennis. Explicating the internal point of view. *SMU Law Review*, No. 52, 1999, pp. 67-74.
[46] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 111-113.
[47] Talvez seja possível compreender a obra de Shapiro não como um exemplo de, mas antes como uma alternativa ao convencionalismo. Por esse raciocínio a noção de plano compartilhado substituiria a de convenção, ao invés de qualificá-la de alguma maneira. Tal parece ser a posição de Arthur Ripstein (RIPSTEIN, Arthur. Self-certification and the moral aims of the law, 2012, pp. 201-202). Essa possibilidade, de início, parece plausível, porque o próprio autor se abstém de afirmar em *Legality* que sua teoria seria

convencionalismo peculiar, contudo, porque garante a normatividade do direito mediante apelo a um elemento específico e complementar à prática: as normas da racionalidade instrumental.

Sustento que a solução de Shapiro para a questão da autoridade do direito não é adequada sob o prisma de seu alistamento nas fileiras do positivismo jurídico, visto que não esclarece como o plano-mestre pode ser normativo para aqueles mesmos oficiais, fornecendo a eles razões para agir, se (1) a mera prática social, segundo o próprio Shapiro, não é capaz de fazê-lo, e se (2) o engajamento no plano-mestre, exigido deles, é apenas instrumental.

Aparentemente Shapiro somente muda de lugar o problema teórico que intentou resolver: sua proposta afasta a necessidade de se explicar quais razões os oficiais do sistema teriam para enxergar o plano-mestre como normativo (elas podem ser de qualquer natureza, uma vez aceito o plano), mas cria a necessidade de elucidação das razões que esses mesmos oficiais têm para *aceitarem o plano* e *continuarem a aceitá-lo*. Como essas razões são necessariamente *morais*, então o plano-mestre não pode ser identificado pelos oficiais, nem pode ter seu conteúdo conhecido por eles, sem que a moral participe dessas operações.

Meu argumento sobre isso tem duas partes principais. A primeira delas é construída a partir de uma observação de Dickson, enquanto a segunda está ligada a um *insight* de Verônica Rodriguez-Blanco.

Dickson afirma que o convencionalismo aparece tardiamente em Hart como uma tentativa de mostrar, em resposta a críticas de Dworkin, como a regra de reconhecimento pode dar razões aos oficiais para aceitá-la como obrigatória. Para a autora essa não foi a melhor estratégia para vencer essa dificuldade. O que Hart deveria ter feito era ter retomado sua posição original, de *O conceito de direito*, pela qual ficava claro que a regra de reconhecimento de fato não fornecia aos oficiais razões *jurídicas* para considerá-la obrigatória, e, a partir dessa retomada, arquitetar uma nova explicação acerca de quais

---

convencionalista, ou mesmo que o seu plano-mestre seria uma convenção. Contudo, em texto publicado no ano de 2002 Shapiro explicitamente fez afirmações nesse sentido, destacando que seu esforço teórico de bases bratmanianas se constituía em uma versão diferente de um mesmo tipo de estratégia disponível para os positivistas – a de explicar o direito pela via do convencionalismo. Possivelmente por não desejar carregar o ônus ligado a todas as críticas que já haviam sido lançadas contra essa mesma estratégia por seus mais diversos críticos, naquele texto ele conclui seu raciocínio dizendo que, mesmo assim, a ideia de convenção desempenharia um papel muito reduzido em sua construção teórica, bem como que devemos ser cautelosos ao rotular esta ou aquela teoria como convencionalista.

espécies de razões funcionam nessa consideração. Hart afirmava que as mais variadas razões podiam justificar a adesão dos oficiais à regra de reconhecimento, e insistia apenas em que elas não necessitavam ser morais. Caberia a ele suplementar sua posição original, teorizando sobre essas razões, ao invés de se filiar ao convencionalismo. O convencionalismo, para Dickson, mantém abertas as questões de se determinar (1) como a regra de reconhecimento entrega razões de ação aos oficiais do sistema, (2) de que espécie são essas razões e (3) como, enfim, o direito pode ser normativo em relação a eles. Isso porque a solução convencionalista se limita a afirmar que o fato de haver uma prática jurídica de reconhecimento se constitui apenas em *parte* das razões que os oficiais têm para compreendê-la como obrigatória[48].

Já Rodriguez-Blanco observa que o dilema da autoridade do direito só pode ser solucionado em conjunto com o seu correspondente dilema *moral* – isto é, o problema de se saber qual justificação moral existe para a autoridade do direito (visto especificamente *do ponto de vista dos oficiais do sistema jurídico*, e não da população em geral). Apresento essa segunda parte de meu argumento como complemento à crítica anterior, extraindo dela a conclusão de que as razões apontadas por Dickson como carentes de teorização são razões *morais*. Essa nova crítica pontua que a solução de Shapiro para o uso da linguagem moral na prática jurídica (ele se daria *do ponto de vista do direito*) não é correta porque reflete um olhar teórico, e não prático (ou *deliberativo*) sobre aquilo que o direito é ou exige. O ponto de vista deliberativo, segundo Rodriguez-Blanco, carece de justificação moral porque deve estar referido a um bem (ou valor). Logo, pode-se dizer que as razões que Dickson entende como pendentes de teorização são (boas) razões *morais*, e que o plano-mestre de Shapiro só pode funcionar como tal se os atores relevantes o aceitarem por conta de uma (boa) razão *moral*[49].

Observo que a crítica oriunda da junção dessas duas linhas argumentativas não pode ser rebatida apenas com base nas normas da racionalidade instrumental do planejamento. A uma porque o funcionamento dessa racionalidade envolve, em alguma medida, deliberação moral, seja porque o agente (1) se vincula a um plano em função de uma avaliação positiva

---

[48] DICKSON, Julie. Is the rule of recognition really a conventional rule? *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 3, 2007, pp. 373-402. A autora, no limite, está ao lado de Raz ao fundar a obrigação jurídica em elementos externos ao direito. Shapiro, de seu turno, tenta trazer o fundamento da obrigação jurídica de volta ao interior do próprio direito, para tanto afirmando que a racionalidade dos planos é a racionalidade jurídica por excelência porque isso é o que se extrai da correta identificação da natureza do direito.

[49] RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. The moral puzzle of legal authority, 2011, pp. 86-106.

que faz de sua própria autodeterminação e de sua própria autonomia, seja porque (2) valora também positivamente as justificações profundas desse mesmo plano[50]. A duas porque o problema consistente em verificar se a nossa racionalidade instrumental seria ou não capaz de nos fornecer razões para ação subsistiria *ainda que a primeira objeção pudesse ser vencida* – e porque a pergunta concernente a essa capacidade deve ser respondida de modo negativo, de acordo com John Broome[51] e R. Jay Wallace[52].

Após discutir um argumento convergente de Bratman no sentido de que a teoria de Shapiro não vence o desafio concernente a explicar por que os oficiais do sistema jurídica aceitam o plano-mestre e continuam a praticá-lo, concluo que, do ponto de vista da fundação do direito, a tese da separação não pode ser defendida pela racionalidade do planejamento: mesmo que aceitemos a ideia de que somos agentes planejadores sujeitos a uma determinada racionalidade instrumental, a lacuna entre (1) a existência de um plano-mestre e (2) a sua capacidade de cometer razões de ação aos oficiais que são seus destinatários, que Shapiro enxergou e tentou superar permanecendo positivista, só pode ser preenchida por deliberação moral, incompatível com o projeto do positivismo jurídico exclusivista.

Já no nível da prática jurídica a tese da separação aparece em Shapiro como uma imposição da *lógica dos planos* (e portanto da racionalidade do planejamento). Segundo essa lógica, para identificar o direito e determinar seu conteúdo o juiz não pode deliberar moralmente, porque se o fizer impedirá o direito de cumprir sua função[53].

Para que isso faça sentido Shapiro necessita vencer o *argumento dos desacordos teóricos* proposto por Dworkin. Esses desacordos se referem às condições de verdade das afirmações que formulamos sobre o conteúdo do direito. O argumento dworkiniano pretende demonstrar, dentre outras coisas, que a prática jurídica só pode ser compreendida interpretativamente[54], e que os tais desacordos não são explicáveis a partir de uma racionalidade meramente instrumental, mas de uma racionalidade referida a *valores cujo significado não advém de acordo convencional*. Isso porque os juízes continuam buscando

---

[50] BRATMAN, Michael. Taking plans seriously. In: MILLGRAM, Elijah. *Varieties of practical reasoning*. London/Cambridge: The MIT Press, 2001, pp. 203-220.
[51] BROOME, John. Does rationality give us reasons? *Philosophical Issues*, 12, Normativity, 2005, pp.321-337.
[52] WALLACE, R. Jay. Normativity, commitment, and instrumental reason. *Philosopher's Imprint*, Volume 1, No. 3, December 2001, pp. 1-26.
[53] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 310.
[54] A expressão literal seria "interpretivamente". Fiz uso da forma constante do texto apenas por razões estilísticas.

justificações *jurídicas* para as suas decisões mesmo quando o direito positivo parece exaurido – o que significa, sobretudo, que o conjunto das justificações jurídicas não se esgota no direito socialmente posto e não é identificável por deliberação puramente sociológica[55]. Para que a conduta dos juízes seja juridicamente inteligível é necessário dar conta dessa busca por *justificações jurídicas não positivadas e não fundadas apenas em fatos sociais ou em acordos convencionais*.

Shapiro tenta rebater Dworkin dizendo que os desacordos teóricos incidem sobre *metodologias interpretativas*, cuja adequada determinação pode ser feita sem apelo à moral. Há três fatos envolvidos nessa determinação, nomeadamente (1) os *propósitos* dos criadores do sistema jurídico, (2) a *economia da confiança* que esses mesmos criadores estabeleceram ao criá-lo, e (3) a interação entre esses dois pontos. Os desacordos se refeririam a esses três fatos, bem como à leitura que os oficiais fazem a respeito da espécie de sistema jurídico do qual eles participam. Há desacordos porque os juízes podem divergir sobre os dois primeiros, sobre o modo pelo qual tais elementos interagem entre si e sobre como esse procedimento deve funcionar à luz do tipo de sistema em questão. Isso prestigiaria a tese da separação no nível da prática jurídica porque a resolução dessas divergências dependeria apenas da investigação sociológica desses temas, e não de deliberação moral[56].

A tentativa não funciona porque parte de uma má descrição da atividade dos juízes. Ela não explica o motivo pelo qual os julgadores empregam deliberação moral para identificar o conteúdo do direito, decidindo a partir daquilo que enxergam como razões *jurídicas* – e por qual causa o fazem mesmo quando estão diante de casos fáceis, e ainda quando não há dúvida sobre qual seria o método correto para interpretar o direito. Dito de outro modo, ela não esclarece por qual motivo os juízes compreendem sua mais relevante obrigação jurídica, notadamente a de decidir conforme o direito, a partir de um ponto de vista moral não convencional. Se a racionalidade da decisão judicial é a da deliberação moral, então a lógica dos planos não é a lógica da decisão judicial, e a tese da separação não subsiste nesse campo.

---

[55] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, pp. 1-44.; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O direito em desacordo*, 2013a, p. 8.
[56] SHAPIRO, Scott. Summary. Book Symposium. Legality, by Scott J. Shapiro. *Analysis Reviews*. Vol. 72, No. 3, July 2012, pp. 537-541.

Minhas conclusões finais são as de que (1) a racionalidade do planejamento não é a racionalidade do direito, (2) a razão jurídica não é meramente instrumental, mas é prática no sentido de demandar do agente que assuma uma postura deliberativa e valorativa quanto àquilo que o direito exige, e, finalmente, de que (3) a implementação que Shapiro faz da tese da separação é insustentável nos dois níveis em que eu a discuto.

Tais posições serão desenvolvidas ao longo dos próximos quatro capítulos deste trabalho. No de nº II exporei em linhas gerais a teoria do direito de Shapiro, dando especial ênfase aos seus alicerces bratmanianos e apresentando os contornos de um exemplo paradigmático largamente utilizado pelo autor em *Legality*, que é o do planejamento de um jantar. Meus objetivos principais serão os de mostrar que (1) todo o poder explicativo da teoria do direito de Shapiro depende de aceitarmos que a nossa racionalidade é a do homem planejador, bem como que (2) ela está sensivelmente comprometida com a tese da separação.

O capítulo seguinte servirá para debater as falhas que Shapiro atribui à teoria de Hart e as soluções shapirianas para essas falhas. Essa discussão revelará que (1) as respostas de Shapiro para os problemas do positivismo hartiano são inteiramente dependentes da racionalidade descrita no capítulo anterior, bem assim que (2) elas de algum modo prestigiam a tese da separação. Prosseguirei com a exploração da ideia de que Shapiro reconstrói o conceito de regra de reconhecimento na tentativa de resolver a circularidade presente na resposta hartiana ao que ele chama de Dilema da Possibilidade, e que ele apresenta uma nova explicação convencionalista para a normatividade do direito relativamente aos oficiais do sistema jurídico. Discutirei os contornos desse convencionalismo e a inevitabilidade de que ele seja adotado quando são aceitas as bases da teoria do autor, enquanto debato a posição teórica que ela ocupa relativamente às obras de David Lewis e de David Hume.

A partir da identificação das duas dimensões em que a teoria da separação pode ser situada, no quarto capítulo colocarei em confronto a posição de Shapiro com a crítica de que a regra de reconhecimento não deve ser entendida convencionalmente. A oposição a Shapiro, neste ponto, virá de argumentos tecidos por Dickson e Rodriguez-Blanco. Procurarei esclarecer, com apoio nos escritos dessas autoras, bem como em observações de Bruno Celano e de Damiano Canale, como o convencionalismo de Shapiro não explica a normatividade do direito ao não dar conta do fornecimento de razões para agir, pelo plano-

mestre, aos oficiais do sistema jurídico. Também abordarei argumentos de Broome e de Wallace quanto à impossibilidade de que a razão instrumental, usada por Shapiro como solução para esse problema, nos forneça razões para ação. Ao final, discutirei como o próprio Bratman desautoriza as conclusões de Shapiro no que se refere ao potencial que a teoria dos planos apresenta para explicar a normatividade do direito, bem como retomarei o exemplo do jantar shapiriano à luz dessas críticas, expondo assim os limites da posição do autor.

No quinto capítulo deste trabalho esclarecerei que a teoria de Shapiro também não resiste à crítica vinda da prática jurídica. Discorrerei sobre um dos vários aspectos do argumento dworkiniano dos desacordos teóricos, particularmente o de que a racionalidade da decisão judicial está necessariamente referida a valores não fixados em convenções sociais, examinarei a resposta de Shapiro a esse argumento e concluirei que sua posição também não explica o que fazemos quando decidimos no direito. A correta descrição de nossa prática, enfim, esvazia a tese da separação e não se mostra compatível com a racionalidade do planejamento. Novamente revisitarei o jantar de Shapiro para mostrar como a crítica tem efeitos mesmo sobre uma atividade aparentemente simples e em tese imune a esse tipo de controvérsia.

Ao final apresento conclusão no sentido de que, a despeito de estar equivocada em seus elementos essenciais, a obra de Shapiro presta à teoria do direito o grande serviço de mostrar que (1) insistir na tese da separação no âmbito da identificação do direito e da determinação de seu conteúdo, bem como (2) reduzir a razão jurídica a uma razão instrumental ou técnica são caminhos teóricos que devem ser abandonados em definitivo, porque incompatíveis com o tipo de objeto de estudo em que o direito consiste. Acrescento a isso algumas considerações sobre aspectos da teoria do autor que se afiguram interessantes para o avanço da teoria do direito, dentre os quais se destacam (1) a ideia de uma economia da confiança presente nos sistemas jurídicos, bem como (2) a própria noção de plano jurídico, que pode ter aplicação relevante em alguns ramos ou contextos específicos do direito, mas que depende, para tanto, de adequada justificação moral.

II. A TEORIA DO DIREITO COMO PLANIFICAÇÃO

The world in its flowing is various; as tides,
Or stars arrayed, has rules imposed
By others on it as their personal guides.
To dig, divert, mark out, and to enclose
The plot of life bequeathed to each, or
File and order all diverse reports
Sent in from outposts of the hand and ear
– Simple their language that the brain distorts –
That is the mind's natural destructiveness
Aiding its plea for reason; even so
Its charts and plans are made in readiness

And yet, as tides in winter when
The glass is sunk, incalculable flow
Of life can break down mortared walls, drown men.[57]

A ideia fundamental da teoria do direito de Shapiro é a de que a atividade jurídica é uma atividade de planejamento social em que as instituições jurídicas planejam para as comunidades sobre as quais reivindicam autoridade. Para que essa assertiva faça sentido é necessário compreendermos em primeiro lugar o que exatamente seria uma atividade de *planejamento*. Shapiro está ciente disso e por tal motivo apresenta sua teoria *dos planos* antes de discutir os contornos de sua teoria *do direito*. Neste capítulo seguirei essa mesma estratégia analítica: examinarei a teoria shapiriana dos planos para em seguida tratar dos elementos centrais da teoria do direito do autor.

O capítulo está dividido em duas seções. A primeira delas se volta à exploração dos alicerces bratmanianos da teoria dos planos de Shapiro. Nela demonstro, em particular, como Shapiro adere à caracterização que Bratman faz do homem e da racionalidade humana, especificamente a de que (1) contamos com recursos racionais limitados e de que (2) enfrentamos essa limitação fazendo uso de uma especial característica psíquica que nos é inata: a capacidade de planejar. Essa aderência é de grande importância porque as soluções de Shapiro para alguns dos problemas essenciais da filosofia do direito, destacadamente os da normatividade e da decisão, são inteiramente dependentes da racionalidade envolvida na atividade de planejamento. A segunda seção do capítulo é dedicada à discussão das teses centrais do positivismo jurídico de Shapiro. Meu objetivo principal ao examiná-las é o de observar (1) como elas se relacionam à tese da separação entre direito e moral e (2) de que maneira elas dialogam com a racionalidade do planejamento. Ao longo da discussão desses

[57] LARKIN, Phillip. *The complete poems*. Edited by Archie Burnett. London: Faber and Faber, 2014, p. 200.

temas procuro colocar o modelo shapiriano em uma perspectiva prática ao expor o exemplo paradigmático do planejamento de um jantar, que o autor emprega na elucidação do funcionamento dos planos.

1. O homem que planeja

Para Shapiro o direito é um sofisticado instrumento de planejamento social cuja função é sanar os problemas morais surgidos nas circunstâncias da juridicidade[58]. A partir dessa colocação inicial ele constrói aquilo que denominou *Teoria do Direito como Planificação*[59] (TDP), que em linhas gerais estabelece que as condições de validade das normas jurídicas são as mesmas que governam os *planos* porque as regras fundamentais de um sistema jurídico *são* planos[60].

O fundamento último dessa teoria está em uma certa visão acerca de dois pontos, notadamente (1) a *racionalidade* de nossas ações e (2) as nossas características *psicológicas* ou *racionais* mais fundamentais. Ela é dependente portanto de uma particular concepção de *homem*: aquela que o considera como um *agente planejador*, dotado de uma racionalidade essencialmente *limitada*.

Shapiro acolhe e defende a ideia de que nós somos *agentes planejadores* do ponto de vista da teoria da ação, conforme disse Bratman na introdução de sua obra *Intention, plans, and practical reason*, escrita com o objetivo de estabelecer bases conceituais para investigar de que maneira a *intenção* pode caracterizar a *mente* e a *ação* humanas[61]. Nela o filósofo de Stanford partia da percepção essencial de que nossa concepção de *intenção* está intimamente ligada aos fenômenos dos *planos* e do *planejamento*[62]. Bratman associa a noção de que o homem é um ser planejador a duas capacidades humanas centrais: (1) a de agirmos *com*

---

[58]SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 172.
[59] Tradução livre de *Planning Theory of Law*. Carlos Bernal Pulido se refere a ela como *Teoria do Direito Como Planejamento* (PULIDO, Carlos Bernal. 2013). Thomas Bustamante e Mirlir Cunha fazem o mesmo (BUSTAMANTE, Thomas; CUNHA, Mirlir. 2013). A tradução espanhola de *Legality* se refere a *planning* como *planificación*, o que sugere que uma outra tradução possível seria *Teoria do Direito Como Planificação* (SHAPIRO, Scott. *Legalidad.* Traducción de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, 2014), que me parece a mais adequada, quando menos porque possibilita uma certa unidade de tratamento do tema independentemente de falarmos dele em Português ou em Espanhol.
[60] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p 172.
[61] BRATMAN, Michael. *Intention, plans, and practical reason*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1987, pp. 1-2.
[62] BRATMAN, Michael. *Intention, plans and practical reason*, 1987, pp. 1-2.

propósito e (2) a de formarmos e executarmos *planos*[63]. É próprio da racionalidade humana, assim, *planejar*.

Esses planos não são meras estruturas abstratas, mas *estados mentais* que envolvem um determinado *comprometimento* do agente com uma ação e que guiam sua conduta *futura*[64]. Eles são *intenções magnificadas*, e assim resistem a reconsideração, controlam condutas – ao invés de apenas influenciá-las –, e proveem razões tanto para deliberação prática quanto para atos adicionais de planejamento[65]. Este último ponto é de importância capital para a teoria do direito de Shapiro, uma vez que o autor compreende a racionalidade instrumental da atividade de planejamento como apta a fornecer razões para agir àqueles que aceitam um determinado plano. Esse tema surgirá com mais ênfase no capítulo seguinte.

Carecemos de planos para o futuro, de acordo com o pensamento de Bratman, porque padecemos de duas necessidades mais gerais[66]. A primeira delas está ligada à nossa racionalidade. Considerando que somos agentes *racionais*, a *deliberação* e a *reflexão racional* nos auxiliam em nossas ações e são determinantes de nossos atos. Porém, como ambas essas atividades em regra demandam recursos naturalmente limitados, como por exemplo tempo e conhecimento, elas nos seriam de pouco ou nenhum proveito acaso utilizadas somente por ocasião das próprias ações que praticamos. Nessas oportunidades elas não poderiam ser plenamente desenvolvidas, de sorte que sua influência sobre nosso agir seria mínima. Noutras palavras, a fim de que a *deliberação* e a *reflexão racional* que são características de nossa racionalidade possam nos socorrer de forma efetiva na concretização de nossas intenções necessitamos de meios que nos permitam estender seus efeitos para além do tempo presente[67]. Já a segunda guarda relação com a ideia de *coordenação*. Para concretizarmos objetivos complexos nós necessitamos coordenar as nossas próprias atividades presentes com as futuras, e então falamos em coordenação *intrapessoal*. Também temos necessidade de coordenarmos as nossas ações com as de terceiros, e então tratamos de coordenação *interpessoal*[68]. Para Bratman nossa capacidade de planejamento ajuda a

---

[63] BRATMAN, Michael. *Intention, plans and practical reason*, 1987, pp. 2-3.
[64] BRATMAN, Michael. *Intention, plans and practical reason*, 1987, p. 28.
[65] BRATMAN, Michael. *Intention, plans and practical reason*, 1987, p. 29.
[66] BRATMAN, Michael. *Intention, plans and practical reason*, 1987, pp. 2-3.
[67] BRATMAN, Michael. *Intention, plans and practical reason*, 1987, pp. 2-3.
[68] BRATMAN, Michael. *Intention, plans and practical reason*, 1987, pp. 2-3.

suprir essas nossas duas necessidades fundamentais, que são reflexo de nossas limitadas capacidades racionais, tanto de deliberação quanto de processamento de informações[69].

Planos essencialmente resolvem problemas de *coordenação*. Sua adoção, para além disso, torna aplicáveis ao futuro a *deliberação* e a *reflexão racional* que empreendemos no presente, e desse modo nos servem como guias de conduta. Eles são *parciais*, no sentido de que não esgotam todas as hipóteses de ação com as quais podemos nos deparar. Logo, podem ser complementados conforme vão sendo executados. São também *hierarquicamente estruturados*, o que significa que planos que cuidam de finalidades específicas incorporam outros (sub) planos sobre meios para a consecução daquelas e dos respectivos passos preliminares, por exemplo. E como são manifestações magnificadas de *intenção*, eles são refratários à reconsideração – isto é, são dotados de uma certa *inércia*, sofrendo alteração apenas diante de motivos relevantes[70].

Conforme destacado por Celano os planos desempenham um importante papel em nossa racionalidade prática, que é o de nos aparelhar com uma *estrutura racional* na qual as deliberações acontecem, estabelecendo quais problemas enfrentamos e quais soluções para tais problemas podem ser admissíveis ou relevantes. Por conta disso, segundo Bratman, os planos nos dão um tipo especial de razões para ação, que ele chama de razões estruturais[71].

Essa espécie de construção teórica está comprometida, enfim, com uma percepção reducionista de nossa racionalidade, que procura reconhecer seus limites e estabelecer que nem sempre é racional fazermos uso de todas as nossas potencialidades. Conforme observado por Richard Holton, é viável sustentar que a nossa própria racionalidade pode exigir de nós que aprendamos quando é que *não devemos pensar*[72].

Shapiro transporta todos esses *insights* para o direito, sujeitando-os contudo a algumas adequações. A principal delas é a de adaptar o esquema conceitual de Bratman, pensado para dar conta de ações pouco complexas, praticadas por uma só pessoa ou por um grupo pequeno de pessoas em face de atividades relativamente simples e independentes de deliberação valorativa, para aquilo que Shapiro chama de *agir massivamente compartilhado*,

---

[69] BRATMAN, Michael. *Intention, plans and practical reason*, 1987, pp. 2-3.
[70] BRATMAN, Michael. *Intention, plans and practical reason*, 1987, pp. 2-3 e 28-30.
[71] CELANO, Bruno. Law, plans and practical rationality, 2012, p. 219.
[72] HOLTON, Richard. *Willing, wanting, waiting*. Oxford: Clarendon Press, 2009, p. 166.

em que enormes contingentes de indivíduos agem juntos na consecução de objetivos complexos, mas estão comprometidos de maneiras diferentes com esse agir – e por vezes até *alienados* em relação a ele[73]. Outro incremento de Shapiro ao modelo bratmaniano é a introdução da figura da *autoridade* na lógica dos planos. Ausente nos escritos de Bratman, esse elemento é essencial para a explicação shapiriana do direito.

Cabe observar que tanto em Bratman quanto em Shapiro o problema da ação orientada ou referida a um valor não aparece. Seja nas ações simples descritas pelo primeiro, seja no agir massivamente compartilhado discutido pelo segundo, cuida-se apenas de *coordenar ações*, unindo *meios a fins*[74]. Todo o eventual debate valorativo em torno das ações que serão coordenadas entre si é reservado para o momento em que se estabelece o plano a ser seguido, mas desaparece uma vez que esse mesmo plano passe a existir e a ser colocado em prática por seus destinatários. A reabertura dessa discussão, aliás, no entender de Shapiro, seria *irracional* para aqueles que aceitam um determinado plano representativo de sua solução, pois derrotaria o propósito de se ter um plano. Por esse motivo o autor entende que o positivismo exclusivista seria *trivialmente verdadeiro* no reino dos planos[75] – o que parecer estar equivocado e, conforme mostrarei mais adiante, não se harmoniza com a posição de Bratman.

É a partir do esquema bratmaniano de pensamento e das posições até aqui destacadas que Shapiro sustenta que as condições de existência para o direito são as mesmas que devem ser cumpridas pelos planos, afirmando que as regras fundamentais dos sistemas jurídicos *são* planos[76].

---

[73] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 143-146.
[74] O exemplo que Shapiro escolhe para ilustrar o funcionamento dos planos deixa muito clara essa preocupação dele em tratá-los como instrumentos de coordenação entre meios e fins, ao invés de elementos estruturantes de uma eventual discussão que pudesse ser valorativa. Ele narra como seria o planejamento de um jantar, destacando sempre os aspectos práticos dessa atividade, mas nunca questionando qual seria a intencionalidade por trás dela (SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 120-153). É verdade que posteriormente o autor incrementa seu exemplo, tornando-o mais sofisticado e detalhado, e destacando como os planos estão aparelhados para fazer frente a questões complexas mediante o uso de conceitos como o de confiança e de autoridade. Porém, a ideia mais básica subjacente ao planejamento permanece e o leva a concluir que o direito mesmo é um *instrumento*. Revisito o exemplo em mais detalhes na seção seguinte.
[75] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 119.
[76] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 119.

Tais planos têm algumas características essenciais e peculiares na construção teórica do autor. Segundo Pulido[77] seriam onze essas características – as quais talvez constituam *a teoria shapiriana dos planos.*

Elas são as seguintes:

(1) Planos são parciais, possuindo uma estrutura *aninhada* – o que significa que eles inicialmente são como conchas vazias que depois vão sendo preenchidas conforme a necessidade, passando a ser gradativamente mais complexos e abrangentes.

(2) Eles apresentam partes que são, elas mesmas, planos, de modo que podem ser chamados de *compostos*.

(3) Eles se prestam a racionalizar as ações futuras tanto daquele que planeja quanto de outras pessoas.

(4) Eles podem ser concebidos para outras pessoas, que não o próprio planejador, o que significa que o aplicador do plano nem sempre é o seu autor.

(5) Eles reduzem custos de deliberação, no sentido de afastarem e substituírem outras razões que pudéssemos invocar diante de uma situação concreta. As razões que eles nos proporcionam, então, são dotadas de *preempção*.

(6) Eles são capazes de gerar normatividade porque são fruto de nossa racionalidade instrumental: ao estabelecer um plano para uma ação futura passa a ser racional para o planejador segui-lo, e irracional abandoná-lo – salvo na presença de uma razão determinante ou suficientemente relevante que justifique esse abandono.

(7) Eles são entidades positivas, no sentido de que são criados pelo homem por meio da adoção, e de que podem ser mantidos através da aceitação.

(8) Eles são o modo mais efetivo de coordenar nosso comportamento quando o que está em questão é uma atividade complexa, contenciosa ou arbitrária, da qual podem decorrer disputas que impeçam a previsibilidade de nosso comportamento.

---

[77] PULIDO, Carlos Bernal. Austin, Hart e Shapiro, 2013, pp. 43-98.

(9) Eles podem ser compartilhados por uma multiplicidade de pessoas.

(10) Eles podem ter caráter hierárquico, permitindo uma divisão vertical das atividades que preveem.

(11) Eles podem regular atividades massivas, compensando a falta de confiança que os diversos membros de um grupo social têm uns nos outros, ou capitalizando sobre a confiança que esses mesmos membros compartilham entre si.

Os pontos "(5)" e "(6)" são particularmente importantes para a compreensão do projeto shapiriano e demarcam uma relevante diferença entre os positivismos exclusivistas de Shapiro e de Raz: enquanto o último apresenta uma defesa *normativa* para a ideia de que as razões do direito são dotadas de preempção (só assim a autoridade pode nos prestar um serviço)[78], o primeiro trata desse tema como uma consequência puramente conceitual da noção de que as normas jurídicas são planos. Para Shapiro os planos nos abastecem de razões dotadas de preempção em função dos elementos que compõem sua natureza. Não é necessário defender normativamente essa posição porque é da essência dos planos a geração de razões preemptivas. Aparentemente, então, o positivismo de Shapiro é exclusivista *all the way down*, enquanto o de Raz é decorrência de um compromisso normativo específico que dissolve as fronteiras entre direito e moral em um nível mais elevado de abstração.

O ponto "(5)" é especialmente relevante por ainda outro motivo: ele indica que os planos são *derrotáveis* diante de razões suficientemente fortes. Shapiro extrairá dessa característica dos planos a tese de que as normas jurídicas também são derrotáveis nessa situação, com a peculiaridade de que é o próprio direito, e não a moral, que determina as condições nas quais isso pode ou deve acontecer[79].

Esse quadro construído por Shapiro de algum modo sistematiza as observações mais gerais tecidas por Bratman, com o fim de aplicá-las especificamente à teoria do direito. Destacadamente ele evidencia que está pressuposta na TDP a racionalidade sobre a qual teorizou Bratman. Transportar para o direito a teoria bratmaniana dos planos significa levar

[78] Cf. COLEMAN, Jules. The architecture of jurisprudence, 2012, p. 74.
[79] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 202.

para o campo jurídico a racionalidade instrumental do planejamento. É com esse pano de fundo que passo a tratar dos componentes centrais da teoria do direito shapiriana.

2. O direito como atividade de planejamento

Shapiro é muito claro ao salientar que não faz uma analogia quando fala de planejamento e que não usa o conceito de *plano* como uma mera ilustração[80]. Sua ambição teórica é ontológica[81]: normas jurídicas *são* planos[82]. Para ele o direito é uma altamente sofisticada organização planejadora cuja função primordial é a de sanar as questões morais surgidas nas *circunstâncias da juridicidade.* Tais *circunstâncias* são as condições sociais, identificadas empiricamente, que tornam desejável a adoção de uma certa forma sofisticada de planejamento social – e esta, segundo o autor, é o direito. Elas surgem sempre que uma dada comunidade enfrenta numerosos e sérios problemas morais cujas soluções são complexas, contenciosas ou arbitrárias. Nelas o direito aparece como *a melhor* solução para reduzir os custos e riscos associados a outras formas de resolução dos referidos problemas morais[83].

Nessa matriz teórica a existência de um plano é um fato social, e não moral. A forma correta de estabelecer se um plano existe é verificar se ele foi adotado e aceito – e as suas qualidades morais não têm qualquer impacto sobre sua efetiva existência, tampouco são a causa de sua aceitação pelos atores institucionais relevantes. Com esse raciocínio, na visão de Shapiro fica preservada a principal tese positivista, que é a de fundamentar o direito unicamente em fatos sociais, e não morais – noutras palavras, fica prestigiada em tal esquema teórico a tese da separação[84] já no plano da fundação do direito.

---

[80] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 119.

[81] Nesse ponto Shapiro se afasta radicalmente da metodologia hermenêutica de Hart, que consistia, grosso modo, na identificação de um caso central ou paradigmático de direito e na elucidação de suas características (cf. PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. *A moral e o conceito de direito em H.L.A. Hart*, 2011, *passim*), sem contudo formular afirmações cabais do tipo "direito é isto" (esse seria um projeto teórico impraticável).

[82] Jeremy Waldron sugere que teria sido melhor tratar do tema como uma metáfora – ou uma nova forma de explicar algo cuja natureza já é conhecida (WALDRON, Jeremy. Planning for legality, 2011, *passim*). Em sentido parecido, Gideon Yaffe mostra um certo ceticismo a respeito do acerto da formulação de que haveria uma relação de identidade entre planos e normas jurídicas, e destaca que, na falta dessa relação específica, as soluções de Shapiro para problemas como o da autoridade do direito ficam comprometidas. Mesmo assim ele observa que alguns dos *insights* shapirianos permanecem interessantes ainda que não aceitemos a premissa de que normas jurídicas são planos. O principal exemplo disso, segundo ele, é o conceito de economia da confiança. Concordo, em termos, com esse último ponto – e o retomarei na conclusão deste trabalho. (YAFFE, Gideon. Book review, 2012, p. 459).

[83] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 170.

[84] SIMMONDS, Nigel. 2012, p. 256.

É importante perceber que a ideia de que a moral está separada do direito é especialmente relevante para Shapiro quando o que está em causa é a identificação do direito e de suas propriedades essenciais – operação que, segundo ele, não pode ser feita a partir de considerações morais[85]. Por conseguinte, ele não está preocupado em negar que consequências morais advêm na e da prática jurídica, e chega mesmo a defender a tese de que o direito tem uma finalidade (ou propósito) moral. A *descrição* dessas consequências e dessa finalidade, contudo, é um empreendimento meramente sociológico[86].

Legality pode ser dividido em três partes[87]. A primeira delas examina as obras de Austin e Hart, ambas reputadas por Shapiro como incapazes de responder adequadamente duas questões que ele coloca como essenciais para a viabilidade de uma teoria do direito: o *Dilema da Possibilidade* e o *Desafio de Hume*[88].

Shapiro afirma que existe uma percepção generalizada segundo a qual qualquer ente autoritativo que disponha de poder para criar normas jurídicas necessariamente deve ter recebido esse poder de outra norma jurídica superior, que por seu turno também haja derivado sua autoridade de outra mais elevada, e assim por diante, até que inapelavelmente se incida em uma infinita regressão. Por Dilema da Possibilidade, então, ele quer se referir

---

[85] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, nota 8, p. 404. Em seu polêmico capítulo metodológico, que não se constitui em objeto direto deste estudo, Shapiro distingue duas perguntas básicas que o teórico do direito deve fazer: a da *identidade* e a da *implicação*. A primeira diz respeito às propriedades que identificam o direito, enquanto a segunda se ocupa de examinar o que necessariamente decorre de algo ser direito. Assim, a tese da separação importa para Shapiro não como *output* de sua teoria (como ocorre com Raz), mas já como ponto de partida de sua investigação teórica. Esse específico traço metodológico de sua obra, notadamente o de estar comprometido com a tese da separação *all the way down*, parece não ter sido revisto em seus escritos mais recentes.

[86] Horácio Neiva (NEIVA, Horário Lopes Mousinho. *Meta-teoria do direito*: ensaios reunidos. Porto Alegre: Editora Fi, 2017, pp. 17-28), inspirado em escritos de Stephen Perry, diria que Shapiro é tanto um positivista *substantivo* (porque defende a separação entre valores morais e critérios de validade jurídica) como um positivista *metodológico* (porque insiste na separação entre valores morais e a própria teoria do direito). Neste último aspecto, e aqui empregando a classificação do próprio autor brasileiro, Shapiro seria um *descritivista* (porque aceita a tese da neutralidade, segundo a qual a teoria do direito não deve empreender valoração moral acerca de seu objeto de estudo, e que, se fosse rejeitada por ele, faria dele um *normativista*). Embora esteja ciente de que a discussão empreendida neste trabalho dialoga diretamente com essa relevante distinção, não tenho a preocupação de identificar a cada passo em qual nível se situa minha argumentação (substantivo ou metodológico). Não enfrento esse problema neste escrito, mas observo que, no fundo, se o não-positivismo metodológico (ou *normativismo*) estiver correto, então o positivismo substantivo só fará sentido enquanto (1) dispositivo analítico meramente explicativo ou (principalmente) como (2) diretriz prática. Isso porque, nessa hipótese, a ideia de separação entre direito e moral, em sua acepção substantiva, será ela mesma a implementação de uma posição normativa anterior, e não uma verdade conceitual. Ao dizer mais adiante que a TDP poderia ser fortalecida se fosse relida e defendida como uma instância de positivismo normativo, essa intuição fundamental será meu pano de fundo.

[87] SHAPIRO, Scott. Summary, 2012, p. 538-540.

[88] Não tratarei das críticas dirigidas a Austin, mas, no capítulo seguinte, discutirei aquelas direcionadas por Shapiro a Hart.

à possibilidade de existência do direito fora do campo de incidência dessa regressão infinita (ou circularidade), intentando identificar qual seria a fonte última da autoridade (ou da normatividade) do direito[89].

O Desafio de Hume, de seu turno, trata de outro problema. Aparentemente o conhecimento do direito é normativo, enquanto o conhecimento dos fatos sociais é descritivo. Se o direito tem por base somente fatos sociais, como propõe o positivismo jurídico, então os positivistas hartianos estariam a afirmar que ele extrai normatividade de um saber que é somente descritivo – e isso violaria o princípio proposto por Hume de que não é possível deduzir o que *deveria* do que *é*. Shapiro afirma que uma teoria do direito só é plausível se não for vencida por essa objeção[90].

A segunda parte da obra se presta a apresentar e defender a TDP – e dela se destaca a conclusão de que a interpretação no direito nada mais é do que a *interpretação de planos*, pois a atividade jurídica *é uma atividade de planejamento* e as leis *são planos*. Essa interpretação, segundo o autor, deve ter em conta (1) os *propósitos* do plano interpretado, bem como (2) o grau de *confiança* existente entre os autores do plano e aqueles indivíduos ou instituições que lhe estão sujeitos. Esses dois elementos podem ser identificados sociologicamente, e a interpretação é passível de ser operacionalizada de modo diferente à luz da interação havida entre eles e da espécie de sistema jurídico em que ela própria se desenvolve.

---

[89] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p.42. Torben Spaak distingue dois sentidos que podemos atribuir ao conceito de normatividade no direito. Em primeiro lugar ele pode se referir ao problema do caráter normativo do direito como uma propriedade necessária do próprio direito. Em segundo lugar ele pode estar relacionado à explicação do uso de linguagem normativa por parte dos atores da prática jurídica (SPAAK, Torben. Legal positivism, conventionalism, and the normativity of law. *Social Science Research Network*. Disponível em < https://ssrn.com/abstract=2978561>. Acesso em 5/6/2017). Shapiro no entanto não leva em conta essa distinção – isto é, não enxerga esses dois pontos como objetos de análise separados. É verdade que ele se preocupa com ambas essas dimensões da noção de normatividade. No entanto, o exame que faz delas é conjunto: para ele invoca-se linguagem normativa na prática jurídica porque o direito é normativo segundo o ponto de vista do próprio direito. Essa utilização de linguagem normativa é indício de que o direito possui normatividade, possivelmente indicando, também, que a moral estaria envolvida de alguma maneira na identificação do direito e na determinação de seu conteúdo. Mas, como essa normatividade existe apenas segundo um certo ponto de vista específico e passível de ser descrito como fato do mundo, esta, para Shapiro, não estaria fundada em elementos morais. Isso conduz Shapiro à curiosa posição teórica de entender que o direito é normativo somente para aqueles que assim o consideram – e, nesse ponto, vide Spaak, o aproxima de Kelsen.

[90]SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 45-46. Ele discorda, portanto, de John Searle, para quem o problema levantado por Hume não é de fato um problema, visto que nada existe a impeder a derivação de uma afirmação normativa de outra descritiva (SEARLE, John. How to derive an ought from an is. *The Philosophical Review*, No. 73, January 1964, pp. 43-58).

O que Shapiro chama de *economia da confiança* vem sido compreendido por muitos como uma relevante contribuição dele à teoria do direito[91]. O autor sustenta que os planos manejam uma certa estrutura de confiança, no sentido de que tornam possível determinar, a partir de seus próprios termos, se os aplicadores desses mesmos planos devem interpretá-los literalmente ou com certa amplitude – ou, noutras palavras, se estão autorizados a agir com mais ou menos liberdade interpretativa. Sendo pequena a confiança depositava pelos planejadores nos aplicadores do plano, estes nada podem fazer além de interpretá-lo e cumpri-lo (quase que) literalmente. Por outro lado, se essa confiança for elevada, então lhes é permitido até mesmo agir como verdadeiros planejadores, acrescentando novos elementos ao plano com o qual trabalham ou mesmo alterando suas diretrizes.

Nesse aspecto o autor sustenta que o sistema jurídico norte-americano é um *sistema de autoridade*, estruturado por um plano-mestre que veicula grande *desconfiança* com relação aos juízes, de maneira tal que estes, no mais das vezes, devem aplicar planos em seu sentido *literal*. Não examino esse assunto nos estritos limites deste trabalho, mas registro um certo ceticismo quanto à real relevância desse *insight* no que se refere especificamente aos juízes. Quando se tem em mente os diversos agentes da administração pública ou da burocracia estatal em um leque mais amplo, talvez de fato faça sentido falar em diferentes níveis de confiança dispensados a cada um. Contudo, relativamente aos juízes, é questionável imaginar que um plano-mestre, ao mesmo tempo, os encarregue de decidir, e de, em muitos casos, segundo Shapiro, o fazer discricionariamente, mas não lhes confira a confiança necessária para isso. Imagino que a própria atividade de julgar pressuponha alto grau de confiança naquele que julga, mesmo porque, no modelo positivista, o juiz reiteradamente cria direito novo no campo da discricionariedade, seja qual for o grau de confiança nele depositado pelo legislador. É verdade que a estrutura hierárquica do Poder Judiciário frequentemente limita o escopo da atividade dos julgadores – mas isso se dá muito mais em virtude de questões estruturais do que em função de uma avaliação que se faça quanto ao grau de confiança que o sistema jurídico lhes comete.

Já a terceira e última parte do livro cuida, de modo mais profundo e específico, da interpretação jurídica, avançando na percepção de que os operadores do direito, ao discutirem como interpretá-lo, efetivamente levam em consideração (1) os propósitos das

---

[91] WALDRON, Jeremy. Planning for legality, 2011, *passim*; BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans, 2012a, *passim* & Legality, 2012b, *passim*.

leis que serão interpretadas e (2) o nível de confiança e de desconfiança distribuídos pelo próprio direito aos participantes do sistema jurídico – e, mais importante, de que tomam em conta o *conceito de direito*. Aqui tem destaque a teoria da separação em seu viés prático, na medida em que os dois mencionados elementos devem ser identificados sem recurso à deliberação moral. É possível ler essa última porção de *Legality* como uma teoria positivista da decisão judicial, tributária da racionalidade do planejamento.

A obra gravita ao redor de cinco teses principais que constituem um esquema geral da teoria do direito de Shapiro quando lidas em conjunto. Algumas delas já apareceram nos parágrafos anteriores, ainda que de forma difusa. Agora trato delas de modo mais direto.

A primeira das teses principais de *Legality* é a *tese do planejamento*, segundo a qual a *atividade jurídica é uma atividade de planejamento social*[92]. Com isso Shapiro quer destacar que o *exercício* da autoridade jurídica, por ele chamado de *atividade jurídica*, é caracterizado pelo fato de que as instituições jurídicas planejam para as comunidades sobre as quais reivindicam autoridade, tanto ao dizerem a seus membros o que eles podem e não podem fazer, quanto ao autorizarem alguns deles a planejar para outros[93].

Se a ação de planejar está naturalmente sujeita, segundo Bratman, à racionalidade instrumental do planejamento, dizer que o direito é uma atividade de planejamento social equivale a afirmar que o direito também está submetido a essa mesma racionalidade – na realidade, trata-se de uma manifestação dela. Isso porque, do ponto de vista metafísico, normas jurídicas *são* planos e instituições jurídicas *são* organizações que estão aptas a planejar por sua própria natureza. Como destaca Plunkett[94], para Shapiro a natureza das instituições jurídicas é a de organizações que são planejadoras e que planejam de forma compulsória e autocertificadora, sempre com um propósito moral. Essa observação, em essência, é que permite a Shapiro diferenciar o direito de outras organizações que também planejam: somente as instituições jurídicas têm, em sua própria natureza, um propósito moral. A racionalidade do direito, de suas instituições e de seus agentes, nesse cenário, é a do planejamento.

---

[92] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 195.
[93] Para Shapiro essa atividade é jurídica quando é compartilhada, oficial, institucional, compulsória, autocertificadora e, ainda, quando tem um propósito moral (SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 225).
[94] PLUNKETT, David. The Planning Theory of Law I: the nature of legal institutions. *Philosophy Compass*. Vol. 8/2, 2013b, p. 157.

A segunda é a *tese do agir compartilhado*, que afirma que a *atividade jurídica é uma atividade compartilhada*[95]. Isso quer dizer que os diversos atores da prática jurídica desempenham papéis de variadas espécies na *mesma* atividade de planejamento social, ao invés de estarem engajados em agendas de ação individuais e desvinculadas umas das outras.

Esse compartilhamento novamente corporifica a racionalidade instrumental do planejamento, pois de algum modo possibilita a coordenação que caracteriza o próprio ato de planejar, seja ela entre meios e fins, seja entre diversas pessoas, entretanto sem demandar que os participantes do agir compartilhado valorem positivamente o seu objeto.

A terceira é a *tese do propósito moral*[96] do direito. Ela assinala que a finalidade fundamental da atividade jurídica é a de remediar as deficiências morais características das já referidas *circunstâncias da juridicidade*. Shapiro afirma que a presença de um propósito moral é o *fator de diferenciação* de um sistema jurídico diante de outras práticas sociais, como os jogos, as regras de etiqueta e até a Máfia[97]. Contudo, ele insiste em dizer que aceitar a existência desse propósito não significa anuir à participação da moral na identificação do direito ou na determinação de seu conteúdo[98]. Primeiro porque ter um propósito moral não é o mesmo que atingi-lo ou colocá-lo em prática. Segundo porque nada impede que esse propósito seja moralmente mau[99]. Dito de outro modo, a correção moral desse propósito não participa da identidade do direito (e portanto não integra a juridicidade). Somente a existência dele é parte da natureza do direito. Do ponto de vista dessa identificação, então, a tese da separação continua central para o empreendimento filosófico shapiriano, embora Shapiro não negue que o direito e a moral estejam intimamente relacionados de alguma maneira[100]. Pode-se dizer, aliás, que a ideia shapiriana de que o direito apresenta um propósito moral é, ela mesma, apenas descritiva, e não normativa – descritiva de uma

---

[95] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 204.
[96] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 213.
[97] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 215.
[98] Robert Alexy pontua que, apesar do declarado compromisso de Shapiro com o positivismo, a tese do propósito moral deve ser lida como uma consubstanciação da fórmula de Radbruch, pela qual, em casos de extrema injustiça, prevalece a solução justa sobre a solução positivada (ALEXY, Robert. Scott J. Shapiro between Positivism and Non-Positivism, 2016, p. 305). Essa leitura força a conclusão de que a determinação do conteúdo do direito depende de deliberação moral, pelo menos nos casos de extrema injustiça. Como a verificação da presença ou da ausência de extrema injustiça, ela mesma, pode ser feita em todos os casos, então parece ser impossível determinar o conteúdo do direito sem alguma medida de deliberação moral. Retomo essa posição ao criticar a solução de Shapiro para o argumento dos desacordos teóricos levantado por Dworkin.
[99] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 213.
[100] É interessante observar que essa construção se aproxima muito das posições de Tomás de Aquino – o que poderia sugerir um flerte entre a obra de Shapiro e o direito natural (cf. MURPHY, Mark C. Book review, 2011, *passim*).

característica que o direito possui e que tem caráter constitutivo de sua natureza[101]. Melero de La Torre acrescenta que essa é uma tese metafísica acerca da natureza do direito, na qual estaria necessariamente inscrito o seu propósito moral[102].

Desde que se aceite que o direito é uma atividade de planejamento, a ideia de que ele é marcado por um *propósito* parece inescapável. É nada mais do que natural que um plano se volte a uma dada *finalidade*. Quando Shapiro afirma, no entanto, que essa finalidade é *moral*, e que é assim por força da *natureza* do direito, o que ele em verdade faz é tentar artificialmente submeter as discussões morais que se desenvolvem no direito a uma racionalidade que não lhes é própria – mais uma vez, a racionalidade instrumental da ação de planejar –, porém sem enfrentar o ônus de justificar normativamente essa posição. Ele entende que essa justificação é dispensável porque a posição que defende seria imposta pela natureza do direito.

Interessantemente essa opção *teórica* parece decorrer, na realidade, de uma anterior opção *normativa*, ou seja, de algum esquema de justificação política que chancele a escolha por uma apreciação limitada do papel que as considerações morais desempenham na prática jurídica. Não por outro motivo a teoria de Shapiro foi vista por Thomas da Rosa de Bustamante como uma espécie de positivismo normativo[103], isto é, um exemplar de teoria do direito que adota a mecânica de funcionamento do positivismo exclusivista não porque a melhor descrição do direito aponta para a verdade dessa forma operacional, mas, sim, porque certos valores políticos justificam que o direito opere assim[104].

Se isso tudo for verdade, então Coleman tem razão ao dizer que a tese da separação não é essencial para o positivismo exclusivista – antes o contrário, ele é exclusivo porque

---

[101] PLUNKETT, David. Legal positivism and the moral aim thesis, 2013a, p. 2.
[102] MELERO DE LA TORRE, Mariano C. Recensión. Legality, Scott J. Shapiro. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. No. 2, Marzo – Agosto 2012, p. 229.
[103] Melero de La Torra (MELERO DE LA TORRE, Mariano C. Recensión, 2012, pp. 229-230), Bustamante (BUSTAMANTE, Thomas, Interpreting plans, 2012a, *passim* & Legality, 2012b, *passim*) e Waldron (WALDRON, Jeremy. Planning for legality, 2011, *passim*) pensam da mesma forma.
[104] Piccolo (PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. *A moral e o conceito de direito em H.L.A. Hart*, 2011, *passim*) defende a ideia de que o próprio positivismo de Hart já era uma teoria normativa (em um sentido prático de normatividade, que está conectado à tomada de posição, à prescrição e à emissão de juízos de valor, e que é partilhado por mim neste escrito). Concordo com a visão de Bustamante quanto ao fato de que o positivismo se torna mais interessante do ponto de vista filosófico em sua vertente normativa, que de alguma maneira se aceita como teoria interpretativa e portanto se apresenta interpretativamente como a melhor concepção possível de nossa prática jurídica (BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 20. Nº 1. Jan-Abr 2015, pp. 307-327).

somente cumpre sua função (a serviço da moral) se não permitir que o direito opere com deliberação moralmente carregada –, o que parece explicitar uma contradição na TDP (entre seu compromisso com a tese da separação, de um lado, e sua funcionalidade como instrumento a serviço da moralidade, de outro).

Afirmar que o direito tem um propósito moral integrante de sua natureza permite a Shapiro refutar teses antipositivistas (compreendidas como aquelas que sustentam que os fatos jurídicos são constituídos, no todo ou em parte, por fatos morais) no nível da metafísica das instituições jurídicas, já que somente instituições planejadoras são jurídicas e somente elas têm um propósito moral – logo, somente elas são aptas a cumprir a função primordial do direito, que é a de sanar deficiências morais. Isso parece estar em harmonia com sua implementação da tese da separação. Mas, se esse propósito for evidência de que direito e moral estão profundamente ligados um ao outro no campo ontológico, então a tese da separação perde todo o seu sentido.

A quarta tese central de *Legality* é apresentada como a *lógica simples do planejamento*. Ela afirma que *a existência e o conteúdo de um plano não podem ser determinados por fatos cuja existência o plano intenta resolver*. Essa posição dialoga diretamente com a tese do propósito moral. Isso porque as deficiências morais das circunstâncias da juridicidade somente podem ser sanadas se a deliberação moral necessária a essa solução, já consubstanciada em um determinado plano que reporta sua conclusão, não for retomada todas as vezes em que o plano tiver de ser aplicado ou posto em prática[105]. A lógica dos planos, então, é a lógica da *preempção* – e, por conseguinte, a razão jurídica é amoral.

A quinta, por fim, é avançada com o nome de *lógica geral do planejamento*. A dicção da tese é no sentido de que *a interpretação de qualquer membro de um sistema de planos não pode ser determinada por fatos cuja existência qualquer membro desse mesmo sistema*

---

[105] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 275. Essa afirmação está em grande medida ligada à *tese da diferença prática*, segundo a qual importa considerarmos o direito e a moral como domínios normativos distintos porque, se não for assim, o que realmente influirá nas condutas das pessoas será sempre a moral, e nunca o direito, que portanto passaria a ser redundante nesse cenário. Nesse esquema de pensamento o direito faz diferença prática nas ações de seus sujeitos justamente quando contraria seus juízos morais, o que só pode ser alcançado se a identificação e a determinação do conteúdo do direito não depender de deliberação moral. Uma interessante releitura dessa posição, todavia, é a de que a própria moral é que determina que o direito deva ser construído de modo a fazer diferença prática nas deliberações de seus sujeitos (COLEMAN, Jules. The architecture of jurisprudence, 2012, *passim*). Shapiro procura contornar essa possível objeção com a anotação de que a lógica dos planos é uma exigência da racionalidade instrumental, e não da moralidade.

busca resolver[106]. Ela é uma generalização da tese anterior. Shapiro observa que a lógica *geral* dos planos se diferencia da *simples* de dois modos. Primeiro, a lógica simples se ocupa da existência e do conteúdo dos planos, enquanto a geral se debruça sobre sua interpretação ou aplicação. Segundo, a lógica simples se reporta à existência e ao conteúdo de um único plano, enquanto a geral se aplica à interpretação de um plano que é parte de um sistema maior de planos.

Shapiro enxerga essa lógica dos planos, tanto em sua forma simples quanto em sua modalidade tentada, como imposição da racionalidade do planejamento, e portanto da natureza do direito. Com essas ideias ele pretende, dentre outras coisas, criticar a teoria do direito de Dworkin. Sinteticamente seu argumento é o de que a possibilidade de constante reabertura da discussão em torno dos méritos morais de uma determinada norma, marca do *direito como integridade*, é inconsistente com a natureza mesma do direito. Dworkin teria formulado uma proposta teórica absurda porque irracional.

Ao abrir esse *front* de combate, contudo, Shapiro parece ficar sujeito a um problema que Larry Alexander[107] e Frederick Schauer[108] chamam, respectivamente, de *lacuna* (*gap*) e de *assimetria da autoridade*. Em poucas palavras, a despeito de ser moralmente desejável contarmos com mecanismos de solução de conflitos morais (*regras*, no caso de Alexander e Schauer; *planos*, no caso de Shapiro), e de se afigurar racional e moralmente desejável decidirmos segundo a racionalidade típica do seguir regras, muitas vezes a diretriz advinda da regra é tão moralmente condenável que passa a ser irracional segui-la. Nesses casos torna-se paradoxal para a autoridade exigir do agente que se comporte racionalmente (seguindo uma regra que ela mesma lhe impôs)[109].

Esse é um problema para o pensamento de Shapiro porque, se é da natureza do direito precluir esse tipo de deliberação, então a prática jurídica muitas vezes se configura em uma prática *irracional*, dado que deliberações dessa feição acontecem em nossa vivência jurídica mesmo assim. Por outro lado, se ela permite a ocorrência dessa espécie de situação de modo

---

[106] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 311.
[107] ALEXANDER, Larry. The gap. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, N. 3, 1991, pp. 695-701; ALEXANDER, Larry. Can law survive the asymmetry of authority? *QLR*, Volume 19, Number 3, 2000, pp. 463-481.
[108] SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*: a philosophical examination of rule-based decision making in law and in life. Oxford: Clarendon Press, 1991, reprinted in 2002, pp. 128-134.
[109] Na literatura nacional, Struchiner tratou do tema em artigo de 2009 (STRUCHINER, Noel. O "aparente" paradoxo das regras. *Ethic@*, Florianópolis, v. 8, n. 3, maio de 2009, pp. 63-71).

constante e sistemático, então talvez fique refutada, porque equivocada do ponto de vista descritivo, a asserção de que a natureza do direito imporia aos seus destinatários a lógica do planejamento aqui debatida.

Seja como for, em seu extremado apego à lógica dos planos Shapiro parece se afastar daquilo que Struchiner chamou de *caráter normativamente inerte* da tese do positivismo conceitual. Retomando a classificação estabelecida pelo autor do Rio de Janeiro, há uma ideia central básica que permeia toda a tradição positivista, a saber, a de que a existência e o conteúdo do direito são independentes da satisfação de requisitos morais, tratando-se de problemas cuja solução é atingida pela identificação de suas fontes sociais. A esse núcleo duro do pensamento positivista se dá o nome de tese do positivismo conceitual[110]. Decorrem dela as noções de que (1) direito e moral estão conceitualmente separados e de que (2) o direito sempre padece de algum grau de indeterminação. Ser inerte do ponto de vista normativo quer dizer que a tese do positivismo conceitual é minimalista e não acarreta consequências práticas, de modo que o teórico que a aceita pode também aceitar que o direito opere segundo os mais variados modelos decisórios.

Não parece ser esse o caso da teoria shapiriana. Ao defender as teses de que as normas jurídicas são planos, de que a atividade jurídica é uma atividade de planejamento e de que a interpretação jurídica é a interpretação de planos, o autor implicitamente sustenta que existe uma única maneira adequada de tomada de decisões acerca delas, ou um único modelo de decisão para o direito: aquele imposto ao agente decisório pela lógica do planejamento. Ele também se compromete com a ideia de que a tese da separação não é decorrente da tese do positivismo conceitual – antes o contrário, é a tese do positivismo conceitual que deflui da tese da separação, sendo esta uma expressão dos contornos ontológicos tanto do direito (atividade de planejamento social) quanto das normas jurídicas (planos).

Esse modelo decisório é temperado pela percepção de que existe uma economia da confiança no regime dos planos – o que permite a Shapiro dar conta das diversas atitudes que os agentes decisórios podem ter quanto a como devem decidir a respeito de planos jurídicos. Porém, ele é uno em sua natureza, em seus pilares fundamentais e, podemos dizer, em sua gramática lógica. Isso aponta para o fato de que no positivismo dos planos a tese do

[110] O destaque vem de John Gardner (GARDNER, John. Legal positivism: 5 ½ myths. *The American Journal of Jurisprudence*. Vol. 46, 2001, pp. 199-227).

positivismo conceitual não é normativamente inerte, mas tem efeitos claros e determinados sobre a tomada de decisão no seio da prática jurídica – ainda que seu caráter prescritivo nesse aspecto venha travestido de afirmação metafísica sobre aquilo que o direito é.

Tanto a lógica simples quanto a lógica geral do planejamento (1) estão em harmonia com a tese da separação e (2) são consectárias da racionalidade instrumental envolvida na atividade de planejar. Se reconhecemos, com Shapiro, que o direito intenta sanar as deficiências morais verificadas nas circunstâncias da juridicidade, então a elaboração de planos a esse respeito encerra a deliberação moral relevante e vincula instrumentalmente os destinatários do plano à consecução dos fins nele traçados.

Essa conclusão de Shapiro é criticada por Jeremy Waldron porque não leva em conta a possibilidade de termos planos cuja finalidade é a de guiar precisamente a nossa deliberação moral. Waldron cita uma norma cujo texto determina que motoristas devem conduzir seus carros em velocidade *razoável*, afirmando que isso significa que é viável impor aos condutores a necessidade de avaliarem o assunto do ponto de vista da *razoabilidade* (e portanto moralmente), embora não seja possível ou interessante determinar, de antemão, qual seria essa velocidade. Isso significa, ao mesmo tempo, que (1) é necessária a deliberação moral para se demarcar o conteúdo do plano, mas que (2) essa deliberação não impede o plano de cumprir sua função – antes o contrário, na medida em que deliberar moralmente, nesse tema específico, significa cumprir o plano[111].

Como se vê, as teses centrais da teoria jurídica de Shapiro são indissociáveis da tese da separação e da particular concepção de racionalidade que governa o planejamento. Sua estratégia é conceitualmente engenhosa porque parece conseguir a proeza de dar inteligibilidade ao direito enquanto trabalha apenas com fatos sociais, sem a necessidade de arrolar argumentos normativos – ao menos em uma primeira observação.

A implementação prática dessa lógica pode ser vista com muita clareza através de um exemplo apresentado em *Legality*. Mediante a discussão de um hipotético jantar Shapiro intenta mostrar como é que os planos concretamente operam em nossas atividades

[111] WALDRON, Jeremy. Planning for legality, 2011, pp. 895-896.

cotidianas, tornando-as menos desgastantes e mais produtivas do ponto de vista de nossas deliberações e ações[112].

O exemplo começa com a apresentação de um problema. O autor se sente culpado porque recentemente gastou mais do que devia jantando em restaurantes, e imagina como solucionar razoavelmente essa situação ao decidir como será o jantar desta noite. Sua conclusão para esse dilema (valorativo) de razoabilidade é a de preparar a sua própria refeição no local onde mora, ao invés de jantar fora novamente. Surge então um plano nesse sentido – um plano que resolve uma questão relacionada a um valor (a de agir com de modo *razoável*), mas que, ao reportar essa resolução, passa a se ocupar apenas de estabelecer nexos coerentes entre meios e fins, determinando quais passos devem ser dados para que o objetivo de preparar um jantar em casa se concretize.

O plano cresce em complexidade e em número de etapas conforme é posto em prática. Ele envolve a ida a um supermercado, a escolha de ingredientes e assim por diante. Em um primeiro momento o seu autor não necessita estabelecer quais utensílios específicos empregará no preparo da refeição, mas pode eventualmente incrementá-lo nesse ponto quando isso for exigido. Subplanos surgem diante de escolhas pontuais, tais como a de determinar qual panela será usada no cozimento dos alimentos, de modo tal que as intenções do agente vão se concatenando instrumentalmente na direção do resultado esperado – um resultado que é predeterminado porque foi pensado como solução para um problema valorativo que não pode mais ser revisitado sem que o planejador incorra em irracionalidade.

Em dado momento surge a ideia de convidar um amigo para o jantar. O plano original, que envolvia apenas coordenação intrapessoal, é aceito pelo tal amigo e enriquecido para dar conta de questões interpessoais, tais como quem vai comprar os ingredientes da refeição ou qual dos participantes ficará responsável pelo preparo dos pratos que serão servidos, passando a ser um plano compartilhado entre os dois. Shapiro não explica por qual motivo o tal amigo aceita o primeiro dos planos que existia nesse cenário, notadamente o de que o autor jantaria em sua própria casa, mas entende que essa aceitação faz com que o convidado também passe a estar comprometido com o tipo de exigência racional de coerência entre meios e fins que caracterizava a primeira intenção do dono da residência.

---

[112] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 120-153

O jantar funciona bem a ponto de se transformar em um evento semanal que conta com a participação de diversos outros amigos do autor do plano. Essa circunstância dá ensejo a novos problemas, como por exemplo o de determinar onde os encontros ocorrerão ou de apontar quem escolherá a refeição que será oferecida em cada ocasião, problemas esses que necessitam ser resolvidos pelo estabelecimento de planos complementares, os quais são aceitos por todos os participantes dessas confraternizações e passam a ser compartilhados por eles. Uma estrutura hierárquica é pensada para dar conta da definição de alguns pontos potencialmente controvertidos, sendo igualmente aceita por todos os envolvidos, que espontaneamente se submetem às decisões de uma autoridade que eles mesmos apontaram por entenderem que ela reduziria seus custos deliberativos e seus potenciais desacordos quanto a quais ações devem realizar para que o plano que compartilham seja adequadamente cumprido. Novamente não se explica por qual motivo específico essa aceitação tem lugar: sabe-se apenas que todos compartilham a intenção de participar dos tais jantares, que estes somente podem se realizar sem conflitos se todos estiverem comprometidos com uma dada estrutura de tomada de decisões, e que por isso ficam todos submetidos aos ditames da racionalidade que governa a atividade de planejamento.

Dos jantares semanais surge uma empresa especializada em refeições e depois uma comunidade, sediada em uma ilha, com seu próprio sistema jurídico, apresentado como paradigma de um agir massivamente compartilhado por um número elevado de pessoas que aceitam um mesmo plano. Shapiro passa, assim, de um plano singelo, estabelecido por uma única pessoa, com apenas ela própria em mente, para um sistema complexo de planos destinado a uma infinidade de agentes e passível de ser chamado de direito.

Sem embargo da gradativa sofisticação do exemplo, sua ideia central é a mesma em todos os seus estágios. Essa ideia é a de que a colocação do plano em prática prescinde de qualquer discussão de cunho valorativo, pois esta foi anterior ao estabelecimento do plano e foi resolvida em definitivo por ele. Assim, a exigência racional de que os adeptos do plano se comportem de modo coerente com o objetivo que aceitaram se restringe a uma relação instrumental entre meios e fins. Quando o autor convida seu amigo para participar do primeiro jantar a aceitação do convite ou a execução de suas diretrizes são descritas como inteiramente independentes de um eventual debate que pudesse surgir entre eles a respeito daquilo que poderia ser um bom jantar. De igual maneira, quando se estabelece a comunidade jurídica insular comentada acima seus participantes não questionam se as

decisões da autoridade à qual estão sujeitos são ou não boas decisões e nem mesmo por qual razão devem continuar participando da vida comunitária. No primeiro caso importa apenas que haja um jantar. No segundo o que interessa é que uma decisão autoritativa seja tomada para que o plano que todos compartilham de viver em comunidade não seja frustrado.

No exemplo, portanto, a verificação de que um plano existe e de que foi aceito por seus destinatários é passível de ser feita sociologicamente, sem deliberação moral. Os padrões de conduta esperados dos participantes do plano, tanto no que se refere ao solitário autor do plano original de jantar, quanto no que se relaciona aos cidadãos da ilha imaginada por Shapiro, são aqueles que se mostram instrumentalmente coerentes com as finalidades previamente estabelecidas pela ação de planejar, cuja racionalidade comanda as ações e expectativas de todas essas pessoas. Se houve uma questão valorativa controversa envolvida no planejamento, esta foi solucionada em caráter definitivo pelo estabelecimento do próprio plano, cujas conclusões, *rebus sic stantibus*, não ficarão sujeitas a reconsideração. Esse é, na prática, o modelo shapiriano para o direito.

Identificados esses pontos, passo a demonstrar, no capítulo seguinte, que a teoria do autor se distancia do positivismo de Hart para despontar como um novo positivismo. A discussão acerca da plausibilidade desse original empreendimento teórico ocupará os capítulos restantes.

III. ERROS DE HART, SOLUÇÕES DE SHAPIRO

I thought that in my scheme there seemed
A wondrous harmony,
But soon confusion followed,
My plans went all awry.

My tower was not high enough,
No room the poet found;
My turret split asunder
And tumbled to the ground![113]

Há muitas dimensões em que *O conceito de direito*, obra principal de Hart, pode ser visto como uma construção teórica paradigmática. Uma delas certamente está conectada à forma de apresentação de uma teoria do direito que se pretenda nova. Antes de desenvolver sua particular teoria Hart cuidou de expor e discutir os erros mais graves dos teóricos que vieram antes dele na senda da filosofia do direito de matriz positivista – em especial os de John Austin e Hans Kelsen. Em grande medida a ideia de que o direito consiste na união de regras primárias e secundárias foi apresentada como solução e resposta para os defeitos detectáveis nas posições dos autores que Hart procurou sistematicamente criticar. Shapiro busca fazer o mesmo. Em essência a TDP é uma tentativa de sanar problemas presentes em outras teorias do direito, especialmente na hartiana e na dworkiniana.

Neste capítulo discuto parte das inconsistências que Shapiro enxerga na teoria de Hart e que considera graves o suficiente a ponto de tornarem necessária a construção de uma nova teoria do direito[114]. Em *Legality* são apontadas três falhas dessa espécie. A primeira e a segunda dialogam com a tese da separação em seu aspecto fundacional. Ambas serão debatidas desde logo. A terceira se refere ao nível da prática jurídica – e será objeto do capítulo V[115].

Shapiro afirma (esta é a primeira falha da teoria hartiana) que Hart não consegue explicar a origem da normatividade (ou da autoridade) do direito, e que isso se dá por dois motivos. Primeiro porque Hart incide em um erro filosófico ao tratar as regras e as práticas

---

[113] IBSEN, Henryk. *Lyrical poems*: selected and translated by R. A. Streatfeild. London: Elkin Matthews/Vigo Street, 1902, pp. 9-10.
[114] Discuti os pontos centrais da teoria do direito de Shapiro antes de tratar dos problemas que existiriam na teoria de Hart por entender que seria mais produtivo examinar tais problemas em conjunto com as soluções shapirianas – exame que só é possível uma vez conhecidas as bases teóricas dessas soluções.
[115] Adianto que a terceira insuficiência da teoria do direito de Hart diz respeito à impossibilidade de apresentar resposta satisfatória ao argumento dworkiniano dos desacordos teóricos. Shapiro concorda com Dworkin quanto à efetividade da crítica e apresenta sua própria resposta a ela.

sociais como pertencentes a uma mesma categoria metafísica. Esse erro, diz Shapiro, impede Hart de explicar a origem das regras sociais, particularmente da regra de reconhecimento. Segundo porque tal insuficiência não pode ser sanada pela ideia de que as práticas sociais relevantes para Hart seriam convenções coordenativas de corte lewisiano. O autor também sustenta (esta é a segunda falha da teoria hartiana) que Hart não consegue vencer o Desafio de Hume, visto que sua teoria não exclui a possibilidade de que um assim chamado *homem mau* possa normativamente identificar e descrever o direito mesmo sem estar engajado de modo prático nas regras jurídicas (ou seja, mesmo sem aceitá-las segundo o ponto de vista interno). Dedico a primeira seção deste capítulo à apresentação mais detalhada desses dois problemas que Shapiro imputa à teoria de Hart.

Já na segunda seção analiso a solução que Shapiro procura avançar para o Dilema da Possibilidade. O autor pensa estar equipado para superá-lo pela via dos chamados planos compartilhados, que seriam naturalmente capazes de gerar normatividade em função das normas da racionalidade instrumental atinentes à atividade de planejamento, e apresenta justificativas para defender a ideia de que tais planos se constituem em categoria filosófica de maior potencial explicativo do que as convenções de Lewis ou de Hume.

A terceira seção deste capítulo é dedicada ao tratamento dispensado por Shapiro ao Desafio de Hume. Ele considera possível superar essa questão mediante o reconhecimento de que o direito possui uma normatividade interna passível de ser descrita por qualquer observador, de modo que afirmações sobre o conteúdo do direito equivalem a extrações de julgamentos descritivos a partir de fatos também descritivos – isto é, da descrição precisamente dessa normatividade interna.

Ao longo de todas as seções deste capítulo observo como as propostas teóricas de Shapiro (1) são inteiramente dependentes da racionalidade do planejamento e (2) desaguam na redução da razão prática a uma razão meramente instrumental, que busca atingir uma relação de coerência entre meios e fins – e nada mais. Também destaco como essas posições do autor o comprometem inescapavelmente com um tipo peculiar de convencionalismo, que me ocupo de situar em relação à obra de Lewis.

Não é minha preocupação verificar se Shapiro está certo quanto aos erros que imputou a Hart. Esses erros, existentes ou não, superáveis ou não, são aqui apenas um pano de fundo para a discussão da TDP.

1. Erros de Hart

Esboçada a estrutura geral de *Legality*, cabe indagar onde estaria a novidade do positivismo de Shapiro em face das posições de Hart – especialmente diante da ideia de regra de reconhecimento. Dito de outro modo, é interessante verificarmos o que faz da tese shapiriana um novo positivismo, e não apenas uma reafirmação ou uma releitura das posições hartianas.

Na visão de Shapiro, Hart estava certo ao afirmar que o direito está fundado em uma prática social, bem como ao enfatizar a importância das regras secundárias, dentre elas a regra de reconhecimento, para sua compreensão filosófica. Entretanto, diz o autor, Hart não logrou explicar adequadamente como nascem essas regras secundárias – especialmente a regra de reconhecimento[116].

Shapiro observa que a tentativa hartiana de caracterizar as regras mais fundamentais dos modernos sistemas jurídicos como *práticas sociais compartilhadas* pelos oficiais desses sistemas, aptas a produzirem regras sociais (e normatividade) em função do mero fato de serem colocadas em prática, está errada porque práticas e regras pertencem, cada qual, a categorias metafísicas distintas[117]. Práticas, em geral, não são capazes de gerar regras. E mesmo aquelas dotadas dessa capacidade – as chamadas *convenções coordenativas*[118] – são

---

[116] A leitura que Shapiro faz da obra de Hart recebeu diversas críticas, dentre as quais se destaca a de Murphy, para quem o positivismo hartiano está perfeitamente aparelhado para vencer as objeções shapirianas (MURPHY, Mark C. No more fresh starts. *Analysis Reviews*. Vol. 72, No. 3, 2012, pp. 563-573).

[117] Jeffrey Band esclarece que para Hart a regra de reconhecimento é um evento concreto, que não poderia gerar regras porque estas são abstratas. Em Shapiro, contudo, os planos também são entes abstratos, o que permite ao autor escapar do erro de categoria imputado a Hart (BAND, Jeffrey. Shapiro's Legality. *Journal of Moral Philosophy*, Vol. 12, 2015, pp. 91-92). John Gardner e Timothy Macklem, por outro lado, ponderam que Shapiro é um mau leitor de Hart, e que não existe esse erro categorial na obra hartiana. Na verdade Hart pensava que a prática dos proto-oficiais era normativa em dois sentidos: era uma prática de se seguir uma regra, que também fixava o conteúdo da regra. Essa é uma observação a respeito de uma prática específica, e não de práticas em geral, e Hart nunca afirmou, como Shapiro diz que ele teria afirmado, que práticas sociais em geral seriam capazes de gerar regras. Além disso, Hart não identificava a prática com a regra, mas o conteúdo da prática com o conteúdo da regra.(GARDNER, John; MACKLEM, Timothy. Scott J. Shapiro. Legality. *Notre Dame Philosophical Reviews*. 2011. Disponível em <http://ndpr.nd.edu/news/27609-legality/>. Acesso em 27/03/2014, p. 2).

[118] Convenções coordenativas, naquilo que se relaciona ao direito, são aquelas cuja função é a de coordenar o comportamento dos oficiais do sistema jurídico, de modo a permitir que todos nós reconheçamos um mesmo grupo de autoridades como sendo autoridades jurídicas (SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 105). Elas tratam

problemáticas e não são existentes em todos os sistemas jurídicos, não sendo possível encontrar na teoria hartiana garantia alguma de que a regra de reconhecimento sempre será uma convenção dessa espécie. A resposta de Hart ao Dilema da Possibilidade, portanto, não é satisfatória[119], e disso decorre a necessidade que Shapiro vislumbrou de rever a concepção hartiana de regra de reconhecimento, substituindo-a pela de plano-mestre[120].

Shapiro também afirma que Hart não consegue vencer o Desafio de Hume. Tal falha é particularmente visível relativamente à posição do *homem mau*, que é plenamente capaz de descrever e compreender em termos normativos o conteúdo do direito vigente mesmo sem aceitar as normas do correspondente sistema jurídico – ou seja, sem adotar, quanto a elas, o ponto de vista interno. Esse homem mau, portanto, extrai ou tem condições de extrair julgamentos normativos diretamente de julgamentos descritivos.

A explicação hartiana quanto à possibilidade de emissão de julgamentos normativos a respeito de fatos descritivos – isto é, de se deduzir uma obrigação jurídica da simples afirmação descritiva de que algo é parte do direito em dado sistema –, que passa pela ideia de que os sujeitos de direito se engajam no sistema jurídico *de modo prático*, adotando quanto a ele o ponto de vista interno, se aplica somente (1) aos oficiais do sistema e (2) aos membros da sociedade que aceitam as regras e que de alguma maneira buscam ter sua conduta guiada por elas – noutras palavras, que espontaneamente as enxergam como razões para agir. O positivismo de Hart assim não consegue evitar, de acordo com Shapiro, a acusação de que desemboca na extração de *an ought from an is*[121]. Essa conclusão demanda a revisão (ou o abandono) da tese de que a normatividade das regras jurídicas depende apenas de que seus destinatários se engajem nelas de uma maneira prática, aceitando-as segundo o ponto de vista interno. Ao invés de uma atitude crítica reflexiva, o que está envolvido nesse engajamento, no modelo de Shapiro, é o tipo de compromisso racional que passamos a ter

---

a escolha de uma estrutura de autoridade como um problema de coordenação. A ideia original a esse respeito é de Lewis (LEWIS, David. *Convention*, 2002, *passim*), para quem as convenções resolvem problemas recorrentes de coordenação, e o fazem ao tornarem saliente um determinado comportamento, de modo tal que sua prática passa a se constituir em razão para que todos o pratiquem.

[119] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 105-111.

[120] É oportuno observar que para Schauer o dilema levantado por Shapiro nunca foi realmente um dilema para Hart, dado que o autor de *O conceito de direito* não enxergava as questões relativas a como e por que os oficiais do sistema jurídico internalizam a regra de reconhecimento como parte de sua investigação, na medida em que é a existência daquela regra que fundamenta a juridicidade (SCHAUER, Frederick. The best laid plans, 2010, p. 595).

[121] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 113.

com um plano quando o adotamos, e que nos é naturalmente (ao invés de criticamente) imposto por nossa racionalidade instrumental.

Além disso, segundo Shapiro, Hart enfrenta sérios problemas ao afirmar que os conceitos jurídicos utilizados para guiar e avaliar condutas (como *autoridade*, *direito* e *obrigação*, por exemplo) *são normativos*, mas *não são morais* – ou, noutras palavras, que afirmações sobre o conteúdo do direito têm caráter normativo, mas não moral. O antigo professor de Oxford construiu esse argumento na tentativa de não inviabilizar a *crítica* do direito, que, nessa visão, poderia ser feita a partir de uma moral ainda externa ao sistema jurídico. Para Shapiro, contudo, tais conceitos são inegavelmente *morais*, e apenas dessa forma conseguem cumprir sua função de guiar e avaliar condutas. Não há, para o pensador de Yale, um terreno intermediário entre o direito e a moral onde esses conceitos possam estar localizados e onde possam ser normativos mas não morais. A solução hartiana para o Desafio de Hume, então, acabaria por esvaziar o próprio positivismo ao dissolver a distinção entre direito e moral a pretexto de fortalecê-la[122].

O que faz da TDP um novo positivismo, basicamente, é o tipo de resposta que ela dará ao Dilema da Possibilidade e ao Desafio de Hume. Nisso ela se aparta de Hart e se caracteriza em uma maneira original de encarar esses problemas teóricos[123]. Falo de cada um desses temas a seguir.

2. A solução de Shapiro para o Dilema da Possibilidade

A TDP explica o Dilema da Possibilidade com recurso a uma regra-mestre do sistema jurídico, que deve ser entendida como um *plano compartilhado*, criado especificamente para que um determinado grupo (os oficiais do sistema) possa planejar pela comunidade[124]. Esse

---

[122] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 113-115.

[123] Edgar Ramon Aguilera Garcia sustenta, ao contrário, que as posições de Shapiro são apenas *neohartianas*, porém sem substancialmente alterar as concepções de Hart (GARCIA, Edgar Ramón Aguilera. La naturaliza del derecho, 2012, p. 371).

[124] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 180. Shapiro não esclarece quem seriam os *designers* do sistema, nem como eles podem ser identificados. Gardner e Macklem (GARDNER, John; MACKLEM, Timothy. Scott J. Shapiro, 2011, *passim*) o criticam por isso, sugerindo que Hart apresentara uma solução melhor para esse problema ao dizer que haveria uma prática costumeira de reconhecimento de certos oficiais como sendo tais *designers*. A crítica é importante porque mostra como Shapiro, ao tentar solucionar uma falha aparentemente inexistente na teoria de Hart, criou um desafio para o seu próprio modelo – que é o de explicar a origem de autoridade dos tais *designers*, ou *master-planners*. Ela também revela que, enquanto Hart via o surgimento do direito em determinada comunidade como algo quase acidental, Shapiro considera esse fato como intencional – o que soa artificial e coloca em dúvida a pretensão shapiriana de universalidade ao suscitar o problema de se saber se sistemas como o britânico, em larga medida fundados no costume, seriam de fato jurídicos.

plano é *compartilhado* porque (1) foi desenhado especialmente para os oficiais do sistema, (2) está acessível a eles e (3) é aceito por eles. Por apresentar essas características ele se configura em um especial tipo de prática social, capaz de gerar *regras secundárias* (para usar aqui a nomenclatura de Hart).

Nesse contexto as condições de possibilidade da autoridade jurídica são duas. A primeira é a de que a regra fundamental ou plano-mestre do sistema deve autorizar alguém ou algum grupo a planejar para terceiros. Essa autorização *não tem origem em outro plano*, mas, sim, *na racionalidade instrumental que acompanha o fato de sermos seres planejadores* – e que levou a comunidade, em dado momento, a divisar um plano-mestre para si. A segunda é a de que os membros do grupo social devem normalmente seguir os planos criados pela autoridade, ainda que não haja consenso valorativo ao redor de seu conteúdo ou de seus méritos morais – ou seja, o plano-mestre deve ser praticado socialmente[125]. Pode-se dizer que esses membros adotam um plano de submeterem-se aos planos dos oficiais do sistema. Especificamente quanto aos oficiais, estes praticam o plano-mestre ao aceitarem suas diretrizes.

Shapiro reconhece que a normatividade de um plano-mestre é de um tipo muito limitado[126]. No entanto, afirma que ela é suficiente para servir de base à autoridade jurídica sem incidir na circularidade da qual Hart não conseguiu se esquivar[127]. Ele também assevera que essa solução é consistente com as ideias centrais do positivismo jurídico (principalmente com a tese da separação), na medida em que a verificação da existência e a determinação do conteúdo de um plano-mestre é feita pela via da investigação sociológica: o plano existe (é identificável), repita-se, se for possível atestar que (1) ele foi desenhado para os oficiais, (2) está acessível a eles e (3) foi aceito por eles – três condições que são fáticas, e não morais. Além disso, tal plano funciona como plano-mestre *se for colocado em prática pelos oficiais do sistema* – o que também se configura em condição meramente factual, para além de vincular Shapiro ao convencionalismo.

---

[125] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 180.

[126] Essa posição parece aproximar Shapiro de Kelsen, especialmente no que diz respeito à normatividade pressuposta da *grundnorm* kelseniana.

[127] Como observa Stefano Bertea, na construção de Shapiro as ideias de aceitação e de submissão às normas da racionalidade instrumental, combinadas, geram obrigações genuínas para aqueles que aceitam planos jurídicos. Elas são genuínas porque têm origem no direito, sendo portanto jurídicas, e porque encontram uma base racional na lógica do planejamento (BERTEA, Stefano. Law, shared activities, and obligation. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXVII, No. 2, July 2014, pp. 14-19).

Essa explicação se constitui em uma radical reconstrução da ideia de regra de reconhecimento. É verdade que o plano-mestre de Shapiro pretende cumprir o mesmo papel sistêmico atribuído à regra de reconhecimento de Hart em termos de (1) identificação e validação de *standards* jurídicos, de (2) ponto de partida para avaliação e crítica das condutas dos oficiais, e de (3) provimento de razões para agir aos oficiais do sistema jurídico. Entretanto, diferentemente do que ocorre com a regra de reconhecimento hartiana, esse plano não é constituído *diretamente* por uma prática social atribuível aos oficiais do sistema, mas pela *adoção*, por esses mesmos oficiais, de um *plano compartilhado* que foi elaborado com eles próprios em mente, plano esse que estrutura a prática social que eles passam a empreender e que é, portanto, anterior a ela[128]. O plano-mestre existe como ente abstrato antes de ser praticado, embora passe a funcionar como regra secundária somente quando colocado em prática. Já a regra de reconhecimento de Hart, por outro lado, existe como regra social *porque é praticada*. Apesar de também demandar uma certa atitude de aceitação por parte dos oficiais como requisito de seu funcionamento como regra secundária, e portanto de estar, em alguma medida, fundamentado em uma prática social, o plano-mestre de Shapiro não depende de que os oficiais adotem o ponto de vista interno hartiano em relação a ele. Antes, o que realmente conta quanto a essa aceitação é o particular tipo de racionalidade característico da atividade de planejamento[129]. A circularidade que vitima Hart não está presente na TDP, na ótica de seu autor, porque o plano-mestre não é, ele mesmo, originado de outro plano. Na verdade, sua origem está na capacidade humana de planejar, motivo pelo qual o seu funcionamento está sujeito às normas da racionalidade instrumental,

---

[128] Subjacente ao argumento de Shapiro está a ideia de que é possível que um sistema jurídico seja criado ou inventado por *designers* institucionais. Isso o separa de Hart, que, de um ponto de vista wittgensteiniano, e acompanhando Peter Winch, certamente estranharia a ideia de que não havia direito até certo ponto, até que alguém resolveu criá-lo. Em Hart o direito como união de regras primárias e secundárias aparece em determinada comunidade quando, por algum motivo, que pode ser até um completo acidente de percurso, as práticas sociais locais caminham para o estabelecimento de regras secundárias. Contudo, estas não são desenhadas com o fim específico de se criar um sistema jurídico. Em Shapiro, por outro lado, o plano-mestre surge precisamente porque um grupo de pessoas desejou criar um sistema jurídico. A crítica de Winch contra aqueles que entendem razoável afirmar que a linguagem foi arquitetada por alguém, em certas circunstâncias de tempo e espaço, então, parece atingir Shapiro. Para Winch, essa ideia é *nonsensical* (WINCH, Peter. *The idea of a social science and its relation to philosophy*. Second Edition. London: Routledge, 2008, p. 37).

[129] Shapiro afirma que a aceitação do plano-mestre pelos oficiais do sistema jurídico envolve uma certa atitude que seria mais complexa do que aquela exigida pelo ponto de vista interno de Hart (SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 183). A complexidade extra surgiria do fato de que aceitar um plano significa não apenas estar comprometido com cumprir o que o plano preceitua, mas também com permitir que os outros atores do sistema jurídico desempenhem seus próprios papéis em face dele. Pelo prisma do alcance do comprometimento com o plano-mestre, então, a tese de Shapiro apenas complementa a de Hart. Porém, no que se refere à natureza desse comprometimento, há um claro rompimento entre as posições desses autores, conforme explico nos parágrafos seguintes.

que existem unicamente porque são racionalmente válidas, e não porque são socialmente praticadas ou porque são decorrentes de normas que lhes sejam superiores[130].

Aqui se encontra então um primeiro aspecto novo do positivismo shapiriano, que é o de reduzir a razão jurídica à razão instrumental do planejamento, mediante a reformulação da ideia de regra de reconhecimento e o abandono da noção hartiana de ponto de vista interno. Nesse modelo os oficiais do sistema ficam sujeitos a críticas e a reprovação por parte de seus pares quando não seguem o plano-mestre – exatamente como se dá no esquema de pensamento de Hart. Todavia, essas críticas não são essencialmente formuladas a partir da aceitação do plano-mestre segundo um ponto de vista interno, e portanto de razões normativas *decorrentes dessa aceitação*. Antes, elas tomam por sua principal base a racionalidade planejadora que deu ensejo à adoção do plano-mestre: será *irracional* para o oficial do sistema deixar de colocar em prática o plano que ele próprio aceitou, e por isso ele será criticado – não porque a aceitação envolve algum especial comprometimento com o objeto do plano, embora esse comprometimento exista, mas porque ela automaticamente funciona de acordo com as normas da racionalidade instrumental. As possíveis críticas aos oficiais que adotam mas não seguem o plano-mestre são fruto de um engajamento meramente instrumental no plano, e não prático (no sentido hartiano), uma vez que o plano fornece razões de ação àqueles que o adotam *pelo simples fato de ser um plano*, e não porque haveria alguma intencionalidade ligada à sua colocação em prática. Noutras palavras, o que Shapiro sustenta é que a nossa racionalidade instrumental, por si só, é capaz de nos guarnecer de razões para agir.

Talvez até se possa dizer que não haveria um abandono propriamente dito do ponto de vista interno hartiano em Shapiro, porque continua a ser necessário no âmbito da TDP que os oficiais do sistema de alguma maneira aceitem o plano-mestre e o pratiquem. A posição de Shapiro nesse caso seria vista como uma mera releitura do ponto de vista interno. Porém, essa objeção não estaria correta. Isso porque o traço central do conceito de ponto de vista interno é o *insight* de que os participantes da prática jurídica assumem quanto a ela uma postura hermenêutica, o que denota que há uma intencionalidade (ou propósito) envolvida na ação de seguir regras intersubjetivamente compartilhadas por todos eles[131]. Shapiro, bem diferentemente disso, parece tentar explicar a normatividade da regra de reconhecimento a

---

[130] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 181.
[131] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*, 2013b, pp. 126-136.

partir de uma relação de causalidade direta que seria detectável entre a adoção do plano e a ação dos oficiais, explicável pela racionalidade do planejamento. Seria simplesmente irracional, para um desses oficiais, aceitar o plano, mas, ao mesmo tempo, não reconhecê-lo como fonte de razões para agir, porque essas razões adviriam da razão instrumental que caracteriza nossas ações – e isso seria completamente independente de qualquer intencionalidade[132].

Tom Campbell lembra que adotar o ponto de vista interno relativamente a uma regra social significa possuir certas atitudes e crenças a respeito dela, inclusive a crença em sua importância e *utilidade* (no sentido *utilitarista* do termo) social[133]. Essa adoção não se resume, então, ao uso instrumental dessa mesma regra, mas implica uma ideia de subscrição (moral) àquilo que ela prevê, ainda que em sentido difuso. Nisso parece residir o grande *insight* de Hart. Shapiro rejeita essa visão e ao fazê-lo rechaça o que Hart chamou de ponto de vista interno[134].

---

[132] Aqui cabe uma pequena excursão especulativa, formulada com o intuito de situar Shapiro em uma espécie de espectro evolutivo de uma tradição positivista centrada em Hart. Uma das preocupações teóricas de Hart foi a de dar conta da obrigação jurídica sem estar lastreado na lógica das consequências, ou seja, sem apoiar-se nas ideias de sanção decorrente do descumprimento das normas jurídicas. Pode-se dizer, então, que ele inaugura um segundo momento na matriz positivista de pensamento: enquanto no primeiro se entendia a obrigação jurídica à luz da sanção (como fizeram Austin, Kelsen e Holmes), no segundo o autor de Oxford a explicava pela via da atitude crítica reflexiva que os sujeitos dirigem a ela (aceitação segundo o ponto de vista interno), e portanto de um engajamento deliberativo que eles mantêm relativamente a ela. Shapiro, de seu turno, muito em função de seu comprometimento com a tese da separação, e percebendo que nessa atitude crítica poderia estar a porta de entrada para a deliberação moral na teoria do direito, procura explicar a obrigação jurídica a partir de uma concepção específica de racionalidade (a do planejamento) que dispensa as ideias de sanção e de reflexão crítica como seus elementos constitutivos centrais – o que possivelmente explique por que ele não se preocupa em manter-se fiel ao conceito de ponto de vista interno. Nesse contexto talvez sejam três os grandes momentos da maneira positivista de compreender o direito, então: (1) o da sanção, (2) o da atitude crítica reflexiva e (3) o da racionalidade instrumental do planejamento. Não falo de Raz neste excurso apenas porque (1) Shapiro expressamente desenvolve a TDP em face do positivismo de Hart e (2) tive a intenção de tratar esse último autor como grande referência do espectro comentado nesta nota. Seria possível, contudo, observar que a teoria raziana talvez se consubstanciasse em um quarto grande momento do positivismo, o da *autoridade*.

[133] CAMPBELL, Tom. Rewriting Hart's *Postscript*: thoughts on the development of legal positivism. *Problema: Anuario de Filosofia y Teoria del Derecho*, núm. 5, 2011, pp. 23-52.

[134] Esse argumento poderia ser relido em uma chave mais simpática a Shapiro. Poderíamos imaginar que é Campbell quem compreende mal o que seria o ponto de vista interno hartiano (ao agregar a ele a exigência de subscrição moral à regra com a qual ele se relaciona), enquanto Shapiro o enxerga de maneira adequada e fiel às ambições teóricas nele representadas. Ao invés de rejeitá-lo, então, Shapiro teria dado a correta concretude ao conceito cunhado por Hart – e portanto não o teria abandonado, mas antes o teria prestigiado em alguma medida. Subjacentes a essa leitura necessariamente deveriam estar estabelecidas (1) a visão segundo a qual a aceitação (ou a *atitude crítica reflexiva* que conforma o ponto de vista interno) de uma regra consiste no próprio uso que se faz dela como padrão compartilhado de conduta e avaliação, aliada (2) à noção de que essa mesma aceitação não é a atitude de um indivíduo, mas de um grupo de indivíduos (cf. MICHELON JR., Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade*: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: RT, 2004, pp. 143-156), as quais esvaziam qualquer espécie de diferenciação entre *aceitar* e *usar* nesse contexto. Essa seria uma posição plausível, mas não está

Por outro lado, essa solução de Shapiro para o Dilema da Possibilidade inescapavelmente o compromete com um certo tipo de convencionalismo, marcado por uma peculiaridade a fazer dele um caso particular, a despeito de estar vinculado à tese mais ampla de que *convenções são normas sociais praticadas cujo funcionamento como normas depende de elas serem praticadas*[135]. Essa peculiaridade está no fato de que o convencionalismo de Shapiro não enreda somente a colocação em prática do plano-mestre para que este funcione como norma, mas também, e fundamentalmente, a percepção de que a racionalidade do planejamento e as normas que compõem os traços distintivos dessa racionalidade estão por trás dele, como seu elemento estruturante. A prática do plano-mestre, então, só permite que ele funcione como norma porque é governada pela lógica dos planos, que é o *background* necessário para seu funcionamento. Se tal lógica não dirigisse a operacionalização do plano-mestre a colocação dele em prática não seria capaz de produzir razões para ação – isto é, não teria aptidão para gerar normatividade.

O plano-mestre de Shapiro é uma convenção porque é uma regra social que tem como um dos requisitos de sua existência, conforme já destacado, a sua colocação em prática pelos oficiais do sistema jurídico. A efetiva execução do plano-mestre é importante para a determinação de sua normatividade, também – já que explicar as condições de existência do direito é também explicar as condições de existência de suas funções, como destaca

---

claro se Shapiro realmente entende assim a aceitação aqui tratada. Se pensasse dessa forma talvez tivesse sido mais simples para ele resolver a falha que imputou a Hart utilizando a lógica raziana da preempção (como sugere Diego M. Papayannis (PAPAYANNIS, Diego M. Legality: Between purposes and functions. University of Girona. Legal Theory and Philosophy. Working Paper Series. No. 20. Disponível em <https://www.academia.edu/6011217/Legality_Between_Purposes_and_Functions>. Acesso em 27/03/2014, *passim*). O autor defende a posição de que aceitar e usar são, sim, atitudes diferentes entre si (SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 96). Além disso, ele também trata da aceitação como algo relativo a cada um dos indivíduos que aceitam uma regra – tanto que se preocupa em esclarecer que (1) eles devem se comprometer com ela, mas que (2) esse comprometimento pode estar fundado em qualquer tipo de razão ou motivo, não havendo necessidade de que tenha justificação moral. Pode-se dizer, então, que Shapiro não rejeitaria de todo a interpretação de Campbell, mas apenas a qualificaria, nesse particular, no sentido de excluir a necessidade de que a subscrição acima mencionada deva ser moral (o que se harmoniza bem com sua tese de que uma regra funciona como padrão para avaliação e crítica de condutas, quando vista como um plano, muito mais por conta da razão instrumental do planejamento do que em função dos motivos que levaram alguém a aceitá-la). Talvez essa qualificação o aproxime da terceira via aludida no último Hart, isto é, da ideia de que há um *locus* intermediário entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo tal qual originalmente concebidos em *O conceito de direito*. Esse novo sítio teórico seria ocupado por alguém que aceita a regra, ou a reputa válida, porém não está (moralmente) comprometido com o conteúdo que ela reporta (cf. PATTERSON, Dennis. Explicating the internal point of view, 1999, *passim*). Se isso tudo for verdadeiro, então a imputação que faço a Shapiro no sentido de que ele deixou de lado o ponto de vista interno hartiano, apesar de subsistir, deve ser lida *cum grano salis*.

[135] POSTEMA, Gerald J. *Legal philosophy in the Twentieth Century*: the common law world (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Vol. 11),. Dordrecht/Heidelberg/New York/London: Springer, 2011, pp.484-485; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O direito em desacordo*, 2013a, p. 9.

Rodriguez-Blanco [136]. Assim, se uma parte da explicação para a existência do plano-mestre passa pela verificação de que ele deve ser posto em prática pelos agentes relevantes, então a presença dessa prática também é necessária para a elucidação das funções desempenhadas pelo plano-mestre (guiar condutas, servir como parâmetro para críticas etc.), as quais só têm sentido se ele for normativo. Para funcionar como regra social normativa, então, o plano-mestre há de ser praticado pelos oficiais do sistema.

Esse convencionalismo é em certo sentido um convencionalismo *restritivo*, porque nele nem tudo pode ser objeto de acordo convencional. Certas ações ou atitudes ficam previamente vedadas pela racionalidade que o conforma e o estrutura. Por exemplo, será inconsistente com essa racionalidade interpretar um plano (no sentido de determinar seu conteúdo) a partir de deliberação moral, pois isso derrotaria o propósito racional de se estabelecer um plano. O plano-mestre não pode portanto sequer prever essa possibilidade ao estabelecer quais são os critérios de validação jurídica vigentes em um sistema de direito, sob pena de incorrer em irracionalidade. Ao mesmo tempo, trata-se de um convencionalismo que pretende se mostrar mais claramente normativo do que aquele encontrado na obra de Hart, porque colhe normatividade não apenas da prática mesma do plano-mestre, mas principalmente de sua origem nas normas da racionalidade instrumental, cuja existência independe de serem ou não praticadas por agentes que adotam quanto a ele o ponto de vista interno. Nesse aspecto a fonte última da normatividade do direito é a racionalidade instrumental da qual o homem não pode se desvincular porque é, afinal, um ser planejador.

É importante também notar que Shapiro encara o seu convencionalismo dos planos como superior ao de Lewis, e que procura se afastar de uma interpretação puramente humeana desse tema. Onde estaria, então, essa superioridade? E como se daria tal afastamento?

A ideia lewisiana básica é a de que convenções se prestam a solucionar problemas recorrentes de coordenação. Para entender o mecanismo de funcionamento dessa solução é conveniente explorar um exemplo. O mais célebre deles talvez seja o que se refere à regra de trânsito segundo a qual devemos conduzir nossos veículos sempre do lado direito da rodovia. Essa regra sobrevém não porque dirigir desse modo é melhor do que fazê-lo de outra maneira específica, mas sim porque uma prática social arbitrariamente se estabelece

[136] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 86-106.

nesse sentido e em algum momento passa a ser uma razão para que todos continuem a agir desse mesmo jeito. O fato de haver uma convenção quanto a esse comportamento faz com que ele se torne saliente a ponto de se constituir em uma razão para que todos ajam e continuem a agir em conformidade com o que foi convencionado. Noutras palavras, as pessoas agem segundo a convenção porque esperam que todos os outros o farão, e essa expectativa torna racional que elas próprias também se conduzam assim. Isso se verificaria ainda que o acordo convencional arbitrariamente estabelecido nesse cenário apontasse para uma solução diferente daquela que se tornou destacada – como a de que os veículos na verdade devessem trafegar do lado esquerdo das vias públicas[137].

O modelo de Lewis é interessante para os positivistas porque parece lhes fornecer um bom caminho para a superação do Dilema da Possibilidade. Por essa lente eles podem enxergar as práticas sociais de reconhecimento referidas por Hart como problemas recorrentes de coordenação em torno dos quais se instala uma regularidade comportamental que é internalizada pelos agentes relevantes e que gera uma correspondente regra social pelo simples fato de existir. Essa regra portanto deriva sua autoridade diretamente da existência de uma prática convencional de reconhecimento, não de alguma outra regra de espécie diferente, e menos ainda de algum valor ou convicção moral. Nesse contexto a própria prática da regra de reconhecimento confere aos oficiais do sistema jurídico uma razão para que eles lhe deem continuidade, notadamente a de que os demais oficiais fazem o mesmo. Ela é normativa porque existe enquanto prática social, independentemente dos méritos valorativos de seu conteúdo.

Shapiro considera esse caminho argumentativo inadequado para elucidar o funcionamento da prática jurídica e oferece dois motivos para defender sua conclusão divergente[138].

O primeiro deles consiste na percepção de que as convenções de Lewis tornam impraticável que os oficias do sistema jurídico eventualmente se engajem na prática jurídica por outras razões que não o puro fato de seus colegas fazerem o mesmo. Isso é especialmente problemático para Shapiro porque ele entende que não é viável desconsiderarmos a possibilidade de que um sistema jurídico seja estatuído mesmo quando muitos de seus

---

[137] LEWIS, David. *Convention*, 2002, pp. 6, 44-45 e 80.
[138] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 105-109.

oficiais tomam parte na respectiva prática jurídica por interesses estritamente pessoais, tais como os de receberem seus proventos ao final de cada mês. Para esses indivíduos não fará a menor diferença saber se seus pares seguem ou não a regra de reconhecimento, ou mesmo se a enxergam como normativa. Essa circunstância não integra as razões que eles terão para segui-la. Diante desse quadro os adeptos da explicação de Lewis seriam forçados a considerar impossível a existência de regimes jurídicos que apresentassem essa característica de alienação por parte de seus oficiais.

O segundo diz respeito à hipótese de uma prática de reconhecimento surgir como resposta a um certo tipo de convicção compartilhada pelos oficiais, e não como solução arbitrária para um problema de coordenação. Nesse caso os oficiais claramente teriam preferência por uma certa estrutura de autoridade, cuja escolha então não poderia ser conceitualmente vista como um problema de coordenação detectável entre eles, de sorte que a convergência de comportamento deles quanto a esse ponto não se consubstanciaria em uma convenção coordenativa. Ante um tal panorama os lewisianos seriam levados a reconhecer que a existência de sistemas jurídicos com tal traço distintivo também seria impossível[139].

Shapiro afirma, no entanto, que esses dois casos são no mínimo conceitualmente possíveis, quando não extremamente comuns no mundo moderno, e que por conseguinte os positivistas necessitam de um argumento mais sofisticado do que aquele que lhes é fornecido por Lewis.

O conceito shapiriano de plano compartilhado, por outro lado, não padeceria dessas limitações explicativas. Os oficiais podem aceitar um plano dessa espécie pelas mais variadas razões, independentemente das motivações pessoais de seus pares e da formação de acordos entre eles ou com eles. Além disso as conclusões que ele reporta podem ser, e frequentemente são, advindas de algum tipo de consenso sobre a superioridade de uma dada estrutura de poder em relação a outra que lhe pudesse servir de alternativa, de maneira que

[139] Esse problema levantado por Shapiro indica que existe a possibilidade conceitual de que uma prática de reconhecimento se estabeleça em virtude de haver consenso quanto aos seus méritos morais, que portanto passam a ser elementos da regra de reconhecimento como caracteres conformadores do compromisso que os oficiais do sistema assumem de colocá-la em prática. Juliano Maranhão, embora comentando texto anterior de Shapiro, faz essa importante observação em seu livro dedicado à construção de um modelo positivista inclusivista (MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 70).

ele existe e produz normatividade mesmo quando as suas diretrizes não são escolhas arbitrárias nesta ou naquela direção.

Ao romper com Lewis o convencionalismo de Shapiro também se desacopla de uma tradição humeana de pensamento acerca da significação de agir com base em uma convenção. É razoável supor que ele igualmente considera seu desenho teórico mais robusto do que o de Hume, apesar de não enfrentar diretamente esse tema.

Uma das situações discutidas por Hume como modelo de convenção diz respeito à conduta de dois remadores. Ambos ocupam um mesmo barco, que somente se deslocará de modo satisfatório se os dois remarem simultaneamente, coordenando seus movimentos corporais entre si. Hume destaca que uma convenção se firma entre eles mesmo que eles não tenham em momento algum formulado promessas recíprocas de que agiriam de maneira a fazer a embarcação se movimentar satisfatoriamente. Isso acontece porque eles compartilham um senso comum de interesse dentro do qual cada remador toma o agir do outro por referência para sua própria ação e como razão para se conduzir em determinado sentido[140].

Quando pensamos em um plano compartilhado à moda de Shapiro, todavia, podemos perfeitamente aceitar a ideia de que os dois remadores compartilham um plano de remarem em conjunto mesmo que cada qual o haja aceito por razões inteiramente alheias à postura do outro. Os dois podem estar comprometidos com o plano de remarem sincronicamente porque, por exemplo, o primeiro deles deseja atravessar o rio para encontrar sua namorada recém-chegada de viagem, enquanto o segundo pretende apenas fazer um passeio vespertino. Pouco importa para cada qual, em termos de razões para ação, como o outro se comportará nessa situação. Esse comportamento do outro não é a razão pela qual eles movem os seus remos. Eles o fazem porque seria irracional para eles agirem de outra forma diante do fato de que, por uma razão qualquer, já aceitaram o plano de remarem concomitantemente para cruzarem o rio. O plano será normativo para cada um deles, portanto, independentemente de uma eventual expectativa que eles tenham quanto a como o outro irá atuar, e não deixará de ser normativo para cada remador ainda que o outro pare de remar. A racionalidade do

[140] HUME, David. *A treatise of human nature*. Vol. 1. Edited by David Fate Norton and Mary J. Norton. Oxford: Clarendon Press, 2007, p. 315.

planejamento apenas exige deles que não impeçam um ao outro de agir em conformidade com o plano compartilhado.

Isso quer dizer que o plano compartilhado de Shapiro exige menos do que a convenção de Hume para ser normativo, pois está alicerçado em normas de racionalidade instrumental cuja existência é indiscutível, e não em expectativas comportamentais que podem (1) se sujeitar a interpretações controversas ou (2) simplesmente não se concretizar. Bem por isso ele parece ser mais promissor para uma teoria positivista do direito.

A vertente particular de convencionalismo construída por Shapiro, assim, pretende ser superior às de Lewis e de Hume – e o degrau utilizado pelo autor para se posicionar nesse terreno teórico mais elevado é a lógica dos planos.

Finda essa digressão e apresentados os contornos da saída de Shapiro quanto ao Dilema da Possibilidade, passo a discutir sua resposta ao Desafio de Hume.

3. A solução de Shapiro para o Desafio de Hume

A solução oferecida pela TDP para o Desafio de Hume é a de dizer que fazer uma afirmação sobre o conteúdo do direito significa extrair um julgamento descritivo de um fato também descritivo (*an is from an is*). Isso porque esse tipo de asserção *descreve* o *ponto de vista normativo do direito*, sem contudo condicionar essa descrição à efetiva legitimidade moral do sistema jurídico. Tal legitimidade é interna e só faz sentido dessa forma: sob *a perspectiva do próprio direito*[141]. Referir-se a algo como *jurídico* não se reduz a adjetivar uma assertiva sobre alguma proposição jurídica, mas significa colocá-la em uma perspectiva específica, que é a da normatividade *do sistema jurídico*[142]. Interessantemente, compreender assim a normatividade interna do direito não parece demandar do observador que olhe a prática jurídica com o olhar de alguém que efetivamente participe dela. Nesse aspecto talvez seja possível dizer que Shapiro coloca novamente para fora da teoria do direito o elemento hermenêutico que nela havia sido introduzido por Hart – o que reforça o argumento de que o autor de fato abandonou o conceito hartiano de ponto de vista interno, tão característico da chamada virada hermenêutica.

---

[141] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 184-192.
[142] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 184-192.

De todo modo, para Shapiro o uso de conceitos morais na prática jurídica sem dúvida gera obrigações *morais*. Mas essas obrigações não são morais *per se* – antes, elas são morais somente de acordo com a perspectiva do direito, que pode, ela mesma, estar moralmente certa ou moralmente errada. E o fato de elas existirem é passível de ser reportado apenas descritivamente. Assim, ainda que se esteja diante de um sistema jurídico perverso, diz Shapiro, será possível descrever o ponto de vista normativo *desse próprio sistema*, sem qualquer necessidade de se verificar se, a partir de alguma teoria moral substantiva, esse ponto de vista seria moralmente sustentável ou correto[143]. A TDP aqui ambiciona operar em conjunto com qualquer teria moral substantiva, apresentando-se como verdadeiro *jack-of-all-trades*.

Dessa descrição, segundo Shapiro, será viável emitir julgamentos também descritivos sobre o conteúdo do direito em tal sistema. Tal explicação dá margem a que Shapiro sustente, *contra* Hart, que conceitos jurídicos como *autoridade* e *obrigação* são mesmo *morais*, enquanto simultaneamente insiste em que (1) afirmações sobre o conteúdo do direito que lancem mão desses conceitos são, ainda assim, *descritivas*, e em que (2) a moral continua a não participar da identificação do direito e da determinação de seu conteúdo[144].

Essa é a solução shapiriana para o Desafio de Hume. Ela leva à incômoda conclusão de que o direito só é normativo sob o seu próprio ponto de vista, o qual pode ser empiricamente descrito como um fato do mundo e pode ser adotado (ou não) por quem quiser adotá-lo.

Nessa discussão também aparece uma outra novidade do positivismo de Shapiro, que é a de claramente afirmar que os conceitos jurídicos manipulados nas práticas de reconhecimento e discussão de direitos e obrigações são mesmo *morais* – o que significa dizer que direito e moral compartilham um vocabulário e alguma espécie de esquema conceitual comuns, ou, noutras palavras, que estão conectados um ao outro –, mesmo sem abrir mão da tese da separação em sua acepção identificadora do direito e do conteúdo das normas jurídicas. Essa novidade está intrinsecamente ligada à já referida tese do propósito moral, que igualmente se constitui em caractere diferenciador da teoria shapiriana, na

[143] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 184-192.
[144] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 184-192.

medida em que envolve a rejeição da posição de Hart de que o direito não tem um propósito determinado[145].

Talvez fosse possível apontar traços adicionais da teoria de Shapiro que fizessem dela algo novo. A ideia de uma economia da confiança presente no sistema jurídico, por exemplo, seria uma boa candidata nesse aspecto. O mesmo se daria, ao menos no campo positivista, relativamente à tese de que o direito seria autocertificador[146] (*self-certifying*). Porém, não é minha preocupação avançar nessa descrição. Meu escopo até aqui foi o de apresentar os aspectos originais de *Legality* que dialogam mais diretamente com a discussão que empreendo neste trabalho. Cumprido esse objetivo, passo a discorrer sobre os motivos pelos quais a explicação shapiriana para o problema da autoridade do direito – ou seja, sua resposta ao Dilema da Possibilidade – não é adequada.

---

[145] HART, H. L. A. *The concept of law*. Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 248.

[146] Shapiro observa que o direito se diferencia de outros sistemas normativos também porque os atos praticados pelas instituições jurídicas são caracterizados por uma *presunção geral de validade*, isto é, os entes que os praticam exercem autoridade sobre seus destinatários sem que antes necessitem demonstrar a uma autoridade eventualmente superior que seus atos são válidos (SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 221). Afirmo que se trata de uma novidade apenas no âmbito da tradição positivista, uma vez que, para os adeptos de concepções luhmannianas do direito, esse tema não é em nada novo.

IV. O PLANO-MESTRE DE SHAPIRO E O CONVENCIONALISMO

The first fear
being drowning, the
ship's first shape
was a raft, which
was hard to unflatten
after that didn't
happen. It's awkward
to have to do one's
planning in extremis
in the early years –
so hard to hide later;
sleekening the hull,
making things more
gracious.[147]

O convencionalismo jurídico está sujeito aos mais variados tipos de crítica filosófica. Macedo Junior examinou grande parte delas em profundidade, especialmente em face dos argumentos de Dworkin, e sua obra serve de referência para qualquer discussão que se pretenda empreender sobre esse tema[148]. Não é minha intenção aqui, contudo, apenas retomar as posições dele. Após sustentar que o positivismo de Shapiro é uma instância do convencionalismo jurídico, pretendo agora mostrar que sua teoria é vulnerável a duas críticas que atingem o convencionalismo como um tudo, e que revelam a insustentabilidade da tese da separação em seu viés fundacional. Essa vulnerabilidade persiste embora se reconheça que a TDP é caracterizada por algumas especificidades, das quais a principal é sua estrita vinculação à racionalidade do planejamento.

A primeira dessas críticas é a de Dickson[149]. Resumidamente, a autora afirma que o convencionalismo aparece no último Hart como uma tentativa malograda de, em resposta a críticas formuladas por Dworkin, explicar como a regra de reconhecimento pode equipar os oficiais de um sistema jurídico com *razões* para aceitá-la como obrigatória. Para ela Hart deveria ter se preocupado em explicar quais são essas razões, ao invés de se socorrer da limitada ideia de convenção, que explicaria apenas parte delas.

A segunda é a de Rodriguez-Blanco[150], para quem o Dilema da Possibilidade referido por Shapiro somente pode ser solucionado em conjunto com o seu correspondente dilema

---

[147] RYAN, Kay. *The best of it*: new and selected poems. New York: Grove Press, 2010, p. 7.
[148] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O direito em desacordo*, 2013a.
[149] DICKSON, Julie. Is the rule of recognition really a conventional rule?, 2007, pp. 373-402.
[150] RODRIGUEZ-Blanco, Veronica. The moral puzzle of legal authority, 2011, pp. 86-106.

moral – isto é, o problema de se saber qual justificação moral existe para a autoridade do direito. Eu a apresento como complemento da crítica anterior, para afirmar que as razões apontadas por Dickson como carentes de teorização *são razões morais*.

A junção dessas duas linhas de argumentação derrota o convencionalismo de Shapiro, evidenciando que o apego do autor à tese da separação no campo fundacional torna sua teoria insubsistente.

Aqui não basta ao autor apelar às normas da racionalidade instrumental para propor que a invocação da moral em tal ponto seria desnecessária. O próprio Bratman, cujos apontamentos concernentes aos planos e ao planejamento são o alicerce da TDP, acabou por reconhecer, conforme explicam Celano[151] e Canale[152], confirmando as conclusões aqui atingidas, que os planos podem ter justificações profundas, ligadas a conceitos de moralidade política[153].

Além disso, como se verá, o caminho tomado por Shapiro na tentativa de salvar a tese da separação, que é o de afirmar que as normas da racionalidade instrumental garantem a normatividade do plano-mestre, enfrenta uma séria dificuldade, consistente em vencer a objeção de que a racionalidade instrumental não pode ser fonte de razões para ação em si mesma.

Este capítulo tratará desses temas. Na primeira seção exponho em mais detalhes a posição crítica de Dickson. Na segunda faço o mesmo relativamente à de Rodriguez-Blanco. Já na terceira mostro como a união dessas duas correntes argumentativas demonstra que a racionalidade dos planos – isto é, a razão instrumental preocupada exclusivamente com um tipo de coerência entre meios e fins e inteiramente alheia a questões valorativas –, que é invocada por Shapiro em seu esforço de inteligibilidade da normatividade do direito, não consegue desempenhar esse crucial papel teórico. Apresento, ademais, uma crítica

---

[151] CELANO, Bruno. Law, plans and practical rationality. *Diritto & Questioni Pubbliche*. N. 12, 2012b, pp. 211-254.
[152] CANALE, Damiano. Looking for the nature of law: on Shapiro's Challenge. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Eds). *The planning theory of law*: a critical reading. Dordrecht/Heidelberg/New York/London: Springer, 2013, pp. 1-26.
[153] BRATMAN, Michael. Taking plans seriously, 2001, *passim*.

convergente de Bratman, para quem a TDP não elucida por que (1) os oficiais do sistema aceitam um plano-mestre e (2) continuam a aceitá-lo[154].

Concluo que o convencionalismo de Shapiro não nos fornece explicação satisfatória para a normatividade do direito, e que as falhas do positivismo shapiriano nesse ponto evidenciam como o direito demanda uma concepção de razão prática que necessariamente esteja relacionada a valores para que possa ser adequadamente compreendido. Noutras palavras, exige-se o abandono da tese da separação em seu corte fundacional, na medida em que a vinculação aos seus termos impede o teórico de reconhecer que a própria identificação do direito enquanto sistema normativo depende sempre de deliberação moral – mesmo quando o compreendemos como um mero instrumento de planejamento social, conforme quer Shapiro.

1. Regra de reconhecimento, razões e convenções

Dickson formula seu argumento em duas etapas. Inicialmente ela fala do primeiro Hart, aquele de *O conceito de direito*, para depois tratar do segundo Hart, aquele do *Postscript.*

De acordo com a autora o primeiro Hart afirmava que, com relação às chamadas regras primárias – isto é, regras voltadas a criar obrigações para seus destinatários ou conferir-lhes poderes para agir em determinado sentido –, a validação de sua origem por referência à regra de reconhecimento seria suficiente para que elas fossem capazes de gerar obrigações jurídicas para os sujeitos aos quais elas se destinam, especialmente para os juízes. Dito de outro modo, essa referência se constituía em fonte de razões *jurídicas* para que tais regras fossem tratadas como *obrigatórias*.

Já no que tange à regra de reconhecimento, contudo, essa lógica se alteraria sensivelmente. Considerando que não existe outra regra que lhe dê validade, uma vez que ela surge em função da existência de uma prática social, também inexistem razões jurídicas para que os oficiais do sistema a considerem como obrigatória[155]. As razões por trás da

---

[154] BRATMAN, Michael. Reflections on law, normativity, and plans. In: BERTEA, Stefano, PAVLAKOS, George (Eds.). *New essays on the normativity of law*. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 73-85.

[155] A não ser que aquelas decorrentes de sua própria aceitação, segundo um ponto de vista interno, possam cumprir esse papel – o que é duvidoso, segundo Dickson (DICKSON, Julie. Is the rule of recognition really a conventional rule?, 2007, *passim*).

normatividade da regra de reconhecimento, então, são de outra ordem – e Hart não se preocupa em teorizar sobre esse assunto, limitando-se a afirmar que os oficiais podem considerá-la obrigatória pelas mais variadas razões, não havendo necessidade, todavia, de que elas sejam morais.

O segundo Hart no entanto parece ter mudado de posicionamento nesse particular, após ser criticado por Dworkin quanto à impossibilidade de explicar a normatividade das regras jurídicas, em especial a da regra de reconhecimento, pela via do conceito de práticas sociais dotadas de *pedigree*. Hart compreendeu a crítica como voltada a demonstrar que sua própria teoria das regras não seria capaz de estabelecer como regras sociais podem produzir (1) razões para ação e (2) deveres jurídicos. E o autor a respondeu afirmando que a regra de reconhecimento tem natureza convencional, visto que a existência de uma prática social de reconhecimento em torno de quais normas são de fato jurídicas atua como parte das razões que os oficiais do sistema têm para encarar a própria regra de reconhecimento como obrigatória. Assim, a despeito de a regra de reconhecimento não ostentar, ela mesma, *pedigree* (ou seja, apesar de ela não ser juridicamente *válida*), ainda assim ela tem o condão de criar obrigações *jurídicas* para os oficiais do sistema jurídico porque é *praticada* por eles.

Dickson prossegue afirmando que essa não foi a melhor estratégia explicativa da parte de Hart. O que ele deveria ter feito, segundo ela, era ter retomado sua posição original, construída em *O conceito de direito*, pela qual ficava claro que a regra de reconhecimento verdadeiramente não conferia aos referidos oficiais razões jurídicas para considerá-la obrigatória, e, a partir dessa retomada, elaborar uma nova explicação a respeito de quais razões, e de quais espécies, estariam envolvidas nessa consideração. Hart afirmava que diversas espécies de razões podiam justificar a posição dos oficiais nesse aspecto, e insistia em que tais razões não necessitavam ser morais, enquanto observava que a higidez de sua teoria descritiva do direito não dependia da análise desses temas. Ele inclusive considerava esse ponto um dos grandes méritos de sua posição teórica, que estaria em condições de elucidar a natureza e o funcionamento do direito sem necessidade de tomar parte em tão polêmica discussão.

Para Dickson caberia a Hart suplementar sua posição original para rebater as críticas que sofreu, ingressando justamente em tal debate, ao invés de apelar ao convencionalismo. Segundo ela o convencionalismo mantém sem respostas as questões relativas a (1) como a

regra de reconhecimento entrega razões de ação aos oficiais do sistema, (2) de que espécie são essas razões e (3) de qual maneira, enfim, o direito pode ser normativo em relação a eles. Isso acontece porque a solução convencionalista se limita a afirmar que o fato de haver uma prática jurídica de reconhecimento se constitui apenas em *parte* das razões que os oficiais têm para compreendê-la como obrigatória. Evidentemente fica subentendida na crítica a percepção de que essa parte é insuficiente para dar conta da normatividade das práticas de reconhecimento, e, por conseguinte, da normatividade do direito.

O que a análise de Dickson esclarece é que o problema da autoridade do direito – ou, para usar a expressão shapiriana, o Dilema da Possibilidade – não é resolvido ou explicado a partir das condições de existência da regra de reconhecimento (ou do plano-mestre de Shapiro). O argumento, então, é plenamente eficaz também contra o positivismo shapiriano. Uma coisa é o plano-mestre existir; outra coisa é ele ser capaz de modificar a situação prática de seus destinatários[156]. Dito de outro modo, a existência do plano-mestre não é garantia de sua normatividade: esta necessita estar justificada em alguma espécie de razão que não seja puramente decorrente de seu caráter convencional.

O que falta, então, para que seja possível afirmar que o plano-mestre de Shapiro é efetivamente normativo? A resposta pode ser encontrada em algumas considerações de Rodriguez-Blanco, das quais passo a tratar[157].

2. O Dilema da Possibilidade como uma questão moral

O argumento tecido por Rodriguez-Blanco para criticar a teoria do direito de Shapiro é complexo e pode ser analisado a partir de diversos pontos de saliência. Aqui vou tratar apenas do que é elementar para a continuidade de meu próprio argumento, notadamente

[156] Esse tipo de crítica não atinge o positivismo de Raz porque nele há um expresso argumento normativo a fundamentar a pretensão de normatividade do direito, nomeadamente aquele que diz respeito à autoridade e ao serviço que ela nos presta. Contudo, a teoria raziana só escapa dessa censura justamente porque apresenta razões morais para vencer o problema enfrentado por Shapiro.

[157] Ao unir essas duas linhas de argumentação não afirmo que Dickson concordaria com Rodriguez-Blanco, ou mesmo que aceitaria minha posição. Talvez ela apresentasse outra solução para o problema que detectou, e talvez essa solução não envolvesse recurso a razões morais. Discuti o argumento dela porque (1) o convencionalismo é um caminho praticamente inevitável para o positivista que não se reconheça como adepto de um positivismo normativo, bem como porque (2) ela mostra com muita precisão como esse caminho é problemático.

daquilo que está envolvido na percepção de que o Dilema da Possibilidade é um corolário do assim chamado Dilema Moral da Autoridade Jurídica.

As bases para essa posição são as ideias de que (1) a autoridade jurídica é uma espécie de *autoridade prática* porque modifica ou pretende modificar a situação prática de um agente que esteja submetido a ela, bem como de que (2) há um dilema de ordem moral em torno da possibilidade dessa modificação, consistente em se saber por qual motivo o agente deve abrir mão de suas próprias razões em favor daquelas que lhe são dadas pela autoridade jurídica. Entende-se que devem existir *razões* para que a situação prática do agente seja modificada por uma força que lhe é heterônoma, nomeadamente aquela proveniente da autoridade jurídica[158].

A autora afirma que Shapiro percebe essa exigência, e que, mais do que isso, capta a conexão necessária que existe entre o direito e a razão prática. Ela também observa que a TDP, nesse particular, é uma espécie de teoria intermediária entre o positivismo jurídico e o direito natural – intermediária porque reconhece que (1) as razões fornecidas pelas normas jurídicas são morais, *mas* que (2) o são exclusivamente do ponto de vista do próprio direito.

Ela pondera que esse ponto de vista do direito destacado por Shapiro é meramente teórico, e não deliberativo – e portanto não participa da racionalidade prática do agente submetido à autoridade jurídica, na medida em que, abstraídas eventuais razões prudenciais, não lhe permite responder à seguinte pergunta: "*por que* devo agir em tal ou qual sentido?". O ponto de vista do direito se limita a reportar um determinado estado de coisas, contudo não envolve, em si mesmo, o provimento de razões para ação. Estas são reconhecidas e avaliadas por um prisma deliberativo apenas.

---

[158] Preocupo-me aqui com a questão relativa à normatividade do plano-mestre, e não de um plano (ou de uma norma) que tenha sido confeccionado a partir dele. Os destinatários dessa normatividade, então, são os oficiais do sistema, e não as pessoas em sentido mais geral. A discussão que procuro construir pode ser vista como parte do clássico problema da legitimidade da autoridade política, cujas longuíssimas e densas páginas não podem ser discutidas neste trabalho, sob pena de torná-lo impraticável e interminável. Na literatura nacional, e em linhas que parecem se harmonizar com a posição de Shapiro, embora não trate da obra dele, ver FAGGION, Andréa Luisa Bucchile. O problema da legitimidade da autoridade política, ou sobre o que diferencia o estado da máfia. *Philósophos*, Goiânia, V. 22, N. 2, Jul/Dez 2017, pp. 37-79, que, dentre outras fontes, discute o clássico texto de Anscombe sobre o assunto (ANSCOMBE, G.E.M. On the source of the authority of the state. In: _____. *Ethics, religion and politics*: collected philosophical papers, v. 3. Oxford: Basil Blackwell, 1981, pp. 130-155).

É importante destacar que essa linha de crítica converge com a posição defendida por Postema quanto ao fato de que a filosofia do direito, em seu cerne, é uma filosofia eminentemente *prática*. Em seu domínio mesmo os empreendimentos filosóficos de cunho descritivo pressupõem um olhar prático sobre o direito[159].

No contexto mencionado por Rodriguez-Blanco o plano-mestre somente se afigurará capaz de fornecer razões de ação aos oficiais do sistema jurídico se estes o enxergarem, pela mirada deliberativa, como um bem (a rigor, como algo que torne o plano-mestre *bom* aos olhos deles) – o que, dito de outro modo, significa que eles necessitam compreender a própria autoridade jurídica igualmente como um bem.

A crítica prossegue com a observação de que a autoridade jurídica é, sim, um bem para Shapiro. Porém tal se dá porque (1) somos seres planejadores e (2) nos realizamos como tais quando, enquanto agentes dotados de autodeterminação, decidimos abrir mão de nossas próprias razões em prol daquelas que nos são dadas pelos planos do direito. Isso parece franquear um caminho para que Shapiro afirme que a autoridade do direito não se reduz à autoridade moral, mas que ela é um corolário de nossa própria capacidade de planejarmos e de nos submetermos à normatividade *de nossos próprios planos*.

Ocorre que, para que "(2)" se verifique, o apelo ao ponto de vista do direito não é suficiente, uma vez que ele se limita a reportar as razões *da autoridade*, sem explicar como elas podem passar a ser as *do agente*. No que se refere aos oficiais do sistema isso é particularmente problemático porque não haverá sistema jurídico sem que eles reconheçam a autoridade do plano-mestre. Somente após deliberação do próprio agente, a partir de seu próprio ponto de vista deliberativo, no sentido de considerar a autoridade como algo valioso, é que ele pode abrir mão de suas razões e adotar as da autoridade. Noutras palavras, ainda que sejamos agentes planejadores aptos a nos submetermos à normatividade de nossos próprios planos, necessitamos de razões que justifiquem nossa submissão à normatividade dos planos da autoridade. Como estamos diante de um dilema *moral* essas razões somente podem ser de cunho moral também.

---

[159] POSTEMA, Gerald J. Norms, reasons, and law. *Current Legal Problems*, Volume 51, Issue 1, 1 January 1998, pp. 149-179.

Em suma, a crítica de Rodriguez-Blanco pontua em linhas gerais que não é defensável a tentativa shapiriana de permanecer em uma posição intermediária entre (1) o positivismo jurídico exclusivista tradicional e (2) o direito natural. Tal esforço se materializa pela ideia de que o uso de conceitos morais na prática jurídica é moral apenas *do ponto de vista do direito*, não tendo compromisso algum com qualquer posição ou teoria moral substantivas. Ela não é válida porque esse ponto de vista do direito reflete uma mirada teórica, e não prática (ou deliberativa) sobre aquilo que o direito exige. O ponto de vista deliberativo, segundo Rodriguez-Blanco, carece de justificação moral, porque deve estar referido a um bem[160].

As posições de Dickson e de Rodriguez-Blanco são complementares entre si naquilo que se relaciona às razões pelas quais o plano-mestre de Shapiro pode ser normativo para os oficiais do sistema jurídico: enquanto a primeira esclarece que o recurso ao convencionalismo não resolve tal questão, a segunda afirma que solucioná-la significa deslindar o Dilema Moral da Autoridade Jurídica – o que somente pode ser feito via deliberação moral.

Na seção seguinte exploro a interação entre esses dois pontos, salientando os seus efeitos devastadores sobre as posições positivistas de Shapiro – especialmente sobre a vinculação dele à tese da separação.

3. A morte e a morte da tese da separação

Como dito anteriormente a TDP é um caso particular de convencionalismo jurídico pois afirma que na base do direito está uma regra social praticada cujo funcionamento como regra depende de que ela seja praticada – ou seja, porque o plano-mestre tem caráter convencional. Como a identificação do plano-mestre e a determinação de seu conteúdo não dependem da investigação de fatos morais, mas apenas sociais, então a teoria de Shapiro prestigia a tese da separação em seu corte fundacional. E o mesmo de sá no contexto da explicação que o autor apresenta para o Dilema da Possibilidade, uma vez que a normatividade do plano-mestre é garantida, segundo ele, pelas normas da racionalidade

[160] Stefano Bertea apresenta argumento semelhante, em especial quanto à distinção entre um ponto de vista do direito, de caráter teorético, e um ponto de vista deliberativo, de cariz prático, também concluindo que a normatividade do direito (ou sua capacidade de gerar obrigações) não pode ser explicada sem recurso a razões morais (BERTEA, Stefano. Law, shared activities, and obligation, 2014, pp. 28-30).

instrumental que governam a atividade de planejamento, normas essas que são *válidas* apenas e tão somente porque *existem*.

Também conforme o que foi visto acima a tese de que a regra de reconhecimento é uma convenção não explica adequadamente a normatividade característica do direito. Dickson deixou isso claro ao expor como a ausência de validação jurídica da regra de reconhecimento por outra regra jurídica que lhe seja superior produz um vácuo de normatividade, que é preenchido apenas em pequena medida pela noção de que a prática social de reconhecimento constitui parte das razões que os oficiais do sistema jurídico têm para compreendê-la como normativa. Por esse prisma, para usar aqui o jargão shapiriano, o convencionalismo não supera o Dilema da Possibilidade.

O referido Dilema da Possibilidade, mais uma vez de acordo com o que foi delineado nas seções anteriores, é consectário de um dilema moral, que consiste em se saber por qual motivo um agente deve abandonar suas próprias razões, ao deliberar quanto a qual ação deve ou não praticar à luz do direito, e adotar as razões que lhe são fornecidas pela autoridade jurídica. Esse dilema moral, segundo Rodriguez-Blanco, só pode ser superado pela via da deliberação moral – ou seja, as razões que operam nesse campo são razões morais.

Chega-se então ao seguinte quadro: as razões que os oficiais de um sistema jurídico devem considerar para reconhecerem a normatividade jurídica do plano-mestre, isto é, as razões que esse mesmo plano-mestre deve lhes conferir para que eles o enxerguem como fonte de obrigações jurídicas, são de ordem moral. Logo, na base do direito só pode estar um plano-mestre que seja considerado moralmente valioso por seus destinatários diretos – do contrário ele não será normativo para eles. Assim, a própria identificação do plano-mestre como plano-mestre, e portanto do direito como direito, depende de deliberação moral dos oficiais.

Isso coloca para a teoria de Shapiro uma questão deveras difícil, principalmente quando se tem mente a sua filiação ao positivismo jurídico de matriz exclusivista: se a identificação do plano-mestre e a determinação de seu conteúdo dependem de deliberação moral, então a tese da separação, alicerce do positivismo jurídico, é falsa no que se relaciona às fundações do direito.

Shapiro apresenta uma engenhosa tentativa de salvar seu compromisso positivista quanto a esse ponto. Ele considera que seu modelo está imune às críticas até aqui apresentadas porque a deliberação moral é inteiramente dispensável para a identificação e o reconhecimento da normatividade do plano-mestre, diante do fato de que as normas que presidem sobre a relação entre esse mesmo plano-mestre e os oficiais do sistema são as da racionalidade instrumental, que simplesmente existem como fato do mundo, pois compõem a nossa própria compleição psíquica.

Essa estratégia é válida? Tudo indica que não – e isso por dois motivos principais. Em primeiro lugar porque o funcionamento da racionalidade instrumental do planejamento envolve, em alguma medida, deliberação moral, seja porque o agente se vincula a um plano porque avalia positivamente suas próprias autodeterminação e autonomia, seja porque valora da mesma maneira as justificações profundas desse mesmo plano. Em segundo lugar, porque, ainda que essa objeção pudesse ser superada, restaria a questão de se saber se a nossa racionalidade instrumental, por si só, seria capaz de nos prover de razões para ação. De acordo com Broome e Wallace, tal indagação teórica deve ser respondida também negativamente.

Em interessante resenha de *Legality* Celano situa a TDP no campo das teorias que procuram explicar o direito pelo prisma da razão prática – ou seja, pelo problema das razões para ação[161]. Após expor os traços principais da tese de Shapiro o autor italiano chega ao problema da normatividade e destaca que o compromisso shapiriano com a tese da separação pode estar prejudicado pelo reconhecimento de que a existência e a autoridade das normas jurídicas enquanto planos aparentemente estão fundamentadas em valores morais.

O argumento está estruturado em redor de duas observações tecidas por ninguém menos do que Bratman. A primeira delas é a de que as razões que nós temos, como agentes planejadores, para cumprirmos as normas da racionalidade instrumental, derivam em parte das razões que possuímos para governarmos nossas próprias vidas. Isso significa que valoramos positivamente o nosso comprometimento com a racionalidade dos planos porque

[161] CELANO, Bruno. Law, plans and practical rationality, 2012, p. 213. Em sentido contrário, Christopher Essert afirma que o direito não reivindica abastecer de razões para ação quem quer que seja, e que a TDP parece estar em harmonia com essa visão, empregando o conceito de plano para explicar como intenções e decisões podem fazer diferença prática em nossas deliberações sem que eles mesmos (os planos) se constituam em razões para agir (ESSERT, Christian. Legal obligation and reasons. *Legal Theory*. 19, 2013, p. 88).

fazemos o mesmo quanto à nossa autodeterminação, que é, ela própria, segundo Celano, um valor moral. A segunda é a de que os planos podem estar fundados em justificações profundas, concernentes a valores morais específicos, tais como a integridade e o autogoverno, os quais tornam moralmente valiosa a atividade de planejamento.

Se é assim, então a autoridade do direito está fundada em fatos morais mesmo quando ele é compreendido como um sistema de planejamento social normativamente inerte. As razões morais que os oficiais do sistema jurídico têm para identificar o plano-mestre e considerá-lo como normativo – aquelas que o convencionalismo não lhes pode conceder, segundo a junção dos argumentos de Dickson e Rodriguez-Blanco – aparecem na obra de Shapiro, embora ele próprio não se dê conta disso, sob as vestes da racionalidade instrumental do planejamento. Portanto, a corda que Shapiro lança ao mar para salvar do afogamento a tese da separação é a mesma que a enforca e a leva à (primeira) morte.

Canale chega a conclusão semelhante, pontuando ainda que o reconhecimento dessa fundamentação moral da autoridade do direito não preclui a possibilidade de que existam sistemas jurídicos *perversos*. Esse tema é importante porque uma das mais graves falhas das teorias jusnaturalistas, diz Shapiro, é a de supostamente não reconhecerem que é possível a existência de sistemas normativos que sejam moralmente maus, mas que sejam jurídicos ainda assim. Para Canale a possibilidade existe porque a fundamentação moral do direito como atividade de planejamento pode se referir apenas aos valores que garantem e justificam o funcionamento mesmo dos planos enquanto entes normativos, ainda que o respectivo conteúdo seja moralmente mau ou reprovável. Por essa lógica, desde que o adequar-se à racionalidade dos planos – que é a racionalidade do direito para Shapiro – seja considerado pelos oficiais do sistema como algo moralmente positivo à luz dos valores referidos por Bratman, então o plano-mestre será normativo com relação a eles, sem embargo de eventualmente apresentar conteúdo moralmente mau: o plano é bom porque é um plano, e não porque é um bom plano – mas ele é normativo *porque é bom*.

Shapiro talvez pudesse dizer em resposta a esse tipo de crítica que seria simplesmente irracional, ao invés de moralmente condenável, o comportamento de um agente que aceita um plano-mestre sem identificá-lo nem tomá-lo como normativo. Desde que a aceitação do plano-mestre seja justificável por outras espécies de razões, que não morais (prudenciais,

por exemplo, como o são aquelas ligadas ao medo de sanções[162]), então a tese da separação continuaria a fazer sentido nesse âmbito porque as normas da racionalidade instrumental do planejamento simplesmente existem, sem que para tanto necessitem estar fundadas em qualquer espécie de consideração externa à psique do homem[163]. O autor parece trilhar essa senda precisamente ao afirmar que a autodeterminação mesma, ao menos em alguns cenários, é uma *capacidade* conferida ao homem pela racionalidade instrumental[164], ao invés de um conceito moral[165].

Para defender essa posição, contudo, Shapiro assumiria o ônus de demonstrar que a razão instrumental, por si, se constituiria em fonte de razões para ação. Entretanto, essa defesa não seria viável.

R. Jay Wallace lembra que a racionalidade instrumental impõe constrições racionais ao comportamento de um agente, porém sem as implicações de que (1) ele teria razões para adotar os meios necessários à consecução de seus fins (ou que ele deveria adotá-los), nem de que (2) ele estaria racionalmente obrigado a acreditar que deve adotá-los[166].

Broome apresenta argumento semelhante, no sentido de que, se um agente tem um objetivo P, e reconhece o meio M como adequado para atingi-lo, nem por isso está obrigado a adotar M, ainda que essa seja uma conduta racional e mesmo que o comportamento contrário se apresente irracional – ou seja, o simples fato de ser racional não torna uma ação obrigatória, tampouco o fato de ser irracional a faz não-obrigatória, de maneira que a

---

[162] Interessantemente Shapiro considera que as sanções não são um componente essencial dos sistemas jurídicos (SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, nota 11, p. 411). Schauer o critica por isso (SCHAUER, Frederick. The best laid plans, 2010, *passim*), afirmando que a TDP seria mais interessante se incorporasse esse tema.

[163] George Duke pontua que a explicação da normatividade do direito pela via da racionalidade instrumental não tem força suficiente sequer para fundamentar a ideia de normatividade limitada que Shapiro avança em sua obra (DUKE, George. The planning theory and natural law, 2014, *passim*).

[164] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 127.

[165] Aqui Shapiro tangencia uma ponto importante da filosofia do direito de Lon Fuller (cf. articulada em FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969). Kristen Rundle lembra que Fuller entendia o direito como intrinsicamente moral, na medida em que é constitutivamente dependente da observância de um *ethos* composto por (1) um conjunto de exigências morais às quais se submete o legislador e (2) o valor moral que o próprio direito tem sob o ponto de vista de seus sujeitos. Nesses dois vetores deve haver respeito ao indivíduo como ser racional e dotado de autonomia, pois a forma de governança por meio de regras gerais, nota típica e essencial do direito, pressupõe que se os sujeitos de direito sejam agentes responsáveis (RUNDLE, Kristen. *Forms liberate*: reclaiming the jurisprudence of Lon L. Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012, *passim*). Ao levar em consideração os traços da psique dos sujeitos de direito Shapiro parece abrir as portas de sua teoria a uma discussão semelhante àquela levantada por Fuller. Tem-se a impressão de que a afirmação de que a autodeterminação não é um conceito moral não é suficiente para dar conta do tipo de crítica que poderia ser dirigida à TDP a partir de uma matriz fulleriana.

[166] WALLACE, R. Jay. Normativity, commitment, and instrumental reason, 2001, *passim*.

racionalidade, sozinha, não nos fornece razões para agir de qualquer desses modos. Mesmo quando a racionalidade instrumental requer ou indica a adoção de um meio M para a consecução de um objetivo P, pode ser falsa a afirmação de que "o agente deve adotar M". De igual maneira, é possível que, nessa mesma hipótese, seja verdadeira a asserção de que "o agente não deve adotar M"[167].

Disso se conclui que, ainda que a racionalidade instrumental indique que o agente aja em determinado sentido, existirá uma lacuna a ser preenchida entre essa indicação e o surgimento de uma obrigação de que ele, de fato, atue dessa forma[168]. Com isso se quer dizer que a indicação advinda da racionalidade instrumental não é normativa no sentido exigido pelo direito.

De acordo com a TDP a mera aceitação do plano-mestre, em virtude de estar regida pelas normas da racionalidade instrumental, sujeita os oficiais do sistema à obrigação jurídica de colocá-lo em prática. O plano-mestre é normativo para os oficiais em razão disso, ainda que o seja somente do ponto de vista do direito. Mas essa afirmação não é em nada trivial[169], e Shapiro não logra demonstrar como é que, de uma exigência meramente instrumental de sentido causal, surge uma *obrigação* de agir em determinado sentido – ou uma razão para ação[170]. A lacuna acima referida se transforma em um abismo na obra shapiriana.

Mesmo Bratman expressamente desautorizou Shapiro nesse ponto[171]. Conforme destaquei acima, o professor de Stanford já havia dito que (1) valorizamos a racionalidade

---

[167] BROOME, John. Does rationality give us reasons? *Philosophical Issues*, 12, Normativity, 2005, pp.321-337.

[168] As posições de Broome e Wallace são similares à de Christine M. Korsgaard, para quem, a não ser que existam princípios normativos indicando que devemos perseguir determinados fins, não pode haver exigência alguma de que adotemos os meios adequados a atingi-los (KORSGAARD, Christine M. *The constitution of agency*. Oxford; Oxford University Press, 2008, p. 32).

[169] Ela pode, aliás, ser entendida de modo contrário: conforme observa Connie Rosati, ainda que a racionalidade instrumental pudesse ser considerada como uma fonte autônoma de razões para ação, as razões que ela proveria nesse caso seriam também instrumentais, e como tais exigiriam do agente que (1) adotasse os meios para a execução do plano ou (2) abrisse mão do plano. Essas duas opções seriam racionais do ponto de vista da razão instrumental. Mas elas são diferentes de se exigir do agente que, de fato, adote os meios hábeis à colocação do plano em prática (ROSATI, Connie. Normativity and the planning theory of law, 2016, p. 320).

[170] Emily Sherwin apresenta um interessante argumento, que ela compartilha com Larry Alexander, no sentido de que os agentes sempre podem (e, em termos de racionalidade, devem) responder a todas as razões aplicáveis a eles ao tempo da ação. A prevalência dessa posição afastaria por completo plausibilidade do modelo constritivo de Shapiro ao negar o seu caráter racional, pois sugeriria que aquilo que o autor apresenta como exigência de racionalidade é na verdade uma postura irracional (SHERWIN, Emily. Legality and rationality: a comment on Scott Shapiro's Legality. *Legal Theory*. Vol. 19, Special Issue 04, December 2013, p. 416).

[171] BRATMAN, Michael. Reflections on law, normativity, and plans, 2011, pp. 73-85.

dos planos por fazermos o mesmo quanto à nossa autodeterminação e (2) consideramos que os planos que aceitamos estão baseados em justificações morais profundas – o que sugere que mesmo a lógica do planejamento está fundada em valores morais. Na discussão que apresento agora, por outro lado, ele lança mão de objeções diferentes.

O novo argumento é complexo e envolve o reconhecimento explícito de que uma teoria do direito só é bem sucedida, na linha do que afirmou Postema, se consegue explicar satisfatoriamente como é que o direito comete razões para ação aos oficiais e demais sujeitos do sistema jurídico.

Bratman sustenta que a TDP apresenta três vantagens sobre teorias rivais, especificamente (1) a de nos prover de uma explicação da origem social do direito que é mais geral e abrangente do que aquela advinda do modelo das convenções de Lewis; (2) a de esclarecer de que maneira as diretrizes de um plano, quando aceitas, podem se converter em padrões públicos e comuns de conduta para todos os oficiais e sujeitos de direito; e (3) a de nos guarnecer de uma visão clara quanto à racionalidade interna do direito, que, para ele, é a do planejamento. Por mais que sejam valiosas essas contribuições da TDP ao estudo do direito, contudo, elas não aparentam ser suficientes para vencer a exigência proposta por Postema.

A ideia de que o direito tem a função de sanar as controvérsias morais presentes nas chamadas circunstâncias da juridicidade parece ser um bom início de uma tentativa de vencer esse desafio. É razoável supor que o direito é capaz de transmitir as razões normativas que temos para resolver os problemas das circunstâncias da juridicidade diretamente para as ações específicas que suas normas preconizam. Dessa forma teríamos razões para obedecer ao direito porque também temos razões para buscarmos solucionar as questões morais que ele tem a função de equacionar, e que de fato equaciona debaixo de estruturas de planejamento regidas pela racionalidade dos planos.

Mas tal suposição, diz Bratman, também não basta para o projeto explicativo do direito, pois (1) existe a possibilidade de que o sistema de estruturas sociais conformador do direito seja odioso a ponto de afastar qualquer espécie de razão normativa que pudesse ser invocada para utilizá-lo na resolução dos problemas das circunstâncias da juridicidade, e além disso, (2) a afirmação de que o direito transmite razões (2.1) é diferente da assertiva de

que ele as induz por sua própria natureza, e (2.2) deixa sem resposta a questão relativa a se saber quais razões independentes do direito existem para que procuremos saná-los.

A primeira dessas observações nos mostra que a transmissão de razões aludida por Bratman nem sempre acontece, embora ocorra ou possa ocorrer usualmente. Noutras palavras, a explicação da TDP é incompleta nesse particular. De maneira semelhante, a segunda delas nos revela que nem sempre há razões não jurídicas para intentarmos vencer as questões típicas das circunstâncias da juridicidade, sem embargo, mais uma vez, de elas rotineiramente estarem presentes em nossas deliberações quanto a esse assunto. Dito de outro modo, ainda que admitamos que o direito tem a função de dirimir as demandas morais das circunstâncias da juridicidade, a efetiva escolha no sentido de o utilizarmos para tal finalidade, em detrimento de algum outro instrumento que pudesse cumprir esse mesmo papel, deve ser objeto de justificação fundada em razões normativas que a teoria de Shapiro não nos fornece.

Por outro lado, é viável imaginar que o direito comumente produz razões normativas distintamente jurídicas, e que portanto uma explicação satisfatória para a sua normatividade pode ser encontrada nessa produção. Diante da necessidade de se tomar uma decisão, o caminho indicado pelos planos jurídicos se constitui em uma razão jurídica para o agente, que pode ser chamada de razão de especificação.

Paralelamente a isso também é factível pensar que o direito, pensado como estrutura hierárquica de planejamento da qual as pessoas tomam parte em um esquema de cooperação, é elemento constitutivo de um valor social de autogoverno que é importante para os participantes da prática que ele institui, de sorte que frequentemente existe uma razão normativa de autogoverno social operando em seu favor.

Mais ainda, é plausível admitir que esse autogoverno exibe uma dimensão temporal que aponta para um valor concernente à estabilidade das estruturas de planejamento constitutivas do direito, do que decorre uma razão normativa de natureza correspondente.

Essas três espécies de razão normativa detectáveis no modelo da TDP são distintamente jurídicas e são também capazes de ser induzidas pelo direito, ao invés de somente retransmitidas por ele a partir de outras fontes. Elas, ademais, podem ser

comunicadas diretamente às condutas determinadas pelos planos jurídicos, à maneira de razões normativas para ação.

A identificação dessas razões parece sugerir, ao contrário do que venho defendendo, que a teoria de Shapiro venceria o desafio postemaniano e se constituiria em explicação satisfatória para a normatividade do direito – máxime se nos lembrarmos de que o autor está preocupado apenas em explicar obrigações existentes *sob a particular perspectiva do direito*. Mas Bratman repele essa conclusão com a lembrança de que as sobreditas três espécies de razões distintamente jurídicas não grassam em todos os sistemas jurídicos. Elas somente são encontradas naqueles que foram adequadamente manejados como solução para as demandas das circunstâncias da juridicidade, e portanto em sistemas assentados sobre razões normativas não jurídicas suficientemente fortes para justificar esse manejo[172].

As questões derivadas da apreciação conjugada das posições de Dickson e Rodriguez-Blanco consequentemente perduram: se o plano-mestre que se encontra na base do direito somente pode ser normativo para os oficiais do sistema jurídico acaso for considerado por eles como moralmente bom, então o projeto positivista de Shapiro fracassa. Reescrita no vocabulário bratmaniano, a censura ao autor seria a de que ele não explica a normatividade do direito porque não esclarece quais razões normativas não jurídicas militam em favor de que utilizemos e continuemos a utilizar o direito como instrumento de resolução das querelas que conformam as circunstâncias da juridicidade – e portanto não elucida quais razões os oficiais têm para se engajarem na prática jurídica e continuarem engajados nela.

Possivelmente Shapiro dissesse que seu agnosticismo nesse ponto é uma vantagem e não um defeito da TDP. Seu modelo teórico permaneceria operacional diante de qualquer tipo de justificativa que pudesse ser apresentada para a valorização do direito como instrumento de resolução dos problemas que ele se volta a sanar, e não perderia potencial explicativo mesmo quanto aos casos em que um sistema jurídico se encontrasse em vigor a

---

[172] Embora o fazendo por uma via argumentativa diferente da que foi aqui apresentada, Kevin Toh também observa que Shapiro enfrenta um problema consistente no fato de que, ao fim e ao cabo, a capacidade que os planos podem ter de nos fornecer razões para ação dependem de o respectivo conteúdo ser considerado correto a partir de um ponto de vista normativo. A principal fonte das agruras da TDP nesse aspecto está no não reconhecimento de que existe uma diferença entre (1) nossas atitudes psicológicas a respeito de planos que aceitamos e (2) o conteúdo desses planos (TOH, Kevin. Plan-attitudes, plan-contents, and bootstrapping: some thoughts on the Planning Theory of Law. 2013. *Social Science Research Network*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2307318>. Acesso em 07/04/2014).

despeito de ser moralmente condenável – ou seja, mesmo nas hipóteses em que essa justificativa fosse ruim ou inexistente.

Vista dessa maneira sua teoria seria mais abrangente do que uma posição rival construída com base nas colocações críticas de Bratman, embora também fosse menos ambiciosa em seu escopo elucidativo. Mas ela também seria um exemplo de teoria *inadequada* do direito, à luz do desafio lançado por Postema – desafio que, segundo Celano, a TDP abertamente se propôs a vencer. E essa pecha de inadequação é um preço demasiadamente elevado a se pagar pela coerência interna da TDP.

A racionalidade do planejamento, por conseguinte, não resolve de fato o Dilema da Possibilidade, mas o remaneja para uma posição teórica diferente (a dos motivos que justificam a aceitação do plano-mestre, ao invés daquela relativa aos efeitos dessa aceitação), deixando-o em aberto. Shapiro parece salvar a tese da separação pela via da razão instrumental, mas a leva à (segunda) morte ao fazê-lo.

A tudo isso Shapiro poderia objetar que a normatividade que ele tem em mente ao falar do plano-mestre tem de ser compreendida em sentido fraco – afinal, para ele o direito só cria obrigações do ponto de vista do próprio direito, as quais não têm a mesma robustez das obrigações morais. Por esse prisma não haveria necessidade alguma de apelarmos a razões morais para compreendermos o plano-mestre como normativo: se ele não gera obrigações em sentido forte, as razões para ação que ele dá aos oficiais do sistema podem ser de outras espécies.

Ocorre que a discussão de uma objeção desse tipo expõe uma grave tensão interna na TDP. De um lado, Shapiro se contenta em avançar a ideia de que a normatividade do plano-mestre é de caráter sensivelmente limitado – o que se harmoniza com uma concepção fraca de normatividade. De outro, assevera que o direito tem um propósito moral, que reivindica autoridade moral para obrigar[173], e que o faz independentemente da vontade de seus destinatários[174] – o que parece exigir uma concepção forte de normatividade.

---

[173] Observe-se, com Katya Kozicki, que Hart negava a asserção de que o direito necessariamente apresentaria autoridade moral (KOZICKI, Katya. *Herbert Hart e o positivismo jurídico*: textura aberta do direito e discricionariedade judicial. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 70). Shapiro, de seu turno, entende que existe no direito ao menos uma reivindicação dessa autoridade, sem a qual a lógica dos planos não pode operar.
[174] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 212.

Essa tensão não pode ser afastada com a já referida estratégia de se afirmar que o direito obriga somente a partir de seu próprio ponto de vista. Especialmente no que se refere ao plano-mestre essa via argumentativa não está sequer disponível para Shapiro: se é o plano-mestre que funda a prática jurídica então não há um ponto de vista que esteja ao mesmo tempo acima dele, mas ainda no interior da prática, e que possa ser visto como o ponto de vista do direito. O plano-mestre não pode obrigar somente do ponto de vista do direito porque é ele a origem última desse ponto de vista.

Há aqui quase que uma repetição, se bem que debaixo de novas vestes, do problema que Dickson enxergou em Hart (o de que a regra de reconhecimento não pode revestir de razões jurídicas os seus destinatários, pela lógica da validação, porque ela mesma não é válida, mas apenas existente enquanto questão de fato). Como a mera existência do plano-mestre não é capaz de gerar normatividade, remanesce a necessidade de justificar a normatividade do direito de outra forma que não incida em regressão infinita (como seria a de se falar em um plano ainda mais elevado). Isso revela como a resposta de Shapiro para o Dilema da Possibilidade é de todo questionável – e como se configura em solução apenas aparente para esse problema, na medida em que não escapa da circularidade que vitimara Hart.

O ponto pode ser bem visualizado no exemplo do jantar de Shapiro. Ao convidar um amigo para tomar parte em seu intento de preparar e consumir uma refeição em sua casa o autor sustenta que o convidado aceita o plano de realização do jantar e que assim se compromete com as exigências da racionalidade do planejamento respeitantes àquela finalidade. O comprometimento racional do terceiro com o plano é decorrência dessa aceitação.

Porém em momento algum se discute por qual motivo a aceitação acontece, ou mesmo por que ela se mantém depois de se estabelecer. Por que, afinal, participar dessa atividade ou permanecer comprometido com ela? Essas perguntas adquirem ainda maior peso nos estágios mais avançados do exemplo, especialmente nos momentos (1) em que nasce a figura da hierarquia e (2) em que se firma um sistema que pode ser considerado jurídico. Por que aceitar a tal estrutura hierárquica e submeter-se às suas diretrizes? Por que sujeitar-se à autoridade do sistema jurídico desenvolvido da forma descrita por Shapiro? Por que continuar envolvido na prática jurídica? Apresentar respostas a essas perguntas é

inescapável para a teoria do direito porque a obediência à autoridade jurídica não é opcional, principalmente para os oficiais do sistema jurídico. Talvez a lógica dos planos pudesse explicar a realização de um jantar, o funcionamento de uma empresa ou mesmo a manutenção de uma pequena comunidade, mas o direito não é como essas práticas, porque pretende ser perenemente obrigatório para todos: podemos rejeitar o convite para jantar ou desistir de participar de tal compromisso mesmo depois de o aceitarmos, mas não podemos fazer o mesmo relativamente ao direito.

Tanto o primeiro convidado de Shapiro quanto as demais pessoas que se agregam aos eventos que ele menciona detêm a opção de abandonarem a qualquer tempo o plano que aceitaram. A vinculação deles às normas da racionalidade instrumental típica dos planos não lhes dá razões que proíbam ou mesmo desaconselhem esse abandono. Seria irracional para eles praticarem ações conflitantes com o conteúdo do plano anteriormente aceito, mas o mesmo não poderia ser dito quanto à ação de abrirem mão daquilo que foi planejado. Esta não poderia ser considerada irracional, e portanto ficaria a salvo de críticas formuladas a partir da lógica dos planos. No entanto um dos predicados do direito é precisamente o de impor às pessoas, mormente aos oficiais do sistema jurídico, obrigações cujo cumprimento não é facultativo para elas – isto é, obrigações em sentido forte que demandam ser explicadas por um conceito igualmente forte de normatividade. Depois de aceitá-lo o oficial não pode abandonar o plano compartilhado que funda uma ordem jurídica.

Se as normas da racionalidade instrumental não se prestam a obrigar os participantes do jantar a não ser do ponto de vista da própria atividade de jantar, então é necessário apresentar alguma outra justificativa para a autoridade que o plano concernente a essa ação exerce sobre eles, uma vez que eles podem simplesmente não aceitá-lo ou mesmo abandoná-lo em dado momento sem que incidam em irracionalidade – e assim também naquilo que se refere às demais etapas da construção de Shapiro. No caso do direito tal necessidade é ainda mais premente porque se espera que ele impeça os seus destinatários de desobedecer-lhe. É fundamentalmente essa justificação (que deve ser moral, como visto acima) o que falta no positivismo dos planos – não porque se está a exigir de Shapiro uma teoria normativa do direito, mas porque a sua própria ambição descritiva só faz sentido se der conta desse tema. Podemos admitir que o direito apresenta uma racionalidade interna, e que o mesmo se dá também quanto ao jantar paradigmático do autor. Mas falta sabermos por quais razões

(morais) nos submetemos a essa específica racionalidade – e ao tipo de normatividade que ela pode (ou não) veicular.

A estratégia de Shapiro, então, não funciona. Em face desse panorama, surge uma indagação importante: há alguma salvação para a explicação da normatividade do direito na TDP? Aparentemente sim, mas desde que ela seja emendada para admitir que as razões fundantes da autoridade jurídica são morais[175].

Isso, todavia, demanda o abandono da tese da separação, a par de confirmar a hipótese de que o compromisso de Shapiro com seus termos, no nível da fundação do direito, está equivocado e não pode ser salvo pela crua racionalidade do planejamento, do modo como apresentada por ele. No capítulo seguinte mostro como esse equívoco também pode ser visualizado pelo prisma da prática jurídica.

[175] Não discuto neste trabalho quais exatos contornos essa possível emenda ao soneto shapiriano poderia assumir. Imagino que o restante da TDP, se não for modificado da forma sugerida no capítulo seguinte, torne preclusa somente a via dworkiniana, já que Shapiro não entende a prática jurídica como argumentativa no sentido de Dworkin. David Dyzenhaus sugere a Shapiro (e aos positivistas em geral) que abandone a tentativa de explicar a autoridade do direito em bases positivistas e que então se converta a uma das modernas teorias jusnaturalistas (DYZENHAUS, David. Legality without the rule of law? Scot Shapiro on wicked legal systems. Critical notice: Legality, by Scott Shapiro. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XXV. No. 1. January 2012, p. 200). George Duke lembra que há uma *family resemblance* entre a TDP e as teorias do direito natural, particularmente detectável na observação shapiriana de que o direito tem um propósito moral. (DUKE, George. The planning theory and natural law, 2014, *passim*).

V. A PRÁTICA DOS PLANOS E OS DESACORDOS TEÓRICOS

Se fazemos tanto esforço para achar nossas razões,
como aceitar facilmente as alheias?[176]

A prática jurídica é o cenário privilegiado de verificação do poder explicativo de uma teoria do direito. Tendo demonstrado que o positivismo de Shapiro não se sustenta no que se refere às fundações do direito, passo a abordá-lo com o olhar da fenomenologia da decisão judicial. Aqui aparece aquela que seria a terceira falha imputada por Shapiro à teoria de Hart, consistente em não dar conta dos desacordos teóricos presentes em nossa prática jurídica. A prevalência desses desacordos em nossos casos jurídicos centrais é usada por Dworkin como argumento contra o que ele chama de teorias semânticas e arquimedianas do direito – dentre elas o positivismo hartiano.

Shapiro leva a sério a crítica dworkiniana e concorda com Dworkin quanto à impossibilidade de respondê-la nos estritos limites da teoria de Hart. Ele apresenta a TDP também como uma resposta aos argumentos de Dworkin. Simultaneamente, então, Shapiro pretende nos convencer de que seu positivismo é teoricamente mais poderoso do que o de Hart, e de que a TDP não apenas vence o desafio de Dworkin, como também oferece uma explicação superior à dworkiniana para o problema dos desacordos teóricos.

Neste capítulo destaco, em primeiro lugar, a natureza da crítica que Dworkin lança ao positivismo jurídico nesse particular, apontando que o argumento dos desacordos teóricos tem cunho gramatical. Em seguida, na segunda seção, reconstruo esse mesmo argumento, tal qual apresentado no primeiro capítulo de *O império do direito*. A terceira seção deste capítulo é dedicada à exposição da resposta de Shapiro à crítica dworkiniana. O autor afirma que os desacordos que Dworkin reputa inexplicáveis pelo positivismo jurídico são divergências sobre metodologias interpretativas. Discuto os traços centrais dessa posição e sublinho como ela aparenta ser consistente com a tese da separação e com a racionalidade do planejamento. A quarta e última seção é voltada à crítica da explicação shapiriana para os desacordos. Após pontuar que Shapiro não compreende bem a posição de Dworkin, afirmo que o exame detido de seus argumentos mostra que a decisão judicial sempre demanda deliberação moral, mesmo sob a TDP – o que denota que a tese da separação não

[176] DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. *O avesso das coisas*. São Paulo: Record, 1987, p. 137.

é defensável no nível da prática jurídica, e que a racionalidade pretensamente amoral dos planos não é a da decisão judicial.

1. Introdução à natureza do argumento

Desde a publicação do clássico *Modelo de regras I* Dworkin tem sido considerado como o grande crítico do positivismo jurídico hartiano. O conjunto de argumentos construídos por ele ao longo de quase cinco décadas e numerosos textos é extremamente complexo e comporta diversas dimensões de análise. Não tratarei de todos os argumentos dworkinianos contra o positivismo, nem de todas as facetas de sua crítica a essa escola de pensamento. Meu foco estará sobre um tipo específico de discussão, que é aquele associado à racionalidade envolvida na decisão judicial.

A escolha dessa estratégia tem dois fundamentos. Em primeiro lugar, essa questão permeou os escritos de Dworkin durante todo o curso de sua produção acadêmica, de maneira que se configura em um aspecto central de sua obra filosófica. Em segundo lugar, dentre as possíveis objeções dworkinianas ao positivismo ela é suficiente para viabilizar a continuidade de meu próprio argumento contrário à tese shapiriana de que a racionalidade do direito seria a racionalidade do planejamento.

Ao afirmar que o positivismo de Hart se constituía em um modelo de regras que não dava conta de explicar o uso que os juízes fazem de princípios jurídicos sem *pedigree* na decisão judicial, Dworkin fazia uma crítica de cunho gramatical[177] à descrição positivista do direito. Grosso modo, o mote do argumento era o de que o positivismo não capta aquilo que os juízes realmente fazem no exercício da judicatura, mesmo no nível da mera descrição da prática jurídica[178]. O conceito de direito defendido pelo positivismo não está correto, por

---

[177] Como explica P. M. S. Hacker ao analisar os escritos de Wittgenstein, o sentido de uma proposição é dado por sua gramática lógica, ou pela forma através da qual ela é usada em nossa prática linguística (HACKER, P. M. S. *Wittgenstein's place in Twentieth-Century analytic philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 1996,pp. 97-136).

[178] David Howarth e Shona Wilson Stark empreenderam um interessante estudo empírico com o objetivo de verificar se realmente há consenso entre os oficiais do sistema jurídico britânico a respeito de qual seria a regra de reconhecimento existente no direito local. O foco dessa investigação incidiu sobre oficiais que não eram juízes, mas que tinham papel relevante no funcionamento do sistema jurídico em questão. Eles concluíram que há profundas divergências entre os oficiais quanto a isso – o que parece sugerir que os desacordos descritos por Dworkin não são exclusivamente verificáveis na atividade dos juízes, mas também de outros oficiais do sistema. O objetivo do artigo era o de verificar se os fatos do mundo confirmariam a afirmação conceitual de Hart quanto a ser necessário e suficiente para a existência de um sistema jurídico que os respectivos oficiais efetivamente aceitem a regra de reconhecimento. Os achados dos autores demonstram que essa afirmação pode

esse prisma, porque o uso desse conceito pelos juízes mostra que ele funciona de acordo com uma gramática que não é a da subsunção. A lógica da validação de *standards* jurídicos por referência a uma regra de reconhecimento, aliada ao exercício de uma discricionariedade em sentido forte por parte dos juízes, parece se constituir em uma explanação simples e razoavelmente correta daquilo que ocorre em nossas práticas jurídicas centrais, bem como da utilização do conceito de direito pelos juízes. As intuições do homem comum seriam justamente essas, afinal. Todavia, a observação mais detida dessas práticas revela que os juízes reconhecem ter a obrigação jurídica de decidir os casos que lhes são apresentados para julgamento com recurso a razões que são entendidas por eles como *jurídicas*, a despeito de não fazerem parte do direito positivado, e portanto de não terem *validade* em sentido hartiano[179]. O conceito de direito que os juízes compartilham, então, o qual se revela pela forma como eles decidem fazendo uso desse mesmo conceito, é mais amplo e complexo do que o sugerido por Hart.

A gramática da decisão judicial, nesse sentido dworkiniano, necessariamente envolve deliberação moral por parte dos juízes, não apenas para solucionarem uma controvérsia jurídica, como também, e fundamentalmente, para identificarem o direito e interpretarem seu conteúdo. Decidir no direito, de acordo com essa visão, significa decidir segundo uma racionalidade que não esteja vinculada somente a fatos sociais – o que quer dizer que a prática dos juízes esvazia a tese da separação ao mostrar com muita clareza que eles não consideram que os fatos jurídicos sejam determinados, em sua identidade e conteúdo, exclusivamente por fatos sociais[180].

Essa racionalidade está presente na decisão judicial mesmo quando a decisão do juiz aparentemente recai sobre um tema incontroverso. Para ilustrar essa situação levo em consideração quatro contextos de decisão. O primeiro deles, (D1), é aquele que se verifica quando não há dúvida alguma a incidir sobre a aplicabilidade de uma norma a um caso concreto. Noutras palavras, trata-se de problema que se resolve com a aplicação pura e simples do método da subsunção. O segundo, (D2), é o que pode ser visualizado quando há um conflito de normas relativas a determinada questão jurídica, mas outras normas do ordenamento determinam sua solução. O terceiro, (D3), é o que tem lugar quando a causa

---

ser insubsistente (HOWARTH, David, STARK, Shona Wilson. H. L. A. Hart's secondary rules: what do 'officials' really think? *International Journal of Law in Context*, 14 (1), 2018, pp. 61-86).

[179] DWORKIN, Ronald. The model of rules I, 1977b, pp. 14-45.

[180] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*, 2013b, p. 192.

posta em juízo é regulada por uma norma de conteúdo marcado por alguma dose de indeterminação não solucionável por analogia ou outro método interpretativo semelhante que permita sua resolução por integração. O quarto e último, (D4), é o que ocorre nas hipóteses em que o direito parece simplesmente não regular uma determinada matéria.

Tradicionalmente o positivismo jurídico afirma que os problemas surgidos em "(D1)" e "(D2)" são resolvidos pelo juiz com base no direito, enquanto aqueles detectados em "(D3)" e "(D4)" são solucionados pela via da discricionariedade judicial. É claro que é o próprio direito que determina ao juiz que decida discricionariamente, mas o conteúdo de sua decisão não é regulado pelo direito. Isso quer dizer que a razão jurídica propriamente dita só é posta em prática nos dois primeiros casos – e apenas neles é possível verificar se a decisão tomada pelo juiz está certa ou errada segundo o direito. Por força do compromisso dos positivistas com a tese da separação a razão jurídica que governa a decisão judicial nessas hipóteses é amoral. Já nos restantes o juiz decide sempre a partir de deliberação moral – mas esta não integra a razão jurídica, porque os casos decididos pela via da discricionariedade não têm sua solução ditada pelo direito e se constituem em verdadeiros atos legislativos (ou de criação do direito). Do ponto de vista jurídico, então, não há critério de correção que permita verificar se o juiz acerta ou erra nesse campo.

Dworkin pensa de modo diverso. Para ele em todos esses contextos decisórios a interpretação construtiva está presente e demanda do juiz que delibere moralmente com relação aos problemas jurídicos levados à sua apreciação – e que o faça não sob o prisma de uma moral convencional, mas concorrente[181]. É evidente que o juiz trivialmente faz uso da lógica da subsunção em muitos casos. Mas isso se dá porque ele interpretativamente verifica que não existe princípio ou valor algum a impedir a aplicação do texto frio da lei a determinado problema. Se a reconstrução dos princípios que dão sentido à prática jurídica em cujo seio o juiz está inserido apontarem para uma solução diversa daquela indicada pelo texto da lei, então ele decidirá de acordo com essa reconstrução. É essa a racionalidade da decisão judicial para Dworkin: moral em todos os cenários, do início ao fim. Para Dworkin,

[181] DWORKIN, Ronald. The model of rules II. (In: DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977c, p. 53). Por moral *convencional* entende-se aquela cujo significado é dado por referência àquilo que a maioria dos membros de uma comunidade entende por moralmente correto. Já por moral *concorrente* se entende aquela cujo significado é construído de modo interpretativo, levando-se em conta o conjunto de valores que, formando uma teia inconsútil, dão sentido às discussões morais que são travadas no interior de uma comunidade. Ao falar das posições de Dworkin, reporto-me à ideia de moral concorrente sempre que me referir a discussões morais ou valorativas.

então, a razão jurídica preside sobre a decisão judicial nos quatro contextos decisórios aqui discutidos, e essa razão nunca é amoral. Podem existir situações de extrema indeterminação ou de profunda lacunosidade que dificultem a emissão de juízo de correção relativo à decisão tomada. Em regra, contudo, é possível saber se o juiz erra ou acerta, do ponto de vista do direito, ao tomar qualquer decisão, mesmo em "(D3)" e em "(D4)"[182].

De acordo com Dworkin a descrição positivista do que se dá nessas quatro circunstâncias decisórias está errada porque não capta a gramática interpretativa de funcionamento da decisão judicial. Adiante falarei mais diretamente do motivo pelo qual essa é de fato a gramática do julgar segundo o direito (ela trabalha com conceitos interpretativos). Por ora, nesta seção introdutória, limito-me a estas considerações.

É nesse contexto gramatical de crítica ao positivismo que Dworkin constrói seu argumento relativo aos desacordos teóricos. Em certa medida houve necessidade de refinamento da crítica contida em *Modelo de regras I* porque muitos positivistas, em função de não compreenderem ou mesmo de não considerarem relevante a real natureza da posição dworkiniana, apresentaram explicações para o uso dos princípios na decisão judicial que pareciam ser consistentes com as ideias centrais do positivismo[183]. A mais célebre delas talvez tenha sido a de Raz. O autor observou que o juiz faz uso de diversos elementos ao decidir, e que nem todos eles passam a ser parte do direito por força dessa utilização. Decidir com base em princípios sem *pedigree* significa empregar razões não jurídicas no julgamento, sendo esse emprego obrigatório para o juiz porque o próprio direito lhe obriga a julgar as causas que lhe são apresentadas ainda quando os *standards* jurídicos juridicamente válidos estão esgotados[184]. Essa explicação talvez descreva o comportamento dos juízes de um ponto de vista externo ao direito (ou arquimediano[185]), mas é incapaz de dar conta da racionalidade dos juízes conforme compreendida pelos próprios juízes (e evidenciada nos argumentos ou razões que eles apresentam em suas decisões). Logo, para Dworkin ela não se configura em resposta adequada à sua crítica.

---

[182] DWORKIN, Ronald. Hard cases. In: DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977d, pp. 81-130.
[183] Tal refinamento começou a ser formulado em DWORKIN, Ronald, The model of rules II, 1977c, , mas recebeu sua articulação definitiva em DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, 1986.
[184]RAZ, Joseph. Postscript to 'Legal principles and the limits of the law'. In: COHEN, Marshall (Ed.). *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Totowa: Rowman & Allanheld, 1983, pp. 84-85.
[185] RIPSTEIN, Arthur. Introduction: Anti-Archimedianism. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). *Ronald Dworkin*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 1-21.

Como foi, então, que Dworkin sofisticou sua posição ao publicar *O império do direito*? Conforme será visto a seguir, ele apresentou uma teoria dos desacordos jurídicos, no bojo da qual surge e toma corpo o argumento dos desacordos teóricos.

2. Dworkin e o argumento dos desacordos teóricos

Há no direito um fenômeno que aparentemente não pode ser explicado pelo positivismo jurídico. Como se trata de algo que é ao mesmo tempo importante e habitual na prática jurídica, e portanto essencial para a compreensão do que é o direito, deve necessariamente ser objeto de elucidação teórica. Sendo indispensável essa teorização e incapaz o positivismo de empreendê-la adequadamente sem abrir mão de suas teses centrais, só se pode concluir pela inaptidão de tal escola de pensamento para compreender e explicar o direito.

Em termos muito esqueléticos assim pode ser apresentado o argumento construído por Dworkin no primeiro capítulo de *O império do direito* para novamente fazer carga contra o positivismo. O fenômeno que clama por esclarecimento filosófico e que não pode ser explicado pelas correntes positivistas de pensamento, segundo o autor, é o dos desacordos teóricos presentes na prática jurídica, principalmente, mas não exclusivamente, nos chamados casos difíceis.

Antes de descrevê-lo Dworkin lança mão de dois conceitos: o de *proposições jurídicas* e o de *fundamentos do direito*. As proposições jurídicas são afirmações sobre o conteúdo do direito em um determinado sistema jurídico, podendo ser verdadeiras ou falsas. Já os fundamentos do direito são aquilo em virtude de que as proposições jurídicas podem ser consideradas verdadeiras ou falsas[186] – são, noutras palavras, suas condições de verdade[187]. A afirmação de que "o limite de velocidade na Rodovia Castello Branco é de 120 km/h" é uma proposição jurídica verdadeira, enquanto a de que "é proibido dirigir no Estado de São Paulo depois da seis da tarde" é uma proposição jurídica falsa[188]. No Estado de São Paulo uma proposição jurídica é verdadeira, grosso modo, se aprovada pela maioria dos

[186] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, p. 4.
[187] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*, 2013b, p. 192.
[188] Exemplo adaptado de DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, p. 4.

integrantes da Assembleia Legislativa e não atingida por veto do Governador. Essa sequência de atos se constitui em fundamento do direito no Estado de São Paulo[189].

Feita essa distinção, Dworkin sustenta que podem existir dois tipos de desacordo no direito, nomeadamente os empíricos e os teóricos. Existem desacordos empíricos quando se discute se os fundamentos do direito estão ou não presentes, se foram ou não cumpridos, em determinada situação. Por outro lado, há desacordos teóricos sempre que se debata em que consistem os fundamentos do direito e que se questione o que eles efetivamente são[190]. Se o que se discute é se o Governador de São Paulo vetou ou não certa lei, ou se esta foi ou não aprovada pela maioria dos integrantes da Assembleia Legislativa do Estado, o objeto da discussão é saber se os fundamentos do direito são verificáveis ou não na hipótese em debate. Nesse caso se está diante de um desacordo empírico[191]. Porém, se o que se coloca em exame é saber se o Legislativo Paulista tinha ou não autoridade ou legitimidade para legislar naquele caso específico, embora não se negue que ele de fato tenha legislado, o desacordo disso decorrente é teórico, porque se está debatendo não a presença ou a ausência de um fundamento do direito, mas a identidade desse fundamento[192].

Os desacordos são fundamentais para a compreensão do direito porque a prática jurídica é vista por Dworkin como uma prática argumentativa, no sentido de que ela em grande medida consiste na apresentação de alegações, por seus participantes, quanto àquilo que o direito exige, bem como na defesa dessas alegações através do oferecimento de razões valorativas[193]. Noutras palavras, eles atestam que a racionalidade dos juízes não está limitada pela lógica da validação referida acima. Nesse contexto os desacordos teóricos são explicados em virtude do caráter interpretativo das discussões morais, aliado à impossibilidade de se compreender o direito unicamente através de fatos sociais. O direito, na teoria dworkiniana, tem tanto fontes sociais quanto morais, sendo estas últimas de natureza argumentativa porque enraizadas nas disputas morais que funcionam segundo tal

---

[189] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, p. 4.
[190] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, pp. 4-5. Conforme lembra Shapiro, algumas dessas ponderações de Dworkin podem ser transportadas à teoria do direito de Hart. Nessa linha os referidos *fundamentos do direito* dworkinianos seriam os fatos contidos na *regra de reconhecimento* hartiana. Assim, desacordos teóricos seriam discórdias a respeito do conteúdo da regra de reconhecimento, enquanto desacordos empíricos seriam desentendimentos acerca do cumprimento ou do descumprimento, em um determinado caso concreto, das estipulações contidas naquela mesma regra (SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 285).
[191] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 285, com adaptações ao exemplo anterior.
[192] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 285.
[193] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 284.

gramática[194]. É por conta dessas suas características que o direito é marcado por desacordos teóricos[195].

A argumentação moral, portanto, está no centro da discussão que tem por objeto o conceito de direito[196], e o positivismo jurídico não apenas falha em captar essa centralidade, como também, muito em função dessa deficiência mesma, não logra compreender os desacordos costumeiramente enfrentados pelos participantes da prática jurídica[197].

À luz de uma concepção positivista do direito – que, segundo Dworkin, seria fundamentalmente caracterizada pela presença de *consenso* entre os oficiais de um certo sistema jurídico acerca de quais seriam os fundamentos do direito naquele sistema, bem como pela noção de que somente fatos históricos (ou sociais), e não morais, podem ser fundamentos do direito em qualquer sistema jurídico[198] –, os desacordos teóricos seriam simplesmente impossíveis[199]. Isso porque, quando os atores da prática jurídica discordam sobre a afirmação de que um determinado fato social seria um fundamento do direito em um dado sistema jurídico, eles estariam evidenciando que não existe consenso ou acordo convencional em torno daquele fato, e que ele portanto não pode ser considerado um fundamento do direito naquele sistema[200]. Noutras palavras, o comportamento desses atores revela que eles não atuam na prática jurídica segundo a racionalidade de validação por

---

[194] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*, 2013b, p. 192.

[195] É interessante observar que mesmo teóricos refratários às posições de Dworkin apontam que elas tornaram mais complexa a tarefa daqueles que pretendem construir teorias do direito completamente desconectadas de discussões morais (ou de teorias éticas e políticas de fundo, cf. COELHO, André Luiz Souza. Dworkin e Gadamer: qual conexão? *PERI*, V. 06, n. 01, 2014b, pp. 19-43. Disponível em <http://nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/905>. Acesso em 18/9/2016).

[196] Ao formular o argumento dos desacordos da maneira aqui exposta Dworkin ainda não havia apresentado o complexo mapa conceitual que delineou na introdução à obra *Justiça de toga*, na qual descreveu quatro diferentes conceitos de direito, notadamente o doutrinal, o sociológico, o taxonômico e o aspiracional, que diferem um do outro quanto ao uso a que cada um deles se presta no âmbito de construção de uma teoria do direito (DWORKIN, Ronald. Introduction: law and morals. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006b, pp. 1-35). Embora esse novo incremento teórico tenha vindo a lume em 2006, portanto cinco anos antes da publicação de *Legality*, Shapiro não o discute – o que sugere que o autor entende as distinções cunhadas por Dworkin como irrelevantes tanto para o argumento dworkiniano dos desacordos quanto para a resposta que lhe é dada pela TDP. Por conta disso, sem embargo de reconhecer o importante papel desempenhado por esse refinamento do projeto filosófico de Dworkin, não discuto aqui esse tema, preferindo manter minha análise circunscrita ao campo de batalha fixado por Shapiro – cujas fronteiras datam de 1986, digamos assim. Observo, contudo, que esse quadro indica, já de saída, que a carga shapiriana não é lançada contra a forma mais completa (e certamente mais forte) do argumento dos desacordos.

[197] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*, 2013b, p. 192.

[198] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, p. 6-9. Essa segunda colocação revela que Dworkin está a falar do positivismo jurídico exclusivo (Cf. SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 286).

[199] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 286.

[200] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 286.

referência a uma convenção, e, por conseguinte, demonstra que a tese da separação não faz sentido. O desacordo teórico, nesse contexto positivista, produz sempre uma mesma conclusão: a de que seu objeto não é e nem pode ser um fundamento do direito, porque inexiste consenso ou acordo convencional em seu redor[201].

Disso se conclui que desacordos sobre os fundamentos do direito somente poderiam ser empíricos para os positivistas – isto é, somente se poderia questionar se tais fundamentos estariam ou não presentes em um dado contexto de decisão –, mas jamais teóricos. Do contrário ficaria derrotada a visão de que o direito depende de consenso entre os seus oficiais a respeito dos critérios sociais utilizados para determinar a juridicidade de um determinado *standard* normativo, e com ela o próprio positivismo jurídico[202].

Como a observação da prática jurídica – e Dworkin apresenta exemplos concretos disso, sob a forma de casos difíceis julgados por tribunais norte-americanos – é suficiente para demonstrar que os desacordos teóricos não são apenas possíveis, como também recorrentes, fica então comprovado que o positivismo não dá conta de explicar uma parcela relevante da realidade jurídica sem modificar seus mais cruciais postulados teóricos, destacadamente seu compromisso com a tese da separação, devendo portanto ser rejeitado em favor de uma melhor teoria do direito, que reconheça que não apenas os fatos sociais, mas também os morais, podem ser fundamentos do direito[203] – e que essencialmente enxergue a prática jurídica como argumentativa.

Um desses casos difíceis, em particular, é o que parece mais representativo do problema dos desacordos teóricos de acordo com o pensamento de Dworkin. Trata-se da caso *Tennessee Valley Authority v. Hill* (daqui em diante apenas "TVA"). Em poucas palavras o que se discutia naquele processo era se o Tribunal deveria ou não obstar a construção de uma barragem já praticamente terminada, e que, acaso fosse concluída, causaria a extinção de uma determinada espécie de peixe que era objeto de proteção legal. Decidiu-se por maioria de votos que aquela obra deveria ser paralisada. A tese vencedora foi a de que a letra da lei, que determinava que a edificação não continuasse, haveria de ser seguida mesmo que causasse consequências absurdas, ao argumento de que uma conclusão diversa somente poderia ser atingida se houvesse indicação clara de que a intenção do

---

[201] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 286.
[202] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 286.
[203] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 288.

legislador fosse a de evitá-las. A tese vencida, de seu turno, foi a de que a obra deveria ser concluída de qualquer forma, pois o tribunal somente poderia tomar decisões que redundassem em consequências absurdas se fosse possível determinar que era precisamente essa a intenção do legislador. Para Dworkin, como havia consenso no tribunal quanto aos elementos empíricos do caso, a divergência que se instalou quando do julgamento era teórica, pois a solução encontrada por cada uma das alas divergentes dependia, em larga medida, do propósito ou *point* moral que cada uma delas atribuía ao direito – ou, noutras palavras, do conceito de direito adotado por cada uma delas em função de uma interpretação construtiva dos princípios que mais bem se ajustavam à prática e a justificavam de modo a compreendê-la em sua melhor luz[204].

As tentativas positivistas de caracterizar os desacordos teóricos como sendo outra espécie de problema – os agentes engajados em tais desacordos estariam, na verdade, discutindo de forma pouco sincera não sobre o que o direito é, mas sobre o que ele deveria ser; ou estariam, ao contrário do que aparentam, envolvidos em uma disputa sobre o estado do direito, em uma situação em que as palavras empregadas na discussão necessitariam de interpretação porque usadas em seu sentido limítrofe ou penumbral –seriam, segundo Dworkin, além de ineptas, apenas confirmações de que essa corrente de pensamento de fato não supera a questão aqui colocada[205]. Para Dworkin permanecem não explicados pelo positivismo os desacordos teóricos.

Afirmei acima que o argumento dos desacordos teóricos tem cunho eminentemente gramatical. Como, porém, devemos compreender isso, após ter sido o argumento reconstruído? O aspecto gramatical da crítica depende do reconhecimento de que os conceitos que empregamos na prática jurídica são usados no interior dessa prática como *conceitos interpretativos*. Mas o que essa afirmação significa, afinal? Para Dworkin os conceitos que manejamos em nossas discussões podem ser aplicados de maneiras diferentes, conforme exigido pelo tipo de discussão na qual eles são manipulados. O modo de utilização desses conceitos no interior desses debates, ou sua gramática lógica, tem reflexos sobre as

[204] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, pp. 20-23.
[205] DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, p. 44.

condições de verdade das afirmações que fazemos relativamente a eles e, principalmente, sobre a forma pela qual podemos concordar ou discordar quanto a eles[206].

Uma primeira maneira de lidarmos com conceitos é a de os tratarmos como criteriais. Se duas pessoas se deparam com um panfleto sobre uma mesa e passam a discutir se aquilo é ou não um livro, a solução para uma eventual controvérsia entre eles é dada pelo significado convencional do que seja livro – por exemplo, por sua definição disponível em um dicionário. As condições de verdade de uma afirmação a respeito de se tratar ou não de um livro são oriundas, portanto, de uma convenção, ou de um fato do mundo, capaz de definir com razoável precisão os contornos do conceito criterial de livro. Se os participantes do debate discordam sobre esse significado convencional (e portanto divergem sobre os critérios que devem ser usados para aferir a verdade de uma assertiva concernente a isso), então eles basicamente não compartilham o conceito de livro, e resolvem a controvérsia mediante uma demarcação arbitrária acerca de quais seriam os limites do conceito em questão. Disso decorre que o desacordo que se dá entre eles não é verdadeiro, uma vez que eles estão na realidade falando de coisas diferentes, pois reconhecem critérios distintos para definirem o conceito de livro. Por conta disso, aliás, não é possível dizer qual dos lados da disputa está certo ou errado quanto às afirmações que faz nas hipóteses em que estas não são diretamente resolúveis por referência a um acordo convencional – ou, para usar a expressão hartiana, quando se está operando na chamada área de penumbra do significado de um conceito[207].

Uma segunda forma de utilizarmos conceitos é a de os encararmos como de tipo natural. Se duas pessoas observam um animal que se parece com um leão, mas que tem pelagem roxa, e passam a discutir se ele seria de fato um leão, o debate que se levanta entre eles também envolve uma diferença de critérios que eles compreendem como definidores daquilo que é um leão. Se um dos debatedores entende que leões têm uma determinada cor, que não pode ser roxa, mas o outro considera que a coloração dos pelos do animal não é essencial para decidir se realmente se trata de um leão, então a discussão entre eles não tem sentido, e o desacordo que enfrentam é espúrio. Isso porque eles não compartilham o

---

[206] A discussão que construo a seguir está fundada em palestra proferida por Dworkin no New York Institute of Philosophy em 13/11/2007 (DWORKIN, Ronald. Can we disagree about law or morals? In: *Launch of the NYIP*, New York Institute of Philosophy, New York University, New York, 2007. Disponível em <http://www.thirteen.org/forum/topics/can-we-disagree-about-law-or-morals/14/>. Acesso em 18/3/2015).
[207]HART, H.L.A. *The concept of law*, 1994, pp.12-13.

conceito de leão em tal cenário. Contudo, tal desacordo pode ser encerrado não pela escolha de uma solução arbitrária, mas por algum tipo de verificação empírica, como por exemplo um exame de DNA, que possibilite atestar se o animal de pelos roxos possui os traços genéticos que determinam a natureza de um leão. A celeuma entre os discordantes, se bem que não seja genuína, é resolvida com recurso a fatos do mundo: se o animal possuir o DNA de um leão, será um leão; caso contrário, será um animal de outra espécie; em ambos os casos, contudo, diferentemente do que se dá com os conceitos criteriais, será sempre possível saber quem está certo e quem está errado sobre as afirmações que formula.

Dworkin observa que o positivismo jurídico, em geral, trata o conceito de direito de uma dessas duas formas. O positivismo de Hart, em particular, parece compreender o conceito de direito como um conceito criterial. No entanto, Dworkin diz que isso está filosoficamente errado, porque os conceitos que empregamos em nossas práticas jurídicas, e o próprio conceito de direito que compartilhamos, não são criteriais nem de tipo natural, mas interpretativos.

Conceitos interpretativos são aqueles que designam valores e que são usados em práticas de avaliação e crítica, no interior das quais eles funcionam como afirmações a respeito do quão apropriadas são as suas concretizações em determinados casos. Nós não os compartilhamos em virtude de partilharmos critérios convencionais ou empíricos para sua compreensão, mas, sim, porque compartimos uma certa visão valorativa sobre suas manifestações paradigmáticas. Esse compartilhamento de paradigmas, que não são axiomáticos, e que portanto podem mudar com o tempo, possibilita que nos engajemos em um certo tipo de discussão genuína sobre qual seria uma boa ou má atribuição do conceito que temos em mente.

Os debates que se dão no seio da prática jurídica envolvem conflitos dessa natureza, e por isso são argumentativos: a deliberação que Dworkin tem em mente demanda o oferecimento de razões valorativas, de caráter não convencional, em favor ou contra afirmações que fazemos sobre o sentido de conceitos interpretativos. Elas são exemplares do tipo de desacordo que o positivismo não consegue compreender ou explicar.

Discordamos acerca da atribuição de sentido a conceitos interpretativos porque divergimos sobre o valor ou o conjunto de valores no qual essa atribuição está

construtivamente fundada. Como esses valores não estão fixados em nenhum tipo de convenção e não têm caracteres naturais que possam ser verificados empiricamente, e como o próprio significado deles pode ser constantemente questionado e revisto pelos participantes de discussões acerca deles, uma vez que integram uma vasta e abrangente gama de valores interligados entre si, a gramática lógica que governa a sua utilização não pode ser a mesma que regula o uso de conceitos criteriais ou de tipo natural.

Disso decorre que as condições de verdade de nossas afirmações sobre conceitos interpretativos (ou sobre proposições jurídicas que os apliquem) são construídas argumentativamente também, a partir de razões igualmente valorativas. Noutras palavras, essas condições de verdade não são apenas fatos sociais estáticos[208]. Nesse sentido os próprios critérios para determinarmos se uma afirmação feita no interior da prática jurídica está ou não correta também são disputáveis[209]. Via de consequência, fatos jurídicos (ou proposições jurídicas) não podem ser determinados exclusivamente por fatos sociais, ficando então esvaziada a tese da separação nesse contexto.

Para Dworkin grande parte do que está em jogo aqui é verificar se nossos acordos e desacordos em torno de proposições jurídicas têm, enfim, algum *sentido* – e portanto se a própria prática jurídica na qual eles se desenrolam tem sentido também.

As diversas teorias do direito que negam ou que deixam de reconhecer o caráter interpretativo do conceito de direito não conseguem satisfatoriamente explicar o motivo pelo qual concordamos ou discordamos sobre proposições jurídicas porque submetem a determinação do significado dessas proposições, bem como a verificação de sua veracidade, a critérios inapropriados do ponto de vista do tipo de discussão que se trava em torno delas. Tais teorias aparentam redundar na inconveniente conclusão de que nossos acordos são (ou podem ser) acidentais e de que nossos desacordos são, quase sempre, um *nonsense*, na medida em que dão a entender que estamos falando sobre coisas diferentes quando divergimos dessa forma.

---

[208] A aceitação dessa tese implica compromissos potencialmente controversos no campo da objetividade. Não discuto esse tema (que demandaria um trabalho inteiramente dedicado a ele), mas anoto que a disputa entre Dworkin e o positivismo também gira em torno de se saber qual é a objetividade possível para o direito.

[209] GOULART, André Coletto Pedroso. *A discricionariedade judicial no debate Hart-Dworkin*. 2015. 87 f. Tese de Láurea (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 45-67.

Essa questão, que pode ser chamada de *problema do sentido*, atinge fundamentalmente, mas não exclusivamente, certas concepções positivistas do direito[210]. O principal alvo da crítica dworkiniana formulada a partir dos desacordos teóricos não diz respeito ao tema – que é eminentemente taxonômico, e portanto desinteressante para Dworkin – da simples validade dos *standards* jurídicos[211]. A despeito dos inegáveis reflexos do argumento sobre esse assunto, seu verdadeiro foco não é ele. O ponto consiste em verificar de qual maneira as condições de verdade das proposições jurídicas devem ser construídas para que nossas discussões argumentativas que as tomam por objeto, e, por conseguinte, as nossas próprias práticas jurídicas, também argumentativas, façam sentido. Tenta-se superar o profundo incômodo que se sente ao perceber que um aspecto tão importante de nossa realidade social pode ser visto como algo carente de sentido.

Isso passa por negar (1) que essas condições de verdade sejam fixas (no sentido de axiomáticas) e (2) que elas sejam dadas (2.1) por critérios convencionais, no caso de enxergarmos o conceito de direito como criterial, ou (2.2) por uma suposta essência do próprio direito, na hipótese de o vermos como um conceito de tipo natural. É o desacordo sobre essas condições de verdade e sobre os valores (e não apenas fatos) em referência aos quais elas são construídas que se mostra realmente importante para Dworkin[212]. A racionalidade da decisão judicial é estabelecida pela conjugação desses fatores.

Esses desacordos não acontecem somente nos chamados casos difíceis – isto é, naqueles em que parece não haver uma solução jurídica imediata para o assunto levado ao conhecimento do juiz, e que chamei de "(D3)" e "(D4)". Fazendo uso aqui dos quatro contextos decisórios que mencionei na seção anterior a esta, parece claro que nada impede a instalação de um desacordo teórico nos cenários "(D1)" e "(D2)". Isso porque sempre será possível discutir, à luz dos valores que dão sentido à prática jurídica, se a melhor resposta que o direito fornece para o caso que se apresenta é ou não aquela ditada por uma apreciação puramente textual da norma ou da convenção imediatamente aplicável. É sensato dizer,

---

[210] DWORKIN, Ronald. Legal theory and the problem of sense. In: HART, H. L. A.; GAVISON, Ruth. *Issues in contemporary legal philosophy*: the influence of H. L. A. Hart. Oxford: Oxford University Press, 1987, pp. 9-20.
[211] DWORKIN, Ronald. Introduction, 2006b, pp. 1-35.
[212] DWORKIN, Ronald. Introduction, 2006b, pp. 1-35.

inclusive, que um caso passa a ser difícil justamente quando essa espécie de questão é levantada.

Logo, o argumento dos desacordos teóricos não deve ser compreendido como um problema apenas de interpretação do conteúdo de normas jurídicas, no sentido de conhecer sua extensão para determinar em que ponto surgem as indeterminações e as lacunas do direito posto, mas de identificação (descrição) e interpretação do direito e da prática jurídica como um todo, bem como de compreensão da gramática de funcionamento da decisão judicial. Nenhuma dessas operações é compatível com a tese da separação, tampouco com a ideia de que as condições de verdade das proposições jurídicas são critérios dados por acordo convencional ou por referência à natureza do direito. Ele também não deve ser visto como uma trivial rediscussão da questão relativa à validade das normas jurídicas. Seu alcance é mais profundo, como visto acima.

Apesar de se enquadrar em um tipo de teoria do direito que não é meramente descritivo, o argumento ainda assim serve para mostrar que a descrição positivista das práticas jurídicas, particularmente das atividades dos juízes, não é correta. É evidente que a teoria do direito de Dworkin também apresenta uma dimensão de descrição de seu objeto. E esta pretende ser superior à do positivismo precisamente porque representa a atividade dos juízes como algo racional e sempre regido gramaticalmente pelo próprio direito – ou, noutras palavras, como um conjunto de ações dotadas de *sentido*.

Diante dessas considerações surgem duas perguntas principais que devem ser levadas em conta ao examinarmos se a resposta de Shapiro ao argumento dos desacordos teóricos é ou não exitosa. Em primeiro lugar deve ser verificado se ela é ou não funcional em termos descritivos. Em segundo lugar deve ser avaliado se ela se mantém coerente com a tese da separação e a racionalidade do planejamento. Após apresentar na seção seguinte a explicação de Shapiro para os desacordos, cuidarei de discutir, já na seção final deste capítulo, essas duas questões.

3. A explicação de Shapiro

O argumento dos desacordos teóricos, assim como, em geral, o conjunto de objeções dworkinianas ao positivismo, chegou a ser considerado como devidamente enfrentado e superado pelos cultores da filosofia do direito de matriz positivista. Os escritos de Brian

Leiter são categóricos quanto a esse ponto[213]. Para o professor de Chicago o tão falado debate Hart-Dworkin foi claramente vencido pela vertente positivista[214].

A crítica dworkiniana não seria de grande relevância para Leiter porque toma como ponto de partida um fenômeno absolutamente marginal em nossas práticas jurídicas, as quais seriam marcadas por um prevalente acordo sobre as fontes do direito. Por conta disso, ao invés de ser explicado, o problema dos desacordos deveria ser esvaziado e sepultado pelos positivistas, com o reconhecimento de que os juízes envolvidos nessas disputas muitas vezes (1) incidem em erros de compreensão ou (2) agem com insinceridade[215].

Contudo, Shapiro enxerga na crítica de Dworkin um poderoso dispositivo teórico contra os traços centrais do positivismo[216]. Ele discorda de Leiter por considerar que o argumento dworkiniano se refere a uma característica absolutamente importante, e não marginal, de nossas práticas, que bem por isso não pode quedar sem explicação. Shapiro portanto entende estar diante de uma objeção teórica que merece ser profundamente analisada e confrontada se o que se quer é postular a integridade do positivismo enquanto teoria plausível, que compreenda e descreva o direito conforme ele realmente é[217].

Em artigo publicado no ano de 2007 o autor já sinalizava sua preocupação com o tema e esboçava sua própria resposta para o problema dos desacordos teóricos. Em sua visão eles seriam desacordos quanto à metodologia interpretativa que deve ser aplicada pelos operadores do direito na solução de questões jurídicas[218]. Ele apontava que a corrente positivista devia concordar com algumas das colocações de Dworkin, sobretudo as de que (1) convenções interpretativas não podem ser as únicas fontes de metodologia de

---

[213] Leslie Green, por sua vez, afirma que desacordos teóricos não existem, e que o termo foi mais uma das (várias) invenções de Dworkin, que seria, segundo ele, um dos mais inventivos filósofos do direito na longa história da disciplina (GREEN, Leslie. Are there any 'theoretical disagreements' about law? *Semper Viridis*. Disponível em <https://ljmgreen.com/2016/08/29/are-there-any-theoretical-disgreements-about-law/>. Acesso em 30/8/2016).

[214] LEITER, Brian. The end of empire: Dworkin and jurisprudence in the 21st Century. *Rutgers Law Journal*. Vol. 36, 2004, pp. 165-181.

[215] LEITER, Brian. The end of empire, 2004, *passim* & Theoretical disagreements in law, 2016, *passim*.

[216] Primeiro em SHAPIRO, Scott. The Hart-Dworkin debate, 2007, e depois, com mais profundidade, em SHAPIRO, Scott, *Legality*, 2011.

[217] Essa visão é compartilhada por Dale Smith (SMITH, Dale. Theoretical disagreement and the semantic sting. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 30 (4), 2010, pp. 635-661).

[218] Nessa oportunidade ele não esclareceu bem por quais motivos entendia os desacordos teóricos como um problema de interpretação (SHAPIRO, Scott. The Hart-Dworkin debate, 2007, *passim*). Adiante esse ponto será mais bem compreendido, porque Shapiro cuidou de explaná-lo com maior profundidade em seus escritos mais recentes.

interpretação, de que (2) a definição de qual seja a melhor metodologia interpretativa para um dado caso depende da atribuição de um propósito para a prática jurídica como um todo, e de que (3) a determinação da correta metodologia interpretativa para um sistema jurídico qualquer está sujeita à identificação de qual dentre as metodologias possíveis se harmoniza melhor com os objetivos daquele sistema[219].

Entretanto, Shapiro insistia em dizer, *contra* Dworkin, que a identificação dos propósitos de um determinado sistema jurídico deveria se dar por meio de fatos sociais, e não via deliberação moral – e nisso seu compromisso com a tese da separação se mantinha aparentemente intacto, visto que a determinação do conteúdo do direito, apesar de ser objeto de desacordo, continuava dependente apenas de fatos sociais.

Ele sustentava que uma resposta satisfatória a Dworkin seria a de que, embora a determinação da correta metodologia interpretativa no direito dependa do propósito que caracteriza a prática jurídica em um dado sistema, tal propósito pode ser identificado sociologicamente, sem recurso a fatos morais ou à filosofia política[220] – e sem demandar o tipo de interpretação construtiva da prática jurídica que o método dworkiniano preconiza. Ele então alinhavava um argumento que tentava, em poucos parágrafos, vencer esse empreendimento filosófico – obviamente que de forma bem limitada.

O intento teórico de Shapiro tomou corpo bem mais robusto com a publicação de *Legality*. Grande parte do projeto filosófico materializado no livro é uma tentativa de dar conta dos desacordos teóricos, refutando Dworkin quanto a ser o positivismo uma teoria inapta para essa finalidade. O campo de batalha escolhido por Shapiro para examinar essa questão é o da metainterpretação jurídica.

Na matriz da TDP os desacordos teóricos são desacordos metateóricos, o que significa que se referem ao modo de determinação da correta metodologia interpretativa a ser adotada pelos participantes da prática jurídica, em especial pelos juízes, na identificação do conteúdo do direito[221]. Esta não pode ser dworkiniana, segundo Shapiro, porque o modelo do *direito como integridade*, que sempre leva a decisões do tipo *all things considered*, derrotaria a função característica do direito, que é a de sanar problemas morais pela via dos

---

[219] SHAPIRO, Scott. The Hart-Dworkin debate, 2007, p. 42.
[220] SHAPIRO, Scott. The Hart-Dworkin debate, 2007, p. 43.
[221] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 304.

planos. Noutras palavras, a ideia de que o direito tem um propósito moral inscrito em sua própria natureza não é em nada compatível com o tipo de interpretação defendido por Dworkin. Mas qual é o sentido da tese de que os desacordos teóricos dworkinianos são desacordos metateóricos sobre a forma de escolha de metodologias interpretativas? O que Shapiro quer dizer ao usar essa expressão?

A tese de Shapiro é viabilizada por uma espécie de tradução de parte dos conceitos discutidos por Dworkin em *O império do direito*. Ele afirma que a TDP diverge da teoria dworkiniana quanto a quais fatos poderiam ser fundamentos do direito, e que por isso só pode haver engajamento produtivo entre ambas se for trazido um vocabulário neutro para a discussão. Melhor seria dizer que os desacordos teóricos não se referem a fundamentos do direito, mas, sim, a metodologias interpretativas[222]. O textualismo seria um exemplo de metodologia interpretativa, enquanto o direito como integridade seria outro. Ele enxerga nessa adequação uma considerável vantagem metodológica[223]. Em poucas palavras, ela tornaria possível a discussão dos desacordos teóricos sem a necessidade de que se promova um constante reavivamento da questão relativa a quais espécies de fatos, se somente os sociais ou se também os morais, poderiam ser fundamentos do direito – afinal, para ele não se discute que esses fundamentos são exclusivamente sociais.

Para a TDP a resolução de um desacordo teórico em sede judicial muitas vezes resulta na criação de direito novo, enquanto que para Dworkin esse fenômeno apenas redunda em uma melhor compreensão de um direito preexistente. A TDP atinge essa conclusão porque não aceita que fatos morais sejam fundamentos do direito, ao passo que a teoria dworkiniana chega a solução diversa por entender justamente o contrário. Ambas adotam metodologias interpretativas distintas entre si, pois partem de conceitos de direito também diversos um do outro, e o que interessa à discussão construída por Shapiro é saber se o positivismo dá conta de compreender como se realiza a escolha dessas metodologias e, o que é mais importante, se o desacordo em torno delas é explicável desde um ponto de vista positivista,

---

[222] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 304.

[223] Tinturè destaca, com razão, que essa posição de Shapiro está simplesmente errada porque o argumento dos desacordos teóricos não se refere a metodologias interpretativas (TINTURÈ, Maris Kópcke. Positive law's moral purpose(s): towards a new consensus? *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 56, 2011, pp. 183-214).

comprometido com a tese da separação. Falar em metodologias interpretativas seria agir com neutralidade diante dessas questões[224].

Com base nessa tradução Shapiro apresenta uma nova descrição do argumento dos desacordos teóricos. Ele afirma que para Dworkin o positivismo estaria comprometido com uma metateoria da interpretação jurídica segundo a qual a forma correta para se determinar a metodologia interpretativa a ser usada pelos participantes da prática jurídica seria aquela que é aceita por todos os oficiais do sistema de direito. Quando os oficiais discordam nesse aspecto eles evidenciam que não há acordo metainterpretativo entre eles, e que portanto não existe uma correta metodologia de interpretação a ser identificada no sistema do qual fazem parte. Esse é o problema que, segundo Dworkin, conforme lido por Shapiro, o positivismo não conseguiria explicar.

A nova descrição do argumento dos desacordos teóricos determina quais questões a TDP deve responder para vencê-lo. Em primeiro lugar Shapiro necessita demonstrar que o positivismo não está comprometido com a ideia de que deve existir consenso entre os oficiais sobre qual é a correta metodologia interpretativa a ser manejada no sistema jurídico do qual eles fazem parte. Na discussão que segue eu a chamo de (Q1). Em segundo lugar ele enfrenta o ônus de provar que a metodologia de interpretação decorrente da metateoria interpretativa de Dworkin está, ela mesma, errada. Eu a denomino (Q2).

De forma consistente com o ceticismo dos positivistas no que concerne à possibilidade de contarmos com respostas certas para questões jurídicas controvertidas, Shapiro apresenta uma teoria da metainterpretação jurídica visivelmente compatível com um certo relativismo em relação a qual metodologia de interpretação pode ser adotada pelo juiz diante de um caso concreto. Para ele importa menos saber qual será essa metodologia (a TDP pode ser harmonizar com toda e qualquer metodologia interpretativa que não viole a lógica dos planos e o propósito moral do direito) do que conhecer qual procedimento deve ser empregado em sua determinação. A deliberação envolvida nessa operação é de cunho estritamente social, e não moral[225]. Como essa investigação admite divergências e não

[224] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 304.
[225] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, caps. 10 a 13.

demanda discussão moral, então parece possível explicar a plausibilidade dos desacordos sem abandonar a tese da separação – superando, assim, o argumento de Dworkin.

A fim de responder "(Q1)" o autor afirma que o procedimento para estabelecimento do correto método interpretativo em um determinado sistema jurídico segue estas fases: (F1) primeiramente deve-se verificar os juízos de confiança que motivaram a criação ou a manutenção das regras constitucionais vigentes; (F2) em seguida, deve-se identificar quais objetivos políticos cada ator da prática jurídica tem a missão de promover; (F3) conhecendo-se os juízos de confiança e os objetivos políticos relevantes para a situação em exame, deve-se decidir qual método interpretativo possibilita cumprir melhor os últimos à luz dos primeiros[226]. Além disso, a forma de condução e os resultados dessa investigação podem variar de acordo com a espécie de sistema jurídico em que os oficiais estiverem inseridos. Shapiro distingue duas dessas espécies, notadamente a dos sistemas de autoridade, em que as regras são aceitas porque existe uma impressão generalizada de que elas foram criadas por agentes dotados de autoridade ou julgamento morais superiores, bem como a dos sistemas de oportunidade, em que essa aceitação se dá porque as regras são consideradas moralmente boas.

Interessantemente, os referidos juízos de confiança, assim como os apontados objetivos políticos, estão incorporados ao plano-mestre do sistema, de sorte que podem ser conhecidos pela mesma lógica de validação das normas jurídicas em face de uma regra secundária de reconhecimento. Shapiro parece ter criado, assim, critérios de validade jurídica aplicáveis ao campo da metainterpretação e contidos no plano-mestre.

Aqui não pretendo esmiuçar a metateoria shapiriana da intepretação, mas apenas debater seus contornos mais básicos e sua racionalidade. Shapiro sustenta, em essência, que a presença de desacordos teóricos em nossas práticas jurídicas não derrota o positivismo e não fulmina a tese da separação, *pace* Dworkin. Isso porque os juízes podem discordar sobre as conclusões que atingem quanto a qualquer dos três passos acima mencionados, acerca dos quais não há necessidade de haver consenso ou acordo convencional, e cujo conteúdo pode ser determinado sem apelo à moral. Noutras palavras, eles podem discordar em relação a uma específica parcela do conteúdo do plano-mestre, nomeadamente aquela que prevê os critérios que regem a determinação de metodologias interpretativas. As divergências entre

[226] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 540-541.

eles também podem alcançar a visão que têm quanto à espécie de sistema do qual participam – e tal questão é igualmente sanável por deliberação sociológica.

O consenso que deve existir entre os operadores do direito no tocante à fixação de metodologias interpretativas, e que preserva as bases do positivismo, incide apenas sobre a aceitação de que são essas as três etapas que devem ser seguidas em tal processo[227]. Nesse sentido o problema detectável em casos como TVA deve ser compreendido como um desacordo metainterpretativo entre juízes a respeito de qual é a melhor maneira de interpretar o direito posto, ou, eventualmente, de construir uma cláusula que o torne derrotável no campo da discricionariedade – tudo isso à luz (1) das fases "(F1)", "(F2)" e "(F3)" acima mencionados, sobre o conteúdo das quais pode haver amplo desacordo de caráter amoral, bem como (2) do tipo de sistema em que os debates ocorrem.

A resposta de Shapiro para "(Q1)", então, é a de que o seu positivismo não está de modo algum comprometido com a visão de que deve haver consenso em torno de qual é a correta metodologia interpretativa a ser empregada no sistema jurídico do qual os juízes fazem parte. Esse tema é contingentemente determinado por fatores que, se bem que controversos, podem ser conhecidos sociologicamente.

Ainda que consideremos essa resposta como conceitualmente satisfatória, remanesceria examinar o confronto entre as metateorias interpretativas de Shapiro e de Dworkin. Qual delas seria, afinal, superior? Aqui tem relevo aquela questão que anteriormente chamei de "(Q2)".

Os elementos que Shapiro avança como determinantes de sua metateoria interpretativa estão relacionados à ideia de confiança. A eles se soma a lógica dos planos, que regula toda a atividade de planejamento e dá ensejo a que o direito cumpra seu propósito moral. A junção desses dois vetores é que permite a Shapiro tentar demonstrar que a metateoria de interpretação da TDP é superior à de Dworkin.

No que se relaciona à confiança, Shapiro afirma que o próprio plano-mestre de um sistema jurídico determina o quão confiáveis são os seus diversos atores para determinar qual metodologia interpretativa devem usar em determinada situação, bem como para

[227] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 382.

colocar essa metodologia em prática. Essa determinação é completamente contingente e pode variar em cada sistema jurídico. Um sistema organizado em torno de uma forte medida de confiança atribuída aos juízes estará de algum modo mais harmonizado com interpretações abertas e sensíveis aos propósitos do próprio sistema. Um quadro oposto, de desconfiança generalizada, geralmente estará em conformidade com interpretações rígidas e textualistas.

Nesse aspecto a TDP seria superior à teoria de Dworkin porque levaria em consideração, com o necessário rigor, essas questões de confiança, que podem se modificar de sistema para sistema conforme preveja o respectivo plano-mestre. A metateoria dworkiniana, por sua vez, parece pressupor e exigir, sempre, um alto grau de confiança nos juízes, independentemente de qualquer reflexão de cunho institucional. Especificamente no que se liga ao direito norte-americano, Shapiro afirma que o tipo de interpretação que o método de Dworkin demanda é incompatível com o baixo nível de confiança que os autores da constituição devotaram aos juízes[228].

Já no que se refere à lógica dos planos, Shapiro lembra que o intérprete está geralmente proibido de reabrir a discussão moral que o plano sintetizou, porque revisitá-la derrotaria a função do próprio plano e seria irracional sob a égide da atividade de planejamento. Esse cenário resultaria no descumprimento do propósito moral inerente ao direito. Isso parece dar a entender que a margem para interpretação de um plano é sempre bem limitada, e que portanto o intérprete tende a estar preso a interpretações de caráter mais literal mesmo quando o sistema jurídico lhe dispensa grande confiança. No entanto, ao afastar críticas dessa natureza[229], Shapiro esclareceu que os efeitos da lógica dos planos sobre o intérprete, na verdade, também têm caráter contingente[230]. O que a tese concernente à lógica dos planos pretende afirmar é algo deveras modesto: simplesmente que o aplicador do plano não está interpretando o plano, mas criando um plano novo quando reabre a discussão que o plano original pretendeu fechar. Isso será, porém, perfeitamente aceitável nos contextos em que o agende decisório gozar da confiança dos autores do plano original. Por essa trilha argumentativa a metateoria da TDP seria superior à dworkiniana porque respeitaria a lógica dos planos como regra, afastando-se dela somente na presença de um

---

[228] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, Capítulos 11 e 12.
[229] CROCKER, Lawrence. The power of positive planning, 2012, pp. 541-551.
[230] SHAPIRO, Scott. Reply to Crocker, Guest and Murphy. *Analysis Reviews*. Vol. 72, No. 3, July 2012, pp. 573-587.

plano-mestre que autorizasse esse afastamento por meio da confiança que distribui ou deixa de distribuir. Já a metateoria de Dworkin estabeleceria que em todos os casos as questões morais solucionadas pelos planos sempre se sujeitariam a rediscussão – o que significa que em todos os casos a lógica dos planos seria desrespeitada, e que em todos os casos o direito não cumpriria sua função de resolver conflitos morais. Em suma, a posição de Dworkin estaria em choque com a natureza do direito.

Com esses argumentos, Shapiro considera ter respondido "(Q1)" e "(Q2)", vencendo assim o argumento dos desacordos teóricos.

É relevante observar que para Shapiro os desacordos teóricos não se referem ao conceito de direito compartilhado pelos juízes, tampouco aos valores de moralidade política que justificariam "(F1)" "(F2)" e "(F3)". Isso porque o conceito de direito (como instrumento de planejamento social) é decorrência lógica necessária da correta identificação de seus componentes metafísicos (ou de sua natureza), e portanto não fica sujeito a discussão. De igual maneira, esses elementos que compõem o procedimento de determinação de metodologias interpretativas são fixados pelo plano-mestre, não podendo mais ser debatidos sem que se inviabilize a função que o direito tem (e que também está inscrita em sua natureza) de sanar controvérsias morais e sem que os juízes pratiquem irracionalidade sob o prisma da racionalidade instrumental característica do planejamento e do direito. Parece claro que o plano-mestre, em especial, não pode ficar sujeito a rediscussão por parte dos atores da prática jurídica, sob pena de inviabilizar a própria continuidade do sistema jurídico.

Essa posição do autor não somente é consistente com a racionalidade do planejamento que caracterizaria a ação dos juízes, como parece ser uma forte exigência dela. Uma racionalidade que apelasse à deliberação moral na determinação de metodologias interpretativas estaria, ao mesmo tempo, em confronto com a natureza do direito, a função do direito e o funcionamento da mente dos juízes (que são, afinal, agentes planejadores).

A explicação shapiriana para os desacordos, então, transita pelo reconhecimento de que a correta identificação dos caracteres essenciais do direito, já do ponto de vista metafísico, impede que os juízes adotem conceitos de direito diversos entre si – do contrário estarão violando a natureza do direito. Ao mesmo tempo ela afirma que os juízes não podem

deliberar moralmente na análise que fazem de "(F1)", "(F2)" e "(F3)" porque isso seria inconsistente com a lógica dos planos, também consectária dessa natureza, e portanto configuraria ato irracional.

Por essa chave de leitura a racionalidade do planejamento inescapavelmente governa a decisão jurídica, seja porque integra a natureza do direito, seja porque possibilita o cumprimento de sua função essencial, seja ainda porque compõe a psique dos juízes. Crucialmente, Shapiro entende que os desacordos teóricos não incidem e nem podem incidir sobre a natureza ou a identidade dos fundamentos do direito, que necessariamente são fatos sociais determinados e conhecidos por todos os juízes. Os julgadores que eventualmente invocarem conceitos de direito rivais terão incidido em erro à luz da TDP.

Shapiro assim rechaça a conclusão de Dworkin no sentido de que os desacordos seriam uma mostra de que não existiria consenso entre os oficiais em torno da natureza e da identidade dos fundamentos do direito. Para ele esse consenso existe. O que se verifica na realidade é que Dworkin teria reconhecido mal o objeto mesmo dos desacordos. Na TDP há uma regra secundária de reconhecimento (o plano-mestre) em face da qual é possível validar os planos. Nisso não há novidade alguma da parte de Shapiro. O *insight* do autor está em sustentar que essa mesma regra também prevê critérios exclusivamente sociais para determinação (ou validação) das metodologias interpretativas autorizadas no seio do sistema jurídico que ela estrutura, e que esses critérios, ao mesmo tempo em que podem ser controvertidos a ponto de possibilitarem divergências em redor daquilo que eles determinam, precluem a utilização de metodologias incompatíveis com a lógica dos planos e contêm considerações sobre confiança que não são levadas em conta pelo interpretivismo dworkiniano.

Parece evidente, por outro lado, que o problema só tem relevância para Shapiro nas hipóteses em que há direito positivo (há plano proveniente de fonte social autorizada) aplicável ao caso que estiver sendo julgado. Em tais situações, que se enquadram nas circunstâncias "(D1)" e "(D2)" acima referidas, os juízes podem discordar sobre qual é a melhor metodologia interpretativa a ser aplicada, bem como sobre a eventual presença de razões relevantes para considerarem o direito posto como derrotável. É esse o cenário dos desacordos para o autor.

Eventualmente será cabível, considerada a economia da confiança extraída do sistema jurídico, que o juiz incremente o conteúdo do plano existente por meio de um *approach* sensível aos propósitos dos planejadores. Entretanto, esse incremento, embora autorizado pelo sistema de planejamento, não é, a rigor, um ato de interpretação de um plano, mas de planejamento propriamente dito – e assim se aproxima dos contextos "(D3)" e "(D4)". A interpretação dirá respeito somente à determinação do ponto exato em que o juiz deixa de interpretar e passa a planejar. Uma vez ultrapassado esse limiar, não se fala mais em interpretação – e assim não é mais verificável qualquer instância de desacordo teórico[231].

Quando a indeterminação – "(D3)" – é evidente os juízes ficam simplesmente autorizados a formular novos planos, no que seria uma reafirmação do conceito de discricionariedade forte encontrável em Hart. Já quando não existir plano algum a regular certa questão levada aos tribunais – "(D4)" –, então um pedido deduzido quanto a ela, segundo esse modelo, não contará com base jurídica para ser provido, podendo ou não haver uma determinação do sistema jurídico para que o juiz decida a correspondente lide discricionariamente. Em ambos os casos, eventuais desacordos estarão ligados a como conceber novos planos, e não a como interpretar planos já existentes. Logo, não há desacordo teórico nessas duas hipóteses.

Isso tudo quer dizer que a noção shapiriana de desacordo não abrange a elucidação de casos jurídicos semelhantes ao da Sra. Sorenson – que seria um paradigma de desacordo

---

[231] Maris Kopcke Tinturé pondera que Shapiro não é claro quanto ao significado de interpretação. Em certas passagens ele parece entender que interpretar significa identificar o conteúdo do direito. Noutras ele aparenta defender a ideia de que a atividade também incluiria a modificação do direito. A primeira dessas visões é particularmente problemática quando se considera que para o autor a interpretação é algo sempre dependente do ponto de vista de quem a empreende, já que cada um dos atores da prática jurídica pode estar sujeito a diferentes exigências de confiança e pode compreendê-las de maneira particular. Segundo Tinturé isso leva à conclusão de que a resposta para nossa pergunta sobre qual é o conteúdo do direito, na TDP, depende da pessoa a quem a dirigimos. A segunda dessas visões acomodaria melhor esse caráter particularista da interpretação, mas, aliada à recomendação que Shapiro faz aos intérpretes no sentido de que eles devem agir com um elevado senso de disciplina para evitar que os propósitos dos planejadores sejam descumpridos, talvez signifique que a TDP está excessivamente apegada ao *status quo* (TINTURÈ, Maris Kopcke. Positive law's moral purpose(s), 2011, *passim*). Essa tensão na obra de Shapiro, decorrente de sua ambiguidade quanto ao significado mesmo de interpretação, parece decorrer da dificuldade que ele enfrentou ao lidar com a obra de Dworkin, visto que, na visão deste autor, não existe diferença relevante entre identificação e modificação do direito no âmbito da interpretação, pois esta é sempre construtiva. Tal tensão é indício de que ele não compreendeu o argumento dworkiniano. Falarei do assunto na seção seguinte. Registro, contudo, que Shapiro está comprometido com a ideia de que interpretar significa identificar o conteúdo do direito, e não criar direito novo – e isso por dois motivos: (1) o apego do autor à tese hartiana de que fatos sociais (leia-se, o próprio direito) se esgotam sugere que, no momento do esgotamento, não há mais nada a interpretar porque *não há mais direito*; (2) a assertiva de que raciocínio jurídico e decisão judicial são questões distintas leva à conclusão de que, nos casos em que o direito se exaure, e em que ainda assim há decisão, esta não é fruto de interpretação do direito, já que novamente *não há mais direito* nessas hipóteses.

teórico para Dworkin[232], mas que para Shapiro seria nada mais do que um problema não regulado pelo direito e possivelmente justificador da elaboração de um novo plano por parte do juiz. A discussão do caso TVA, levada a efeito por Shapiro, parece ser compatível com a explicação do autor para os desacordos porque naquele julgamento os juízes concordavam sobre a existência de direito positivo a reger a matéria posta em discussão, mas discordavam sobre a presença de uma razão suficiente para derrotá-lo[233]. Parece sintomático que o caso Sorenson, que não comportaria análise semelhante, não seja sequer mencionado em *Legality*. Pode-se afirmar, então, que a solução de Shapiro para os desacordos é muito limitada em seu escopo explicativo se comparada à de Dworkin.

Shapiro, enfim, entende que os desacordos mencionados por Dworkin efetivamente são importantes e recorrentes em nossas práticas jurídicas, mas que eles denotam apenas que os juízes discordam sobre como determinar qual é a metodologia interpretativa de que devem se valer na decisão judicial. A identidade e a natureza dos fundamentos do direito permanecem objeto de consenso entre os oficiais do sistema, sem embargo do esforço dworkiniano para demonstrar o contrário[234].

Assim, o autor nega que os juízes discordem (1) sobre a natureza do direito, (2) sobre o conceito de direito, (3) sobre a função do direito, e, principalmente, (4) sobre a natureza e a identidade dos fundamentos do direito, enquanto afirma que os fatos envolvidos na

---

[232] DWORKIN, Ronald. Hart's postscript and the point of political philosophy. In. DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006c, pp. 143-145. A Sra. Sorenson foi vitimada por uma enfermidade causada pelo uso prolongado de um determinado medicamento. Ao longo dos anos ela consumiu versões desse fármaco fabricadas por diversos laboratórios, mas não sabe dizer em quais datas nem em quais quantidades. Ela resolveu, então, ajuizar ação contra todos os laboratórios que o sintetizam, responsabilizando-os na proporção da fatia de mercado que cada um ocupa. Os advogados dos fabricantes, por sua vez, contestaram a ação afirmando que a autora não teria feito prova quanto à responsabilidade individual de cada um deles. Segundo Dworkin a discussão travada nesse caso diz respeito àquilo que o direito efetivamente é, porque todas as partes fazem alegações concernentes a um direito que existe. Elas não afirmam que o direito deveria ser desta ou daquela forma, nem que o direito deveria ser desconsiderado no caso concreto em razão de algum imperativo de justiça, mas que há direito sobre o assunto e que ele impõe uma determinada solução, seja ela qual for. Tanto os argumentos das partes quanto os fundamentos da decisão a ser tomada sobre eles, então, pressupõem que se identifique o direito, e para tanto é necessário que os envolvidos na questão defendam alguma concepção do conceito de direito. O desacordo sobre o conceito de direito que cada um adota é um desacordo teórico.

[233] SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2001, pp. 303-304.

[234] Se invocarmos aqui o esquema conceitual delineado por Juliano Maranhão (MARANHÃO, Juliano. Positivismo jurídico lógico-inclusivo, 2012, pp. 31-33), no qual o teórico do direito deve lidar com as perguntas E (o que é o direito?), I (como interpreto o direito?) e D (como deve ser o direito?), poderíamos dizer que Shapiro vai além do estabelecimento de uma mera relação de identidade entre as duas primeiras. Aparentemente o que ele sustenta é que há uma relação de continência entre ambas ($I \in D$), pois fazem parte da identidade do direito (fazem parte de E) os critérios para que ele seja corretamente interpretado (I). Nenhuma delas, porém, reflete D, que continua sendo uma questão à parte para o projeto positivista de Shapiro.

determinação das apontadas metodologias podem ser identificados e conhecidos por meio de deliberação exclusivamente sociológica, sem recurso à moral. Essa negativa também significa que ele rejeita o entendimento de que a racionalidade dos juízes seria aquela descrita por Dworkin, uma vez que esta não reconhece a presença de consenso em torno desses mesmos pontos, ao redor dos quais os juízes não podem discordar sem violar a racionalidade dos planos e o propósito moral do direito. Ele, enfim, na dicção dworkiniana, traveste os desacordos teóricos em desacordos empíricos, e o faz por entender que essa seria uma exigência da natureza do direito.

Em harmonia com a tradição positivista Shapiro defende uma separação forte entre o problema da razão jurídica e o da decisão judicial. Para ele a razão jurídica é amoral, enquanto a decisão judicial relativa aos cenários "(D3)" e "(D4)" pode ser tomada com base em deliberação moralmente carregada porque não está fundada no direito, tratando-se simplesmente da solução mais ou menos arbitrária de uma disputa.

Resumidamente, e mais uma vez fazendo uso da classificação que construí na seção anterior a esta, somente "(D1)" e "(D2)" seriam palco de desacordos teóricos, porque só nesses casos haveria interpretação jurídica propriamente dita. Se os desacordos se referem a metodologias interpretativas eles não podem se verificar quando não há interpretação (porque não há direito) em jogo. Nos demais cenários decisórios, então, haveria criação de direito novo – ou, como diria Shapiro, planos novos, que certamente não são fruto de interpretação do direito.

Tal posição é consistente com a tese da separação e consentânea com a racionalidade do planejamento – ela parece, enfim, ser uma imposição desses dois elementos da teoria do direito de Shapiro. Resta verificar, agora, se a apontada consistência resiste a exame mais detido, e se, afinal, ela realmente funciona.

4. A persistência do problema

Uma boa interface entre as posições de Dworkin e de Shapiro quanto aos desacordos é a análise que cada um deles faz do caso TVA. Compará-las então parece ser particularmente interessante para um esforço de verificação da aceitabilidade da explicação shapiriana. O primeiro autor afirma que os juízes participantes daquele julgamento estavam envolvidos em um desacordo teórico porque discordavam acerca dos fundamentos do

direito. Já o segundo observa que o desacordo ali identificável era teórico porque estava ligado ao método interpretativo que cada julgador entendia como correto – e, em particular, ao modo pelo qual foi construída uma cláusula de derrotabilidade das normas incidentes sobre aquela causa. Ambos reconhecem que os integrantes do tribunal estavam concordes com relação aos elementos empíricos do caso (concordavam sobre a lei aplicável, a validade jurídica e o conteúdo literal dessa mesma lei, bem como sobre as provas do processo e o teor das alegações das partes).

Para cotejar as posições de Dworkin e Shapiro ante o que se passou nesse julgamento novamente revisito os quatro contextos decisórios que anteriormente mencionei. Tendo em mente que não existia dúvida alguma quanto às normas incidentes sobre o caso, e que também não havia indeterminação concernente ao conteúdo de qualquer delas, então os juízes se viam diante do contexto "(D1)". Aparentemente, inclusive, o caso era juridicamente fácil à luz do direito positivo, uma vez que parecia ser muito claro o conteúdo das normas que disciplinavam a matéria colocada *sub judice*. TVA só se transformou em um caso difícil quando a discussão que se desenvolveu no tribunal passou a incorporar algum critério de justiça ou razoabilidade que adequadamente controlasse a decisão a ser tomada. Já neste ponto se percebe, então, que os juízes deliberaram moralmente para identificar e debater esse específico traço do problema e para reconhecer que estavam diante de um caso difícil.

Explicar esse quadro desde uma mirada dworkiniana é relativamente simples: os juízes discordavam sobre os valores que justificavam a prática jurídica e que lhe davam sentido, e cada um deles interpretava a lei positiva à luz desses valores, os quais são naturalmente controversos porque expressos por meio de conceitos interpretativos impregnados de conteúdo moral. Conclusões diversas entre si foram atingidas porque cada um dos lados do debate ofereceu razões substantivas fundadas em interpretações diferentes dos tais princípios – isto é, cada um deles identificou fundamentos do direito que eram de mesma natureza (valorativa) e identidade (jurídica), a despeito de diferirem quanto ao seu conteúdo ou significado. Venceu a tese que estava amparada pelas melhores razões jurídicas (que também são necessariamente valorativas) aos olhos da maioria dos integrantes da corte, tendo elas se consubstanciado nas condições de verdade para a afirmação de que o direito determinava que a barragem cuja construção era objeto do processo não devia ser concluída.

Essa explanação vindica a tese de que a razão jurídica está sempre referida a valores morais, porque é assim que os debates jurídicos funcionam, é assim que os juízes decidem, e porque é assim, afinal, que lidamos com o conceito de direito. A racionalidade típica da decisão judicial é dessa natureza. Interessantemente, isso também fica evidenciado pela análise do argumento do próprio Shapiro.

Pelo prisma shapiriano a elucidação do tipo de desacordo verificado no caso TVA soa um pouco mais espinhosa. Ele sem dúvida afirma que houve desacordo teórico entre os juízes que o julgaram. E também entende, como visto acima, que os desacordos teóricos, como categoria, se referem aos critérios que regulam a escolha de metodologias interpretativas por parte dos juízes. Porém, tendo sido a decisão tomada no contexto "(D1)", no qual havia acordo entre os juízes quanto à literalidade do plano que indiscutivelmente incidia sobre o caso, então se tem a impressão de que não sobreveio divergência interpretativa entre eles. As duas correntes do debate interpretavam o direito positivo da mesma forma, qual seja, a de que o texto do plano ordenava uma única e determinada solução (a paralisação da obra). Somente em um segundo momento eles passaram a discordar sobre como decidir, notadamente quando foi introduzida na discussão a questão relativa aos critérios de justiça ou razoabilidade que deviam nortear a posição do colegiado diante da percepção de que a solução advinda do sentido literal da norma podia ser, de algum modo, injusta (ou "absurda"). Só a partir desse ponto é que foi enfrentada a questão ligada aos eventuais contornos de uma cláusula de derrotabilidade implícita no próprio texto do plano. Talvez se possa entender que houve interpretação dos juízes quanto ao conteúdo de tal cláusula[235], e que eles divergiam sobre qual seria o método correto para empreenderem essa intepretação. Precisamente aí, então, estaria o desacordo teórico que Shapiro quis explicar. Mas a detecção da necessidade mesma de se perquirir sobre a derrotabilidade do plano apareceu antes do desacordo e adveio de deliberação claramente moral. Mesmo no modelo shapiriano, portanto, o desacordo visível no caso TVA tem origem em, e se desenvolve ao redor de, uma discussão moral.

---

[235] Segundo Shapiro todos os planos contêm cláusulas dessa espécie, as quais permanecem costumeiramente implícitas em suas disposições. Mesmo assim ele afirma que o desacordo entre os juízes que participaram do julgamento do caso TVA redundou na criação de direito novo, posto que as duas correntes que se cristalizaram no julgamento não estavam descobrindo o conteúdo do direito, mas incrementando esse conteúdo. Isso parece sugerir que, embora tenha se iniciado no contexto "(D1)", a decisão do caso TVA caminhou para "(D4)". Mas, segundo meu argumento, isso somente aconteceu por força do surgimento do problema valorativo relacionado aos efeitos potencialmente absurdos que a decisão do tribunal poderia gerar (SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, pp. 303-304).

Essas observações sugerem que o caminho escolhido por Shapiro para explicar os desacordos teóricos, se seguido com atenção, acaba por esclarecer que a deliberação moral é inescapável em sede de decisão judicial. Mesmo nos casos mais claros e fáceis dentre aqueles inseridos em "(D1)" sempre estará presente a necessidade de se verificar se o resultado da aplicação literal da norma conduz a uma situação de grave injustiça, e portanto se seria ou não exigida a análise da cláusula de derrotabilidade implicitamente inscrita nos planos jurídicos. Tal verificação só pode ser levada a efeito mediante deliberação moral – e parece ser uma particular manifestação da antiga fórmula de Radbruch. Implícita em toda a decisão judicial está a conclusão de uma deliberação moral no sentido de que o conteúdo daquela decisão não é gravemente injusto. Sem essa deliberação não é possível identificar corretamente o direito ao qual aquela decisão deve obediência.

Um caminho semelhante poderia ser percorrido no cenário do primeiro jantar shapiriano. Aqui o faço a título de digressão. Conforme destaca Macedo Junior esse evento assumiria contornos mais interessantes e controversos se, ao invés de estar referido a um plano cujo objeto era o de meramente realizar um jantar, estivesse relacionado a outro mais complexo, nomeadamente o de fazê-lo dispensando cortesia ao convidado. Como o conceito de cortesia é interpretativo, esse novo plano somente poderia ter seu conteúdo adequadamente conhecido e aplicado a partir de uma reconstrução interpretativa de seus termos, no sentido proposto por Dworkin. Eventual discordância entre os participantes do jantar quanto ao sentido do conceito de cortesia configuraria um desacordo teórico acerca das condições de verdade das afirmações que cada qual fizesse a respeito de ser o jantar indicativo ou não de um tratamento cortês. O debate moral construído nessa situação não refletiria uma reles discrepância sobre como compreender o sentido convencional do plano à luz de seus próprios termos, mas sobre como conhecer de fato o plano e determinar corretamente seu conteúdo.

Mesmo no que concerne ao seu exemplo paradigmático Shapiro não apresenta uma boa explicação para a possível (talvez até provável) ocorrência de desacordos valorativos entre os participantes de uma atividade regida por um plano, desacordos que podem ser considerados teóricos em um sentido mais geral (o de dependerem, para sua compressão, de deliberação valorativa de cunho interpretativo quanto aos conceitos usados no interior daquela atividade). Se ele não afirmasse que o tema já havia sido equacionado por ocasião da própria criação do plano, ele diria que uma eventual disputa acerca da cortesia seria

resolvida ou bem pelo estabelecimento de um novo plano ou bem pelo abandono do plano inicial. Tais respostas representariam as soluções clássicas do positivismo para questões semelhantes que pudessem surgir no interior da prática jurídica, e poderiam ser abrigadas sob a rubrica da tese da discricionariedade. Mas ambas essas possibilidades representariam uma fuga do problema de fundo (ou do problema do sentido), porque redundariam no reconhecimento de que a apontada divergência seria um *nonsense*, ou de que o plano que existia justamente como fonte de sentido das ações tomadas com base em suas diretrizes não teria sido capaz de dar aos seus destinatários a orientação de que necessitavam. Tanto na concretização de um simples plano de realizar um jantar quanto na prática jurídica, então, as nossas condutas não são governadas pela racionalidade meramente instrumental dos planos, sem embargo de estas poderem, de alguma maneira, participar de nossas deliberações valorativas – e até mesmo organizá-las ao situá-las no interior de uma determinada estrutura racional.

Retomando agora meu argumento a respeito da prática jurídica propriamente dita, observo que Shapiro poderia rejeitar a conclusão que proponho, pontuando que o que foi dito acima não se constitui em nada novo. Afinal, o positivismo pode conviver muito bem com o fato de que resultados especialmente injustos eventualmente derrotam as diretrizes advindas de normas juridicamente válidas, sem que isso signifique que elas deixem de ser válidas e sem que mostre que a decisão tomada nesse cenário é regida pelo direito. Nessas hipóteses o que se dá é a solução de um conflito pelo juiz – e nada mais.

Pela via argumentativa aqui colocada, contudo, e especialmente considerando que, para Shapiro, é o direito que determina a forma de sua derrotabilidade, não se pode fugir da conclusão de que a identificação e a determinação do conteúdo do próprio direito sempre envolve alguma medida de deliberação moral, ainda que seja apenas para constatar se o juiz deve ou não criar direito novo diante de um caso concreto cuja solução prevista pelo direito positivo redunda em injustiça. Isso esvazia a tese da separação no nível da prática jurídica e mostra que a racionalidade do planejamento, em tese impeditiva desse tipo de deliberação, não é a dos juízes nem sequer nos casos fáceis[236].

[236] Aqui parece ficar mais claro o motivo que leva autores como Leiter a reputarem o argumento dos desacordos teóricos como irrelevante, ao invés de tentarem explicá-lo: a própria tentativa de explicação parece funcionar como uma rendição a Dworkin.

Talvez a mera presença de deliberação moral na decisão jurídica não seja suficiente para atestar que a gramática lógica dos julgamentos seja aquela descrita por Dworkin. No mínimo, contudo, ela parece ser um forte indício de que ele tem razão. Se é assim, então a explanação de Shapiro para os desacordos teóricos não vence, antes reforça, o argumento dworkiniano.

Por outro lado, Dworkin possivelmente dissesse que a elaborada construção teórica de Shapiro acerca da interpretação jurídica muda o lugar do problema dos desacordos, mas não o resolve. É verdade que Shapiro esquadrinha uma espécie de sistema de reconhecimento (em sentido hartiano) dos critérios considerados válidos para utilização na determinação de metodologias interpretativas, afirmando que estes, apesar de potencialmente controversos, podem ser identificados apenas socialmente. Ao fazê-lo ele implicitamente propõe a perspectiva de que os critérios de validade jurídica previstos no plano-mestre ficam a salvo de qualquer desacordo. No entanto, Dworkin poderia pontuar que afirmações concernentes a "(F1)", "(F2)" e "(F3)", bem como ao tipo de sistema jurídico no qual os metaintérpretes tomam parte, são, elas também, o resultado de interpretação construtiva (e portanto moralmente engajada) dos propósitos e juízos de confiança encontradiços em um determinado sistema jurídico. Isso equivaleria a concluir que uma parcela importante do plano-mestre só pode ser conhecida pela via da deliberação moral. O mesmo poderia ser dito quanto ao modo de descoberta, identificação e reconstrução de cláusulas de derrotabilidade implícitas nos planos jurídicos, principalmente porque elas parecem fazer sentido precisamente diante de possíveis manifestações de injustiça. Excluir da descrição dos desacordos os diversos aspectos morais envolvidos em suas manifestações equivale a esconder as condições de sentido de nossos debates jurídicos – e significa deixar sem solução o problema do sentido referido na segunda seção deste capítulo, que passa apenas a ter uma nova faceta, na qual figuram proposições sobre aquilo que o direito diz a respeito de como ele deve ser interpretado.

Se o problema do sentido não é resolvido na obra de Shapiro, então o argumento dos desacordos teóricos não foi superado por ele nem sequer minimamente. Tinturé critica a tradução shapiriana do vocabulário dworkiniano, afirmando que (1) a busca de Shapiro por um terreno neutro entre ele e Dworkin se refere a algo que não existe, e que (2) sua descrição do argumento dos desacordos teóricos é, na verdade, uma mudança de assunto, que o torna praticamente ininteligível. Ela tem razão. Shapiro tentou vencer um espantalho – e o fato de

não ter conseguido derrotá-lo testifica sobre as limitações de sua explicação da prática jurídica.

Essa posição parece ser convergente com a de Bustamante[237]. Após traçar uma distinção conceitual autoexplicativa entre duas espécies de desacordos teóricos, (1) aqueles relativos ao conceito de direito e (2) aqueles referentes a problemas de metainterpretação, o autor observa que Shapiro parece não conseguir dar conta dos primeiros porque eles somente seriam resolúveis mediante o emprego do tipo de interpretação construtiva que a TDP rejeita. No que se refere aos últimos, por outro lado, a solução shapiriana, se bem que inicialmente atrativa, seria apenas aparente, pois dependente da aceitação prévia do conceito de direito oferecido pela TDP, que é profundamente controverso e demanda defesa normativa à moda de Dworkin.

Como, então, Shapiro poderia dar conta desse desafio? Em poucas palavras, admitindo que a sua teoria do direito se constitui em uma interpretação da prática jurídica que toma como ponto de partida um conceito de direito diverso daquele apresentado por Dworkin e que situa o valor da juridicidade em princípios morais diferentes daqueles que justificam a concepção do direito como integridade. Isso permitiria a ele explicar os desacordos sem abrir mão de um modelo operacional que dificultasse a reabertura de discussões morais pelos juízes[238] – mas que o fizesse por estar, ele mesmo, fundado em valores morais que o justificassem. Isso seria possível metodologicamente (algo parecido, afinal, foi proposto por Schauer sob o nome *presumptive positivism*). Se o seria do ponto de vista das efetivas justificações morais que o autor teria de construir, é questão para outra investigação. Talvez um bom ponto de partida pudesse ser uma defesa normativa mais robusta da tese de que o direito meneia confiança, e de que isso se constitui em algo moralmente valioso por se referir a um aspecto relevante do ideal de *Rule of Law* (em oposição à tese de que seria assim por imposição da natureza do direito).

Evidentemente esse reparo à teoria de Shapiro demandaria o abandono da tese da separação, bem como da descrição que ele próprio faz de qual seria a racionalidade da decisão judicial. De igual modo, exigiria o afastamento do tipo de análise conceitual meramente descritiva que o autor desenvolve. Suas afirmações a respeito da natureza do

---

[237] BUSTAMANTE, Thomas. Legality, 2012b, pp. 506-507.

[238] Dito de outro modo, que tentasse prevenir a incerteza, a estagnação e a ineficiência, para usar o jargão positivista.

direito passariam a ser vistas como interpretações daquilo que o direito é, e a demandar uma defesa valorativa clara e específica.

Na linha do que lucidamente afirmou Bustamante[239], a única alternativa viável para o positivismo é a de se reconhecer como normativo e assim se apresentar como uma teoria interpretativa do direito. Isso pode ser feito ainda que sejam conservados alguns aspectos convencionalistas mais gerais da TDP[240]. Sem essas providências, no entanto, a teoria shapiriana não explicará adequadamente a prática jurídica. A tentativa de salvar o positivismo pelo recurso à racionalidade dos planos, enfim, não é bem sucedida.

---

[239] BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans, 2012a, pp. 21-22.

[240] O argumento dos desacordos teóricos, e portanto o tipo de crítica aqui examinado, atinge somente as formas semânticas e arquimedianas do convencionalismo jurídico, as quais não reconhecem o caráter interpretativo da prática jurídica. Já o convencionalismo descrito por Dworkin em *O império do direito* está imune a essa espécie de reparo, uma vez que se constitui em uma teoria interpretativa (SMITH, Dale. Theoretical disagreement and the semantic sting, 2010, pp. 635-661). Isso parece indicar que a solução normativa para o positivismo, proposta por Bustamante, é um caminho que o próprio Dworkin aceitaria como plausível. O teórico disposto a trilhá-lo, contudo, teria de se encarregar de demonstrar (1) que a refutação dworkiniana dos valores políticos que socorreriam o positivismo normativo (ou o convencionalismo interpretativo, digamos assim) está equivocada, bem como que (2) há determinados valores políticos que decisivamente recomendam a adoção dessa concepção interpretativa do que seja o direito, em detrimento de visões rivais.

VI. CONCLUSÃO

I am very cautious of people who are absolutely right,
especially when they are vehemently so.[241]

Neste trabalho pretendi demonstrar que a implementação da tese da separação na obra de Scott Shapiro, viabilizada pela incorporação da racionalidade do planejamento aos debates da filosofia do direito, é indefensável em dois níveis de análise, notadamente o da fundação do direito e o da prática jurídica.

Após dedicar o capítulo I à apresentação de minhas considerações introdutórias, no seguinte intentei demonstrar que a ideia central da TDP é a de que a atividade jurídica é uma atividade de planejamento social em que as instituições jurídicas planejam para as comunidades sobre as quais reivindicam autoridade. Procurei dar sentido a essa colocação apresentando os traços essenciais da teoria shapiriana dos planos, para depois expor os elementos principais da teoria do direito do autor.

Dividi tal capítulo em duas seções. Na primeira discuti como a teoria dos planos de Shapiro é uma implementação do pensamento de Bratman. Os pontos mais relevantes da tese bratmaniana, no que se refere a este trabalho, estão ligados à caracterização do homem e da racionalidade humana presentes na obra do autor, e que pode ser sumarizada nas afirmações de que (1) contamos com recursos racionais limitados e de que (2) enfrentamos essa limitação fazendo uso de uma especial característica psíquica que nos é inata, notadamente a capacidade de planejar. Mostrei que esses traços são de especial importância porque as soluções de Shapiro para muitas das questões que enfrentou, destacadamente as relativas à normatividade do direito e à racionalidade da decisão judicial, são consectárias da racionalidade do planejamento. Na segunda expus as teses centrais do positivismo shapiriano, com o objeto de evidenciar (1) como elas se relacionam à tese da separação e (2) de que maneira elas dialogam com a racionalidade do planejamento. Também procurei descrever o modelo do autor desde uma mirada prática, ao discutir o exemplo do planejamento de um jantar que ele utiliza para ilustrar como funcionam os planos.

---

[241] PALIN, Michael. *Diaries 1969 – 1979*: the Python years. New York: Thomas Dunne Books/St. Martin's Press, 2007, p. 104.

No Capítulo III destaquei que a TDP é em grande medida um esforço de resolução de problemas detectáveis em outras teorias do direito, especialmente nas de Hart e Dworkin. Discuti parte dos equívocos que Shapiro imputa ao positivismo hartiano e expliquei por quais motivos ele concluiu pela necessidade de construir um novo modelo de positivismo jurídico. O autor destacou em *Legality* três falhas da teoria de Hart. A primeira e a segunda se relacionam com a tese da separação no plano da fundação do direito, enquanto a terceira se refere à prática jurídica. Nesse capítulo tratei das duas primeiras, deixando a terceira para o de nº V.

Na primeira seção do capítulo observei que, para Shapiro, Hart não explica a normatividade do direito e portanto não supera o Dilema da Possibilidade. Essa seria a primeira grande limitação do positivismo hartiano. A falha do antigo professor de Oxford se manifesta de duas maneiras. Em primeiro lugar Hart comete um erro filosófico importante ao considerar que regras e práticas sociais pertenceriam a uma mesma categoria metafísica. Tal circunstância o impede de explicar a origem das regras sociais, particularmente da regra de reconhecimento. Em segundo lugar a tentativa de superar essa questão pela invocação da ideia de convenções coordenativas lewisianas não é bem sucedida porque não é possível garantir que as práticas sociais relevantes para a construção de Hart são de fato convenções dessa espécie. Logo depois mostrei que Shapiro entende que Hart é vencido pelo Desafio de Hume, já que na teoria hartiana nada impede que um homem mau possa compreender e descrever o direito normativamente, ainda que não aceite as regras jurídicas desde um ponto de vista interno. Essa seria a segunda insuficiência relevante do positivismo hartiano.

Na seção subsequente descrevi como Shapiro procurou resolver as insuficiências do modelo de Hart relativamente ao Dilema da Possibilidade com recurso à ideia de planos compartilhados, que seriam naturalmente capazes de gerar normatividade porque decorrentes das normas da racionalidade instrumental, e que seriam superiores tanto às convenções lewisianas quanto às puramente humeanas.

Já na seção de nº 3 discuti a solução shapiriana para o Desafio de Hume. Shapiro entende que pode resolvê-lo reconhecendo que o direito possui uma normatividade interna descritível por um observador qualquer, de sorte que afirmações sobre o conteúdo do direito são extrações de julgamentos descritivos a partir de fatos também descritivos.

Ao longo dessas três seções sublinhei como as ideias de Shapiro (1) são profundamente dependentes da racionalidade do planejamento e (2) redundam na redução da razão prática a uma razão meramente instrumental. Também acentuei como essas posições do autor o vinculam a um caso particular de convencionalismo.

O Capítulo IV foi dedicado à defesa do argumento de que o positivismo dos planos é uma vertente específica de convencionalismo jurídico, que, apesar de estar marcada por certas especificidades, principalmente por sua ligação com a racionalidade do planejamento, está vulnerável a dois argumentos críticos que atingem o convencionalismo em geral e que desafiam a ideia de que a tese da separação faria sentido na esfera da fundação do direito.

Uma dessas críticas é a de Dickson. Em suma, ela observa que o convencionalismo aparece no *Pós-escrito* de Hart como um esforço mal sucedido, desenvolvido em resposta a críticas de Dworkin, de explicar de qual maneira a regra de reconhecimento pode dar aos oficiais de um sistema jurídico razões para aceitá-la como obrigatória. Para a autora Hart deveria ter se incumbido de teorizar sobre essas razões, em vez de fazer uso da ideia de convenção, que as explica somente em pequena parte. A outra é a de Rodriguez-Blanco, que afirma que o Dilema da Possibilidade só pode ser vencido em conjunto com seu correspondente dilema moral, consistente em se saber qual justificação moral existe para a autoridade do direito. Eu a empreguei como complementação da crítica anterior, afirmando que as razões cobradas pela primeira autora são razões morais.

A união desses dois argumentos, segundo defendi, vence o convencionalismo de Shapiro e mostra que sua teoria é insubsistente em função de sua forte vinculação à tese da separação. Tentei expor como é insuficiente para o autor invocar as normas da racionalidade instrumental para afastar a necessidade de deliberação moral nesse aspecto, destacando que o próprio Bratman, como observam Celano e Canale, reconheceu que os planos podem ter justificações profundas, conectadas a conceitos de moralidade política. Além disso, esclareci que afirmar que as normas da racionalidade instrumental asseguram a normatividade do plano-mestre, como Shapiro tenta fazer, cria para ele uma sensível dificuldade, que é a de vencer a objeção de que a racionalidade instrumental, em si mesma, não pode ser fonte de razões para ação.

A primeira seção desse capítulo voltou-se a oferecer a posição de Dickson. Na seção subsequente o mesmo foi feito relativamente a Rodriguez-Blanco. Já na terceira de suas seções destaquei como a união de ambas as correntes argumentativas anteriormente tratadas demonstra que a racionalidade dos planos não consegue esclarecer a normatividade do direito – e que essa visão é partilhada por Bratman, de quem Shapiro importou todo o seu arcabouço teórico. Após revisitar o exemplo do jantar shapiriano, concluí que seu convencionalismo não explica essa questão, e que suas falhas revelam como o direito exige uma concepção de razão prática necessariamente relacionada a valores. Dito de outro modo, demanda-se o abandono da tese da separação em seu corte fundacional, pois a própria identificação do direito, na condição de sistema normativo, depende de deliberação moral, mesmo que ele seja compreendido como um mero instrumento de planejamento social.

Em seguida, no Capítulo V, destaquei que a prática jurídica é, por excelência, o *locus* de averiguação da capacidade explicativa de uma teoria do direito, lançando à TDP os olhos da fenomenologia da decisão judicial. Foi nesse ponto que teve relevo a discussão da terceira incapacidade imputada por Shapiro à teoria de Hart, notadamente a de dar conta dos desacordos teóricos que se desenvolvem em nossa prática jurídica. Esse fenômeno é suscitado por Dworkin para criticar as assim chamadas teorias semânticas e arquimedianas do direito, dentre as quais se inclui o positivismo hartiano.

Narrei como Shapiro aceita a crítica de Dworkin e reconhece que o positivismo hartiano não está aparelho para vencê-la, e também descrevi como a TDP foi construída como uma espécie de resposta à posição dworkiniana. Procurei também mostrar que Shapiro tem a intenção de nos convencer de que o positivismo dos planos é superior ao de Hart, e que não somente explica os desacordos teóricos, como oferece uma teoria da interpretação jurídica mais robusta do que a de Dworkin.

O capítulo foi estruturado em quatro seções. A primeira se prestou a dar relevo à natureza da crítica dworkiniana contra o positivismo e a assinalar, sobretudo, que o argumento dos desacordos teóricos tem caráter gramatical. A segunda serviu de palco para uma reconstrução do argumento de Dworkin, conforme delineado no primeiro capítulo de *O império do direito*. A terceira, de seu turno, foi consagrada a expor os argumentos que Shapiro estrutura para vencer a crítica: ele defende a ideia de que os desacordos teóricos recaem sobre metodologias interpretativas. Discuti os principais componentes dessa

explicação e demonstrei que ela se harmoniza com a tese da separação e com a racionalidade dos planos. Por fim, na quarta seção, critiquei a resposta de Shapiro a Dworkin, pontuando que ele sequer compreendeu bem aquilo que se propôs a responder, e observando que a análise de seus próprios argumentos revela que mesmo no âmbito da TDP a decisão judicial requer deliberação moral. Após rememorar, pela última vez, o jantar de Shapiro, concluí que a tese da separação não é sustentável no plano da prática jurídica, bem como que a racionalidade da decisão, moralmente carregada, não é a dos planos.

Trilhado esse percurso, concluí que é mal sucedida a tentativa de salvar a tese da separação e o positivismo jurídico de tradição hartiana a partir dos planos e da racionalidade do planejamento. A crítica do empreendimento teórico de Shapiro parece demonstrar que devemos deixar de lado a insistência dos positivistas nesse tipo de projeto explicativo. Ele se debruçou sobre temas clássicos, apresentou ideias sofisticadas acerca deles, ainda no interior da tradição positivista, e mesmo assim não logrou vencer os desafios apontados nestas páginas. Mas isso enfim significaria que nada há de relevante a ser extraído de sua contribuição à filosofia do direito? Tal não é o caso.

A notável sofisticação da teoria do direito de Shapiro mostra com muita clareza o quão profícuo (e necessário) é o engajamento do filósofo do direito em ramos mais gerais da filosofia, em especial na filosofia contemporânea da ação. Ao explicitamente construir a TDP ao redor de uma específica concepção do agir humano e da racionalidade que a qualifica o autor se distanciou de uma série de outros teóricos positivistas que operam com concepções pressupostas, não expressamente defendidas e muitas vezes problemáticas de ação[242].

Talvez seja viável dizer que o conflito entre positivistas e não-positivistas pode mesmo ser compreendido também como uma disputa em torno de diferentes posições precisamente nesse campo (o que pretendo discutir em nova pesquisa): eles divergem a respeito da teoria da ação. *Legality* traz esse assunto para o centro do debate contemporâneo

---

[242] Esse é o mote da crítica que Veronica Rodriguez-Blanco e Pilar Zambrano dirigem ao positivismo de John Gardner, que segundo elas pressupõe uma concepção de ação indefensável (RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica, ZAMBRANO, Pilar. One myth of the classical natural law theory: reflecting on the "thin" view of legal positivism. *Ratio Juris*, Vol. 31, No. 1, March 2018, pp. 9-32). A importância de se levar a sério o significado e a justificação de nossas ações no campo da teoria do direito foi objeto das preocupações de José Reinaldo de Lima Lopes (LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto. (Org.). *Norma, moralidade e interpretação*: temas de filosofia política e direito. Porto Alegre: Linus Editores, 2009, v. 1, pp. 43-80).

– e a obra merece encômios por conta disso, muito embora Shapiro não tenha sido o primeiro teórico a palmilhar esse caminho[243].

Mas não é só. Há mais frutos a colher da árvore da TDP.

O estudo do direito em conexão com a ideia de planificação não é novo e já foi objeto das intuições de diversos autores – dentre eles Miguel Reale, que escreveu sobre o assunto em 1973[244]. Shapiro apresentou uma profunda análise de como pode ser o funcionamento das normas e do sistema jurídico compreendidos à luz dos planos, e seus *insights*, ainda que não se constituam em uma boa explicação para o direito como um todo, podem ser úteis e proveitosos relativamente a determinados ramos do direito e a certos institutos com os quais lidamos na prática jurídica – principalmente se a sua utilização estiver justificada em princípios que recomendem sua aplicação nesses casos[245]. Já há alguns escritos sobre o tema, os quais demonstram, por exemplo, que a obra de Shapiro é capaz de gerar dividendos importantes para a teoria dos contratos[246], para a teoria da revisão judicial de atos administrativos e para o uso de precedentes pelos tribunais[247]. Nada impede, por outro lado, que legisladores encampem a racionalidade dos planos, devidamente retificada para levar em conta os problemas morais que suscita, ao divisarem diplomas legais complexos a respeito de temas os mais diversos. Particularmente interessante seria a possibilidade de normas dessa espécie que contassem com uma parte geral alinhada à racionalidade do planejamento, mas justificada em posições valorativas substantivas. A própria ideia de planejamento, então, trazida para o âmbito da teoria do direito, se constitui em um saliente dividendo do engajamento na obra shapiriana.

---

[243] Coleman já o fizera (COLEMAN, Jules. The practice of principle, 2001, *passim*).

[244] REALE, Miguel. Direito e planificação. In: CLÉVE, Clêmerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (organizadores). *Direito constitucional*: doutrinas essenciais. Vol. VI. Constituição financeira, econômica e social. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2011, pp. 739-744.

[245] Isso é inclusive compatível com teorias do direito de cunho dworkiniano, uma vez que Dworkin admite, pela via da ideia de prioridade local, que alguns ramos do direito podem exigir do intérprete que se vincule a interpretações mais literais do direito. Tal vinculação pode ocorrer, por exemplo, no direito dos registros públicos e no direito penal.

[246] BRIDGEMAN, Curtis. Contracts as plans. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2009, No. 2, 2009, pp. 341-402; SHEEHAN, Duncan. Mistake, failure of consideration and the planning theory of intention. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Volume28, Issue 01, January 2015, pp. 155-181.

[247] FORTES, Luiz Henrique Krassuski. *Justificação dos precedentes*: direito como planejamento, poder judiciário e motivação a partir do precedente. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, *passim*.

Parece especialmente relevante, no entanto, a discussão que o autor desenvolve em torno da ideia de confiança. É verdade que a aplicabilidade irrestrita do conceito aos juízes talvez mereça ser encarada com certo ceticismo, uma vez que a atividade que eles desempenham soa incompatível com a conclusão de que o legislador constituinte não confia neles – principalmente quando se observa que, na acepção positivista da decisão judicial, eles sempre têm liberdade para decidir discricionariamente nos casos que acima denominei "(D3)" e "(D4)". Ainda assim, quando se pensa no funcionalismo público em sentido mais geral, a invocação de uma economia da confiança presente nas normas fundamentais do ordenamento jurídico e identificável pelos próprios servidores diante das demandas atinentes às suas funções pode auxiliar no entendimento dos limites impostos à atuação de cada um – particularmente na prática de atos administrativos de cunho discricionário. Isso pode ter reflexos na eficiência do serviço público, na resolução de conflitos com particulares e até mesmo no campo disciplinar. Além disso, e por outro lado, a confiança como valor político-moral pode se consubstanciar em um interessante ponto de saída para uma teoria do direito de viés interpretativo que indique que o funcionamento da prática jurídica seja aquele recomendado pelo positivismo exclusivista.

Apesar de falhar enquanto defesa definitiva de um positivismo jurídico mais radical em sua relação com a moral, o livro de Shapiro nos aparelha, ademais, – e aqui parafraseio Waldron – com uma nova fonte de analogias explicativas para o enfrentamento das perenes questões da filosofia do direito e da prática jurídica. Tudo indica que nos próximos anos mais e mais usos dessa fonte serão descobertos e explorados. Ao menos o plano parece ser esse.

VII. REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. The gap. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, N. 3, 1991, pp. 695-701.

_____. Can law survive the asymmetry of authority? *QLR*, Volume 19, Number 3, 2000, pp. 463-481.

ALEXY, Robert. Scott J. Shapiro between Positivism and Non-Positivism. *Jurisprudence*, 7:2, 2016, pp. 299-306.

ANSCOMBE, G.E.M. On the source of the authority of the state. In: _____. *Ethics, religion and politics*: collected philosophical papers, v. 3. Oxford: Basil Blackwell, 1981, pp. 130-155.

BAER, Judith. Legality, by Scott J. Shapiro. *Political Science Quarterly*. Vol. 126, Issue 4, Winter 2011, pp. 696-697.

BAND, Jeffrey. Shapiro's Legality. *Journal of Moral Philosophy*, Vol. 12, 2015, pp. 83-102.

BERTEA, Stefano. Law, shared activities, and obligation. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXVII, No. 2, July 2014, pp. 357-381.

BIX, Brian. Legality, by Scott J. Shapiro. *Ethics*, Volume 122, Number 2, January 2012, pp. 444-448.

BRATMAN, Michael. *Intention, plans, and practical reason*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1987.

_____. Taking plans seriously. In: MILLGRAM, Elijah. *Varieties of practical reasoning*. London/Cambridge: The MIT Press, 2001, pp. 203-220.

_____. Reflections on law, normativity, and plans. In: BERTEA, Stefano, PAVLAKOS, George (Eds.). *New essays on the normativity of law*. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 73-85.

_____. *Shared agency*: a planning theory of acting together. New York: Oxford University Press, 2014.

BRIDGEMAN, Curtis. Contracts as plans. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2009, No. 2, 2009, pp. 341-402.

BROOME, John. Does rationality give us reasons? *Philosophical Issues*, 12, Normativity, 2005, pp.321-337.

BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans. *Australian Journal of Legal Philosophy*. Vol. 37, 2012a, pp. 219-250.

_____. Legality, by Scott Shapiro. *Legal Studies*. Vol. 32, No. 3, September 2012b, pp. 499-522.

_____. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 20. Nº 1. Jan-Abr 2015, pp. 307-327.

BUSTAMANTE, Thomas; CUNHA, Mirlir. Muito além do plano: objeções à visão de direito de Scott Shapiro. 2013. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8386fa112ba70c3f>. Acesso em 20/04/2014.

CAMPBELL, Tom. Rewriting Hart's *Postscript*: thoughts on the development of legal positivism. *Problema: Anuario de Filosofia y Teoria del Derecho*, núm. 5, 2011, pp. 23-52.

CANALE, Damiano. Looking for the nature of law: on Shapiro's Challenge. In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (Eds). *The planning theory of law*: a critical reading. Dordrecht/Heidelberg/New York/London: Springer, 2013, pp. 1-26.

CELANO, Bruno. Law, plans and practical rationality. *Diritto & Questioni Pubbliche*. N. 12, 2012b, pp. 211-254.

COELHO, André Luiz Souza. Por que surgem as regras secundárias? Uma reinterpretação da fábula de Hart. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD*, v. 1, n. 25, 2014a.

Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/11661>. Acesso em 10/10/2016

_____. Dworkin e Gadamer: qual conexão? *PERI*, V. 06, n. 01, 2014b, pp. 19-43. Disponível em <http://nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/905>. Acesso em 18/9/2016.

COLEMAN, Jules. *The practice of principle*: in defense of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University, 2001.

_____. The architecture of jurisprudence. *The Yale Law Journal*, 121:2, 2012, pp. 2-80.

CRANE, Stephen. *Prose and poetry*. New York: The Library of America, 1984.

CROCKER, Lawrence. The power of positive planning. *Analysis Reviews*. Vol. 72, No. 3, July 2012, pp. 541-551.

CROCKER, Thomas P. Whom should you trust? Plans, pragmatism, and legality. *Tulsa Law Review*. Vol. 47, 2011, pp. 205-217.

DICKSON, Julie. Is the rule of recognition really a conventional rule? *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No.3, 2007, pp. 373-402.

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. *O avesso das coisas*, São Paulo: Record, 1987.

DUARTE D'ALMEIDA, Luís. The grounds of law. In: WALUCHOW, Wil. SCIARAFFA, Stefan (editors). *The legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 165-202.

DUKE, George. The planning theory and natural law. *Law and Philosophy*: pp. 1-28. Published Online: 14 July 2014. Disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/s10982-014-9213-x>. Acesso em 15/11/2014.

DYZENHAUS, David. Legality without the rule of law? Scot Shapiro on wicked legal systems. Critical notice: Legality, by Scott Shapiro. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XXV. No. 1. January 2012, pp. 183-200.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977a.

_____. The model of rules I. In: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977b, pp. 14-45.

_____. The model of rules II. In: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977c, pp. 46-80.

_____. Hard cases. In: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977a, pp. 81-130.

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *Law's empire*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. Legal theory and the problem of sense. In: HART, H. L. A.; GAVISON, Ruth. *Issues in contemporary legal philosophy*: the influence of H. L. A. Hart. Oxford: Oxford University Press, 1987, pp. 9-20.

_____. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justice in robes*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006a.

_____. Introduction: law and morals. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006b, pp. 1-35.

_____. Hart's postscript and the point of political philosophy. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006c, pp. 140-186.

_____. Can we disagree about law or morals? In: *Launch of the NYIP*, New York Institute of Philosophy, New York University, New York, 2007. Disponível em <http://www.thirteen.org/forum/topics/can-we-disagree-about-law-or-morals/14/>. Acesso em 18/3/2015

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *O império do direito*. 3ª Edição. Traduzido por Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EDMUNDSON, William. Shmegality. *Georgia State University College of Law*. Legal Studies Research Paper No. 2012-02. 2011. *Social Science Research Network*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1835746>. Acesso em 05/05/2014.

ESSERT, Christian. Legal obligation and reasons. *Legal Theory*. 19, 2013, pp. 63-88.

FAGGION, Andréa Luisa Bucchile. O problema da legitimidade da autoridade política, ou sobre o que diferencia o estado da máfia. *Philósophos*, Goiânia, V. 22, N. 2, Jul/Dez 2017, pp. 37-79.

FARRELL, Ian P. On the value of jurisprudence. Legality, by Scott J. Shapiro. *Texas Law Review*. Vol. 90, 2011, pp. 187-224.

FORTES, Luiz Henrique Krassuski. *Justificação dos precedentes*: direito como planejamento, poder judiciário e motivação a partir do precedente. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

GARCIA, Edgar Ramón Aguilera. La naturaleza del derecho: Están nuestras prácticas jurídicas fundadas en una convención constitutiva o en un plan compartido? *Alegatos*, Núm. 81, mayo/agosto 2012, pp. 347-372.

GARDNER, John. Legal positivism: 5 ½ myths. *The American Journal of Jurisprudence*. Vol. 46, 2001, pp. 199-227.

GARDNER, John; MACKLEM, Timothy. Scott J. Shapiro. Legality. *Notre Dame Philosophical Reviews*. 2011. Disponível em <http://ndpr.nd.edu/news/27609-legality/>. Acesso em 27/03/2014.

GOULART, André Coletto Pedroso. *A discricionariedade judicial no debate Hart-Dworkin*. 2015. 87 f. Tese de Láurea (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GREEN, Leslie. Positivism and conventionalism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XII, No. 1, January 1999, pp. 35-52.

_____. Are there any 'theoretical disagreements' about law? *Semper Viridis*. Disponível em <https://ljmgreen.com/2016/08/29/are-there-any-theoretical-disgreements-about-law/>. Acesso em 30/8/2016.

GREEN, Michael S. On Hart's category mistake. *Legal Theory*. Vol. 19, 2013 pp.347-369.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 2012.

_____. GLOP, The moral aim of the law and trusting judges. *Analysis Reviews*, Vol. 72, Number 3, July 2012a, pp. 552-563.

HACKER, P.M.S. *Wittgenstein's place in Twentieth-Century analytic philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 1996.

HART, H. L. A. *The concept of law*. Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1994.

_____. *O conceito de direito*. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERSHOVITZ, Scott. The model of plans and the prospects for positivism. Public Law and Legal Theory Research Series. Paper no. 354. September 2013. *Social Science Research Network*. Disponível em < http://ssrn.com/abstract=2322457>. Acesso em 16/09/2014.

HOLTON, Richard. *Willing, wanting, waiting*. Oxford: Clarendon Press, 2009.

HOWARTH, David, STARK, Shona Wilson. H. L. A. Hart's secondary rules: what do 'officials' really think? *International Journal of Law in Context*, 14 (1), 2018, pp. 61-86.

HUME, David. *A treatise of human nature*. Vol. 1. Edited by David Fate Norton and Mary J. Norton. Oxford: Clarendon Press, 2007.

IBSEN, Henryk. *Lyrical poems*: selected and translated by R. A. Streatfeild. London: Elkin Matthews/Vigo Street, 1902.

KORSGAARD, Christine M. *The constitution of agency*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

KOZICKI, Katya. *Herbert Hart e o positivismo jurídico*: textura aberta do direito e discricionariedade judicial. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LARKIN, Phillip. *The complete poems*. Edited by Archie Burnett. London: Faber and Faber, 2014.

LEITER, Brian. The end of empire: Dworkin and jurisprudence in the 21st Century. *Rutgers Law Journal*. Vol. 36, 2004, pp. 165-181.

_____. Explaining theoretical disagreement. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 76, 2009, pp. 1215-1250.

_____. Theoretical disagreements in law: another look. *Social Science Research Network.* Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2830732>. Acesso em 15/09/2016.

LEWIS, David. *Convention*: a philosophical study. Oxford: Blackwell Publishers, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto. (Org.). *Norma, moralidade e interpretação*: temas de filosofia política e direito. Porto Alegre: Linus Editores, 2009, v. 1, pp. 43-80.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O direito em desacordo*: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico. 2013. 247 f. Tese (Concurso de Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013a.

_____. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013b.

MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2005.

MELERO DE LA TORRE, Mariano C. Recensión. Legality, Scott J. Shapiro. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. No. 2, Marzo – Agosto 2012, pp. 227-233.

MERWIN, W. S. *The second four books of poems*.Port Townsend, WA: Copper Canyon Press, 1993.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade*: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: RT, 2004.

MURPHY, Mark C. Book review. Scott J. Shapiro. Legality. *Law and Philosophy*. Vol. 30, Issue 3, May 2011, pp. 369-375.

_____. No more fresh starts. *Analysis Reviews*. Vol. 72, No. 3, 2012, pp. 563-573.

NEIVA, Horário Lopes Mousinho. Teoria do direito e análise conceitual: uma crítica à metodologia de Scott J. Shapiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 65, jul./dez. 2014, pp. 261-284.

_____. *Meta-teoria do direito*: ensaios reunidos. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

PALIN, Michael. *Diaries 1969 – 1979*: the Python years. New York: Thomas Dunne Books/St. Martin's Press, 2007.

PAPAYANNIS, Diego M. Legality: Between purposes and functions. University of Girona. Legal Theory and Philosophy. Working Paper Series. No. 20. Disponível em <https://www.academia.edu/6011217/Legality_Between_Purposes_and_Functions>. Acesso em 27/03/2014.

PATTERSON, Dennis. Explicating the internal point of view. *SMU Law Review*, No. 52, 1999, pp. 67-74.

PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. *A moral e o conceito de direito em H.L.A. Hart*. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PLUNKETT, David. Legal positivism and the moral aim thesis. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 33 (3), Autumn 2013a, pp. 563-605.

_____. The Planning Theory of Law I: the nature of legal institutions. *Philosophy Compass*. Vol. 8/2, 2013b, pp. 149-158.

_____. The Planning Theory of Law II: the nature of legal norms. *Philosophy Compass*. Vol. 8/2, 2013c, pp. 159-169.

PLUNKETT, David, SHAPIRO, Scott. Law, morality, and everything else: general jurisprudence as a branch of metanormative inquiry. *Ethics*, 128, October 2017, pp. 37-68.

POSTEMA, Gerald J. Bentham. Coordination and convention at the foundations of law. *The Journal of Legal Studies*. Vol. 11, No. 1, January 1982, pp. 165-203.

_____. Norms, reasons, and law. *Current Legal Problems,* Volume 51, Issue 1, 1 January 1998, pp. 149-179.

_____. *Legal philosophy in the Twentieth Century*: the common law world (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Vol. 11). Dordrecht/Heidelberg/New York/London: Springer, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em uma prática social. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. No. 307, Julho/Dezembro de 2013, pp. 43-98.

RAZ, Joseph. Postscript to Legal principles and the limits of the law. In: COHEN, Marshall (Ed.). *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Totowa: Rowman & Allanheld, 1983, pp. 84-85

_____. Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison. *Legal Theory*, Volume 4, Issue 03, September 1998, pp. 249-282.

REALE, Miguel. Direito e planificação. In: CLÉVE, Clêmerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (organizadores). *Direito constitucional*: doutrinas essenciais. Vol. VI. Constituição financeira, econômica e social. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2011, pp. 739-744.

RIPSTEIN, Arthur. Introduction: Anti-Archimedianism. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). *Ronald Dworkin*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 1-21

_____. Self-certification and the moral aims of the law. Critical notice: Legality, by Scott Shapiro. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXV, No. 1, January 2012, pp. 201-2017.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. The moral puzzle of legal authority. A commentary on Shapiro's Planning Theory of Law. In: BERTEA, Stefano; PAVLAKOS, George (editors). *New essays on the normativity of law*. Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 86-106.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica, ZAMBRANO, Pilar. One myth of the classical natural law theory: reflecting on the "thin" view of legal positivism. *Ratio Juris*, Vol. 31, No. 1, March 2018, pp. 9-32.

ROSATI, Connie S. Normativity and the Planning Theory of Law. *Jurisprudence*, 7:2, 2016, pp. 307-324.

RUNDLE, Kristen. *Forms liberate*: reclaiming the jurisprudence of Lon L. Fuller. Oxford: Hart Publishing, 2012.

RYAN, Kay. *The best of it*: new and selected poems. New York: Grove Press, 2010.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*: a philosophical examination of rule-based decision making in law and in life. Oxford: Clarendon Press, 1991, reprinted in 2002.

_____. The best laid plans. Review of Scott Shapiro's Legality. *The Yale Law Journal*. Vol. 120, 2010, pp. 586-621.

SEARLE, John. How to derive an ought from an is. *The Philosophical Review*, No. 73, January 1964, pp. 43-58.

SHAPIRO, Scott. On Hart's way out. *Legal Theory*. Vol. 4, Issue 4, December 1998, pp. 469-507.

_____. Was inclusive legal positivism found on a mistake? *Ratio Juris*, Volume 22, Number 3, September 1999, pp. 326-338.

_____. Law, plans, and practical reason. *Legal Theory*. Vol. 8, 2002a, pp. 387-441.

_____. Authority. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2002b, pp. 383-439

_____. What is the internal point of view? *Fordham Law Review*, Volume 75, Issue 3, 2006, pp. 1157-1170.

_____. The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (editor). *Ronald Dworkin*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55.

_____. What is the rule of recognition (and does it exist)? In: ADLER, Matthew D., HIMMA, Kenneth Einar (editors). *The rule of recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 235-268.

_____. *Legality*. London/Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. Summary. Book Symposium. Legality, by Scott J. Shapiro. *Analysis Reviews*. Vol. 72, No. 3, July 2012, pp. 537-541.

_____. Reply to Crocker, Guest and Murphy. *Analysis Reviews*. Vol. 72, No. 3, July 2012, pp. 573-587.

_____. *Legalidad*. Traducción de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, 2014.

_____. *合法性*. China: China Legal Publishing House, 2016.

SHEEHAN, Duncan. Mistake, failure of consideration and the planning theory of intention. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Volume28, Issue 01, January 2015, pp. 155-181.

SHERWIN, Emily. Legality and rationality: a comment on Scott Shapiro's Legality. *Legal Theory*. Vol. 19, Special Issue 04, December 2013, pp. 403-421.

SIMMONDS, Nigel E. The logic of planning and the aim of the law. *University of Toronto Law Journal*. Vol. 62, No. 2, Spring 2012, pp. 255-276.

SMITH, Dale. Theoretical disagreement and the semantic sting. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 30 (4), 2010, pp. 635-661.

SPAAK, Torben. Legal positivism, conventionalism, and the normativity of law. *Social Science Research Network*. Disponível em < https://ssrn.com/abstract=2978561>. Acesso em 5/6/2017.

STONE, Martin Jay. Planning positivism and planning natural law. Critical notice: Legality, by Scott Shapiro. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XXV, No. 1, January 2012, pp. 219-235.

STRAVOPOULOS, Nicos. The debate that never was. *Harvard Law Review*, Vol. 130, 2017, pp. 2082-2095.

STRECK, Lênio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr/jun 2012, pp. 7-21.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras*. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

_____. O "aparente" paradoxo das regras. *Ethic@*, Florianópolis, v. 8, n. 3, maio de 2009, pp. 63-71.

TINTURÈ, Maris Kópcke. Positive law's moral purpose(s): towards a new consensus? *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 56, 2011, pp. 183-214.

TOH, Kevin. Plan-attitudes, plan-contents, and bootstrapping: some thoughts on the Planning Theory of Law. 2013. *Social Science Research Network.* Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2307318>. Acesso em 07/04/2014.

TORRANO, Bruno. *Do fato à legalidade*: introdução à teoria analítica do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TROPER, Michael. Judges taken too seriously: Professor Dworkin's views on jurisprudence. *Ratio Juris*. Vol. 1, No. 2, July 1998, pp. 162-175.

YAFFE, Gideon. Book review: Legality. *Philosophical Review*, Vol. 121, No. 3, 2012, pp. 451-474.

WALLACE, R. Jay. Normativity, commitment, and instrumental reason. *Philosopher's Imprint*, Volume 1, No. 3, December 2001, pp. 1-26.

WALDRON, Jeremy. Planning for legality. *Michigan Law Review*. Vol. 109, April 2011, pp. 883-902.

WINCH, Peter. *The idea of a social science and its relation to philosophy*. Second Edition. London: Routledge, 2008.