
Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em um prática social¹

Austin, Hart and Shapiro: three variations on law as an entity grounded in a social practice²

Carlos Bernal Pulido³

Resumo: A ontologia social é um ramo da filosofia analítica que estuda a natureza das entidades per-

-
- 1 Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante: Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Direito pela UERJ.
 - 2 Este ensaio é parte de um projeto mais amplo sobre ontologia social e a natureza do direito financiado com um *Macquarie Research Development Grant*. Escrevi algumas seções deste ensaio durante um período de investigação na Yale Law School. Agradeço ao meu anfitrião em Yale, Scott Shapiro, por valiosas sugestões e comentários. Por comentários no projeto geral e em versões anteriores do texto, sou também grato a Kirk Ludwig, Brian Bix, Stanley Paulson, David Copp, Marina Oshana, Denise Meyerson, Larry Solum, Kevin Walton, Euan MacDonald, Robert D'Amico, Ryan Zarhai e os estudantes que frequentaram minhas *lectures* na Conferência Anual da *Australian Society of Legal Philosophy*, apresentadas na Melbourne Law School (junho de 2010), no Julius Stone Institute of Jurisprudence of the Sydney Law School (abril de 2011), no Centre for Research Excellence of Legal Governance (CORE) na Macquarie Law School (maio de 2011), no Departamento de Filosofia da University of Florida (junho de 2011) e na *Annual Conference of the Australian Society of Legal Philosophy* sustentada na University of Queensland em Brisbane (julho de 2011).
 - 3 Professor Associado da Maquarie University (Austrália). Professor

tencentes à realidade social. Este ensaio examina, do ponto de vista da ontologia social, três interpretações positivistas da tese de que o direito é uma entidade fundamentada em uma prática social. As três interpretações em exame são encontradas nas teorias de Austin, Hart e Shapiro. A análise tem dois propósitos. De um lado, ela esclarece novos aspectos das teorias de Austin e Hart ao estabelecer em que medida elas têm sucesso em prover uma explicação para a intuição de que o direito é algo que nós realizamos juntos ao agir em grupos. De outro lado, ela irá iluminar alguns elementos básicos da Teoria do Direito como Planejamento (*Planning Theory of Law*) de Shapiro, os quais tornam possível entender o direito como entidade sócio-ontológica e que foram negligenciados pela literatura secundária sobre o livro *Legality* de Scott Shapiro.

Palavras-chave: Ontologia social. Direito. Austin. Hart. Shapiro

Abstract: Social ontology is a branch of analytical philosophy that studies the nature of entities belonging to social reality. This paper examines, from the point of view of social ontology, three positivistic interpretations of the thesis that law is an entity grounded in a social practice. The three interpretations under examination are to be found in the theories by Austin, Hart and Shapiro. This task accomplishes two purposes. On the one hand, it illuminates new aspects of the theories by Austin and Hart by means of establishing to what extent they succeed in accounting for the intuition that law is something that we do together acting in groups. On the other hand, it will shed light on some

Catedrático da Universidad de Externado (Colômbia). Doutor em Filosofia pela University of Florida (Estados Unidos da América). Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca (Espanha). Mestre em Filosofia pela University of Florida (Estados Unidos da América). Bacharel em Direito pela Universidad de Externado (Colômbia).

basic elements of Shapiro's Planning Theory of Law that make it possible to understand law as a socio-ontological entity and that have been overlooked by the reviewers of Shapiro's book, *Legality*.

Keywords: Social ontology; law; Austin; Hart; Shapiro

1. A ontologia social e a natureza do direito

O direito está ao redor de todos nós. Estamos diariamente envolvidos em inumeráveis atividades jurídicas: compramos e vendemos objetos materiais e imateriais, dirigimos veículos, nos casamos, contratamos pessoas e arrendamos coisas, pagamos tributos, respeitamos as proibições jurídicas e os comandos e exercemos as nossas prerrogativas jurídicas. Essas atividades são objetivamente reais. Sem embargo, a sua existência dá lugar a certa perplexidade. Não podemos explicá-las da mesma forma como explicamos a realidade de entidades naturais (como árvores ou tigres). Portanto, elas não podem ser descritas nos termos das ciências naturais.

Uma intuição plausível é a de que a realidade das atividades jurídicas depende da capacidade que nós, enquanto seres humanos, temos de agir coletivamente, é dizer, como membros de grupos ou sujeitos plurais. Essa capacidade é denominada socialidade.⁴ A existência dessa capacidade nos permite criar uma parte especial da realidade, que pode ser denominada "realidade social." Ao agirmos coletivamente, em grupos, somos capazes de criar fatos sociais – como o fato de que há um Estado denominado Austrália e de que Barak Obama é o atual Presidente dos Estados Unidos da América – e instituições – como língua, Estados, clubes sociais e igrejas. Fatos sociais e instituições

4 Sobre o conceito de socialidade, cf. GILBERT, 1996, p. 6, 263 *et seq.* e 2000 e TUOMELA, p. 11 e 66.

pertencem à realidade social, uma parte da realidade que existe à margem da realidade natural e física. Entidades pertencentes à realidade social são epistemologicamente “objetivas”, mas ontologicamente “subjetivas”. Elas não são menos objetivamente cognoscíveis do que objetos naturais e físicos, mas sua existência depende da subjetividade de mentes humanas e, em particular, de certas atitudes subjetivas dos agentes que participam de práticas em que elas estão fundadas.⁵ Por exemplo, o fato de que Barack Obama é o atual Presidente dos Estados Unidos não é menos objetivamente cognoscível do que o fato de que há uma árvore no jardim em frente à minha casa. Mas a existência deste fato social depende de certas atitudes subjetivas de certos indivíduos envolvidos em uma prática na qual eles reconhecem Barack Obama como o Presidente e atribuem certo *status* às regras pertencentes à Constituição dos Estados Unidos da América que contêm enunciados que determinam quem é empossado como Presidente daquele país.

A ontologia social é um ramo da filosofia analítica que estuda a natureza das entidades pertencentes à realidade social. Algumas contribuições de Michael Bratman, Margaret Gilbert, Seumas Miller, John Searle e Raimo Tuomela durante os anos oitenta e noventa estabeleceram os princípios fundamentais da ontologia social.⁶ De forma crescente, desde então, cada vez mais filósofos e cientistas sociais têm discutido esses princípios⁷ e os aplicado para compreender a

5 SEARLE, 2010, p. 1.

6 Cf. BRATMAN, 1992, pp. 327-341 e 1999, GILBERT, 1990, pp. 1-14, 1992, 1999, pp. 1410171 e mais recentemente 2002, pp. 53-71; MILLER, 1992, pp. 275-295, 1995, pp. 51-67 e mais recentemente 2001, SEARLE, 1990, pp. 401-415, 1995 e mais recentemente 2006, pp. 12-29 e 2010, TUOMELA; MILLER, 1988, pp. 367-389 e TUOMELA, 1989, pp. 471-496 e mais recentemente 2002, 2005, pp. 327-369 e 2007.

7 Cf., por exemplo, TSOHATZIDIS, 2007, p. 1 e LUDWIG, 2007, p. 49.

estrutura ontológica de uma grande variedade de entidades: desde comunicação, tecnologia, música, arte, linguagem, emoções e violência, até valores, conceito de cidadania, direitos humanos, governo, legislação, corporações e outras instituições políticas e jurídicas.

Com a intuição em mente de que o direito pertence à realidade social, e de que a realidade do direito depende de nossa sociabilidade, alguns teóricos do direito exploraram textos fundamentais sobre a ontologia social ao explicar alguns aspectos relacionados à natureza do direito. Uma pretensão comum a estes teóricos é de que o direito, compreendido como conjunto de normas válidas, está fundamentado em uma prática social. Irei me referir a essa pretensão como a tese da prática social. Três versões recentes da tese da prática social foram apresentadas por Christopher Kutz em *Complicity*,⁸ por Rogrigo Sanchez Brigido em *Groups, Rules and Legal Practice*⁹ e, a mais sofisticada, por Scott Shapiro, em *Legality*.¹⁰ Sem embargo, algumas das intuições fundamentais dessas concepções não são inteiramente novas. Muitas delas já são encontradas na ideia de Austin de hábitos de obediência e na tese de Hart segundo a qual a aceitação de regras dá lugar à existência de uma prática social,¹¹ e que sistemas jurídicos encontram fundamento na prática de certas autoridades jurídicas (*legal officials*) de aceitar uma regra de reconhecimento que especifica os critérios últimos de validade jurídica.¹²

Nesse contexto, este ensaio pretende empregar alguns conhecimentos de fundo sobre ontologia social com a

8 KUTZ, 2000.

9 BRIGIDO, 2010.

10 SHAPIRO, 2011.

11 HART, 1994, p. 46 *et seq.*.

12 HART, 1994, p. 116.

finalidade de oferecer uma explicação de três interpretações positivistas emblemáticas da tese da prática social, a saber, as interpretações encontradas nas teorias de Austin, Hart e Shapiro. Esse exame tem dois propósitos. De um lado, ele iluminará novos aspectos das teorias de Austin e Hart ao estabelecer em que medida esses autores têm sucesso em explicar a intuição de que o direito é uma entidade sócio-ontológica, é dizer, que o direito é algo que fazemos em conjunto. De outro lado, ele irá lançar luzes sobre alguns elementos básicos da Teoria do Direito como Planejamento (*Planning Theory of Law*) de Shapiro, que tornam possível entender o direito como uma entidade sócio-ontológica. A maior parte dos comentaristas de *Legality* não examinou em profundidade esses elementos.¹³ Eles focaram sua atenção na Teoria do Direito como Planejamento a partir das perspectivas do debate entre positivistas e jusnaturalistas, e da discussão sobre a questão se a coerção deve ser incluída em qualquer explicação sobre a natureza do direito. Este ensaio, por outro lado, examinará a Teoria do Direito como Planejamento como uma teoria sócio-ontológica do direito.

Antes de iniciar esse exame, será necessário esclarecer o conceito de prática social. O conceito de uma prática social pode ser – e tem sido – interpretado de diferentes maneiras. Para os presentes propósitos, utilizarei uma concepção bastante ampla e inclusiva de prática social, segundo a qual esta é um conjunto de recorrentes ações intencionais coletivas.¹⁴ Há também vários outros tipos de

13 SCHAUER, 2010, p. 120, TAMANAHA, 2013 (agradeço a Brian Tamanaha por me permitir ler e citar o seu artigo não publicado, CELANO, 2013, p. 129, MURPHY, 2011, p. 369, WALDRON, 2011, pp. 883-902 e EDMUNDSON, 2011, p. 273-291.

14 Para um conceito amplo semelhante de prática social, cf. TUOMELA, 2002, p. 3.

conceito de ações intencionais coletivas.¹⁵ Sem embargo, há ao menos duas condições necessárias que são comuns às mais emblemáticas perspectivas de ações intencionais coletivas:¹⁶

1. A ação deve ser realizada por vários indivíduos atuando coletivamente como um grupo. Uma ação coletiva não é nem uma ação de um agente coletivo com sua própria mente e nem a mera soma de ações paralelas e não-relacionadas de vários agentes individuais.
2. Agentes individuais agindo conjuntamente devem atuar de acordo com, e por causa de, certas “intenções na primeira pessoa do plural” (*we-intentions*). Intenções na primeira pessoa do plural são intenções com conteúdo especial. O seu conteúdo faz com que o grupo realize a ação relevante por meio da ação individual adequada dos seus membros.¹⁷

Ademais, ordinariamente, agentes individuais atuando coletivamente compartilham conhecimento adequado sobre a realização da ação pelo grupo, e as intenções na primeira pessoa do plural dos seus membros.

Ao ser compreendida com o auxílio desta ampla concepção de prática social, a tese da prática social sustenta que o direito está fundado em um conjunto recorrente de ações coletivas intencionais realizado por certos agentes individuais adequados unidos, atuando como um grupo, de acordo com, e por causa de, certas intenções na primeira

15 Para um resumo e um exame dessas perspectivas, cf. LUDWIG, 2012, p. 210.

16 Sobre esses elementos e sua relevância para o propósito de explicar a natureza do direito, cf. BRIGIDO, 2009, pp. 305-306.

17 LUDWIG, 2012, p. 168.

pessoa do plural de seus membros. Teorias do direito que defendem, explícita ou implicitamente, a tese da prática social pretendem explicar que tipo de agentes participam nele. Qual é o conteúdo de suas intenções na primeira pessoa do plural? Como eles compartilham conhecimento adequado acerca do que eles estão fazendo conjuntamente? Como eles se relacionam entre si em um grupo ou em grupos para construir instituições jurídicas? Como a normatividade surge em meio a este quadro institucional? E como é possível distinguir a prática jurídica e outros tipos de prática social e atividades intencionais coletivas? O propósito particular deste ensaio é entender que tipo de respostas as teorias de Austin, Hart e Shapiro oferecem a estas questões ao entender o direito como baseado em algo que realizamos conjuntamente.

2. Austin e o direito enquanto hábito de obediência ao soberano

Em *The Province of Jurisprudence Determined*, John Austin desenvolve uma explicação sobre a natureza do direito que pode ser interpretada como uma versão da tese da prática social. Os principais elementos dessa explicação são quatro:

1. Toda lei é um comando.¹⁸
2. Um comando é a expressão de um desejo de que alguém realize ou se abstenha de certa ação, garantido pela ameaça de que uma sanção (um mal) lhe será imposta caso não obedeça ao desejado.¹⁹
3. Toda lei positiva é estabelecida por uma pessoa soberana, ou um conjunto de pessoas soberanas.²⁰

18 AUSTIN, 1995, p. 21.

19 AUSTIN, 1995, p. 21

20 AUSTIN, 1995, p. 165.

4. Uma pessoa ou conjunto de pessoas é soberano se três condições são cumpridas. Primeiramente, essa pessoa ou conjunto de pessoas deve ser determinada e constituir um superior comum ao restante da sociedade. Em segundo lugar, deve haver um hábito geral de obediência a ela ou a elas, é dizer, o restante da sociedade deve ter o hábito de obediência e submissão a ela ou a elas. E em terceiro lugar, a pessoa ou grupo de pessoas que é superior não pode ter o hábito de obediência a qualquer outro superior humano.

Se reconstruirmos esses elementos, do último para o primeiro, utilizando a perspectiva do conceito de prática social, é possível demonstrar que a teoria do direito como comando de Austin é uma versão da tese da prática social. Essa tarefa pode ser realizada em duas etapas. A primeira consiste em analisar o hábito de obediência como uma atividade ou um conjunto de ações recorrentes. Desse modo, dizer que o restante da população deve ter o hábito de obediência ao soberano é dizer que ele deve recorrentemente obedecer ao soberano. Isso significa que o restante da população deve recorrentemente realizar as ações ou abster-se de realizar as ações sabidas como comandadas pelo soberano e cuja realização ou abstenção é garantida por meio de uma ameaça de sanções. Correlativamente, o soberano não pode obedecer a ninguém mais, pois tem recorrentemente que realizar a ação de estabelecer comandos, é dizer, expressar desejos direcionados às pessoas segundo os quais estas devem fazer ou deixar de fazer certas ações sob pena de imposição de uma sanção sobre elas caso não se obedeça ao que foi comandado.

O segundo passo consiste em compreender o hábito geral de obediência como uma atividade intencional coletiva realizada pelo soberano que estabelece os comandos e pelo

restante da população que os obedece. Três elementos do conceito de atividade intencional coletiva estão claramente compreendidos no hábito geral de obediência. Em primeiro lugar, essa é uma atividade realizada por vários indivíduos. Mais ainda, já que o hábito de obediência deve ser geral, esse tipo de ação recorrente não pode ser realizado por apenas um indivíduo. Trata-se de uma atividade que necessariamente deve ser realizada por muitos indivíduos que conjuntamente constituem a “generalidade” ou a “massa” dos membros da sociedade.²¹ Em segundo lugar, essas ações recorrentes não são realizadas pela “massa” da população, entendida como um super-agente, mas por meio das ações de indivíduos pertencentes a essa massa atuando em conjunto como um grupo ou um conjunto de grupos. E em terceiro lugar, eles realizam as ações segundo exigências expressas em comandos intencionalmente estabelecidos pelo soberano, motivados pela ameaça de sanções. Como explica Davidson,²² intenções são baseadas em desejos e crenças. No caso presente, agentes que obedecem ao soberano possuem o desejo de realizar as ações comandadas por ele e crenças sobre como fazê-lo, o que os leva a intenções direcionadas aos tipos de movimentos corporais específicos cuja realização é vista como em conformidade com o que foi comandado.

Deste ponto de vista, a teoria de Austim tem o mérito de avançar o conhecimento sobre a natureza do direito ao apontar que uma de suas propriedades essenciais reside na existência de certas ações intencionais recorrentes de uma pluralidade de sujeitos.

21 AUSTIN, 1995, p. 169.

22 De acordo com Davidson, realizar uma ação se inicia com algum tipo de (pró) atitude motivacional (um desejo) em relação à realização dos estados de coisas que a ação traz com isso, e com a crença de que os estados de coisa irão efetivamente ser instanciados como resultado dessa ação. Cf. DAVIDSON, 2001, p. 83.

Sem embargo, a teoria de Austin encontra pelo menos duas dificuldades em explicar o direito como prática social: o problema da coletividade e o problema da normatividade. Primeiramente, o hábito geral de obediência não é necessariamente uma ação coletiva no sentido sócio-ontológico da expressão. Em outras palavras, dizer que há um hábito de obediência a um soberano não é suficiente para os membros da massa da população estarem agindo intencionalmente em conjunto. O conceito de hábito geral de obediência é ambíguo. Ele permite ao menos duas leituras: uma leitura distributiva e uma leitura coletiva.²³ De acordo com a leitura distributiva, o hábito geral de obediência significa que os indivíduos da comunidade têm um hábito de obediência pessoal e independente em relação aos comandos do soberano. Nessa interpretação, o hábito geral de obediência é um mero agregado de ações pessoais recorrentes de obediência pelos membros individuais da massa da população. Isso é bem diferente da leitura coletiva. Na leitura coletiva, o hábito geral de obediência é uma ação intencional coletiva. Isso implica que os indivíduos que compõem a massa da população atuam conjuntamente de acordo com, e por causa de, certas ações intencionais na primeira pessoa do plural, cujo conteúdo é de que a massa da população, como grupo, realiza a atividade de se obedecer aos comandos estabelecidos pelo soberano por meio da ação individual adequada de seus membros.

Neste ponto uma questão de interpretação surge, a saber, se a melhor leitura dos hábitos de obediência de Austin é a leitura distributiva ou a coletiva. Austin não enfrentou diretamente essa questão. O fato de que o soberano deve ser um superior “comum” pode ser um indicador

23 Sobre uma compreensão relacionada, ainda que não idêntica, dessas leituras, cf. LUDWIG, 2012, p. 35.

em favor da leitura coletiva. Sem embargo, a conclusão não deriva desse fato. É possível que haja um e apenas um superior ameaçando a população com sanções e que todos os membros da massa da sociedade o obedeçam de maneira independente.²⁴ A existência de um superior comum não pressupõe necessariamente coordenação e entrelaçamento de ações e intenções na primeira pessoa do plural por diferentes agentes.

Além da coletividade, um segundo problema da visão de Austin sobre o hábito geral de obediência é a sua incapacidade para explicar a normatividade do direito. H. L. A. Hart atraiu a nossa atenção para esse problema ao sustentar que o hábito geral de obediência não pode capturar alguns truísmos sobre a dimensão normativa do direito, tais como os fatos de que a atuação desviante do comportamento geral gera críticas, e as pessoas pensam que essas críticas são justificadas ou, em outras palavras, que há boas razões para se criticar esses desvios.²⁵ Ademais, o hábito geral de obediência não pode explicar o truísmo de que a autoridade jurídica não é a única que possui capacidade para impor coercitivamente a obediência, mas possui “o direito em sentido jurídico de fazê-lo”,²⁶ e que esse direito ou, para ser mais preciso, a competência jurídica para impor sanções e a competência jurídica para governar a população, gera não apenas um hábito, mas também a sujeição a obedecer a

24 H. L. A. Hart, sem o pando de fundo das teorias sobre ontologia social, tinha também esta intuição em mente quando sustentou que o hábito geral de obediência é muito simples como conceito para explicar a natureza do direito porque: “para que exista um tal hábito nenhum dos membros do grupo precisa de qualquer modo pensar no comportamento geral, ou mesmo saber que o comportamento em questão é geral; menos ainda eles devem buscar ensinar ou pretender mantê-lo. Parece suficiente que cada um deles se comporte da mesma forma que os outros o fazem” (HART, 1994, p. 56).

25 HART, 1994, p. 55.

26 Cf. SHAPIRO, 2011, pp. 76-77.

autoridade jurídica, e a uma obrigação de seguir as regras jurídicas estabelecidas por ela.

Essas considerações levam à conclusão de que a teoria do direito de Austin não consegue explicar nem o direito como prática social no sentido de uma prática coletiva e nem o direito como prática normativa.

3. Hart e a aceitação de regras

As críticas de Hart à teoria do direito como comando o levaram a sustentar que o direito está fundado em “uma prática mais complexa”, nomeadamente, uma prática social normativa consistente em se aceitar regras sociais.

Hart sustentava que a aceitação de uma regra social implica os elementos da existência de um hábito, é dizer, a realização de certas ações recorrentes por uma pluralidade de indivíduos. Nesse sentido, ela implica regularidades de comportamento social. No entanto, três outros elementos são necessários: (1) que o desvio dê margem a críticas e à imposição de sanções e, por via de consequência, haja pressão pela conformidade; (2) que críticas contra o comportamento desviante e a imposição de sanções sejam consideradas legítimas, justificadas ou feitas com base em boas razões; e (3) o assim denominado aspecto “interno” das regras, ou seja, que os agentes “devem observar o comportamento em questão como um *standard* geral para ser seguido pelo grupo como um todo”.²⁷ O aspecto interno das regras muda a forma como os membros da sociedade vêm as regularidades no seu comportamento social. Eles realizam algumas ações intencionais recorrentes associadas à obediência das regras porque visualizam essas ações como *standards* gerais a serem seguidos pela sociedade como um todo.

27 HART, 1994, pp. 55-66.

Está claro que os dois primeiros elementos são também um conjunto de ações recorrentes ou, em outras palavras, uma atividade realizada por vários indivíduos. Então, o conceito de aceitação de regras oferecido por Hart implica três tipos de atividades sociais ou regularidades em comportamento social: o hábito de obediência, o hábito de se criticar comportamentos desviantes e o hábito de se considerar essas críticas legítimas.

No entanto, o terceiro elemento é de um tipo diferente. Ele se refere à atitude que os membros da sociedade adotam em relação ao direito. Hart denomina essa atitude como o ponto de vista interno.²⁸ Como Shapiro esclarece, o ponto de vista interno não se refere meramente ao ponto de vista dos *insiders* ou dos participantes da prática social do direito. Ele se refere a um tipo especial de atitude que os participantes devem ter: a atitude de aceitação de regras.²⁹ E a atitude de se aceitar regras é uma disposição ao que o aspecto interno das regras descreve, a saber, adotar um padrão de comportamento como *standard* de conduta, como um guia para a conduta dirigido a todos os membros da sociedade, provendo uma razão legítima para se conformar o padrão de comportamento e criticar desvios. Hart o definiu da seguinte maneira no posfácio a *The Concept of Law*: “[Aceitação] consiste na permanente disposição dos indivíduos para adotar tais padrões de conduta tanto como guias para sua própria conduta futura e como *standards* para críticas que podem legitimar demandas e várias formas de pressão”.³⁰

Nesse ponto, várias questões surgem. Primeiramente, como deve o conceito de aceitação de regras ser compreendido?

28 HART, 1994, p. 89.

29 SHAPIRO, 2006, p. 1.159.

30 HART, 1994, p. 225.

Em segundo lugar, deve a aceitação de regras ser entendida em termos de ação intencional coletiva ou compromisso com certas formas de ação intencional coletiva? Em relação à segunda questão: a aceitação de uma regra necessariamente envolve a coletividade? Finalmente, a aceitação de regras resolve o problema de se explicar a normatividade e, nesse aspecto, é um desenvolvimento da teoria jurídica e um passo adiante em comparação com a teoria do direito como comando de Austin?

No posfácio de *The Concept of Law*, Hart sugere que a aceitação de regras é uma permanente disposição. De um lado, isso pode ser entendido no sentido de que uma atitude da maioria dos membros da sociedade, nomeadamente, estar disposto ou ter a propensão de adotar os padrões de comportamento que conformam o direito como guias para conduta futura, de agir em conformidade com eles e de criticar as condutas desviantes, de sorte que os padrões de comportamento do direito servem como razão para essas ações e para essa crítica. Entretanto, essa versão do conceito de aceitação de regras parece muito frágil. Ela pode ser problemáticamente interpretada no sentido de que a atitude dos membros da sociedade é de tal sorte que é *possível* que eles adotem os padrões de comportamento do direito como guias para conduta, e não de que eles já tenham *de fato* os adotado como guias para conduta futura.³¹ Isso não parece se alinhar bem com a análise de Hart sobre o aspecto interno das regras, que implica que os membros da sociedade de fato observam esses padrões como *standards* gerais para serem seguidos por toda a sociedade.

De outro lado, Shapiro sugeriu que a aceitação de uma regra na teoria de Hart deveria ser interpretada como

31 Sobre o fato de que disposições levam à possibilidade de uma propriedade e não necessariamente a uma propriedade, cf. FARA, 2006.

envolvendo um comprometimento em se atuar de acordo com a regra, que ele parece considerar equivalente a ter a intenção de se conformar com a regra. Em suas palavras: “adota-se o ponto de vista interno em relação a uma regra quando se pretende agir em conformidade com a regra, se critica a ação de outros por falhar em atuar em conformidade com ela, não se critica outros por realizar críticas semelhantes e se expressa essas críticas utilizando linguagem avaliativa”.³²

Apesar de a proposta de Shapiro acomodar os padrões de comportamento que esperamos ao aceitar o sentido hartiano de regra, e de fato uma forma de aceitação pode ser esse comprometimento, parece que ela super-intelectualiza o que Hart tem em mente. Ela atribui aos agentes um excesso de percepção autoconsciente das regras. Parece possível se falar de agentes que aceitam regras sem pensar que eles tenham formado intenções de segui-las. Há muitas regras que governam a vida social que observamos, que são o resultado de pressões sociais de várias formas e conduzem a uma espécie de adestramento, e ainda assim que nós nunca expressamente representamos e articulamos e que nunca foram explicitamente representadas ou articuladas para nós. Ao invés, formamos hábitos de comportamento em várias circunstâncias que criam disposições para adotar os comportamentos como regras para conduta futura – como se nós tivéssemos um comprometimento intencional condicional de segui-las quando as circunstâncias relevantes surgirem – apesar de nós não representarmos realmente essas regras. Elas formam parte daquilo que John Searle

32 SHAPIRO, 2006, p. 1.163. A tradução literal dessa passagem foi ligeiramente alterada por razões estilísticas. No original: “one takes the internal point of view towards a rule when one intends to conform to the rule, criticizes others for failing to conform, does not to criticize others for criticizing and expresses one’s criticism using evaluative language” (N. do T.).

denominou de pano de fundo da intencionalidade.³³ Isso expressa a ideia de que há um elemento interno de aceitação de regras, é dizer, o ponto de vista interno, que é expresso em uma disposição, mas que não envolve um compromisso explícito em se conformar com o seu conteúdo.³⁴

No que atine à segunda questão, é dizer, se a aceitação de regras implica coletividade, o problema é que a aceitação de regras também permite uma leitura distributiva e uma leitura coletiva. Nesse ponto, considerando o conceito de coletividade, é semelhante à ideia de Austin do hábito geral de obediência. É possível que todos os membros de uma sociedade obedeçam a regras, critiquem comportamentos desviantes, considerem essas críticas legítimas e possuam uma disposição individual para adotar certas regras sociais como padrões de condutas para si e para toda a sociedade. Sob essa interpretação, a aceitação de regras seria a combinação de dois elementos: um elemento externo, é dizer, um conjunto de ações recorrentes agregadoras de conformidade a certas regras sociais, criticando-se comportamentos desviantes e considerando essas críticas legítimas, e um elemento interno, é dizer, um conjunto de disposições individuais agregadas para se conformar a elas e criticar desvios em relação a elas. O elemento interno é uma atitude na primeira pessoa do singular (*I-attitude*) e não uma atitude na primeira pessoa do plural (*we-attitude*). Segundo a leitura distributiva, a aceitação de uma regra é questão de se formar uma disposição individual para guiar o comportamento por ela ou, noutros termos, de se formar uma

33 SEARLE, 1983, chapter 5. O pano de fundo da intencionalidade é teorizado para ser um conjunto de habilidades, capacidades e pressuposições que, apesar de não-representacionais, tornam a representação possível.

34 Agradeço a Kirk Ludwig por suas sugestões nesse ponto.

intenção condicional de agir segundo ela nas circunstâncias em que ela é aplicável. Diferentemente, segundo a leitura coletiva, a aceitação de uma regra pode ser entendida como uma questão de se formar um grupo de adequadas intenções condicionais na primeira pessoa do plural (*conditional we-intentions*) enfocadas em se agir de acordo com regras nas circunstâncias apropriadas. Sem embargo, isso exigiria que as regras fossem regras que governem ações conjugadas. Isso implicaria que os membros da maioria da sociedade pensassem sobre a aceitação das regras sociais como uma atividade relacionada ao grupo ou, em outros termos, como uma ação intencional recorrente que o grupo deve realizar por meio da ação individual dos seus membros consistente em se conformar a regras, criticar desvios e considerar essas críticas legítimas, e que a disposição para se ajustar a essas regras e criticar desvios é uma atitude adotada na primeira pessoa do plural (*we-attitude*). Uma atitude adotada na primeira pessoa do plural implica que cada membro da maioria da sociedade possui uma atitude relacionada à aceitação das regras sociais como uma atividade relacionada ao grupo. Nesse caso, eu possuo uma atitude na primeira pessoa do plural (*we-attitude*) em relação à aceitação de uma regra se eu possuo a atitude de que nós, como grupo, assumimos as regras sociais relevantes como guias para a nossa conduta, estamos dispostos a nos conformar com elas, e criticar atitudes desviantes.

Hart não oferece maior clarificação nessa matéria e, no fim das contas, sua teoria não exclui a leitura distributiva. Tal como Austin ao sustentar que as pessoas possuíam o hábito de obediência em relação a um superior comum, Hart enfocou o problema de se identificar um conjunto comum de regras sociais como regras jurídicas. Hart sustenta que o direito é uma combinação de dois tipos de regras sociais: primárias e

secundárias. Enquanto as regras primárias exigem que seus destinatários façam ou se abstenham de fazer certas ações (elas geram obrigações), as regras secundárias conferem poderes para criar, modificar e reconhecer regras primárias.³⁵ A regra chave para solucionar o problema de se identificar apenas um conjunto de regras sociais como regras jurídicas é a regra secundária de reconhecimento. A regra de reconhecimento pretende solucionar o problema da incerteza sobre regras jurídicas. Ela é uma “regra para a identificação conclusiva de regras primárias”.³⁶ Essa regra tem que ser aceita apenas pelos oficiais. O resto dos membros da sociedade pode simplesmente obedecer às regras primárias que passam pelo teste estabelecido pela regra de reconhecimento. A aceitação da regra de reconhecimento pelos oficiais do direito é a chave para se identificar o conjunto de regras pertencentes ao sistema jurídico. Nas palavras de Hart: “sempre que tal regra de reconhecimento seja aceita, tanto indivíduos particulares como oficiais são providos de critérios autoritativos para identificar regras primárias de obrigação”.³⁷ Nesse sentido, o fundamento da prática social do direito é a prática social de aceitação da regra de reconhecimento pelos oficiais. No entanto, até a aceitação da regra de reconhecimento permite a leitura distributiva e a leitura coletiva. É possível para cada um dos oficiais que individualmente aceitam a regra de reconhecimento aceitar uma regra tal como: o que a Rainha no Parlamento estabelecer é direito. A aceitação não é necessariamente coletiva no sentido sócio-ontológico da expressão.

De modo compatível, Shapiro sustenta que a regra de reconhecimento é social em dois sentidos:

35 HART, 1994, p. 81 e 94.

36 HART, 1994, p. 95.

37 HART, 1994, p. 100.

Primeiramente, a regra de reconhecimento existe e possui o conteúdo que lhe é próprio por causa, e somente por causa, de certos fatos sociais. Em particular [...] o fato de que os membros do grupo adotam o ponto de vista interno em relação a certa regularidade comportamental e o utilizam para avaliar a validade de normas que estão ao seu alcance. Em segundo lugar, a regra de reconhecimento é social no sentido de que ela estabelece um *standard* para todo o grupo.³⁸

Nenhum desses dois sentidos necessariamente implica coletividade. É possível se dizer que os membros da sociedade adotam o ponto de vista interno em relação a certa regularidade comportamental segundo a interpretação distributiva. Ademais, o estabelecimento de um *standard* válido para todo o grupo não depende de atitudes sociais adotadas na primeira pessoa do plural (*social we-attitudes*) necessariamente relacionadas à leitura coletiva. O soberano de Austin também estabelece seus comandos como *standards* para todo o grupo.

Essa concepção da prática do direito como a aceitação da regra de reconhecimento pelos oficiais cria um outro problema relacionado com o conceito de coletividade. Já que a regra de reconhecimento deve ser aceita apenas pelos oficiais e não pela massa da população, o direito não pode de fato ser tido como uma prática social, mas apenas como uma prática oficial, é dizer, não é uma prática social de todo o grupo no qual o sistema jurídico existe.³⁹ A única exigência válida para toda a sociedade que Hart estabelece para a existência de um sistema jurídico é a de que as regras primárias devem ser geralmente obedecidas. Apesar de ele dizer que é normalmente o caso de que a regra de reconhecimento é também (passivamente) aceita pelos cidadãos por meio de sua obediência às decisões dos oficiais, em sua teoria ela pode

38 SHAPIRO, 2011, p. 84.

39 WILKINSON, 2010, p. 447.

ser efetiva e ativamente aceita como *standard* para toda a sociedade apenas por oficiais.⁴⁰ Conseqüentemente, na teoria de Hart o fundamento de todo o sistema jurídico consiste na prática dos oficiais de recorrentemente realizar as ações externas de criar, modificar e aplicar normas primárias de acordo com a regra de reconhecimento, em conjunto com o elemento interno, é dizer, adotar a regra de reconhecimento como um *standard* para toda a sociedade, em conjunto com a disposição para se conformar a ela e criticar desvios em relação a ela.

Esse elemento permite à teoria de Hart explicar porque a conduta que é amplamente praticada em uma sociedade pode, ao mesmo tempo, ser proibida pelo direito. O que é necessário é que essa conduta seja proibida em uma regra estabelecida por uma autoridade e que o estabelecimento dessa regra aconteça segundo os critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento. Uma vez que a regra de reconhecimento deve ser aceita apenas pelos oficiais, então eles irão aceitar que uma autoridade proíba uma conduta amplamente aceita na sociedade. Portanto, pode haver regras jurídicas que não são praticadas ou até mesmo estejam em conflito com a prática corrente.

Sem embargo, a caracterização do direito como prática oficial e não como prática de toda a sociedade cria um problema para teoria de Hart. Inicialmente, ela não explica porque uma prática oficial faz nascer regras que são legitimamente vinculantes para toda a sociedade. Se somente oficiais devem aceitar a regra de reconhecimento e as regras primárias estabelecidas em conformidade a ela, então apenas estes se encontram dentro do âmbito da normatividade do direito. Existe uma assimetria entre os agentes que exercem

40 HART, 1994, p. 61.

a prática que está na base do sistema jurídico e os agentes que se encontram vinculados pelas regras desse sistema. Esse problema ilustra que a teoria de Hart é similar (ainda que não idêntica), em certos aspectos, à teoria de Austin. De acordo com Hart a diferença entre sua teoria e a teoria do direito como comando, sob o ponto de vista dos sujeitos do direito, é que enquanto o destinatário de um comando de Austin é apenas forçado (*is obliged*), o destinatário da regra hartiana possui uma obrigação (*has an obligation*). E a diferença entre ser forçado e possuir uma obrigação é precisamente que, na segunda situação, o aspecto interno das regras está presente no agente. No entanto, se os cidadãos não aceitam a regra de reconhecimento, mas apenas obedecem às regras primárias, então eles de fato não têm a atitude interna em relação a regras de reconhecimento e, conseqüentemente, é difícil ver como eles poderiam tê-la em relação às regras primárias e secundárias estabelecidas de acordo com ela. Eles apenas obedecem essas regras porque os oficiais as criaram. Eles apenas possuem um hábito sem qualquer outra atitude.

No que concerne à terceira questão, a teoria da prática social de Hart não pode explicar a normatividade do direito. Essa impossibilidade emerge de sua concepção acerca da regra de reconhecimento. Hart caracteriza a regra de reconhecimento com três propriedades.⁴¹ Primeiro, a regra de reconhecimento é uma regra secundária ou uma regra sobre regras. Essa regra estabelece os critérios para identificar as regras primárias do sistema jurídico. Segundo, ela é uma regra última. Ela é o fundamento da validade de todas as outras regras primárias e secundárias do sistema jurídico. Finalmente, a regra de reconhecimento é uma regra que estabelece obrigações porque ela cria o dever, cujos destinatários são os oficiais do direito, de reconhecer e aplicar

41 Para uma análise da regra de reconhecimento, cf. SHAPIRO, 2011, pp. 84-85.

como regras jurídicas todas as regras criadas segundo os critérios estabelecidos na regra de reconhecimento.

Shapiro sustenta que essa construção da regra de reconhecimento fracassa.⁴² De acordo com Shapiro, na teoria de Hart regras sociais são reduzidas a prática sociais. De um lado, isso é uma boa estratégia que permite a Hart prover uma justificação para a normatividade do direito sem violar o princípio de Hume, segundo o qual não se pode derivar um “dever” (*ought*) de um “ser”. Com base na análise da teoria de Hart por Kevin Toh,⁴³ Shapiro sustenta que Hart adota uma espécie de expressivismo, no qual o tipo de normatividade produzido por regras jurídicas é apenas jurídico, mas não moral, e o que a normatividade significa é que os oficiais jurídicos adotam o ponto de vista interno em relação às regras jurídicas. Isso implica que eles fazem juízos normativos de acordo com o qual regras jurídicas são vistas como *standards* para atuação e avaliação de conduta. Isso é feito por meio de juízos normativos sobre a validade jurídica. Hart os denomina enunciados internos. E enunciados internos são fatuais no sentido de que eles apenas expressam a existência de um comprometimento de se tomar a regra como um *standard* para a conduta futura.⁴⁴ Dessa forma, a regra de reconhecimento, como prática social, é um fato que faz nascerem outros fatos: as recorrentes ações intencionais coletivas pelos oficiais do direito, de decidir casos segundo as regras jurídicas, e a aceitação interna dessas regras como guias para a conduta futura. Consequentemente, na teoria de Hart um “ser” deriva de um “ser”. Ele respeita o princípio de Hume e não comete a falácia naturalista.

42 SHAPIRO, 2011, p. 102.

43 TOH, 2005, p. 75.

44 SHAPIRO, 2011, p. 100.

Sem embargo, por outro lado, de acordo com Shapiro, a redução da regra de reconhecimento e outras regras sociais a práticas sociais é um erro categorial (*category mistake*). Ele sustenta que esse é o caso porque “regras e práticas pertencem a diferentes categorias metafísicas”.⁴⁵ Enquanto regras são objetos abstratos, objetos do pensamento, e não entidades que existem no espaço e no tempo, práticas são eventos concretos: elas têm lugar no mundo natural e interagem causalmente com outros eventos físicos.

Concordo com Shapiro que regras e práticas pertencem a diferentes categorias metafísicas, e que enquanto regras sociais são objetos abstratos, práticas sociais são eventos concretos. Regras sociais são objetos do pensamento que podem frequentemente ser reconstruídos com a forma lógica de condicionais: “se as circunstâncias C acontecem, a ação A é exigida”. Como definido no início deste ensaio, práticas sociais são conjuntos de recorrentes ações coletivas intencionais. Ademais, ações são eventos.⁴⁶ Por essa razão, práticas sociais são conjuntos de eventos, e eventos são particulares. Um evento é uma mudança de estado em um objeto ou em regiões de espaço que persistem ao longo do tempo.

Sem embargo, eu gostaria de sugerir uma interpretação alternativa da perspectiva de Hart, segundo a qual em sua teoria regras sociais não se reduzem a práticas sociais, mas estão fundadas nelas: o que Hart na realidade sustenta é que uma prática social consistente na aceitação da regra de reconhecimento é o fundamento do sistema jurídico, quer dizer, que a validade de todas as regras do direito está fundada na prática oficial de se aceitar uma regra última de reconhecimento. Isso significa que Hart não comete qualquer

45 SHAPIRO, 2011, p. 103.

46 Sobre a tese que ações são uma subclasse de eventos, cf. DAVIDSON, 2001, pp. 118-122 e KIM, 1993, p. 49.

tipo de erro categorial. Ele não sustenta que objetos abstratos (regras) são redutíveis a eventos concretos (práticas sociais), mas apenas que esses objetos abstratos são válidos porque há uma prática, é dizer, um conjunto de ações intencionais concretas por oficiais que aceitam a regra de reconhecimento, e aceitam esses objetos abstratos (regras jurídicas produzidas segundo a regra de reconhecimento) como *standards* para futuras condutas de toda a sociedade. Nessa interpretação, a regra de reconhecimento e todas as outras regras do sistema jurídico estão fundadas nessa prática pelos oficiais.

No entanto, Shapiro teria também uma objeção contra esta interpretação, pois ele sustenta que “práticas sociais não geram necessariamente regras sociais” com a ajuda do seguinte exemplo derivado do *baseball*:

No *baseball*, por exemplo, jogadores na terceira base tipicamente arremessam próximo à base quando suspeitam que haverá uma *bunt* [é dizer, o rebatedor intencionalmente deixar a baqueta na direção da bola, remetendo esta para um território neutro]. Ademais, se eles não conseguem arremessar perto eles serão criticados por não fazê-lo. Arremessar próximo, em outras palavras, é uma prática social hartiana. Sem embargo, não há regra que exija que os jogadores na terceira base arremessem próximo quando suspeitam uma *bunt*. Afronta essa prática quando batedores concluem suas jogadas (retire) após três *strikes*. Essa última atividade é governada por regras.⁴⁷

No entanto, talvez Hart não precise demonstrar que práticas sociais necessariamente geram regras sociais se ele pretende explicar a normatividade do direito e a possibilidade da autoridade jurídica com base na prática social de aceitação da regra de reconhecimento. Basta para ele demonstrar que é conceitualmente possível para práticas sociais gerar regras sociais ou, noutros termos, que práticas sociais podem gerar regras sociais.

47 SHAPIRO, 2011, pp. 103-104.

Contudo, Hart não tem sucesso em demonstrar isso. Ele não explica porque se os oficiais aceitam a regra de reconhecimento eles estão vinculados por ela, e por todas as outras regras criadas de acordo com a regra de reconhecimento. Ele não explica porque a aceitação da regra de reconhecimento atribui normatividade jurídica a esta regra e, por via de consequência, ela se torna uma regra que impõe deveres para os oficiais do direito. Certamente, na visão de Hart, aceitar a regra de reconhecimento implica que oficiais do direito estão dispostos a adotá-la como uma premissa no raciocínio prático. No entanto, isso não implica que eles devem tomá-la como premissa no raciocínio ou que tenham o dever de estar dispostos a fazê-lo. A disposição dos oficiais do direito para adotar a regra de reconhecimento como premissa no raciocínio prático nem os vincula a fazê-lo e nem a continuarem dispostos a fazê-lo.

E, pior ainda (aqui a assimetria entre a prática oficial e a prática dos cidadãos se torna relevante), Hart não consegue explicar porque da aceitação da regra de reconhecimento por oficiais do direito se segue que os cidadãos estão também vinculados pela regra de reconhecimento e todas as outras regras geradas no sistema cujo fundamento é a regra de reconhecimento. Mesmo se, para fins de argumentação, a aceitação da regra de reconhecimento torná-la vinculante para os oficiais do direito, não se pode derivar disso que essa regra seja também vinculante para os cidadãos que não a aceitaram.

Finalmente, a teoria de Hart não é capaz de explicar a autoridade do direito, ou em termos mais simples: porque oficiais são oficiais. Seu ponto de partida é o de que a base do sistema jurídico é a prática dos oficiais de se aceitar a regra de reconhecimento. Mas como eles se tornam oficiais? De onde a sua autoridade deriva? A fonte não pode ser a regra

de reconhecimento por duas razões: primeiramente, porque oficiais do direito existem antes da regra de reconhecimento: uma prática adotada por oficiais do direito faz nascer a regra de reconhecimento. E em segundo lugar, a fonte não pode ser a regra de reconhecimento porque ela não é uma regra que confere poderes, mas uma regra que impõe deveres. Por conseguinte, ela não pode logicamente ser a fonte do poder dos oficiais do direito. Como consequência, não está claro por que a regra de reconhecimento, e todas as outras regras do sistema jurídico, devem ser obedecidas, ou seja, por que elas têm força jurídica vinculante.

4. A teoria do direito como planejamento

Em seu livro *Legality*, Scott Shapiro oferece uma perspectiva do direito como fundado em uma prática social normativa. Sua perspectiva pretende resolver os problemas enfrentados por Austin e Hart. Shapiro denomina essa concepção de “a teoria do direito como planejamento”.

Em comparação com Austin e Hart, Shapiro está em melhores condições para explicar o direito como fundado em uma prática social. Ele é capaz de empregar alguns dos supramencionados avanços no âmbito da ontologia social. De fato, sua teoria do direito como planejamento é influenciada pela teoria do planejamento das intenções de Michael Bratman e, em particular, pelas teorias de Bratman sobre intenções e atividades compartilhadas.⁴⁸

48 Michael Bratman desenvolve sua teoria do comportamento intencional coletivo em uma série de ensaios, com base na conhecida teoria de intenções como planejamento. Sobre sua teoria, cf. BRATMAN, 1992, p. 2. As visões de Bratman são encontradas basicamente em quatro ensaios: *Shared Cooperative Activity*, *Shared Intention*, *Shared Intention and Mutual Obligation* e *I Intend that we J*.

A principal tese de Shapiro é a tese do planejamento, de acordo com a qual “a atividade jurídica é uma atividade de planejamento social”.⁴⁹ Isso significa que: “a atividade jurídica é de forma simples a atividade de se formular, adotar, repudiar, afetar e aplicar normas para membros da comunidade. É a atividade de planejar”.⁵⁰

Para argumentar em favor dessa tese, Shapiro desenvolve duas teorias diferentes: uma teoria dos planos e uma teoria da prática jurídica como planejamento social. Seguindo a tradição do positivismo jurídico, ele sustenta que regras jurídicas são planos, e planos estão baseados em fatos sociais. Sua existência depende da adoção e da aceitação. Planos são criados por meio da adoção e mantidos por meio da aceitação. A existência de um plano não depende dos méritos ou do conteúdo do plano, mas apenas do fato de que ele tenha sido adotado e aceito.⁵¹

4.1. A teoria dos planos de Shapiro

Examinemos, primeiramente, a teoria dos planos de Shapiro. De acordo com ele, planos são normas. Eles são “entidades proposicionais abstratas que exigem, permitem ou autorizam agentes a atuar ou não atuar de certas maneiras e sob certas condições”.⁵² Neste caso, eles desempenham o mesmo papel das regras de Hart, funcionando como “guias para a conduta e *standards* para a valoração”.⁵³

49 SHAPIRO, 2011, p. 195.

50 SHAPIRO, 2011, p. 195.

51 SHAPIRO, 2011, p. 195. Uma questão que eu não vou enfrentar aqui é se um plano não pode ser adotado sem existir. Se esse for o caso, então a adoção de um plano não pode explicar sua existência.

52 SHAPIRO, 2011, p. 127.

53 SHAPIRO, 2011, p. 127.

Shapiro caracteriza os planos com onze elementos:

- (1) Planos são parciais e, portanto, possuem uma estrutura aninhada:⁵⁴ “eles começam como conchas vazias e, à medida em que mais detalhes são adicionados, eles se tornam mais compreensivos e úteis”.⁵⁵
- (2) Planos são compostos: “eles possuem partes que são em si planos”.⁵⁶
- (3) Planos ajudam a racionalizar o comportamento futuro do planejador e de outras pessoas.⁵⁷
- (4) Planos podem ser desenhados para outras pessoas. É possível que não o planejador, mas outra pessoa siga, é dizer, aplique o plano.⁵⁸
- (5) Planos reduzem os custos de deliberação. Uma vez que eu tenha estabelecido um plano, eu não preciso mais deliberar sobre meu curso de ação futuro. Planos substituem previamente (*pre-empt*) a deliberação sobre o que deve ser feito. Como Shapiro coloca: “o valor de um plano é que ele realiza o pensamento para nós”.⁵⁹
- (6) Planos geram normatividade por causa dos princípios da racionalidade instrumental: se eu estabeleço

54 No original em inglês, a palavra utilizada por Shapiro é *nested* (que foi traduzida como “aninhada”). Shapiro quer dizer com isso que planos vão sendo gestados por outros planos que preveem a necessidade de se seguir planejando (N. do T.).

55 SHAPIRO, 2011, p. 121.

56 SHAPIRO, 2011, p. 130.

57 SHAPIRO, 2011, p. 122.

58 SHAPIRO, 2011, p. 126.

59 SHAPIRO, 2011, p. 127.

um plano com o propósito de substituir previamente uma deliberação futura, é racional para mim me manter fiel ao plano e realizar a ação exigida por ele. De forma correlata, é irracional para mim abandonar o plano a não ser que uma razão decisiva (*compelling*) esteja em questão.

- (7) Planos são entidades positivas: “eles são criados por meio da adoção e mantidos por meio da aceitação”.⁶⁰
- (8) Planos são a estratégia mais efetiva para coordenar o comportamento relacionado a atividades complexas, contenciosas e arbitrárias, é dizer, atividades que exigem conhecimento e habilidade podem dar margem a disputas e ocasionar um comportamento imprevisível.⁶¹
- (9) Planos podem ser compartilhados no sentido das atividades compartilhadas de Bratman.⁶² Várias

60 SHAPIRO, 2011, p. 128.

61 SHAPIRO, 2011, p. 123-134.

62 SHAPIRO, 2011, p. 135. Segundo Bratman, para ser uma atividade cooperativa compartilhada, uma atividade deve preencher três exigências: (1) Mútua responsividade na busca de um projeto comum, é dizer, mútua responsividade das intenções e ações dos outros agentes; (2) Comprometimento com a atividade em conjunto. Bratman sustenta que é necessário que os subplanos dos agentes se entrelacem de um modo que não viole os subplanos dos outros agentes. Isso é também necessário para as intenções dos agentes serem interdependentes. É necessário que cada agente pretenda que o grupo realize a ação conjunta de acordo com um plano para o grupo e com os subplanos dos agentes. Em adição a isso, é necessário que os agentes se comprometam com esse entrelaçamento de planos. Ademais, a coerção não pode estar envolvida. Finalmente, caso você e eu sejamos membros do grupo realizando uma ação intencional coletiva, para a nossa ação comum (fazer J) ser uma ação cooperativa compartilhada, eu devo pretender que nós fazemos J em parte por causa de nossa intenção de fazer J e seus subplanos. (3) Bratman também pretende que atividades cooperativas compartilhadas envolvem adequadamente sistemas entrelaçados e reflexivos de intenções mutuamente não coercitivas

pessoas podem compartilhar um plano.

(10) Planos podem ser hierárquicos. Ele permitem uma divisão vertical do trabalho.⁶³

(11) Planos podem regular atividades massivas. Eles compensam a falta de confiança que os membros de grupos podem sentir entre si em atividades massivas.⁶⁴

4.2. A atividade jurídica como uma forma de planejamento social

A segunda teoria de Shapiro é uma teoria do direito fundada em sua teoria dos planos. Ele desenvolve essa teoria em duas etapas. Usando uma heurística semelhante ao conhecido estado de natureza, no primeiro passo Shapiro oferece uma explicação de como um sistema jurídico pode ser feito por meio da adoção e da aceitação de planos. Na segunda etapa, usando uma metodologia de análise conceitual, ele esclarece quais são as propriedades essenciais de uma atividade jurídica como forma de atividade social.

de apoiar os esforços dos outros agentes que participam, ao realizar as suas atividades. Se uma ação realizada por vários agentes não preenche essa exigência, então a ação não é cooperativa compartilhada, mas apenas uma ação intencional realizada conjuntamente. Na ação cooperativa compartilhada as intenções dos agentes têm que ser minimamente cooperativamente estáveis. Uma ação é minimamente cooperativamente estável se há circunstâncias cooperativamente relevantes em que o agente poderia reter a intenção. Cf. BRATMAN, 1992, p. 327.

63 SHAPIRO, 2011, p. 141.

64 SHAPIRO, 2011, p. 143.

4.2.1. O direito na Ilha dos Cozinheiros

Shapiro explica o propósito da heurística do estado de natureza, que em seu livro é exemplificada em uma comunidade imaginária de cozinheiros que criam uma sociedade em uma ilha no Pacífico Sul: a Ilha dos Cozinheiros (*Cooks Island*). O exemplo é utilizado para mostrar que um sistema jurídico “pode ser construído apenas através da atuação humana”.⁶⁵ Ele acredita que, se esse é o caso, então se pode demonstrar que o positivismo jurídico é verdadeiro, pela seguinte razão: “para construir ou operar um sistema jurídico não é necessário possuir legitimidade moral para impor obrigações jurídicas e conferir direitos jurídicos: é preciso apenas possuir a capacidade de planejar”.⁶⁶

A heurística de *Cooks Island* se inicia com duas pessoas cozinhando juntas que decidem criar uma indústria alimentícia. A companhia acaba sendo muito exitosa e termina empregando várias pessoas e gerando retornos vultosos. Entretanto, proprietários e empregados decidem vender a companhia e se mudar para uma ilha no Pacífico Sul. Devido a complexidades e à falta de coordenação, a vida sem regras se mostra altamente inconveniente. Por essa razão, eles começam a planejar. Sem embargo, isso cria altíssimos custos na deliberação e negociação. Conseqüentemente, eles criam um plano-mestre (*master plan*), é dizer, um plano para novos planos. Ademais, eles introduzem hierarquia ao dar poder a alguns para planejar para o grupo. Mas uma vez que mesmo essa distribuição de poder é equivocada, dado que as pessoas a quem o poder foi atribuído podem morrer, eles decidem criar instituições, “estruturas abstratas de controle” desenhadas para desempenhar certas funções.

65 SHAPIRO, 2011, p. 156.

66 SHAPIRO, 2011, p. 156.

Shapiro coloquialmente denomina essas instituições “o ofício” (*the office*).⁶⁷ Tendo em vista que o “ofício” se mostra uma invenção de sucesso, diferentes ofícios são criados; enquanto a função de alguns deles é adotar planos, outros garantem e dão aplicação a planos. Os que adotam planos estabelecem diretivas de políticas com o fim de regular o comportamento e autorizar políticas para conferir poder às pessoas para planejar para si mesmas

4.2.2. Propriedades essenciais do direito

a) **Coerção não é uma propriedade essencial do direito**

Quando instituições são criadas, Shapiro sustenta, ao mesmo tempo um sistema jurídico é posto em vigor. Sua explicação é a seguinte:

Neste estágio, parece seguro dizer que *Cooks Island* desenvolveu um sistema jurídico. Os planejadores são os oficiais do direito; os que adotam planos são os legisladores e os aplicadores dos planos, os juízes. O plano mestre (*master plan*) é a constituição que define os seus ofícios. Os planos criados e aplicados por esses oficiais em cumprimento ao plano compartilhado são as leis do sistema: as diretivas políticas são as regras que impõe deveres e as políticas de autorização são as regras que conferem poderes. Finalmente, os habitantes da ilha podem todos agir segundo o plano. Eles são cidadãos que cumprem o direito.⁶⁸

Disso Shapiro deriva a conclusão de que a coerção não é uma propriedade necessária do direito. Sua ideia é de que essa heurística prove a possibilidade de um sistema jurídico sem sanções. Ademais, Shapiro pensa que o uso da coerção é um meio mais custoso, ineficaz e perigoso para combater o

⁶⁷ SHAPIRO, 2011, p. 166.

⁶⁸ SHAPIRO, 2011, p. 169.

problema do mau caráter, é dizer, a transgressão de normas morais.⁶⁹ Naturalmente, ele não exclui a possibilidade de uso da coerção no direito. De fato, ele sustenta que às vezes o direito usa coerção, e quando ele usa, o faz de forma organizada. O que Shapiro sustenta é que pode haver direito sem uso da força.

Mas, então, uma questão relevante surge: se a coerção não é uma propriedade necessária do direito, uma propriedade que foi tradicionalmente utilizada para distinguir o sistema jurídico de outros tipos de sistemas normativos como sistemas morais, religiosos ou de etiqueta, então qual é a propriedade específica do direito, é dizer, a propriedade que torna o direito o que ele é e não outra coisa? A conjunção de planejadores, agentes que adotam planos, um plano-mestre, planos, diretivas de política, políticas de autorização e sujeitos que seguem planos deve ser encontrada em outras atividades de planejamento, tais como esportes organizados, jogos, igrejas e clubes sociais. Então, o que torna o direito diferente dessas outras atividades de planejamento?

b) A tese do propósito moral

Shapiro sustenta que a propriedade específica do direito, que o distingue, é o seu propósito.⁷⁰ Esta é a denominada Tese do Propósito Moral (*Moral Aim Thesis*). De acordo com esta tese: “O propósito fundamental da atividade jurídica é remediar as deficiências das circunstâncias da juridicidade”.⁷¹

69 SHAPIRO, 2011, p. 174.

70 SHAPIRO, 2011, p. 215: o fim que o propósito moral atribui é “central para a identidade do direito”. Na mesma página Shapiro argumenta: “Se pretendemos explicar o que torna o direito ‘o direito’, devemos vê-lo como necessariamente possuindo um propósito moral”; e “é parte da identidade do direito possuir uma missão moral”.

71 SHAPIRO, 2011, pp. 213-214.

Ele explica isso em mais detalhe da seguinte maneira: “[...] sistemas jurídicos são instituições de planejamento social e seu propósito fundamental é compensar as deficiências de formas alternativas de planejamento nas circunstâncias da juridicidade”.⁷²

Partindo de uma analogia com as conhecidas “circunstâncias da justiça” de Rawls,⁷³ Shapiro sustenta que: “As circunstâncias da juridicidade surgem sempre que a comunidade possui numerosos e sérios problemas morais cujas soluções são complexas, contenciosas e arbitrárias”.⁷⁴

Ele acredita que é possível enfrentar a necessidade de ordenação comportamental no contexto da existência desses problemas por meio de várias estratégias: improvisação ou ordenação espontânea, ou mesmo por meio de outras formas não jurídicas de planejamento como: acordos privados, consenso comunitário ou hierarquias personalizadas. Sem embargo, de acordo com Shapiro, isso iria gerar elevados custos e riscos. O propósito do direito é compensar as deficiências de formas não jurídicas de planejamento. E a forma por meio da qual o direito é capaz de realizar essa tarefa é, nas palavras de Shapiro, “ao planejar da forma ‘correta’, nomeadamente, ao adotar e aplicar planos moralmente sensatos de uma maneira moralmente legítima”.⁷⁵ O propósito do direito é diminuir o risco de que maus planos sejam adotados não em relação a um problema moral específico, mas em relação a todos os possíveis problemas morais.

72 SHAPIRO, 2011, p. 171.

73 RAWLS, 1999, p. 109.

74 SHAPIRO, 2011, p. 170.

75 SHAPIRO, 2011, p. 171.

c) Regras fundamentais do sistema jurídico como planos compartilhados

Uma segunda característica essencial do direito, de acordo com Shapiro, é de que as regras fundamentais do sistema jurídico constituem um plano compartilhado. Os membros do grupo desenham esse plano com o propósito de se engajarem em uma atividade conjunta que é publicamente acessível e aceita pela maioria dos membros do grupo. Seguindo Hart, ele sustenta que os membros do grupo são apenas os oficiais e não todos os membros da sociedade. Por essa razão, suas intenções e ações compartilhadas constituem as regras fundamentais do sistema jurídico. Nas palavras de Shapiro: “se nós quisermos descobrir a existência ou conteúdo das regras fundamentais de um sistema jurídico, devemos olhar apenas para [...] fatos sociais [...], apenas para o que oficiais pensem, pretendam, sustentem e façam por aqui”.⁷⁶

O conteúdo dessas regras fundamentais não depende de qualquer fato moral. O plano compartilhado pode ser “moralmente desagradável”. Isso é assim porque se fosse de maneira contrária, é dizer, se o plano dependesse de fatos morais, ele não poderia solucionar controvérsias morais e reduzir a arbitrariedade e a complexidade, pois os membros do grupo teriam que se engajar em deliberação sobre as questões de quais são esses fatos morais adequados e se esses fatos realmente se deram.

No entanto, isso leva a uma outra questão, a saber, como isso seria compatível com a ideia de que uma propriedade específica do direito é o seu propósito moral? Como é possível para a prática jurídica ter um propósito moral, a

76 SHAPIRO, 2011, p. 177.

saber, buscar o plano correto e, ao mesmo tempo, permitir planos moralmente desagradáveis? A resposta de Shapiro é “o que faz o direito é que ele possui um propósito moral, não que ele satisfaça esse propósito moral”.⁷⁷

d) A possibilidade da autoridade jurídica

Uma terceira característica essencial do direito é que “alguém possui autoridade jurídica somente se está autorizado pelo plano mestre de um sistema jurídico particular.” Essa é uma condição necessária, mas não suficiente. Para que alguém possua autoridade jurídica, os membros da comunidade devem também estar dispostos “a seguir as normas criadas [por uma autoridade jurídica] para guiar suas condutas”.⁷⁸ Portanto, autoridades jurídicas também têm a habilidade de fornecer motivações para os seus súditos obedecerem ao direito.⁷⁹ A primeira condição se dá quando os membros da comunidade se comprometem a atribuir autoridade jurídica à pessoa ou conjunto de pessoas nominados. E a segunda condição se dá porque a racionalidade instrumental está em atuação. Já que os membros da comunidade autorizaram as autoridades jurídicas a planejar para eles, a racionalidade instrumental exige que eles obedeçam aos planos estabelecidos pelas autoridades jurídicas.

77 SHAPIRO, 2011, p. 214.

78 SHAPIRO, 2011, pp. 179-180.

79 Talvez seja suficiente que os sujeitos estejam motivados a obedecer às autoridades jurídicas, não sendo necessário também que as autoridades sejam de fato a causa da motivação.

e) A normatividade do direito

Isso se relaciona com uma quarta característica do direito, a saber, que, segundo a teoria do direito como planejamento, a normatividade do direito é apenas uma questão de racionalidade instrumental. Shapiro sustenta que “a normatividade do plano mestre de um sistema jurídico é de um tipo bastante limitado”.⁸⁰ Ele concorda com Hart que as regras fundamentais de um sistema jurídico existem apenas se as autoridades jurídicas adotam uma atitude de aceitação em relação a elas. No entanto, Shapiro impõe uma restrição adicional. Já que essas regras fundamentais são elementos de um plano compartilhado, elas exigem que os oficiais tenham uma atitude mais complexa do que o ponto de vista interno de Hart. Em suas palavras:

[...] a aceitação de um plano envolve mais do que se comprometer a fazer a sua parte; deve-se se comprometer a permitir que os outros façam a sua parte também. Ademais, aceitar fazer a sua parte é também adotar um plano. Em outros termos, quando alguém aceita fazer a sua parte não está apenas se comprometendo a seguir o plano; se compromete também a preencher o plano, a assegurar consistência com suas crenças, subplanos e outros planos, e não reconsiderá-lo na falta de uma razão extremamente forte para tanto.⁸¹

Então, a atitude que os oficiais devem ter, de acordo com a Teoria do Direito como Planejamento, é a atitude de aceitação das regras fundamentais, e isso implica “a adoção de planos.” Shapiro sustenta que, com isso, entram em cena as regras da racionalidade instrumental relacionadas à atividade de planejamento. Os oficiais são obrigados a se manter fiéis ao plano e não reabrir questões à deliberação,

80 SHAPIRO, 2011, p. 182.

81 SHAPIRO, 2011, p. 183.

a não ser que exista “uma razão extremamente forte para tanto”.⁸² Shapiro denomina essas exigências da racionalidade dos sistemas jurídicas “a racionalidade intrínseca do direito.” Assim, a normatividade do direito consiste na obrigação de manter sua racionalidade intrínseca. Não é necessariamente uma normatividade moral, pois “não há razão para se pensar que o plano mestre de todos os possíveis sistemas jurídicos sejam moralmente legítimos”.⁸³ Por via de consequência, autoridades jurídicas não têm o poder de criar e impor obrigações morais. Elas possuem apenas o poder de impor obrigações jurídicas do ponto de vista do direito. Essas obrigações são apenas vinculantes (na medida em que o seja o direito) do ponto de vista jurídico, mas não do ponto de vista moral.

f) Outras características específicas do direito como planejamento social

Com base em todas essas premissas, Shapiro também caracteriza a atividade jurídica como um planejamento social com outras características específicas, ou seja, com características que nos permitem distingui-lo de outras atividades de planejamento. Essas características são as seguintes:

- (1) Enunciados jurídicos como planos são resolutivos.⁸⁴ Eles são normas positivas que solucionam desavenças morais sobre o que deve ser feito. A não ser que razões extremamente fortes estejam em questão, a referência a elas substitui previamente a necessidade de deliberação, negociação ou transação.

82 SHAPIRO, 2011, p. 183.

83 SHAPIRO, 2011, p. 184.

84 SHAPIRO, 2011, p. 201.

- (2) Enunciados jurídicos como planos são prescritivos.⁸⁵ Eles prescrevem que os seus destinatários os obedçam. Isso constitui uma condição de eficácia para o direito.
- (3) A atividade jurídica enquanto atividade de planejamento tem um propósito. Seu propósito é o de criar normas.⁸⁶
- (4) A atividade jurídica é uma atividade de planejamento social em três sentidos diferentes: ela “cria e administra normas que representam *standards* comuns de comportamento”; ela “regula a maioria das atividades comunitárias por meio de políticas gerais”; e ela “regula a maior parte da atividade comunitária por meio de *standards* publicamente acessíveis”.⁸⁷
- (5) A atividade jurídica é uma atividade compartilhada. Shapiro explica essa asserção da seguinte maneira: “a atividade jurídica é uma atividade compartilhada em que vários atores jurídicos envolvidos desempenham certos papéis na mesma atividade de planejamento social: alguns participam ao fazer e afetar planos e alguns participam ao aplicá-los”.⁸⁸ No entanto, Shapiro não quer dizer com isso que a atividade jurídica é uma atividade intencional compartilhada. Ele sustenta que os oficiais não necessitam pretender se engajar nela para que possam fazê-lo. Eles podem se engajar nela de forma completamente alienada desse processo. Eles necessitam

85 SHAPIRO, 2011, p. 202.

86 SHAPIRO, 2011, p. 202.

87 SHAPIRO, 2011, p. 203.

88 SHAPIRO, 2011, p. 204.

apenas aceitar o plano mestre. A tese da atividade compartilhada explica que os oficiais do direito são membros do grupo e, conseqüentemente, membros de sistemas jurídicos específicos (por exemplo, membros do sistema jurídico estadunidense e não dos sistemas britânico e francês).

- (6) O desenho do plano mestre não exige um acordo completo entre todos os oficiais do direito. Ele exige apenas que ao menos alguma parte dos oficiais do direito desenhem ao menos alguma parte do plano mestre.⁸⁹
- (7) Unidade do sistema jurídico: há unidade de um sistema jurídico se ele compreende todas as normas como derivados da socialidade do grupo de oficiais. Conseqüentemente, o direito de certo sistema consiste no plano mestre e nos planos criados de acordo com ele.⁹⁰
- (8) A atividade jurídica é uma atividade oficial. Agentes do direito ocupam cargos públicos.⁹¹
- (9) A normatividade do direito é institucional. Ela não depende das intenções dos oficiais, mas de autorizações e planos explicando como autorizações devem ser usadas. Intenções são substituídas por procedimentos.⁹²
- (10) O respeito à autoridade jurídica é compulsório para os sujeitos do sistema jurídico. Consentimento à autoridade não é uma condição necessária para

89 SHAPIRO, 2011, p. 207.

90 SHAPIRO, 2011, p. 208.

91 SHAPIRO, 2011, p. 209.

92 SHAPIRO, 2011, p. 211.

alguém ser submetido aos planos estabelecidos por ela. Seus planos são vinculantes do ponto de vista jurídico.⁹³

- (11) O direito possui um propósito moral independentemente do propósito dos seus participantes. Shapiro sustenta que da mesma forma como asserções pretendem transmitir informações verdadeiras independentemente do fato de o falante poder estar mentindo, é “uma verdade essencial sobre o direito que ele tem a tarefa de solucionar problemas morais.”⁹⁴ Shapiro sustenta que isso é possível pela seguinte razão que, devido à sua importância para o propósito desse ensaio, apesar de sua extensão, merece ser citada na íntegra:

O direito possui o propósito que ele possui porque oficiais de alto escalão representam a prática como possuindo propósito ou propósitos morais. Seus comprometimentos não precisam ser sinceros, mas devem ao menos ser enunciados. Essas representações podem adotar várias formas, seja explicitamente em asserções, enunciados cerimoniais, preâmbulos a Constituições, prólogos a códigos jurídicos e *dicta* judiciais, ou implicitamente em meio à atmosfera dos ritos e discursos, da construção de edifícios monumentais para abrigar a atividade jurídica e o uso de iconografia moral ou religiosa em cenários jurídicos. Talvez mais importante, os propósitos morais do direito são representados por meio do discurso jurídico. Ao descrever demandas jurídicas como “obrigatórias” (*obligatory*) e não meramente “coercitivas” (*obliged*), e o poder como baseado em “direitos” (*rights*) e não meramente em “força”, as elites apresentam suas práticas como algo diferente de uma atividade criminal ou uma busca autointeressada de prazer, lucro ou glória.⁹⁵

93 SHAPIRO, 2011, p. 212.

94 SHAPIRO, 2011, p. 216.

95 SHAPIRO, 2011, p. 217.

- (12) O direito é auto-certificador, no sentido de que ele goza de uma presunção geral de validade.

4.2.3. O direito como prática social na Teoria do Direito como Planejamento

A teoria do direito como planejamento é, sem dúvida, a perspectiva mais desenvolvida do direito como prática social. Shapiro consegue explicar a prática jurídica como uma entidade sócio-ontológica ao caracterizar as atividades jurídicas enquanto atividades de planejamento. Na perspectiva de Shapiro, atividades de planejamento são práticas sociais, é dizer, conjuntos de ações coletivas intencionais. Compartilhar um plano, em cada uma das situações em que isso é possível, nomeadamente, elaborando, aplicando e garantindo coercitivamente um plano, implica a realização de uma ação intencional coletiva. Primeiramente, compartilhar um plano é algo que os membros de um grupo podem fazer somente em conjunto. Diferentemente do conceito de Austin de hábito de obediência ou do conceito de Hart de aceitar regras, o conceito de Shapiro de compartilhar um plano não permite uma leitura distributiva no sentido referido neste trabalho. Ele é de forma não-ambígua coletivo. Ao construir ou aplicar o plano, todos os membros do grupo intencionalmente desempenham seus papéis e o plano é elaborado e aplicado porque eles fazem isso. Em segundo lugar, a existência de um plano compartilhado é um conhecimento comum. É impossível compartilhar um plano sem conhecê-lo. Finalmente, para compartilhar um plano os membros do grupo devem possuir uma atitude na primeira pessoa do plural (*we-attitude*): a atitude de aceitação de um plano. Como Shapiro explica: “um plano é compartilhado por um grupo apenas se cada um dos membros do grupo em

certo sentido ‘aceita’ o plano”. E isso implica que cada um dos membros do grupo tem uma atitude na primeira pessoa do plural de que o plano do grupo deve ser executado segundo a ação individual de seus membros.⁹⁶ De acordo com Shapiro, a aceitação de um plano é uma atitude na primeira pessoa do plural complexa de cada um dos membros do grupo, que pressupõe quatro elementos: (1) um comprometimento de fazer a sua parte; (2) um comprometimento de permitir (e até mesmo ajudar) que os outros membros do grupo também façam a sua parte; (3) um comprometimento em garantir consistência entre o plano e outros cursos possíveis de ação; e (4) um comprometimento em se manter fiel ao plano e não reconsiderá-lo na falta de razões extremamente fortes para tanto.

Ademais, Shapiro faz um esforço altamente original ao adaptar a teoria de Bratman sobre a ação cooperativa compartilhada para explicar a prática jurídica, é dizer, uma atividade que é massiva, estendida no tempo, hierarquizada e na qual a alienação e a falta de acordos teóricos e conceituais é ubíqua. A teoria de Bratman, como a maioria das teorias sobre a intencionalidade coletiva, pretende explicar ações intencionais mais simples realizadas por dois ou apenas uns poucos agentes (como pintar uma casa ou andar juntos) em que eles compartilham um alto nível de consenso sobre o que estão fazendo. Nesse ponto, a teoria do direito como planejamento contribui não apenas para a teoria do direito, mas também para a ontologia social de modo geral. Ela constitui um exemplo de como alguns princípios básicos de ontologia social podem ser utilizados para explicar atividades muito mais complexas, tal como a prática jurídica.

96 “Um grupo compartilha um plano somente se o plano foi desenhado, ao menos em parte, com o grupo em mente, como uma atividade em conjunto constituída pela ação individual de cada membro” (SHAPIRO, 2011, p. 135).

Nesse ponto, Shapiro utiliza muitas estratégias apropriadas. Primeiramente, Shapiro não concebe a prática jurídica como uma única atividade coletiva intencional, mas como um conjunto de várias ações intencionais coletivas realizadas por diferentes grupos: criar um plano mestre (pelos arquitetos da Constituição) e preencher esse plano mestre por meio da criação de novos planos (pelo legislador), executando planos (pelo executivo) e solucionando controvérsias sobre planos (pelo judiciário). Shapiro é capaz de ver a prática jurídica como uma atividade altamente complexa que envolve não apenas uma prática genérica, como a prática do hábito de obediência ao soberano em Austin ou a aceitação de regras de reconhecimento por oficiais em Hart, mas práticas gerais concretas e singulares exercidas por diferentes grupos.

A análise de Shapiro pode também ser expandida para dizer que os oficiais do direito estão organizados em uma multiplicidade de grupos de diferentes níveis. Por exemplo, legisladores criando planos estão organizados em uma primeira classe de grupos de representantes pertencentes a um partido, que por sua vez estão organizados em uma segunda classe de grupos – comitês da Câmara dos Deputados –, que por sua vez pertencem a uma terceira classe de grupos, a própria Câmara, que por seu turno pertence a uma quarta classe de grupo: o Congresso Nacional. Cada um desses grupos atua por meio de ações intencionais coletivas realizadas pelos membros do grupo. Em grupos de níveis mais elevados, agentes delegados atuam em nome dos membros dos grupos de níveis menos elevados.

Em segundo lugar, na Teoria do Direito como Planejamento, a estrutura parcial, aninhada e composta dos planos permite a existência de uma ação intencional coletiva entre membros de grupos que compartilham um acordo

conceitual muito frágil sobre o que eles estão fazendo em conjunto. Para explicá-lo com um exemplo: para eu e você termos o plano de cozinhar juntos essa noite, não é necessária a condição de que nós entremos em acordo sobre os detalhes do plano (por exemplo, se cozinharemos peixe, com temperos indianos, na minha casa etc.). Essa característica é particularmente importante na tarefa de se explicar a natureza do direito. Graças a ela, a Teoria do Direito como Planejamento não pode ser alvo da objeção de Dworkin de que o positivismo jurídico não dá conta das desavenças teóricas.⁹⁷ A Teoria do Direito como Planejamento é capaz de explicar porque pode haver prática jurídica, em que pese existam desavenças entre juristas práticos sobre (os assim chamados por Dworkin) fundamentos do direito. Pelo contrário, essa teoria é capaz de explicar desavenças teóricas como parte do processo natural de deliberação e negociação entre membros de grupos relevantes na prática jurídica sobre o propósito de se preencher o conteúdo dos planos.

Em terceiro lugar, a possibilidade de se planejar para outras pessoas, é dizer, o fato de que é possível para um agente criar um plano para ser aplicado por um agente diferente, permite que a Teoria do Direito como Planejamento forneça uma explicação para três intuições básicas sobre a prática jurídica, a saber: (1) que ela é uma prática de massa em que nem todos os participantes da sociedade podem participar na construção dos planos e na qual, conseqüentemente, a alienação do processo de produção do direito é um elemento inevitável da prática jurídica; (2) que é uma prática hierarquizada em que a autoridade é possível e necessária; (3) que a prática jurídica é, ao menos em parte, heterônoma e normativa, no sentido de que cada membro da sociedade

97 DWORCKIN, 2006, p. 151 e 156. Para uma explicação dessa objeção, cf. SMITH, 2010, pp. 635-661.

possui uma obrigação jurídica de seguir os planos criados para nós pelos legisladores.

Sem embargo, nesse ponto duas questões conexas surgem. De um lado, de acordo com a Teoria do Direito como Planejamento, será que a prática jurídica exige de cada um dos oficiais que participe com suas ações individuais e “intenções na primeira pessoa do plural” (*we-intentions*) nas ações relevantes do grupo de se criar, executar e solucionar conflitos sobre planos? E, por outro lado, qual é o fundamento da normatividade do direito? Para que o direito seja normativo, no sentido da normatividade racional instrumental propiciada por planos, é necessário que todos os sujeitos do direito aceitem todos os planos ou, pelo menos, o plano mestre. É isso exigido pela Teoria do Direito como Planejamento?

No que atine à primeira questão, Shapiro está ciente de que exigir essa participação ativa de todos os oficiais do direito seria uma premissa não garantida. Naturalmente, há certas ações jurídicas em que todos os membros do grupo relevante de fato preenchem todos os requisitos de uma ação intencional coletiva, mesmo de acordo com as mais exigentes perspectivas sócio-ontológicas sobre esse tipo de ações. Por exemplo, esse seria o caso ao se escrever um acórdão da Suprema Corte em que todos os juízes trabalham juntos e em consenso sobre o julgamento de acordo com o plano. No entanto, nem toda ação por oficiais exige esse nível de compromisso dos membros de grupos primários, secundários, terciários etc. Seria também inconveniente exigir tal nível de compromisso, pois isso iria restringir em elevada medida a possibilidade de o direito solucionar de maneira eficiente situações complexas e contenciosas. Por essa razão, Shapiro defende com plausibilidade que, com o tempo, a prática jurídica se torna institucional, e isso significa

que em muitas situações as intenções verdadeiras dos oficiais do direito não são mais exigidas. Elas são substituídas por procedimentos.⁹⁸

A segunda questão está relacionada à objeção sustentada por Bruno Celano contra a Teoria do Direito como Planejamento. Em *What Can Plans Do for Legal Theory?*⁹⁹, Bruno Celano argumenta que, segundo a visão de Bratman, planos são produzidos e aplicados pelo próprio agente para futuras ações e pensamentos. Eles são uma ferramenta de autogerenciamento. De maneira diferente, o propósito da autoridade jurídica é estabelecer e aplicar planos para outros, e a normatividade do direito se manifesta em relação a outros. Consequentemente, o conceito de Bratman de plano não pode ser utilizado para analisar o direito. Não seria útil para o propósito de se entender a natureza do direito. Em particular, Celano sustenta que: “Shapiro ilegitimamente negocia a normatividade (de Bratman) que um plano possui para o agente, ou agentes, que adotaram o plano para si mesmos, com vistas a sustentar que o direito, também, é normativo”.¹⁰⁰

Se isso é verdade, então a Teoria do Direito como Planejamento não pode explicar a normatividade do direito em termos da normatividade instrumental que nasce dos planos. Como explica Celano:

A racionalidade instrumental é a racionalidade na busca de metas ou fins. Quais fins, quais propósitos? No caso de planos estabelecidos na primeira pessoa, a resposta é simples: meus propósitos [...]. Mas no caso de “planos” adotados para outros, uma alternativa aparece: estamos falando de normas que são instrumentalmente racionais para o planejado, ou para aqueles para quem o “plano”

98 SHAPIRO, 2011, p. 211.

99 CELANO, 2013, p. 129.

100 CELANO, 2013, p. 129.

é adotado? Ao menos que nós pressupuséssemos – uma premissa não comprovada – que esses coincidem, teríamos de sustentar que o que é instrumentalmente racional para um pode não ser instrumentalmente racional para outros e vice-versa.¹⁰¹

Em uma recente entrevista para o *Journal Legal Theory in China*, Shapiro rebate a Celano com o argumento de que: “[...] tratar planos como interessantes apenas por causa de seu distinto papel normativo na ação individual é acatar um entendimento excessivamente restrito de planos. É abrir mão de seu aspecto ‘tecnológico’”.¹⁰²

Não é difícil reconhecer uma similaridade entre essa objeção contra a Teoria do Direito como Planejamento e a objeção contra a ideia de Hart do direito como uma prática oficial e não uma prática social. A objeção contra Hart é de que sua teoria não explica porque regras sociais aceitas pelos oficiais do direito não são vinculantes apenas para eles, mas também para todos os cidadãos. A objeção de Celano parece ser ainda mais forte. Ela desafia a possibilidade de planos serem coletivamente normativos ou, de maneira mais simples, a possibilidade de se planejar para outros.

Legality contém uma resposta plausível à objeção de Celano. Planejar não para mim, mas para outros membros do grupo é possível se, como sustenta Shapiro, “ao invés de formular e adotar seus próprios planos, eles aceitarem um plano de aderir ao planejamento de uma outra pessoa”.¹⁰³ Essa é uma possibilidade razoável que permitiria, ao mesmo tempo, os aspectos tecnológicos dos planos e também se manter a normatividade instrumental dos planos. Minha

101 CELANO, 2013, p. 129.

102 Disponível em: <http://www.legal-theory.net/1327.html> Acesso em 25. mai. 2011. Agradeço a Scott Shapiro por tornar o texto em inglês dessa entrevista disponível para mim.

103 SHAPIRO, 2011, p. 141.

aceitação do plano de que eu vou aderir ao plano de alguma outra pessoa cria para mim uma obrigação instrumental de aderir ao plano de quem o adotou.

Sem embargo, a extrapolação dessa possibilidade de explicar a normatividade do direito é um assunto mais complexo, já que a prática jurídica é uma atividade de massa que se estende no tempo. Uma extrapolação estrita exigirá que todos os sujeitos do direito adotem o plano mestre de atribuir poderes aos oficiais do direito para criar, executar e aplicar planos jurídicos. Considerar que todos os sujeitos do direito realizam uma atividade intencional coletiva de adotar o plano mestre é algo que não se pode garantir. Não há um único país em que a promulgação de uma Constituição seja o resultado de uma ação intencional coletiva em que todos os sujeitos do direito ativamente participam com suas verdadeiras “intencões na primeira pessoa do plural” e suas verdadeiras ações são como um ação de grupo. E Shapiro, de fato, não adota essa pressuposição. Ele sustenta que apenas oficiais são membros do grupo que deve adotar o plano mestre.¹⁰⁴

Mas então, sob essa condição, como a autoridade jurídica existe e como pode o direito ser normativo? Por que os planos jurídicos criados de acordo com o plano-mestre que foi adotado apenas pelos oficiais do direito são vinculantes para os membros de toda a sociedade?

Dois insights relevantes para responder essa questão devem ser encontrados em *Legality*. Primeiramente, na heurística de *Cook Island*, Shapiro sustenta que:

[...] não é necessário para a comunidade aceitar o plano compartilhado com o fim de que ele se realize [...]. Já que nós [habitantes

104 “A existência de autoridade jurídica [...] é uma questão de se oficiais relevantes do sistema aceitam um plano que autoriza e exige referência a tal órgão” (SHAPIRO, 2011, p. 119).

de *Cook Island*] consideramos os planejadores sociais como moralmente legítimos, nós planejamos permitir aos arquitetos do plano e aos aplicadores do plano planejarem para nós. Por essa razão, nós consideramos o plano compartilhado como o “plano mestre” do grupo”.¹⁰⁵

Se isso for generalizado, então o fundamento da autoridade jurídica e da normatividade do direito são os fatos de que sujeitos de direito consideram os oficiais do direito que constroem o plano mestre como “moralmente legitimados” e que eles planejam permitir que esses oficiais do direito planejem para toda a sociedade. Independentemente do problema de se determinar o que “moralmente legítimo” significa nesse contexto, essa exigência pode ser adequada para uma sociedade relativamente pequena, mas parece ser muito forte se a aplicarmos a qualquer sociedade moderna. Por essa razão, na sua caracterização das propriedades essenciais do direito, Shapiro a menciona apenas como uma possibilidade, mas não como uma exigência: membros da comunidade “podem todos aceitar uma política geral de obedecer o direito ou considerar aqueles exercendo autoridade como moralmente legítimos”.¹⁰⁶

Ao contrário, Shapiro parece indicar que a normatividade do direito dependeria de duas condições mais frágeis relacionadas aos sujeitos do direito: a disposição dos membros da comunidade para seguir os planos adotados de acordo com o plano mestre;¹⁰⁷ e o fato de que os membros da comunidade “normalmente seguem a todos que são autorizados”.¹⁰⁸ Essa combinação de ambas as condições pode

105 SHAPIRO, 2011, p. 165.

106 SHAPIRO, 2011, p. 181.

107 “A não ser que os membros da comunidade estejam dispostos a seguir as normas criadas para guiar sua conduta, as normas criadas não serão planos” (SHAPIRO, 2011, p. 179).

108 SHAPIRO, 2011, p. 180.

ser interpretada como uma aceitação tácita do plano mestre. Tal aceitação tácita pode ser fundada tanto nas atividades intencionais coletivas como em atividades coletivas não-intencionais. Muitos cidadãos intencionalmente aceitam o plano mestre. No entanto, o plano mestre pode também ser aceito de maneira não intencional. Da mesma forma como todos nós poluímos de maneira não intencional o ambiente todas as vezes que utilizamos nosso automóvel ou um *spray*, todos nós, membros da comunidade, tácita e não-intencionalmente criamos a atitude de aceitar o plano mestre de nosso sistema jurídico todas as vezes que seguimos os enunciados jurídicos e os utilizamos em nosso raciocínio prático. Se isso é verdade, então a prática jurídica é algo que os oficiais fazem não-intencionalmente juntos porque nós, membros da comunidade, sendo alguns de nós intencionalmente e alguns não-intencionalmente, mas conjuntamente, lhes atribuímos poder para fazer.

Referências

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge 1995.

BRATMAN, Michael. *Faces of intention: selected essays on intention and agency*. Cambridge, 1999

BRATMAN, Michael. I intend that we J. In: BRATMAN, Michael. *Faces of intention: selected essays on intention and agency*, pp. 142-161. Cambridge, 1999.

BRATMAN, Michael. Shared cooperative activity. In: *The Philosophical Review*, n. 101, 1992.

BRATMAN, Michael. Shared Intention and mutual obligation. In: BRATMAN, Michael. *Faces of intention: selected essays on intention and agency*, pp. 130-141. Cambridge, 1999

BRATMAN, Michael. Shared intention. In: *Ethics*, n. 104, 1993.

BRIGIDO, Rodrigo E. Sanchez. Collective intentional activities and the law. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 29, 2009.

BRIGIDO, Rodrigo E. Sanchez. *Groups, rules and legal practice*. Dordrecht, 2010.

CELANO, Bruno What can plans do for legal theory? In: CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni (eds.) *The planning theory of law*. Dordrech, 2013

DAVIDSON, Donald. *Essays on actions and events*. Oxford, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, 2006.

EDMUNDSON, William A. Shmegality: a review of Scott J. Shapiro, *legality*. In: *Jurisprudence*, n. 2, 2011.

FARA, Michael. Dispositions. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/dispositions/> Acesso em 15 fev. 2013.

GILBERT, Margaret. *Living together: rationality, sociality and obligation*. New York/London: Lahman/Boulder, 1996,

GILBERT, Margaret. Acting together. In: MEGGLE, Georg (ed.). *Social facts and collective intentionality*. Frankfurt, 2002.

GILBERT, Margaret. *On social facts*. Princeton, 1992

GILBERT, Margaret. Social rules: some problem's for Hart's account and a new appraisal. In: *Law and Philosophy*, n. 18, 1999.

GILBERT, Margaret. *Sociality and responsibility*. Lahman, 2000

GILBERT, Margaret. Walking together: a paradigmatic social phenomenon. In: *Midwest Studies in Philosophy*, n. 15, 1990.

- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. Oxford, 1994.
- KIM, Jaegwod. *Supervenience and mind: selected philosophical essays*. Cambridge, 1993.
- KUTZ, Christopher. *Complicity: ethics and law for a collective age*. Cambridge 2000.
- LUDWIG, Kirk. Foundations of social reality in collective intentional behavior. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (ed.). *Intentional acts and institutional facts: essays on John Searle's social ontology*. Dordrecht, 2007
- LUDWIG, Kirk. *Understanding collective action*. Unpublished manuscript, 2012
- MILLER, Kaarlo; TUOMELA, Raimo. We-intentions. In: *Philosophical Studies*, n. 53, 1988.
- MILLER, Seumas. Intentions, ends and joint action. In: *Philosophical Papers*, n. 24, 1995.
- MILLER, Seumas. Joint action. In: *Philosophical Papers*, n. 21, 1992.
- MILLER, Seumas. *Social action: a theological account*. Cambridge, 2001.
- MURPHY, Mark. Book review: Legality. In: *Law and Philosophy*, n. 30, 2011.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, 1999.
- SCHAUER, Frederick. The best laid plans. In: *The Yale Law Journal*, 120 605, 2010.
- SEARLE, John Searle. *The construction of social reality*. New York, 1995
- SEARLE, John. Collective intentions and actions. In: COHEN, Philip R.; MORGAN, Jerry; POLLACK, Martha E.

- (orgs.) *Intentions in communication*. Cambridge, 1990.
- SEARLE, John. *Intentionality*. Cambridge, 1983.
- SEARLE, John. *Making the social world*. Oxford, 2010.
- SEARLE, John. Social ontology: some basic principles. In: *Anthropological Theory*, n. 6, 2006.
- SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, 2011.
- SHAPIRO, Scott J. What is the internal point of view? In: *Fordham Law Review*, n. 75, 2006.
- SMITH, Dale. Theoretical disagreement and the semantic sting. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 30, 2010.
- TAMANAH, Brian. What is “general” jurisprudence? A critique of universalistic claims by philosophical concepts of Law. Unpublished manuscript (forthcoming in *Transnational legal theory*, 2013).
- TOH, Kevin. Hart’s expressivism and his benthamite project. In: *Legal Theory*, n. 11, 2005.
- TSOHATZIDIS, Savas L. Introduction. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (ed.). *Intentional acts and institutional facts: essays on John Searle’s social ontology*. Dordrecht, 2007
- TUOMELA, Raimo. Actions by collectives. In: *Philosophical Perspectives*, n 3, 1989.
- TUOMELA, Raimo. *The philosophy of social practices: a collective acceptance view*. Cambridge, 2002.
- TUOMELA, Raimo. *The philosophy of sociality*. Oxford, 2007.
- TUOMELA, Raimo. We-intentions revisited. In: *Philosophical Studies*, n. 125, 2005.
- WALDRON, Jeremy. Planning for legality. In: *Michigan Law Review*, n. 109, 2011.

WILKINSON, Michael A. Is law morally risky? Alineation, acceptance and Hart's concept of law. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 30, 2010.

Recebido em 07/05/2013.

Aprovado em 31/10/2013.

Carlos Bernal Pulido

Macquarie Law School Building W3A

Macquarie University

NSW 2109b, Sidney

AUSTRÁLIA

E-mail: carlos.bernal-pulido@mq.edu.au