A_Teoria_do_Planejamento_Normativo_de_Shapiro.pdf

de revista artigo23

Data de envio: 17-jun-2025 07:39AM (UTC-0700)
Identificação do Envio: 2701121047
Nome do arquivo: A_Teoria_do_Planejamento_Normativo_de_Shapiro.pdf (293.5K)
Contagem de palavras: 6646
Contagem de caracteres: 38347

pensar
Revista de Ciências Jurídicas
Universidade de Fortaleza
e-ISSN:2317-2150
10.5020/2317-2150.2024.15003

A Teoria do Planejamento Normativo de Shapiro

Shapiro´s Normative Planning Theory

La Teoría de la Planificación Normativa de Shapiro

Orlando Luiz Zanon Junior*

Resumo

O objetivo desse texto é apresentar as características principais da Teoria do Planejamento Normativo desenvolvida por Scott J. Shapiro na obra *Legality*, apontando eventuais convergências e divergências perante os modelos clássicos de positivismo jurídico desenvolvidos por Kelsen, Hart e Bobbio. O problema de pesquisa em questão diz respeito à ampla discussão, no campo da filosofia do direito, quanto à identificação da teoria com maior fidelidade na descrição do fenômeno jurídico e, notadamente, com maior potencialidade normativa, mormente considerando a função do direito. Nesse contexto problemático, a hipótese em discussão é aferir se a proposição de Shapiro apresenta avanços teóricos sobre os desenvolvimentos clássicos do juspositivismo, atribuídos aos autores antes referidos. Em sede conclusiva, foram apontados aspectos teóricos a indicar a classificação da teoria de Shapiro como uma proposição pós-positivista, de cunho culturalista, notadamente ao apresentar pontos de conexão entre direito e moral, ao invés da pretensão de enquadramento no modelo do positivismo jurídico exclusivo não formalista, recomendando investigações futuras sobre esse ponto. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados utilizou-se o método cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: teoria do planejamento normativo, positivismo jurídico, moral, inclusivo, exclusivo.

Abstract

This text aims to present the main characteristics of the Normative Planning Theory developed by Scott J. Shapiro in the work Legality, pointing out possible convergences and divergences concerning the classical models of legal positivism developed by Kelsen, Hart, and Bobbio. The research problem concerns the broad discussion in the philosophy of law field regarding the theory identification with greater fidelity in describing the legal phenomenon and, notably, with higher normative potential, especially considering the function of law. In this problematic context, the hypothesis under discussion is to assess whether Shapiro's proposition presents theoretical advances over the classical developments of legal positivism attributed to the authors mentioned above. In conclusion, theoretical aspects were pointed out to indicate the classification of Shapiro's theory as a post-positivist proposition of a culturalist nature, notably when presenting points of connection between law and morality, instead of the intention of fitting it into the exclusive non-formalist legal positivism model, recommending future investigations on this point. According to the above, it is clear that this article is strictly linked to the research line Constitutional Principles, Legal Policy and Artificial Intelligence (Doctorate) of the Postgraduate Program in Legal Science at the University of Vale do Itajaí (Univali). Regarding the methodology used, it is worth highlighting that the inductive method was used in the research phase, the Cartesian method in the data processing phase, and the final text was composed on a deductive logical basis. Referent, category, operational concept, and bibliographic research techniques were used in the various phases of the study.

Keywords: *Normative Planning Theory; Legal Positivism; moral; inclusive; exclusive.*

Resumen

El objetivo de este texto es presentar las características principales de la Teoría de la Planificación Normativa desarrollada por Scott J. Shapiro en la obra Legality, indicando eventuales convergencias y divergencias ante los modelos clásicos de positivismo jurídico desarrollado por Kelsen, Hart e Bobbio. El problema de investigación en cuestión está relacionado a la amplia discusión, en el campo de la filosofía del derecho, cuanto a la identificación de la teoría con mayor fidelidad en la descripción del fenómeno jurídico y, notablemente, con mayor potencialidad normativa, principalmente considerando la función del derecho. En este contexto problemático, la hipótesis en discusión es comprobar si la proposición de Shapiro presenta avances teóricos sobre los

* Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor Programa de Pós-graduação da UNIVALI, da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC) e da Academia Judicial (AJ). Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ).

desarrollos clásicos del iuspositivismo, atribuidos a los autores antes referidos. En sede conclusiva, fueron indicados aspectos teóricos a señalar la clasificación de la teoría de Shapiro como una proposición post-positivista, de característica culturalista, notablemente al presentar puntos de conexión entre derecho y moral, en vez de la pretensión de encuadramiento en el modelo del positivismo jurídico exclusivo no formalista, recomendando futuras investigaciones sobre este punto. De acuerdo con lo expuesto, se nota que el presente artículo está estrictamente vinculado a la línea de investigación Principiología Constitucional, Política del Derecho e Inteligencia Artificial (doctorado) del Programa de posgrado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Vale do Itajaí (Univali) Cuanto a la metodología empleada, se enfoca que en la fase de investigación fue utilizado el método inductivo, en la fase de tratamiento de datos el cartesiano y el texto final fue compuesto en la base lógica deductiva. En las diversas fases de la investigación, fueron accionadas las técnicas del referente, de la categoría, del concepto operacional y de la búsqueda bibliográfica.

Palabras clave: *Teoría de la Planificación Normativa; positivismo jurídico; moral; exclusivo.*

1 Introdução

O objetivo desse texto é apresentar as características principais da Teoria do Planejamento Normativo desenvolvida por Scott J. Shapiro na obra *Legality*, apontando eventuais convergências e divergências perante os modelos clássicos de positivismo jurídico desenvolvidos por Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart e Norberto Bobbio (Shapiro, 2013).

O problema de pesquisa em questão diz respeito à ampla discussão, no campo da filosofia do direito, quanto à identificação da teoria com maior fidelidade na descrição do fenômeno jurídico e, notadamente, com maior potencialidade normativa, mormente considerando a função do direito. De longa data prevalece o embate entre os defensores do paradigma do jusnaturalismo, como Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, Lon Füller e, mais recentemente, John Finnis, perante os autores do modelo do juspositivismo, a exemplo de Hans Kelsen, Herbert. L. A. Hart, Norberto Bobbio e, mais atualmente, Luigi Ferrajoli. Ademais, há também uma corrente de autores que defende a superação do positivismo jurídico, sem retrocessos a bases jusnaturalistas, sob uma perspectiva pós-positivista, a exemplo de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Richard A. Posner. Nesse contexto, emerge a importância da apresentação da perspectiva teórica juspositivista não formalista de Shapiro, inclusive com eventuais comparações, quando relevantes, com outras proposições de perfil similar.

A hipótese em discussão, nesse contexto problemático, é aferir se a proposição de Shapiro apresenta avanços teóricos sobre os desenvolvimentos clássicos do juspositivismo, atribuídos aos autores antes referidos (Kelsen, Hart e Bobbio).

Ao final da análise da obra em tela, em sede conclusiva, serão destacados aspectos da proposta teórica de Shapiro que podem ser aprofundados, em discussões posteriores, para fins de avaliar se remanesce com as falhas descritivas e prescritivas atribuídas aos modelos positivistas anteriores ou, alternativamente, se apresenta uma versão sustentável do modelo juspositivista. Há ainda a possibilidade de que a sua teoria apresente pontos de identidade com proposições de cunho jusnaturalista ou pós-positivista, especialmente no tocante à tese da conexão necessária entre direito e moral.

Antes de inaugurar a exposição teórica ora proposta, cabe referir que se optou por empregar a expressão ciência jurídica para referir o campo de estudos sobre o direito, tanto para prestigiar a opção institucional do programa no âmbito do qual foi produzido o presente texto, como também porque se considera altamente recomendável sugerir um esforço de seriedade e coerência no desenvolvimento de pesquisas com bases empíricas nesta área específica (Zanon Junior, 2019a). Contudo, o conteúdo deste artigo não se perde se o leitor substituir as expressões que referem ciência jurídica por outra mais adequada à sua linha de pensamento, a exemplo de teoria ou filosofia jurídica.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados utilizou-se o método cartesiano, e o texto final foi composto na base da lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (Pasold, 2021).

2 A teoria do planejamento normativo

Scott Jonathan Shapiro, professor de filosofia na Yale Law School, desenvolveu uma proposta de teoria geral do direito intitulada Teoria do Planejamento Normativo (*Planning Theory of Law*), pretensamente classificada

na categoria do positivismo jurídico do tipo exclusivo, embora de cunho não formalista, caracterizada por enfocar a função de criação de planos organizacionais e estruturais inerente aos sistemas jurídicos, em seu livro *Legality* (Shapiro, 2013, p. 171).

De início, importa ressaltar que o autor em exame afirma que seu estudo é enfocado apenas na análise de como os sistemas jurídicos efetivamente são (*analytical jurisprudence*), abordagem esta que, no seu entendimento, seria tecnicamente distinguível e separável da apreciação de como o direito deveria moralmente ser (*normative jurisprudence*).

Na perspectiva do autor, a teoria em tela não é atingida pelo clássico desafio do filósofo David Hume, haja vista que não incorre no erro de derivar uma obrigação ("dever ser") de um fato ("ser"), precisamente porque se limita a extrair constatações sobre a existência e o conteúdo do planejamento legal, ou seja, o respectivo raciocínio se limita à análise fáticas (extrair "ser" do que "é") (Shapiro, 2013, p. 188).

Apesar disso, reconhece-se que a descrição da teoria é efetuada sobre dispositivos voltados à orientação normativa de condutas construídas com conceitos morais (Shapiro, 2013, p. 191). Desse modo, apesar de sua alegada adesão a uma abordagem de perfil apenas descritivo, como antes mencionado, admite-se que a moralidade do direito é um assunto de vital importância (Shapiro, 2013, p. 2-4).

Com essa abordagem, o autor procura apontar as falhas descritivas (e também normativas) nas proposições teóricas juspositivistas de John Austin (Austin, 1998; Shapiro, 2013, p. 51-78) e Herbert L. A. Hart (Hart, 2009; Shapiro, 2013, p. 79-117) e, na sequência, apresentar uma proposição capaz de superar as respectivas deficiências, considerando as críticas de autores pós-positivistas como Dworkin (Shapiro, 2013, p. 282-306 e 307-330), sem incorrer em retrocessos de cunho jusnaturalista.

Referidas essas questões preliminares, o primeiro e mais central aspecto a ser destacado é que a proposição teórica em tela enfoca principalmente *o objetivo de planejamento desempenhado pelos sistemas jurídicos*. A pretensão do autor não é traçar uma analogia entre o direito e os planos, mas sim extrair implicações recíprocas, visando a preservar o modelo juspositivista, apesar das críticas de pensadores jusnaturalistas e pós-positivistas (Shapiro, 2013, p. 118-119).

O marco teórico para o desenvolvimento dessa teoria é a obra de Michael E. Bratman sobre a psicologia da racionalidade prática, que se refere à intenção como elemento de planos de ação, os quais servem como suporte das atividades e organizações humanas (Bratman, 1999). Com base nessa obra, o autor propõe uma implicação entre planejamento e sistemas jurídicos, considerando que o referido estudo psicológico sugere que os seres humanos têm o desejo de atingir objetivos complexos e, diante disso, exercem a sua capacidade de estabelecer metas e de organizar o comportamento de coletividades, durante determinado tempo, para alcançá-las (Shapiro, 2013, p. 119 e 122).

Mais precisamente, o argumento central do autor é que a atividade jurídica é uma forma de planejamento social (Shapiro, 2013, p. 195). Nessa ótica, o sistema jurídico consiste no planejamento da organização de esforços para atingir os objetivos complexos de determinada sociedade (Shapiro, 2013, p. 155).

Segundo a teoria do planejamento normativo, os sistemas legais são instituições de planejamento social criados com o escopo de compensar as deficiências das outras formas de resoluções de questões legais, porquanto permitem superar a complexidade, a contenciosidade e a arbitrariedade da vida em comunidade (Shapiro, 2013, p. 171). Com efeito, a necessidade do planejamento legal deriva da complexidade dos objetivos, das limitações individuais e do pluralismo de valores e preferências dos membros da sociedade (Shapiro, 2013, p. 192).

Nessa linha lógica, a função de planejar um sistema jurídico consiste justamente em guiar e coordenar o comportamento das pessoas, compensando suas limitações cognitivas, para o fim de resolver dúvidas e desentendimentos que eventualmente possam surgir em contextos estratégicos. Isso porque a adoção de planos tende a reduzir os riscos e custos envolvidos na resolução de potenciais problemas, mormente em agrupamentos massivos de pessoas (Shapiro, 2013, p. 138). Mais do que isso, o compartilhamento de um plano, ao menos pela maioria das pessoas, com uma regular estrutura hierárquica, é requisito necessário para o sucesso de uma sociedade (Shapiro, 2013, p. 149-151).

Seguindo a lógica da teoria em tela, um órgão possui autoridade quando duas condições estão satisfeitas, quais sejam, (1) o plano mestre autoriza que esse órgão planeje para os demais e (2) os membros da comunidade normalmente respeitem esse planejamento (Shapiro, 2013, p. 180). Essa autoridade é baseada apenas em uma perspectiva de legalidade, a qual independe do reconhecimento da legitimidade moral do órgão competente ou do respectivo planejamento (Shapiro, 2013, p. 186-188).

A construção dos planos pode ser de cima para baixo (*top-down planning*), quando se inicia com as linhas gerais de metas a serem alcançadas e, então, quebra-se a tarefa em atividades menores a serem seguidas. De outra margem, é de baixo para cima (*bottom-up planning*), quando se parte de um vago senso dos objetivos desejados e, a partir daí, são esmiuçadas as ações parcelares em detalhes, agregando-as até que suficientes para o atingimento do escopo geral. A construção do sistema jurídico, na realidade, costuma ser representada por uma combinação dessas duas modalidades (Shapiro, 2013, p. 124-126), muito embora o modelo do direito jurisprudencial (*common law*) seja um exemplo de prevalência da última modalidade referida (de baixo para cima) (Shapiro, 2013, p. 198).

Feita a exposição desse ponto central, cabe assinalar que os modelos juspositivistas de teoria jurídica, como o autor classifica em discussão, apresentam como pilar central de sustentação a *tese da separação entre direito e moral*, a qual recebe contornos específicos na proposição teórica em apreço (Shapiro, 2013, p. 178). Notadamente, de acordo com a teoria em exposição, a inexistência de relação entre juridicidade e moralidade se caracteriza no argumento de que a existência e o conteúdo do direito são determinados apenas por fatos sociais (Shapiro, 2013, p. 31).

Mais precisamente, o objetivo do autor é sustentar que a autoridade normativa é determinada apenas socialmente, independentemente de sua legitimidade moral, de modo a confirmar a afirmação de que a existência dos sistemas jurídicos (a descrição do que é) não se confunde com a sua adjetivação moral (a análise de como deveria ser) (Shapiro, 2013, p. 119). Mais do que isso, na sua visão, a moralidade *nunca* define o conteúdo do direito (Shapiro, 2013, p. 302).

Diante dessa descrição de que o direito é um fato social, contrariamente à moral, pode-se perceber que o autor concebe a moralidade como um conjunto de critérios metafísicos de conduta, ou seja, entende que ela (a moralidade) é um conceito abstrato referente a padrões de comportamento idealizados (Shapiro, 2013, p. 128). Portanto, o pensador não adere à versão culturalista do conceito de moralidade, que a concebe também como um fato social, produzido artificialmente pela sociedade, que reflete opiniões relativas sobre o que é certo ou errado, consoante já defendido anteriormente pelo juspositivista Hans Kelsen (Kelsen, 2006, p. 54 e 78; 2005, p. 11 e 19) e exposto na Teoria Complexa do Direito (Zanon Junior, 2019b).

De acordo com o autor, o sistema jurídico constitui um plano compartilhado, cuja existência e validade depende apenas de fatos sociais, ou seja, independe da sua adequação a postulados morais idealizados (Shapiro, 2013, p. 177). Aliás, a discussão sobre a moralidade dos planos prejudicaria uma das funções principais do planejamento normativo, que é justamente superar a insegurança e os riscos decorrentes da reiteração da análise moral dos critérios de avaliação de conduta na emergência dos conflitos (Shapiro, 2013, p. 177). Assim, na sua visão, a proposição teórica em tela consubstancia um positivismo legal dos planos ("*plan positivism*") (Shapiro, 2013, p. 178).

Feita essa descrição, o autor visa demonstrar que a teoria do planejamento normativo supera a crítica central à tese da separação entre direito e moral, consistente no argumento de que a existência e o conteúdo jurídico não dependem apenas da análise sociológica dos fatos sociais, haja vista que a interpretação normativa necessariamente envolveria raciocínios morais (Shapiro, 2013, p. 233).

Com esse desiderato, o autor adota a tese do objetivo moral (*moral aim thesis*), segundo a qual o fundamento central da atividade jurígena é precisamente remediar as deficiências morais das circunstâncias da legalidade (Shapiro, 2013, p. 213). Sem embargo, o autor argumenta que o planejamento normativo abrange a regulação de questões morais (Shapiro, 2013, p. 163). Mais do que isso, na sua visão, trata-se de uma verdade essencial que o direito tem a função de resolver problemas acerca da moralidade (Shapiro, 2013, p. 216 e 391).

De acordo com essa tese, então, o escopo do direito consiste em dirimir as problemáticas decorrentes da divergência quanto à incidência dos valores no contexto social, prevendo critérios objetivos na seleção das preferências normativas, mediante o instrumento de planejamento legal. Nessa ótica, o sistema legal é um mecanismo mais eficiente que a tradição, os costumes, a busca do consenso e a persuasão individual para a organização e a pacificação social.

Mais precisamente, a utilidade dos sistemas legais reside no seu potencial para compensar as deficiências de formas não jurídicas de resolução de conflitos, justamente mediante ponderações jurídicas corretas, ou seja, adotando planos moralmente sensíveis de uma forma moralmente legítima (a repetição acompanha a redação original) (Shapiro, 2013, p. 171).

De outra margem, apesar de declarar sua posição juspositivista, o autor também argumenta que a análise de julgamentos legais na vida social torna difícil sustentar a tese de que são compostos apenas por conceitos e termos legais, haja vista que incorporam também expressões morais (Shapiro, 2013, p. 115). Aliás, nesse particular, cabe reiterar que, no seu entender, o direito é uma resposta ao problema de como resolver questões morais em sociedade (Shapiro, 2013, p. 173).

Contudo, o autor relembra que o sistema jurídico não necessariamente corresponde a um conjunto de postulados valorativos idealizado (moralidade metafísica), mas sim às opções axiológicas socialmente estabelecidas (moralidade fática ou cultural). Nada veda que as opções legalmente planejadas contrariem certos padrões éticos, porquanto prevalecentes os valores discutíveis da maioria no exercício do poder, por exemplo (Shapiro, 2013, p. 214). Mesmo assim, nessas bases, é possível estabelecer uma diferença entre um sindicato do crime e um estado de direito democrático, precisamente no fato de que este último, ao contrário do primeiro, tem o objetivo de ser moralmente correto (Shapiro, 2013, p. 215-216).

Apesar dessa argumentação em torno da descrição do fenômeno jurígeno carregado de elementos morais, o autor defende que sua visão expressa uma versão de positivismo jurídico do tipo exclusivo, rejeitando a versão inclusiva. Sem embargo, o autor entende que o positivismo jurídico do tipo inclusivo adota a tese da supremacia (*ultimacy thesis*), segundo a qual as normas jurídicas são, em última instância, definidas apenas por fatos sociais (Shapiro, 2013, p. 269). De acordo com essa tese, a moral pode ser empregada como critério de julgamento, desde que essa prática, em último grau, esteja respaldada na norma fundamental do sistema (Shapiro, 2013, p. 268). Essa é uma versão do positivismo jurídico geralmente atribuída a Hart (Hart, 2009, p. 323).

De outro lado, na sua perspectiva, o positivismo jurídico pode adotar a tese de exclusividade (*exclusivity thesis*), no sentido de que as normas jurídicas são determinadas somente por fatos sociais (Shapiro, 2013, p. 269). De acordo com essa versão, também não se pode negar que intérpretes (a exemplo dos juízes) aplicam critérios de julgamento diversos das regras positivas para resolver os casos judicializados, notadamente os mais controversos. Mas, diferentemente da versão antes exposta, a explicitação oferecida é no sentido de que, ao assim proceder, são aplicados critérios de julgamento externos ao sistema (*extra-legal standards*), ainda que com frequência (Shapiro, 2013, p. 272).

Por essa razão, o autor adere a essa versão exclusivista, geralmente atribuída a Kelsen, no sentido de que as normas jurídicas continuam apenas sendo definidas por fatos sociais, ainda que a atividade de produção do direito, por legisladores e juízes, envolva critérios de julgamento extraídos de especulações morais ou estejam baseadas no costume, na política ou mesmo em elementos interdisciplinares (Kelsen, 1986, p. 148). Ao seguir pela segunda via referida (do positivismo jurídico do tipo exclusivo), o autor argumenta que, quando ausente uma norma planejando a solução a ser dada a um determinado caso concreto, cabe ao juiz colmatar o sistema, ainda que mediante recurso a fatores de julgamentos externos, como a moralidade, prosseguindo, assim, na função de planejamento social (Shapiro, 2013, p. 276-277).

Sobre o *conceito de norma*, o autor entende que diz respeito a qualquer padrão geral ou individualizado voltado a guiar as condutas e servir de esquema de avaliação ou crítica. Abrange todas as espécies normativas, inclusive regras, princípios, guias, receitas, ordens, recomendações e planos, de origem tanto legal, como também moral, religiosa, institucional, racional, lógica ou familiar (Shapiro, 2013, p. 41).

De acordo com a teoria em tela, os planos são uma espécie de norma positiva, criada através de processos incrementais e voltada a resolver as questões sobre o que deve ser feito (Shapiro, 2013, p. 129). Um plano é, mais precisamente, uma proposição positiva e abstrata que requer, permite ou autoriza pessoas a agirem ou se omitirem, de determinada forma, sob certas condições (Shapiro, 2013, p. 127).

Segundo o autor, há diversas modalidades de planos que servem como normas jurídicas, cabendo especificar as diretivas, as permissões, as estipulações, as autorizações e as instruções. As diretivas correspondem ao tipo normativo mais básico e referem o comando para que pessoas ajam ou não de determinada forma, possivelmente dentro de certas circunstâncias, abrigando tanto requerimentos como proibições (Shapiro, 2013, p. 226). As permissões configuram uma previsão normativa que explicitamente não direciona a pessoa a agir de determinada forma (Shapiro, 2013, p. 226). As estipulações, por outro lado, especificam como se aplica outro plano (ou norma) em contextos particulares (Shapiro, 2013, p. 227). As autorizações não determinam ações, mas sim conferem a habilidade para que outros as planejem (Shapiro, 2013, p. 228). E, por fim, as instruções são receitas que acompanham as autorizações, especificando como as pessoas podem exercer os poderes que lhe foram conferidos (Shapiro, 2013, p. 228). Essas modalidades normativas não raramente estão combinadas na construção do planejamento para cada situação, para viabilizar os estímulos desejados.

No *tocante à aplicação das normas*, o autor refere que se trata de um exercício de julgamento, que consiste em uma faculdade mental que não é estritamente governada por regras ou métodos explícitos, específicos e quantificáveis (Shapiro, 2013, p. 237). Outrossim, o autor se desprende da tradicional referência ao silogismo lógico

dedutivo, entre a regra jurídica (premissa maior) e os fatos (premissas menores), proposta, dentre outros, pelos juspositivistas Kelsen (Kelsen, 1986, p. 339-340) e Ferrajoli (Ferrajoli, 2011, p. 538). De modo diverso, é referida a visualização da aplicação dos planos como uma sequência de três etapas, quais sejam, primeiro, determina-se qual o conteúdo do plano, segundo, compreende-se o seu contexto de aplicação e, terceiro, conforma-se o plano ao respectivo contexto (Shapiro, 2013, p. 126).

Nessa tarefa, resta importante referir o argumento da lógica simples do planejamento (*simple logic of planning* ou *SLOP*), segundo o qual a existência e o conteúdo de um plano (ou seja, de uma regra positiva) não podem ser determinadas pelos fatos que a função de planejamento busca resolver (Shapiro, 2013, p. 257). Daí decorre a lógica geral do argumento do planejamento (*general logic of planning argument* ou *GLOP*), de acordo com o qual a interpretação conduzida por qualquer membro do sistema de planos não pode ser determinada por fatos cuja existência os membros daquele sistema objetivam resolver (Shapiro, 2013, p. 311).

Na visão do autor, essas diretrizes teóricas implicam que, ao aplicar o direito, o magistrado deve evitar rever questões que já restaram determinadas pelas autoridades encarregadas de construir o planejamento, sob pena de subverter a legitimidade estabelecida no sistema jurídico. Apesar disso, a aplicação de uma norma, como ocorre em todos os planos, é suscetível de ser afastada, quando argumentos racionais em contrário sugerirem a reconsideração de seus méritos, desde que observadas as condições previamente planejadas para tanto (Shapiro, 2013, p. 202). Essa argumentação representa algum grau de aderência à teoria da derrotabilidade normativa em situações específicas, anteriormente desenvolvida por Hart (Hart, 1948a, 1949b; Gavião Filho; Prevedello, 2019).

Prosseguindo no tema, cabe referir que, ao renegar uma visão formalista de positivismo jurídico, o autor assinala que os magistrados não se restringem à invocação de textos normativos, mas frequentemente recorrem a argumentos morais para a resolução de disputas (Shapiro, 2013, p. 239). Mais precisamente, a argumentação jurídica de cunho moral é visualizável no *common law* quando os juízes diferenciam fundamentos vinculantes dos meramente laterais (ou seja, separam o *holding* do *dicta*), adotam posturas restritivas ou ampliativas, interpretam conceitos indeterminados (como razoável, interesse público, obsceno etc), fixam a interpretação de textos duvidosos e, inclusive, no momento de seguir, distinguir ou superar um determinado precedente (Shapiro, 2013, p. 245-246). Levando essa realidade em consideração, o autor renega uma visão formalista do positivismo jurídico, que simplesmente desconsidere essa descrição da realidade do fenômeno jurídico (Shapiro, 2013, p. 246-247).

Interessante notar que o autor rejeita a teoria da única resposta correta de Dworkin, ainda que indiretamente, ao argumentar que algum grau de indeterminação é uma característica importante dos sistemas jurídicos, não devendo ser visualizada como um defeito. O argumento é no sentido de que a certeza absoluta do direito, primeiro, não é factível, diante das limitações da linguagem natural, e, segundo, mesmo que fosse factível, poderia gerar arbitrariedades e até mesmo caos, ao contrário do que se aparentemente se pressupõe, pois impediria os magistrados de equacionar as especificidades relevantes para a resolução de casos concretos não antevistos (Shapiro, 2013, p. 257). Nessa perspectiva, um sistema jurídico razoável precisa observar um balanço entre, de um lado, clareza, previsibilidade e constrição e, de outro, correção, flexibilidade e discricionariedade (Shapiro, 2013, p. 258).

Ao procurar esse equilíbrio na interpretação e aplicação das normas, é preciso observar a metodologia de metainterpretação baseada na economia da confiança (*economy of trust*), segundo a qual se deve respeitar o esquema de atribuições de poderes decisórios estabelecido pelo sistema jurídico, de sorte a assegurar maior eficácia às deliberações do ramo da estrutura organizacional que, no contexto do planejamento social, goza de maior respeitabilidade (Shapiro, 2013, p. 335). Seguindo essa lógica, quanto mais respeitável é o intérprete, sob a ótica dos poderes estabelecidos pelo sistema jurídico, maior discricionariedade ele goza, proporcionalmente aos demais agentes, no esquema organizacional planejado (Shapiro, 2013, p. 342-343).

Assim, para definir qual o grau de discricionariedade interpretativa a ser conferida a cada intérprete, é recomendável observar três parâmetros lógicos de metainterpretação, consistentes em: (1) especificação da competência e do caráter necessário para implementar cada procedimento interpretativo; (2) extração das razões que os planejadores empregaram para (2.1) definir o grau de confiança em cada ator ao receber suas tarefas e (2.2) fixar os objetivos sistêmicos que reservaram para cada ator; e, (3) avaliação de quais os melhores procedimentos para implementar os objetivos sistêmicos atribuídos a cada ator, considerando que detêm competência e caráter (Shapiro, 2013, p. 359).

No concernente ao *conceito de ordenamento jurídico*, o autor adota a tese da ação compartilhada (*shared agency thesis*), segundo a qual o reconhecimento de pertencimento de uma norma ao sistema depende de sua

vinculação à ação institucional de planejamento de determinada comunidade (Shapiro, 2013, p. 204). Essa tese segue a linha lógica de que o sistema jurídico é representado pela atividade de planejamento, organização e estruturação social, que resulta em um conjunto de diversas diretrizes resolutiva de eventuais conflitos.

Assim, a unidade de um sistema de normas depende de configurarem o conjunto de elementos de planejamento institucional de um determinado grupo social. Nesse particular, o autor visualiza a possibilidade de existência de um plano mestre superior em cada sistema, mas este também demanda enquadramento na sociabilidade compartilhada dos planos (Shapiro, 2013, p. 208). Esse argumento difere, em certa medida, da proposição juspositivista tradicional, que estabelece a unidade do sistema precipuamente com base na vinculação das regras parcelares a uma norma jurídica superior, como proposto por Kelsen (norma fundamental hipotética) (Kelsen, 2006, p. 9 e 217), Hart (regra suprema de reconhecimento) (Hart, 2009, p. 126) e Bobbio (poder constituinte) (Bobbio, 2010, p. 220).

Ao crepúsculo, em linha com o conteúdo acima exposto, o autor *conceitua o direito* como uma organização de planejamento institucional, compulsória e autocertificada, cujo objetivo é resolver aqueles problemas morais que não podem ser solucionados, ou tão bem solucionados, através de ordens sociais alternativas (Shapiro, 2013, p. 225). Como se pode perceber através da explicitação da categoria acima exposta, no entendimento do autor, o estabelecimento de sanções não é um elemento necessário do conceito de direito (Shapiro, 2013, p. 169).

3 Conclusões

O presente texto apresentou as características centrais da proposição teoria de Scott J. Shapiro, desenvolvida na obra *Legality*, intitulada de Teoria do Planejamento Normativo.

Em sede conclusiva, conforme proposto como referente da presente pesquisa, coube identificar os aspectos centrais da teoria de Shapiro que podem merecer uma discussão mais aprofundada, em textos posteriores específicos, para fins de argumentar se remanesce com as falhas descritivas e prescritivas atribuídas aos modelos positivistas anteriores ou, alternativamente, se apresenta uma versão sustentável do modelo juspositivista, sem olvidar da possibilidade de que a sua teoria apresente pontos de identidade com proposições de cunho jusnaturalista ou pós-positivista, especialmente no tocante à tese da conexão necessária entre direito e moral.

O primeiro e mais destacado aspecto da proposição teórica exposta é, precisamente, o enfoque na função de planejamento dos sistemas jurídicos. De acordo com o autor, a convivência em sociedades de população massiva depende do desenvolvimento do direito como instrumento de planejamento dos critérios relevantes para estabelecer os objetivos sociais, os meios de alcançá-los e, também, os parâmetros para resolver eventuais conflitos. O instrumental jurídico representaria a tecnologia mais adequada para dirimir diferentes preferências morais, do que alternativas como os costumes e a tradição, dentre outras, porquanto preestabelece as circunstâncias da legalidade, de modo a diminuir os riscos e o tempo para a resolução das eventuais questões emergentes em sociedade.

Nesse particular, resta razoável afirmar que a função de planejamento social dos sistemas jurídicos não era desconhecida pelos teóricos do direito, porém deixou de ser enfocada como característica central, na forma como trabalhada pelo pensador em tela. No ponto, uma questão que merece ser levantada para discussões futuras reside no caráter consequencialista da atividade jurígena, decorrente da visão de planejamento futuro proposta pelo autor.

Com efeito, as discussões anteriores geralmente observavam a necessidade de o intérprete olhar para os critérios de julgamento positivados no passado, com a finalidade de resolver problemas atuais, enquanto a proposição em análise, alternativamente, propõe expressamente a visualização do direito como instrumento para atingir os objetivos morais do Estado e da sociedade, destacando a perspectiva consequencialista do sistema jurídico. Trata-se de questão controvertida e que merece aprofundamentos específicos, considerando as potenciais críticas quanto ao caráter prospectivo do direito.

Prosseguindo, um segundo ponto de relevo na proposição teórica apresentada consiste na revisão, em alguma medida, da clássica tese da separação entre direito e moral, que demarca as linhas teóricas juspositivistas. Os autores do positivismo jurídico apresentam argumentos similares, mas não totalmente convergentes, com relação à referida tese, permitindo, ao menos, a divisão nos dois ramos apontados (juspositivismo inclusivo ou exclusivo). Na perspectiva do autor, o modelo inclusivo de Hart, outrora considerado o mais aceito, não responde adequadamente às críticas jusnaturalistas e pós-positivistas, recomendando-se uma adoção revisitada do padrão exclusivista.

Em brevíssima síntese, para o autor, o direito seria composto apenas de normas positivas (planos de diversas espécies), as quais, todavia, não contemplam todas as hipóteses de aplicação (margem de indeterminação do direito) e, por isso, o magistrado estaria simplesmente autorizado a colmatar o sistema mediante recurso a padrões

extralegais (como a moralidade), o que seria visualizado na realidade forense de forma frequente, até porque o objetivo moral do Estado e do sistema jurídico é justamente prever os critérios necessários ao atingimento de determinados objetivos axiológicos.

Diante dessa forma de apresentação da tese entre direito e moral, inúmeras e importantes discussões seriam recomendadas em estudos posteriores, cabendo apontar dois pontos centrais a serem debatidos.

Primeiro, importa aprofundar o tema do conceito de moralidade adotado pelo autor, referente a um conjunto metafísico de padrões de conduta idealizados. Com efeito, para alguns autores, essa visualização da moralidade encerra apenas a discussão entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, o primeiro aceitando e o segundo renegando a invocação de padrões morais metafísicos como normas impactantes na validade do direito. Porém, não resolveria a discussão de cunho culturalista, baseada em interpretações de autores pós-positivistas, que visualizam a moral também como um fato social, ou seja, como um produto artificial da sociedade, com supedâneo nos argumentos relativistas antes propostos por Kelsen. Acaso baseado nessa perspectiva, a tese da separação entre direito e moral proposta pelo autor (calcada apenas na origem social) estaria esmaecida e, assim, poderia deslocar a classificação da proposta de juspositivista para pós-positivista (ou, ao menos, não positivista), com consequências relevantes.

E, segundo, também os diversos pontos de conexão entre juridicidade e moralidade apresentados pelo autor, baseados na descrição realista do cenário forense quanto ao efetivo e frequente emprego de fatores diversos dos textos legais e jurisprudenciais como critérios de julgamento, implicam uma potencial derruição da tese da separação entre direito e moral, ao revelar uma conexão efetiva entre ambos. Essa questão merece, igualmente, um enfrentamento apartado.

Sobre esses dois pontos, aliás, Thomas da Rosa Bustamente argumentou que a tese (*moral aim thesis*) apresenta raízes morais, pois consubstancia um argumento político sobre o valor da legalidade (Bustamante, 2012, p. 9). Essa característica permite considerar que a teoria em questão é uma modalidade de positivismo jurídico de caráter normativo, não apenas descritivo (Bustamante, 2012, p. 11). Além disso, o referido crítico questiona a metodologia de interpretação legal proposta por Shapiro, considerando principalmente a admissão de que juízes empregam raciocínios morais (Bustamante, 2012, p. 13-15).

Indo mais além, Robert Alexy apresentou argumentos no sentido de que a Teoria do Planejamento Normativo de Shapiro, ao invés de recuperar a versão exclusivista do positivismo jurídico, apresenta-se como uma proposição não positivista em aperfeiçoamento (Alexy, 2016).

Também os argumentos expostos na Teoria Complexa do Direito, referentes à construção de um modelo teórico mais do que positivista, merecem ser contemporizados, igualmente ao apontar a manutenção do legado da teoria dos fatos sociais e, simultaneamente, apontar a moralidade (tida como fato social) como uma fonte jurídica, dada a sua frequente utilização nas atividades jurígenas de positivação e adjudicação judicial (Zanon Junior, 2019b).

Com efeito, o argumento do autor de que simplesmente o magistrado estaria autorizado a frequentemente aplicar critérios extralegais, não só em casos controversos, mas também para atividades corriqueiras (como identificar a *holding*, interpretar conceitos indeterminados etc), acabaria por, eventualmente, implicar o contraponto de que o direito seria apenas um entre vários insumos decisórios válidos, além de potencialmente obnubilar a diferença proposta entre as teses da supremacia e da exclusividade, que marcam os modelos de positivismo.

Além dos dois pontos acima, que refletem os assuntos para discussões mais tormentosas, outras duas questões podem recomendar aprofundamentos relevantes sobre a proposição teórica examinada. Um deles seria a definição dos contornos e da eficácia do chamado plano máximo do sistema jurídico, que corresponderia, em certa medida, ao conceito de norma fundamental trabalhado pelos autores clássicos do positivismo jurídico, mas que não representa o ponto definidor de pertencimento ao sistema (esse é reservado ao planejamento dos fins sociais). Já o outro consistiria na polêmica afirmação de que a coercitividade das normas jurídicas não seria um elemento necessário ao conceito de direito. Assim, ambas as afirmações representam considerável grau de divergência aos autores clássicos do positivismo jurídico e mereceriam aprofundamentos em textos específicos.

Outrossim, encerra-se a presente pesquisa, com a finalização do esforço para atingimento de suas duas metas, consistentes em apresentação dos aspectos centrais da Teoria do Planejamento Normativo para, ao final, apontar elementos controvertidos a demandar desenvolvimentos futuros, em textos específicos.

Referências

ALEXY, Robert. Scott J Shapiro between positivism and non-positivism. **Jurisprudence**, [*s. l.*], v. 7, n. 2, p. 299-306, 2016. DOI: https://doi.org/10.1080/20403313.2016.1190149

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRATMAN, Michael. **Intention, plans and practical reason**. Stanford: CSLI Publications, 1999. *E-book*.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Interpreting plans: a critical view of Scott Shapiro's planning theory of law. **Australian Journal of Legal Philosophy**, [*s. l.*], v. 37, p. 219-250, 2012. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2206307. Acesso em: 05 out. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. v. 1.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 1-21, jan./abr. 2019. DOI: https://doi.org/10.1590/2317-6172201907

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsability and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society,** London, v. 49, n. 1, p. 171-194, may 1949. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/4544455. Acesso em: 05 out. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 15. ed. São Paulo: Emais Editora, 2021.

SHAPIRO, Scott Jonathan. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

SHAPIRO, Scott Jonathan. The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed. **Yale Law School**, New Heaven, n. 77, p. 1-54, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657. Acesso em: 05 out. 2022.

SHAPIRO, Scott Jonathan. Was inclusive legal positivism founded on a mistake? **Ratio Juris**, Oxford, v. 22, n. 3, p. 326-338, 2009. DOI: https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2009.00428.x

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Sobre a importância de uma abordagem científica do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 17, n. 26, p. 87-102, jul./dez. 2019a. Disponível em: https://ojs.editoraforum.com.br/rihj/index.php/rihj/article/view/118. Acesso em: 05 out. 2022.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019b.

Como citar:

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A teoria do planejamento normativo de Shapiro. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 29, n. 3, p. 1-9, jul./set. 2024. DOI: https://doi.org/10.5020/2317-2150.2024.15003

Endereço para correspondência:

Orlando Luiz Zanon Junior
olzanon@yahoo.com.br

Recebido em: 25/02/2024
Aceito em: 23/05/2024

A_Teoria_do_Planejamento_Normativo_de_Shapiro.pdf

RELATÓRIO DE ORIGINALIDADE

17%	17%	9%	4%
ÍNDICE DE SEMELHANÇA	FONTES DA INTERNET	PUBLICAÇÕES	DOCUMENTOS DOS ALUNOS

FONTES PRIMÁRIAS

1	ojs.unifor.br Fonte da Internet	7%
2	egov.ufsc.br Fonte da Internet	1%
3	hdl.handle.net Fonte da Internet	1%
4	doaj.org Fonte da Internet	1%
5	periodicos.univali.br Fonte da Internet	1%
6	pdffox.com Fonte da Internet	1%
7	docplayer.com.br Fonte da Internet	<1%
8	repositorio.ufmg.br Fonte da Internet	<1%
9	site.conpedi.org.br Fonte da Internet	<1%
10	www.biblioteca.pucminas.br Fonte da Internet	<1%
11	www.teses.usp.br Fonte da Internet	<1%
12	www.joinville.sc.gov.br Fonte da Internet	<1%
13	bdjur.stj.jus.br Fonte da Internet	<1%

14	Submitted to Universidade de Fortaleza -- Fundação Edson Queiroz / Foundation Edson Queiroz Documento do Aluno	<1 %
15	Juristic Concept of the Validity of Statutory Law, 2013. Publicação	<1 %
16	periodicos.unicesumar.edu.br Fonte da Internet	<1 %
17	mail.anpof.org Fonte da Internet	<1 %
18	revistas.ufpr.br Fonte da Internet	<1 %
19	www.scilit.net Fonte da Internet	<1 %
20	repositorio.ufrn.br Fonte da Internet	<1 %
21	esjud.tjac.jus.br Fonte da Internet	<1 %
22	link.springer.com Fonte da Internet	<1 %
23	revistaagu.agu.gov.br Fonte da Internet	<1 %
24	ri.ufs.br Fonte da Internet	<1 %
25	spotidoc.com Fonte da Internet	<1 %
26	www.repositorio.jesuita.org.br Fonte da Internet	<1 %
27	www.giurisprudenza.unipg.it Fonte da Internet	<1 %

Excluir citações	Em	Excluir correspondências	Desligado
Excluir bibliografia	Em		