

Muito além do plano: objeções à visão de direito de Scott Shapiro.

Thomas da Rosa de Bustamante^{*}
Mirlir Cunha^{**}

Sumário: 1 – Introdução: o direito como plano; 2 – Contratos, convenções e planos sociais; 3 – Coordenação e controle da comunidade; 4 – A autodeterminação dos indivíduos e a história das instituições; 5 - O direito além do plano; 6 – Considerações finais.

Resumo

A colaboração entre os indivíduos para o alcance de objetivos comuns por meio de planos é evento vibrante nas sociedades complexas atuais. Por suas características serem próximas às do fenômeno jurídico, é bastante interessante associar o direito à noção de plano como meio eficaz de coordenação social, apto a promover o desenvolvimento das comunidades que seguem seus padrões com perseverança.

Contudo, em razão da especial atenção dedicada à estrutura analítica do plano, voltada a uma ação diretiva, e das objeções realizadas a algumas interpretações passadas sobre a natureza do direito, questiona-se até que ponto não só a coordenação e a estabilização do ambiente social, mas também a proteção dos projetos individuais daqueles que serão atingidos pelos propósitos desta racionalização, estão incorporados à concepção de direito em análise.

Palavras-chaves: Teoria do Direito; Shapiro; Teoria do Planejamento; Positivismo Jurídico; Crítica

More than plans: objections to Scott Shapiro's conception of Law

Abstract

Cooperation among individuals for achieving a common goal through planning is a vibrant phenomenon in complex contemporary societies. Since these features are closely connected to jurisprudence, it is interesting to associate the Law to the notion of plans as an important and efficient means for social coordination, which is apt to promote the

^{*} Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UFMG.

^{**} Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

development of a community that follows its own standards in community that is determined to pursue its own goals.

However, in the light of the special emphasis on the analytical structure of the law, which is bound to a prospective agency, and of the objections raised by certain interpretations of the nature of law, it is questionable how far not only social coordination and stability, but also the protection of individual projects of those affected by the plans, are embedded in the conception of law under consideration.

Key words: Jurisprudence; Shapiro; Planning Theory; Legal positivism; Critical Analysis

1. Introdução: o direito como plano

No dia-a-dia, as pessoas fazem planos. Elas se organizam para concluir a faculdade, melhorar a alimentação, reunir os amigos, viajar para um local interessante. O planejamento é uma importante atividade que permite às pessoas se projetarem a uma situação diferente e realizarem seus objetivos de acordo com as suas expectativas. Ao realizarem essas atividades, elas contam com a participação de outras pessoas e também das instituições, dentre as quais o Estado.

As organizações, públicas ou não,¹ frequentemente usam os planos para se comunicarem com o seu público e difundir a razão da sua existência e sua estratégia. Ao fazerem isso, elas esclarecem ao público o interno (funcionários e servidores) e ao externo (quem irá usufruir do produto ou serviço ou se tornar possível colaborador), qual o seu propósito e o que dela esperar. Com base na estratégia estabelecida no plano, as relações vão sendo construídas e as condutas sendo disseminadas por meio de modelos mentais que serão colocados em prática. A finalidade deste esforço é a racionalização do processo de trabalho em prol de objetivos com reflexos coletivos.

Não se leva muito tempo para associar as realizações pessoais com as corporativas. Com a mesma facilidade, a interação decorrente do propósito do plano e da sua normatividade é relacionada ao direito. E essa foi a notável contribuição de Scott Shapiro à Teoria do Direito.

¹ Nos países democráticos os governos precisam estreitar o relacionamento com a população e desenvolver serviços e medidas que promovam a qualidade do bem estar desta visando aumentar o seu capital político. A legitimidade do governo junto à população gera estabilidade e permanência de determinado grupo político no poder.

Ao refletir sobre os fundamentos da obra do filósofo Michael Bratman, Shapiro identifica que algumas das premissas desenvolvidas pela ideia de coordenação através de planos, ou atividades cooperativamente compartilhadas (*shared cooperative activity – SCA*), são similares aos fundamentos do direito. Portanto, como prática social fortemente caracterizada pela sua capacidade diretiva e normativa, o direito pode ser compreendido como um plano. Logo, ele defende que o progresso da coletividade depende da capacidade de seus integrantes levarem o plano a sério.

Sem discordar que os planos são importantes práticas sociais consubstanciadas nos sistemas jurídicos, este ensaio visa confrontar a proposta de Shapiro com a história das conquistas jurídicas e pretende discutir o seu alcance na promoção dos direitos fundamentais. A pergunta orientadora desta reflexão é se a visão coordenadora do direito como plano é capaz de garantir a proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades e abusos de quem possui o poder para traçar as diretivas da comunidade.

Esta investigação começa pelo estudo do desenvolvimento das estruturas jurídicas segundo as concepções inauguradas a partir do Estado Moderno. O item 2 se concentra em relacionar historicamente as concepções teóricas de contrato social, convenções e planos sociais e seus reflexos no pensamento jurídico. Já o item 3 visa a refletir sobre as noções de coordenação e controle da comunidade e sobre quem as exerce, que são pontos centrais de um modelo positivista como o defendido por Shapiro. Esta preocupação com a segurança e a eficiência do sistema, por meio do seu fechamento, bem como o funcionamento do seu modelo hierárquico, ocasiona uma série de discussões que afetam o núcleo da abordagem de Shapiro.

A partir do item 4 alguns apontamentos mais críticos à proposta do autor serão enfrentados ao se discutir sobre os processos de elaboração dos planos e a participação dos indivíduos neste modelo de governança, além de refletir sobre como esses devem ser interpretados. Atenção especial será dada à questão das escolhas dos indivíduos e sua autonomia de agir contra os planos e alguns aspectos da meta-teoria defendida por Shapiro. Será no item 5 que outras noções importantes para a Teoria do Direito, como a proteção, serão confrontadas com as funções de coordenação e controle realçadas pela proposta do autor em discussão.

Nas considerações finais, por sua vez, será defendida a tese de que a teoria de Shapiro não enfrenta algumas das principais questões referentes ao direito como garantidor

dos direitos fundamentais na sua noção instrumental de plano, nos moldes como visa promover a teoria da integridade de Ronald Dworkin.

2. Contratos, convenções e planos sociais.

Uma das características da Modernidade, no seu período de formação, foi a construção do domínio da razão, que teve como marco a confiança plena do homem na sua capacidade de abstração e realização. O início da chamada sociedade organizada no ocidente repercutiu diretamente na rapidez com a qual o homem realizou a conquista geográfica e a subordinação da natureza ao seu interesse.

Logo no início deste período, surgiram teorias sociais que destacavam o fato de parte do desenvolvimento humano se dever a sua habilidade de viver em estruturas compostas por vários indivíduos de forma organizada e cooperativa hábeis a proporcionar certa vantagem diante dos desafios da natureza. Algumas dessas teorias foram as responsáveis por fornecer os subsídios para a discussão acerca da formação e legitimidade dos Estados Nacionais, como a ideia de organização por meio de um contrato social defendida por Hobbes, Locke e Rousseau, apesar das diversas nuances entre as propostas dos citados autores.

A teoria contratualista, que é muito importante na tradição filosófica e política liberal, de modo geral considera como primordial em sua análise o valor da autonomia da pessoa e da sua capacidade de disponibilizar parcela da sua liberdade em prol de um convívio social vantajoso. Segundo esta corrente, o Estado se originou de um acordo entre sujeitos em torno de elementos essenciais da existência em coletividade. Daí foi criado um modelo no qual cada um aceita a decisão de viver em grupo, e de ser por ele acolhido mediante interesse pessoal, já que sem esta condição sua vida estaria em perigo.

Assim, para os contratualistas, indivíduos sob condições ideais de liberdade e igualdade firmam um contrato hipotético acerca de uma concepção de ordem social. Essa força diretiva a ser respeitada, o será em razão do compromisso social assumido por todos, que é constantemente renovado.

A proposta contratualista é importante porque busca responder duas perguntas que circundam os mais variados tipos de sociedade, quais sejam: a) o que a moral exige de nós? b) E porque devemos obedecer a certas regras? Acerca da primeira pergunta,

o contratualismo responde: a moral exige que cumpramos aquelas obrigações que nos comprometemos a cumprir. E, ante a segunda pergunta, o contratualismo afirma que a razão pela qual devemos obedecer a certas regras é porque nos comprometemos a isso. Não é por acaso, nesse sentido, que o contratualismo, como proposta teórica, tenha surgido e se tornado popular depois de uma época em que perguntas como as mencionadas só encontravam respostas por meio da religião. Desde o início do Iluminismo, o contratualismo apresentou-se como a forma mais atraente de “preencher o vazio” deixado pelas explicações religiosas sobre as questões morais, sobre o problema da autoridade. A autoridade é vista agora como uma criação dos próprios indivíduos, que não podem ser justificadas recorrendo-se a abstrações ou entidades não-humanas (GARGARELLA, 2008, p.14).

No centro do debate contratualista se situa a preocupação com a origem do poder da autoridade – pessoa ou grupo detentor dos meios hábeis a exigir obediência a suas ordens pelo uso da força respaldado pelo poder soberano (APPIAH, 2006, p.201). O uso do poder coercitivo pela autoridade, de acordo com esta corrente, é legítimo em razão do contrato aceito consensualmente pela comunidade, de acordo com as circunstâncias fáticas e condições avaliativas.

Desde as primeiras teorias políticas liberais até as mais atuais, cujos reflexos são fortemente sentidos no direito, há uma extensa preocupação com as questões ligadas à autonomia e liberdade comportamental do indivíduo, os mecanismos de controle e coordenação social, bem como a autoridade controladora dos mecanismos de direção social. O que se percebe após essas breves considerações é que esses temas vão se modificando ao longo da experiência, na medida em que as comunidades vão se tornando cada vez mais complexas.

Quanto a esses que podem ser considerados, dentre outros, como alguns dos elementos primários do direito, Hart, seguindo a tradição de Hobbes e Hume, já afirmava que

os seres humanos têm certa constituição física e emocional, junto com certa capacidade racional de planejar, antecipar e entender as sequências causais que descobrem no curso da natureza. São também seres sociais cuja sobrevivência depende do sucesso de sua cooperação com outros de sua própria espécie. O mundo que habitam não lhes garante a sobrevivência sem esforço; na verdade, esforço cooperativo. Eles têm, como parte de sua constituição emocional, um poderoso instinto de sobrevivência como indivíduos e também de assegurar a sobrevivência de pelo menos suas próprias famílias e associados íntimos. O exame do modo real de organização das sociedades humanas revela certos aspectos padronizados ou comuns que podemos inferir serem condições essenciais de sobrevivência individual e coletiva, pelo nosso conhecimento das qualidades dos seres humanos e do caráter físico do planeta que habitam (MACCORMICK, 2010, p.128).

Logo, o pano de fundo que se discute aqui é constituído (1) pelo o próprio sucesso da humanidade em se agrupar em associações direcionadas à realização de trabalhos capazes de superar as suas limitações e as adversidades da natureza; (2) pela sua capacidade inata de gerar, reconhecer, interpretar e selecionar padrões referentes às estruturas de cooperação e organização mais eficientes e (3) pela sua necessidade imperiosa de superar as adversidades decorrentes da sua própria fragilidade, desigualdade e ambição, como retratado neste texto até agora, por meio da cooperação e da competição.

São as características da própria espécie humana que influenciam as várias áreas do conhecimento e fazem o estudo dos ramos da sociologia e da sociologia aplicada serem tão interessantes. Primeiramente, são nítidas as referências às relações do indivíduo com o meio-ambiente, outros indivíduos, grupos, além das que têm lugar entre grupos e entre grupos e meio-ambiente. Na medida em que as adversidades naturais vão sendo superadas, o mundo real se afasta do mundo físico e se torna cada vez mais simbólico. Os problemas concretos vão se tornando questões conjunturais referentes à atividade humana, cada vez mais abstratas e complexas que dependem de maior aperfeiçoamento e sofisticação dos processos característicos de realização.

Portanto, com a mudança das demandas sociais, altera-se o foco das necessidades humanas, de modo que o desenvolvimento ou destaque de uma de suas habilidades permite uma melhor compreensão ou enfrentamento do fenômeno urgente. Com isso, observa-se que as noções anteriormente valorizadas e presentes nas teorias políticas e jurídicas, tais como a força, a concentração e a hierarquia de poder, vão sendo substituídas por outras cada vez mais complexas, como o processo, a justificação e pluralismo participativo (inclusão) nas decisões referentes às práticas sociais.

Com essa análise, percebe-se que os conceitos de Estado e de Soberania já não são encarados como antes, pois essas duas concepções já estão bem consolidadas no ideário social. Do mesmo modo, a noção de autoridade no estado contemporâneo é demanda estabilizada, em razão da superação dos problemas de controle da política e do progresso econômico. O foco hoje se concentra na questão da legitimação.

Do início do século XX até o final da sua primeira metade, as concepções contratualistas sofrem duras críticas e muitas reformulações. A noção de contrato tal qual primeiramente cogitada foi abandonada pela ideia de convenção, mais lógica e próxima da origem das práticas políticas e jurídicas do que da proposta que prega um acordo universal entre indivíduos em igualdade na natureza.

Desde então, o problema central passa a ser como preservar o legado institucional que é herdado por cada comunidade e utilizá-lo na reação às contingências atuais. A respeito desta preocupação, discute-se sobre as expectativas comportamentais esperadas nas prováveis e improváveis circunstâncias e sobre a capacidade dos indivíduos de planejar modelos de atuação aptos a alcançar o desenvolvimento social e a satisfazer a realização de projetos pelo próprio indivíduo.

Pode-se perceber nesta leitura a compreensão indutiva de que os modelos liberais não são contraditórios entre si, mas apresentam uma continuidade na medida em que se ajustam às novas demandas e percepções sociais. A ideia de contratos sociais justificadores da existência do Estado hierarquicamente superior é absorvida pela proposta de direitos como padrões decorrentes de práticas sociais capazes de orientar os indivíduos da sociedade. Como o foco neste momento era a segurança, as questões morais foram tratadas como externas ao direito, que deveria ser visto como um sistema fechado capaz de ofertar a previsibilidade necessária ao desenvolvimento das atividades humanas.

O Estado, porém, além de ser visto como resultado da ação coletiva das pessoas, tem a sua posição de importância elevada a um novo conceito, no qual os projetos de vida das pessoas passam a assumir certa relevância para as propostas jurídicas e políticas². Isso ocorre porque elas serão inseridas no processo de governo, não por meio de um único ato pressuposto - a aceitação de um acordo -, mas devido à capacidade que detêm de interferir criticamente na produção da convenção e no reconhecimento dos padrões jurídicos de conduta (regras) que lhes serão impostos. Com essa nova orientação, observa-se uma redução da distância entre o Estado e os indivíduos e um aperfeiçoamento da ideia de autogoverno.

A continuidade da leitura linear da teoria política liberal permite reconhecer que não bastou apenas institucionalizar a associação humana através do Estado, nem garantir segurança às pessoas por meio da participação na produção dos padrões de conduta social utilizados para controlar, orientar e planejar a vida (HART, 2009, p.54). Mas ao homem não basta apenas estabilizar, para ele é importante também progredir. E esse movimento deve ser realizado de forma eficiente e otimizado. Por isso, uma proposta que busque impor maior coordenação à atividade coletiva precisa ser inaugurada.

² Segundo Shapiro, a proposta de Hart objetiva a visão de normas como comandos que dizem às pessoas o que elas devem ou não fazer. Por meio da sua proposta de descrever a validade das regras jurídicas como derivadas de outras “regras que conferem poderes” (*power-conferring rules*), as quais, por sua vez, estão fundadas em uma regra última de reconhecimento que é uma convenção adotada pelos oficiais que aplicam o direito sobre os critérios de validade em um determinado sistema, o valor do direito está em dizer às pessoas que delas será exigido fazer algo apenas se quiserem realizar certo fim (SHAPIRO, 2011, p. 60).

Busca-se dar maior relevância à funcionalidade da capacidade de organização social por meio do direito, agora visto como dotado de função que vai além da proteção aos projetos de vida, ou seja, é plano responsável pela eficiência social. Esta nova proposta começou recentemente a ser discutida após a publicação da obra *Legality*, de Scott J. Shapiro, cuja ideia de direito como plano será discutida nas próximas seções deste trabalho.

3. Coordenação e controle da comunidade

Como já alertado no item anterior, a leitura linear das teorias políticas liberais é um esforço construtivista dedicado a enxergar as contribuições de cada trabalho e, tomando como início as demandas que eles contornaram, partir para o enfrentamento de outras tensões no sistema político e jurídico. Acredita-se que foi possível observar que, até este ponto, nenhuma crítica foi levantada em desfavor de qualquer teoria apontada.

Esta postura, no entanto, tende a mudar de agora em diante. Primeiramente porque, se se pretende repassar o mínimo de informações possíveis sobre uma dada proposta, deve-se, antes de tudo, demonstrar contra quais pressupostos suas premissas se insurgiram.

Desse modo, registra-se que muitos foram os questionamentos em desfavor daquelas interpretações da prática política e jurídica que favoreciam a posição soberana do Estado. Esta posição, principalmente por se concentrar nos poderes das autoridades estatais orientadas por interesses pessoais ou de certos grupos da elite, não reconhecia as demandas sociais como legítimas e sobre elas não demonstrava preocupação, deixando-as alheias às proposições públicas.

Como historicamente foi privilegiada, primeiramente, a vontade governante e, logo depois, a vontade do legislador (*mens legis*), a visão de direito como ordem estatal dotada de coerção se desenvolveu em várias matrizes do pensamento liberal. A noção de direito como ato de constrição foi destacada devido à necessidade de se impor ao grupo as diretrizes Estatais, a princípio, sem a necessidade de justificação. Este entendimento prevaleceu até enfrentar grave crise e ocasionar alternativas às reivindicações de estabelecimento de um Estado onde os comandos de coordenação social passassem a ser justificados e a fundamentação para as decisões (as leis) fosse construída com base em um sistema jurídico que seria construído por todos os interessados.

Como resultado dessa mudança de postura, ocorreu o abandono paulatino da formatação inicial das ideias sobre o contrato social, que permitia à autoridade arbitrariamente adotar quaisquer decisões; no entanto, a ideia de autodeterminação foi preservada e

aperfeiçoada ao ganhar conotação política mais abrangente. Logo, os atos e manifestações adotados ou rejeitados pelos indivíduos passaram a ter conotação política e importância jurídica quando encarados como comportamentos criticamente aceitos.

Os atos dos oficiais, especialmente dos que atuam junto ao poder judiciário (advogados, promotores, e magistrados), passaram a ser considerados como importantes fontes da atuação estatal e reconhecidos como expressão jurídica da autoridade do Estado. E esses atores, sob o prisma do ponto de vista interno (de quem lida com as reivindicações sociais e conhece o sistema jurídico), deixaram de ser apenas a “boca da lei” para se tornarem agentes aptos a identificar os padrões convencionados que devem ser preservados e aqueles que estão em conflito com a necessidade social atual. No entanto, a falta de previsibilidade dos julgamentos passaria a ser tão inapropriada quanto a arbitrariedade do governante ou do legislador, pois ameaçava a sistematização do modelo e a sua estabilidade.

A desconcentração do poder, embora apresente aspectos positivos, não agrada a todos porque desconsidera a perda de esforços que o debate nas instâncias políticas ocasiona ao se adiar a obtenção de uma definição conclusiva. Essa conduta enfraquece, segundo esses descontentes, o ganho de eficiência do Estado, e não representa necessariamente maior proteção ou segurança em razão das especificidades do processo judicial, menos sujeito ao escrutínio e à intervenção dos interessados do que o processo legislativo³. Além das dúvidas quanto ao benefício da ampliação da participação política por meio de novas instâncias decisórias, recentemente, a partir da segunda metade do século XX, teoria do direito se depara com a demanda por aperfeiçoamento das ações públicas na gestão do interesse de todos e do que é público⁴.

O desenvolvimento tecnológico e das técnicas de gestão da iniciativa privada resultaram na concentração de um conhecimento técnico altamente especializado que exerce pressão sobre o desempenho produtivo, inclusive o estatal, para que este, mesmo não visando ao lucro, venha promover os seus serviços com a melhor relação custo benefício e com a maior eficácia possível. Assim, diz-se que o Estado passou por gerações: a patrimonialista, a

³ Jeremy Waldron argumenta que a revisão judicial da legislação não é geralmente apropriada como um modo final de decisão em uma sociedade livre e democrática, pois os membros desta discordam seriamente sobre qual é o direito e, nestas circunstâncias, devem prevalecer as decisões que resultaram dos procedimentos que ouviram a voz da maioria das pessoas, como o legislativo (WALDRON, 2006, p.1406).

⁴ Nesse sentido, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule sustentam que os órgãos da administração (*administrative agencies*) devem, ao contrário do judiciário, possuir certa flexibilidade e discricionariedade, pois eles estão em melhor posição para saber se um resultado particular, de acordo com o texto constitucional, é ou não sensato (SUSTEIN; VERMEULE, 2003, p.950). Isso porque esses órgãos bastante especializados detém o conhecimento técnico mais adequado para avaliar as situações complexas referentes a sua área de atuação (SUSTEIN; VERMEULE, 2003, p.889). O judiciário, por carecer de conhecimento técnico adequado e ter dificuldade de lidar com dados empíricos, deveria adotar uma postura minimalista (VERMEULE, 2009).

burocrática e, agora, a gerencial (CHIAVENATO, 2006, p.120). Atualmente, o foco não é mais em ações, mas em processos que representam ganhos de resultados hábeis a melhorar a qualidade da gestão da coisa e do interesse públicos e, conseqüentemente, o aumento do capital político dos grupos que estão no controle do poder público. Com isso, as noções de projetos, planos, sistemas e outras ferramentas da gestão são adaptadas à realidade pública, e a mensuração de índices e indicadores passa a ser constantemente considerada por meio de séries históricas como um aspecto da vida humana. Tudo, a partir de agora, é traduzido em números e estatísticas capazes de apresentar tendências que possam vir a ser controladas e verificar os resultados do plano.

Boa parte dessa tendência a planificar e aperfeiçoar a atuação pública é decorrente dos esforços em demonstrar qual modelo político possui as melhores condições de se desenvolver e demonstrar sua força. Os planos soviéticos de desenvolvimento em ciclos, por exemplo, são famosos e representaram o primeiro esforço em prol da sistematização e eficiência da administração estatal. Os estados capitalistas, não menos competitivos, também desenvolveram suas estratégias de atuação e desenvolvimento⁵.

Em muitos países, como o Brasil, é comum a estruturação de planos de desenvolvimento econômico e social da nação. Ao longo do século XX, por exemplo, nas décadas de 1930, 1950, 1970 e 2000, teve-se no Brasil a ação por meio de diretrizes motivadoras da iniciativa do Estado consolidadas em planos nos quais eram importantes participantes as Empresas e Instituições de públicas voltadas para o estímulo do desenvolvimento econômico de determinados setores estratégicos, como a indústria siderúrgica, energética, de telecomunicações, o sistema financeiro, habitacional e outros. Também nos anos de 1990, houve o desenvolvimento de planos caracterizados pela redução da atuação estatal por meio das privatizações e de um rígido plano de controle de austeridade que foi sugerido pelas principais Instituições Financeiras Internacionais (FMI e Banco Mundial), cujo resultado afetou todo o ciclo produtivo do país naquele período.

Fato é que os planos são instrumentos bastante efetivos de desenvolvimento coletivo e possuem muitas vantagens estratégicas, dentre elas a possibilidade de alinhar condutas dos indivíduos em prol de objetos claros, bem definidos e compartilhados, de modo estável durante o seu período de realização. Logo, o plano representa a resposta de uma racionalidade instrumental aos desafios enfrentados pela comunidade política em seu

⁵ Citando Hayek, Shapiro afirma que o socialismo não foi o único modelo político que defendeu o comprometimento com planejamento social. Pelo curso histórico, inclusive, percebe-se que os planos por eles elaborados não eram dotados das condições necessárias ao seu sucesso (SHAPIRO, 2011, p.155).

ambiente natural. Esta racionalidade pretende identificar qual é o cenário atual em que a comunidade está inserida e qual é o cenário mais favorável, que se pretende atingir diante desse contexto. Mesmo nos casos de circunstâncias adversas, o trabalho analítico descreve as medidas e distribui atribuições que, ao serem implementadas, permitam que a visão de futuro seja atingida.

Desse modo, otimiza-se a atuação das pessoas e o emprego dos recursos através de previsões desenvolvidas previamente e do compartilhamento dos papéis a serem desempenhados. Assim, há a racionalização do trabalho, cujas atribuições são comungadas por meio das expectativas sobre a atuação de cada um no desenvolvimento dos ciclos do plano. Essa socialização dos papéis e resultados faz com que os responsáveis pelas atividades se sintam envolvidos e executem as suas tarefas com a precisão prevista pelo padrão traçado pelo plano. Além de motivados, estes indivíduos comprometidos serão também capazes de executar as correções devidas no processo a tempo, preservando o bom funcionamento do planejamento.

Como acima discutido, a própria história demonstra que as novas demandas requerem meios mais sofisticados de organização social. Há algum tempo as práticas sociais recorrem à noção de planos para o desenvolvimento econômico, social e gerencial, visando ao alcance de objetivos políticos⁶. Portanto, não é de se estranhar a associação entre direito e planos, tendo em vista a capacidade normativa destes últimos na promoção de padrões e definição de comportamentos.

A teoria do direito como planejamento, desenvolvida por Scott Shapiro, por ele denominado de “*plan positivism*”, inaugura esta visão do direito e foi muito bem recepcionada pela doutrina positivista. De fato, ela lança luzes sobre aspectos importantes a respeito da capacidade de coordenação do direito e do papel da autoridade (WALDRON, 2011, 891). Segundo Shapiro, os sistemas jurídicos são instituições de planejamento social. O direito busca superar as deficiências das formas alternativas de planejamento, dentre as quais se situam os outros sistemas de controle de comportamento, como o moral por exemplo, por ser

⁶ Mesmo no mercado, pode-se dizer que o objetivo do plano também é político e não voltado apenas para resultados produtivos. Isso porque, atualmente, para as empresas não é importante apenas ter boas vendas e produtos de qualidade. Elas precisam demonstrar aos seus acionistas que são competitivas e capazes de gerar lucro a estes por muito tempo. Este é vivenciado, por exemplo, pela empresa norte-americana de tecnologia Apple que, apesar de ser uma das empresas de maior valor do mercado mundial e campeã de vendas em todo o planeta, após a morte de seu fundador e CEO, Steven Jobs, tem discutida a sua capacidade de inovar e continuar na liderança tecnológica do desenvolvimento de produtos de alto interesse comercial.

entendido como o último estágio da decisão. São as autoridades dotadas de legitimidade jurídica que provêm as definições em casos de conflitos (SHAPIRO, 2011, p. 171)⁷.

Logo, o direito é entendido como um conjunto de planos adotados pela comunidade e a atividade jurídica é uma atividade de planejamento na qual as instituições sociais dizem para os integrantes da comunidade o que eles podem ou não podem fazer com base na estrutura do planejamento elaborado pelos dotados de autoridade discricionária (WALDRON, 2011, p.885).

Com base na teoria sobre planos de Michael Bratman,⁸ Shapiro inaugura sua visão sobre o direito partindo da premissa de que os seres humanos são criaturas que planejam, sendo dotados de capacidade de realizar objetivos em coletividade e organizar seu comportamento para além do necessário, visando obtê-los. Desse modo, ele acredita que há outros domínios nos quais a norma jurídica pode ser encontrada que não no da moral. Para o autor, este é o âmbito do plano (SHAPIRO, 2011, p. 119)⁹.

De acordo com Shapiro, planos são sofisticados mecanismos de gestão da confiança e desconfiança ao distribuem credibilidade (por meio da autoridade) a alguns agentes para compensar a ausência dessa mesma credibilidade em outros. Essa premissa é por ele denominada de “economia da confiança”, e significa a distribuição de poder a uma pessoa ou grupo permitindo-lhe agir com maior nível de discricionariedade, em razão do crédito que a função a ser desempenhada deve gozar; ou um baixo nível de confiança, expressada em limites impostos pelos planejadores sociais à atividade de alguém, submetendo-o a estrita e inflexível variação do plano e regulação (BUSTAMANTE, 2012-a, 501).

⁷ O autor sustenta, nesse contexto, a Tese do Objetivo Moral do Direito (*Moral Aim Thesis*), que significa que o objetivo fundamental da atividade jurídica é o de corrigir as deficiências morais das denominadas "circunstâncias de juridicidade", é dizer, dos contextos de complexidade das relações sociais que reclamam uma regulação efetiva da conduta humana e uma cooperação e coordenação entre os seus membros para uma finalidade comum. De acordo com a Tese do Objetivo Moral, o direito desempenha um papel divisor na resolução dos problemas de coordenação porque seu caráter autoritativo (*authoritative*) tem um valor especial, o qual deriva 'não apenas da sua habilidade de diminuir o custo da deliberação e compensar a capacidade cognitiva, mas também de seu poder de coordenação do comportamento dos participantes' (SHAPIRO, 2011, p. 134). Os custos e riscos associados com qualquer forma de deliberação não-jurídica nas denominadas “circunstâncias de legalidade” – é dizer, nos contextos em que se fazem necessárias decisões e pautas para a coordenação social que não podem ser derivadas diretamente da moral – são tão altos que nenhuma sociedade estável ou legítima é capaz de sustentar eles.

⁸ Coleman, conforme explica Dworkin, também busca fundamentar sua opção pelo positivismo na teoria de Bratman, por compreender as normas e a atividade regulamentada pelo direito como uma forma de atividade cooperativamente compartilhada (SCA). Ao contrário de Shapiro, entretanto, Coleman argumenta que essas formas coletivas de realização são convenções. Dworkin refuta este argumento dizendo que trabalhar em prol de algo não significa estar seguindo convenções, mas apenas desenvolver atividades interpessoais, como coloca o próprio Bratman (DWORKIN, 2010, p. 276).

⁹ Em razão desta postura, Shapiro não propõe uma mera analogia entre regras jurídicas e planos, mas sustenta uma identidade de características essenciais desses dois conceitos, pois as condições de existência dos planos (aqui não vistos como apenas meras intenções) e do direito são as mesmas porque as normas fundamentais do sistema jurídico são planos (SHAPIRO, 2011, p. 119).

Esta proposta é uma leitura sobre o poder de organização que os homens têm e destaca a grande capacidade dos indivíduos de convergir os papéis sociais que desempenham e suas competências a um ideal colaborativo em prol de algo que lhes é superior. Como destaca Bratman, o plano tende a motivar as pessoas a agir como o previsto devido ao seu papel motivacional. Os envolvidos no plano tendem a ser proativos por comungar dos valores eleitos pelo grupo e consolidados pelo plano. Os objetivos do plano são estimulantes, pois tendem a ser materializados por meio de resultados do empenho de todos (BRATMAN, 1983, p. 273).

Os planos, continua, devem ser compreendidos como um enunciado da mente (*state of mind*) e estão na mesma categoria que os pensamentos (razões que emergem), diferentemente dos desejos e crenças. Logo, a noção de plano que defende é aquela que figura em uma concepção plausível de racionalidade prática (BRATMAN, 1983, p. 271). Aquele que adota essa postura possui o hábito de se preparar para o futuro, ser coerente com o passado, prezar pela estabilidade, exercitar uma postura flexível e persistente e ser capaz de influenciar pessoas quando em uma atividade coletiva. Ele deve reconhecer o seu papel no grupo e exercê-lo com eficiência, humildade e respeito.

Os planos podem ser individuais ou coletivos. Normalmente, podem ser vistos como um interessante meio de coordenação de várias atividades, com o qual é possível associar compromissos pessoais com os das outras pessoas, em evidentes casos de entrelaçamentos decorrentes de interesses comuns. A habilidade de fixar planos habilita, ao mesmo tempo, a promoção pessoal e coletiva que dificilmente seria alcançada de outra forma (BRATMAN, 1983, p. 272). Quando uma pessoa planeja a atividade para si mesma, ela distribui esta iniciativa em partes que podem ser vistas como encaixadas por meio de uma ordem que é preciso perseguir. Esta previsibilidade é o que cada componente exige, assim como o que cada componente aguarda (WALDRON, 2011, 886).

O comportamento de cada pessoa deve ser guiado pela parte do subplano que a ela é atribuído. Os que estão, portanto, sob a coordenação do plano (*inside the box*) terão a sua conduta influenciada e controlada. Logo, ao mesmo tempo em que uma pessoa monitora cada uma das suas partes do plano, ela acompanha a parte do plano dedicada às demais (BRATMAN, 1983, p. 273). A atuação em conjunto se dá de modo em que há uma influência recíproca por meio dos vínculos estabelecidos em decorrência da relação, da mesma forma como os ajustamentos e correções de condutas vão acontecendo para que os comportamentos sejam adequados à proposta do plano, mesmo diante das possíveis contingências e complicações próprias desses empreendimentos (WALDRON, 2011, p.887). Esse sistema de

influências e controles ajuda a apoiar as expectativas necessárias para a coordenação entre pessoas por ser dotado de estabilidade, exceto em “situações problemáticas” (BRATMAN, 1983, p. 273-4).

A respeito dessas ocorrências excepcionais, Shapiro ressalta a dificuldade em se manter o propósito comum entre milhões de opiniões pessoais que influenciam o comportamento das demais. Por isso, ele aponta a existência de uma “atuação massivamente compartilhada” (*massively shared agency*), ou seja, uma estrutura hierarquizada voltada à coordenação de milhões de pessoas com o foco na organização de atividades, capaz de se articular para superar as complexidades e dificuldades antes que elas se tornem casos graves. A discussão preparada por Shapiro se dá em um cerrado plano de divisão horizontal e vertical de trabalho (WALDRON, 2011, p.887).

Também ele desenvolve uma noção muito interessante de fluxo de influências dentro sistema jurídico, no qual há pressões exercidas de cima para baixo (*top-down planning*), onde se dão os processos complexos, como o legislativo, dotados de preocupação metodológica e momentos de participação das partes e das instituições; e pressões de baixo para cima (*bottom-up planning*), onde ocorrem as interações construídas pelas práticas das pessoas (seus subplanos), cujo ponto de encontro se revela como uma tendência comum (SHAPIRO, 2011, p.125).

O modelo de normas como planos de Shapiro, representado pelo entrelaçamento entre planos pessoais e coletivos, é uma visão bastante interessante do aspecto político da juridicidade voltada para realização de ações públicas e do papel do direito como estabilizador social. Sem dúvida, o autor em discussão apresenta uma análise que permite entender o direito como o resultado de uma atitude interpretativa coletiva.

4. A autodeterminação dos indivíduos e a história das instituições

As conquistas históricas consolidadas nos sistemas jurídicos, especialmente nos países que hoje adotam a forma do Estado Democrático de Direito, cujas populações reivindicaram maior autonomia política, foram obtidas através de muitas lutas e sacrifícios. O controle dos abusos praticados pelos poderes sociais ou econômicos por meio das ações políticas e jurídicas não se deu de forma espontânea ou natural. E ainda hoje, inclusive nesses países coletivamente mais organizados e preparados para coibir estes abusos, uma fração menor de ofensa ao direito pode ser observada, apesar dos esforços para enfrentá-los.

Foi ao longo deste movimento progressivo de reivindicação dos direitos fundamentais que a liberdade discricionária do soberano foi sendo limitada na medida em que o controle político exercido pelas comunidades foi se ampliando. Esta afirmação é associada ao surgimento de uma coletividade organizada, engajada e capaz de pressionar publicamente as instituições a mudarem o seu comportamento e instituir padrões de conduta social mais adequados. Isso significa que a coletividade é capaz de influenciar na elaboração da diretriz a ser adotada pela autoridade. Esse poder de participação é muito importante e foi fomentado pelos teóricos que defendem a coordenação por convenção, tendo em vista que neste modelo a sociedade, diante do fato, se confronta até que um padrão seja estabelecido e estabilizado, dando origem, assim, à convenção reguladora.

Ao tentar representar este fenômeno por meio da mesma linguagem utilizada por Shapiro, poder-se-ia dizer que ocorreu uma expansão do fluxo político (planejamento) de baixo para cima. Até agora, tudo o que foi discutido soa bastante hartiano já que, como afirma Shapiro, Hart argumenta que grupos são hábeis a criar regras sociais ao se comprometerem com a prática social.

Contudo, Shapiro demonstra não estar satisfeito com proposta de Hart. Por isso, acredita-se que a interpretação adotada no parágrafo acima seria provavelmente rejeitada pelo autor. Isso porque, para o autor estudado, a identificação das regras sociais com práticas sociais não é apenas incorreta, mas confusa, pois regras e práticas ocupariam diferentes domínios metafísicos e, portanto, uma não poderia ser reduzida à outra (SHAPIRO, 2011, p.81).

Em sua crítica a Hart, um dos pontos que para ele reduz o valor da teoria do importante professor de Oxford se dá pelo questionamento da ideia de regra de obrigação (*duty-imposing rule*) e de como esta surge na sociedade. Há uma crítica de Shapiro especialmente direcionada ao ponto de vista interno da teoria hartiana. Para ele, enfraquece o sistema jurídico o fato de regras sociais decorrerem do entendimento de conceitos não jurídicos encontrados da prática social, como os quatro conceitos básicos intrínsecos à regra de reconhecimento que ocorrem fora do sistema – quais sejam: grupo (*group*), comportamento regular (*behavioral regularity*), obrigação (*duty*) e ponto de vista interno (*internal point of view*) – (SHAPIRO, 2011, p. 93). Essa postura ecumênica de Hart é contrária à visão de Shapiro sobre o papel exercido pelo direito na estrutura social. Não é possível que um sistema vocacionado para solucionar problemas que outros sistemas menos

eficientes – como a moral – não conseguem resolver seja tão permeado por estes de forma que compartilhem da mesma insegurança.

Defende Shapiro que a delegação de poderes à autoridade pode solucionar o problema da proximidade entre moral e direito. Por serem dotadas de autorização para determinar quais são os termos jurídicos, as autoridades definem o plano a ser implementado para contornar as dificuldades não resolvidas pela moral. Em razão desse seu excesso de confiança no papel e na importância da autoridade, e de seu distanciamento do ponto de vista interno do direito, algumas ressalvas podem ser feitas à teoria do mencionado autor.

Como enuncia Waldron, há algo que não está bem sistematizado na teoria de Shapiro. A exata estrutura do seu pensamento não é sempre clara, pois ele quer dizer que a atividade jurídica é melhor entendida como um planejamento social, e ele a ensina, no entanto, como a atividade de legislar e o desenvolvimento de doutrinas (WALDRON, 2011, p.888). Sobre a primeira questão, muito do discurso de Shapiro está centrado no papel da autoridade, como coordenador e supervisor, e na sua liberdade para detalhar o funcionamento do sistema, atribuindo aos menos articulados tarefas fechadas e limitadas. Segundo o autor, o direito é dotado de planos jurídicos que estabelecem prerrogativas para um ulterior planejamento da coordenação social (*Law plans for planning*), por parte dos agentes oficiais (SHAPIRO, 2011, p. 176).

A proposta de Shapiro não tem como foco a autonomia dos indivíduos. Ele não demonstra preocupação com a capacidade que eles detêm de realizar seus próprios projetos. Ela está concentrada na expansão e coordenação social realizada por aqueles que planejam a ação das organizações. “As instituições jurídicas são estruturadas pelos planos compartilhados que são desenvolvidos por funcionários, de modo a capacitá-los a trabalhar em conjunto a fim de planejar a comunidade”, diz ele (SHAPIRO, 2011, p.176).

Ao tratar dos que estão alienados do plano, ele os encara como sendo os que não têm sucesso por não revelar suficiente comprometimento com a integração social e, portanto, devem receber instruções detalhadas do plano e de como deve ser o seu funcionamento para que não escapem do seu papel e venham a desempenhá-lo adequadamente. Suas atividades, em razão da desconfiança que sofrem dos autores do “plano mestre” previsto na constituição, estarão submetidas a hierarquias aptas à resolução dos problemas e ao monitoramento da performance por meio de supervisores autorizados a exigir a obediência do grupo através da

imposição de sanções. Desta forma verticalizada, os planos são poderosas ferramentas de gerenciamento da desconfiança e da alienação (SHAPIRO, 2011, p.150).

Do modo como Shapiro propõe, há a necessidade constante de uma racionalidade diretiva que planeja como deve ser o funcionamento do sistema e o desenvolve com a proposta de solucionar um problema. Esta racionalidade é voltada para gerar previsibilidade de condutas e realizar expectativas. Ela é desenvolvida pelas instituições em duas fases: uma cognitiva, onde há a concepção do funcionamento, e a outra executiva, onde ocorre a sua implementação e monitoramento. É fácil associar o papel ativo das organizações nestas fases. Os indivíduos, como receptores da norma, apenas conformam suas expectativas à engrenagem, já que esta lhes proporciona certa conveniência.

Esta postura da teoria de Shapiro é algo que causa um certo desconforto para os defensores de um liberalismo igualitário. Primeiro, porque a construção do plano é descrita como uma atividade contextualizada apenas pela demanda reconhecida e regulamentada pelos funcionários das organizações. Ele não aparece como um conhecimento das reivindicações ou do conhecimento agregado que foi se desenvolvendo ao longo de vários processos.

Não se verifica na sua abordagem uma sensibilização quanto à construção histórica dos padrões, dos modelos e das orientações. Por isso, a participação dos sujeitos nessa proposta é muito limitada. Não há como ampliar a participação, pois aqui o esforço é para planificar, o que também significa limitar o surgimento de padrões já que esses podem conflitar com os já estabelecidos pelo plano. Sua concepção ignora o papel e a importância dos indivíduos na construção do plano e no reconhecimento da conduta social adequada, já que tem um estreito apego à diretriz.

Entende-se esta atitude como decorrente de uma interpretação negativa dos efeitos do plano. Quando Shapiro analisa o potencial do plano para influenciar e controlar, ele pensa como um positivista arraigado às noções preditivas. Ele não demonstra entusiasmo com a autoinfluência e autocontrole que as pessoas podem vir a exercer sobre elas mesmas e sobre as outras quando envolvidas na execução de uma atividade, como um plano, por exemplo.

Acredita-se que sua obra seria mais arrojada e contemporânea se articulasse seus argumentos em torno da capacidade dos que são afetados pelo plano de se autoinfluenciarem por meio de atitudes proativas, motivadoras e corretivas (que revelam controle) voltadas a realização do objetivo desejado pelo plano de modo a garantir o crescimento das pessoas e das

comunidades de forma estável. Esta posição quanto à noção de plano é mais congruente com as sociedades competitivas, como as democráticas e liberais na contemporaneidade.

Um modelo que responde muito bem à questão sobre o papel que cada um desenvolve no empreendimento coletivo é do direito como integridade, de Ronald Dworkin. Nesta teoria o direito é compreendido como um esforço coletivo representado pelas práticas sociais selecionadas como as mais adequadas à comunidade. Estas são preservadas na medida em que a interpretação leva a entender que elas ainda atendem às necessidades sociais. Caso contrário, deverão ser modificadas em razão de novas exigências. Como Dworkin mantém e aprimora o aspecto interno inaugurado por Hart, vê-se em seu texto que há um grande respeito à história das instituições e à autonomia do indivíduo que age criticamente para pressionar o Estado, e a própria comunidade, a se comportar em favor da autonomia e liberdade de escolha quanto aos assuntos que são particulares aos sujeitos. Este tipo de leitura é compatível com a proposta de pessoas engajadas e organizadas em torno de propósitos comuns, voltadas à realização de um objetivo.

O trabalho de Dworkin, ao defender o direito como ato interpretativo, não ignora a importância das convenções ou rejeita um projeto de eficiência. Ele não desconsidera a autoridade ou a correspondência entre a normatividade e planos. Muito menos ignora o papel de coordenação que a política exerce sobre a comunidade. Contudo, não se dedica a essas questões pois, como práticas sociais ou jurídicas que são, elas estão inseridas e consolidadas no uso pelos que se encontram no aspecto interno, ou seja, toda a comunidade, inclusive os filósofos do direito. Então, ele se concentra não na crítica epistemológica a estes conceitos, mas no momento mais importante relacionado a estes: o ato da decisão que é anterior ao uso.

Já que defende um ideal democrático de comunidade, a teoria de Dworkin se atém aos atos e justificativas na história coletiva que busquem a preservação da liberdade e da igualdade dos indivíduos por meio dos procedimentos baseados na imparcialidade.¹⁰ O tempo todo, Dworkin defende um comprometimento com os princípios que são realizados por meio do ato interpretativo diante dos casos concretos.

Como ele destaca, o homem se vê imerso nas suas pré-compreensões que lhes servem de guia. Contudo, tende a confrontá-las diante das situações com as quais se depara no seu dia-a-dia, o que é espontâneo. O homem é um ser capaz de reconhecer padrões e de

¹⁰ Mas não na neutralidade, vista como algo improvável de ser atingido por aqueles que estão sob o ponto de vista interno.

planejar, pois é um ser inerentemente interpretativo. É essa sua habilidade que lhe permite avaliar o que está ou não de acordo com o seu propósito. Não há como desassociar o ato de planejar do ato de interpretar. Eles são concomitantes. Uma postura interpretativa dotada de integridade permite o desenvolvimento de um planejamento estável e o julgamento adequado dos padrões importantes à dissipação das tensões sociais.

Com base na tese substantiva defendida por Dworkin, critica-se a postura metateórica de Shapiro, que defende o distanciamento do filósofo do direito ao vê-lo como um observador externo hábil a revelar uma verdade filosófica a ser descrita por uma teoria do direito do tipo meramente conceitual (BUSTAMANTE, 2012-b, p. 249). Essa postura não é congruente com a visão do planejamento como uma racionalidade prática e coletiva, como acima indicou ser a proposta de Bratman e cujas ideias são amplamente discutidas por Shapiro. Isso significa que a teoria de Shapiro, nos moldes como ele estabelece, fica aquém da proposta de seu marco teórico ao ignorar o ponto de vista interno como prática social.

Logo, como resultado concreto, a adoção da teoria de Shapiro coloca aqueles que são responsáveis pela tomada da decisão nas mesmas dificuldades que as demais teorias positivistas por não esclarecer como deve ser orientada a decisão com base no plano. A economia da confiança proposta pelo autor, nesta leitura, não passa de mera construção de hierarquias e de ampla concessão de discricionariedade, e por isso é ineficiente na solução os casos referentes à ofensa à confiança depositada.

A superação deste impasse deveria ser a interpretação da economia da confiança como a capacidade das pessoas de aderirem ao propósito comum e de se autoinfluenciarem na realização do objetivo compartilhado. Esta releitura do conceito de Shapiro, introduzido através das reflexões de Bratman, valorizaria todas as posições sociais, concedendo-lhes oportunidade de se envolver no processo de aprimoramento do projeto coletivo. Enquanto esta releitura de Shapiro não for realizada, os que seguem a noção interpretativa defendida por Dworkin estão em melhores condições para compreender o fenômeno jurídico e realizarem o ato de decidir.

5. O direito além do plano

Todas as considerações até agora apontadas, apesar de sua relevância, não enfrentam o mérito sobre a noção do direito como plano e as questões envoltas na prática jurídica e relacionadas à coordenação social.

Como já apresentado na introdução deste ensaio, o direito é um sistema que está em integração com outros, tais como o político, o social, o econômico e o moral. É no ponto de interseção entre eles que ocorre o intercâmbio e a influência voltados para o aprendizado e aperfeiçoamento. O equilíbrio entre esses sistemas reflete o elevado nível de amadurecimento social e o bom funcionamento da comunidade. Já o desequilíbrio é representado pela corrupção de um sistema pelo outro, de forma que o sistema pressionado não consegue gerenciar as respostas por meio de seus próprios códigos. Esta situação indica que há uma séria falha na comunidade que irá afetar sistemicamente todo o corpo social.

O código do “plano” é bastante utilizado pelas práticas sociais, econômicas e políticas e, por isso, ele também apresenta forte influência no direito. As legislações que disciplinam as atividades econômicas e administrativas absorvem bem este conceito, inserido pela vontade política consolidada pela ordem jurídica.

Os planos políticos apresentados pelos governos, desse modo, precisam estar de acordo com as necessidades morais da comunidade, os interesses econômicos, sua tradição política e sua exigência jurídica. Assim, quando o código político incorpora¹¹ o comando moral de proibição à tortura no seu plano para promover a dignidade humana, ele o faz por meio de medidas, dentre as quais se situa a regulamentação jurídica para que o padrão social seja implementado e respeitado.

Ocorre que apenas a constituição de planos políticos e a regulamentação jurídica não são capazes de mudar padrões de condutas. A esse respeito, Marcelo Neves na sua obra *A Constitucionalização Simbólica* é claro ao anunciar que muitas leis são meros engodos legislativos por serem precárias na concretização das necessidades políticas de toda comunidade. São apenas uma encenação política.¹²

¹¹ Marcelo Neves, utilizando a nomenclatura da Teoria dos Sistemas, de Luhmann, descreve este fenômeno como um acoplamento estrutural (NEVES, 2007, p.67).

¹² “No caso da constitucionalização simbólica, a politização disfuncionante do sistema jurídico não resulta do conteúdo dos próprios dispositivos constitucionais. Ao contrário, o texto constitucional proclama um modelo-jurídico no qual estaria assegurada a autonomia operacional do direito. Mas no sentido em que se orientam a atividade constituinte e a concretização do texto constitucional resulta o bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico. Ao texto constitucional, uma proporção muito elevada, não correspondem expectativas normativas congruentemente generalizadas e, por conseguinte, ‘consenso’ suposto na

A partir dessa crítica de Neves, dois pontos devem ser levados em consideração: o comprometimento dos oficiais em construir o plano e a sua capacidade em executá-lo. Sabe-se que em muitos países onde é defeso a prática da tortura, esta é amplamente praticada, principalmente, pelas autoridades públicas.¹³

A crítica a esta visão funcional do direito é providencial neste momento: o direito não é como a gestão de uma grande empresa, onde os interesses são gerais e, necessariamente, convergentes a uma direção clara do que se deve realizar, mesmo que não venha a ser alcançado o resultado esperado. Nas empresas o plano pode ser desvirtuado, abandonado e mudado (WALDRON, 2011, p.899). Apesar de toda a sofisticação em torno da organização e concepção do plano, a sua execução pode resultar em fracasso e frustração. Neste caso, novo plano é traçado. Quanto ao direito, pergunta-se se ele pode ser interpretado como um fracasso? A prática da tortura em desacordo com o plano, é um indicador de que o plano fracassou? Se essa prática não é oficial, mas é institucional, ela deveria ser aceita?

Categoricamente, pensa-se que não. O direito está muito além dos planos. Ele é dotado de um código próprio que não pode ser subvertido pelo do plano em nome da coordenação ou do objetivo traçado neste. Enquanto planos são intermitentes e acompanham dadas circunstâncias contingenciais e situacionais (por isso seus objetivos devem ser acompanhados, avaliados e constantemente reformulados), o direito é perene e possui como foco não só a coordenação ou a estabilização, classicamente, entendidos como a eficiência ou a segurança na Teoria do Direito. A teoria de Bratman, como argumenta Dworkin, é uma boa visão prática que pode ser empregada em várias ocasiões da vida em coletividade, especialmente na pública. Contudo, deve-se tomar cuidado com a transposição dela para a esfera jurídica, pois o direito possui como característica essencial e marcante o seu caráter de proteção (DWORKIN, 2010, p.278).

A mera preservação da concepção de algum plano, que pode estar equivocado e, por isso, deve ser mudado, representa a adoção de uma postura imprudente que compactua com abusos e graves ofensas às conquistas históricas protegidas pelo código jurídico, quais sejam: a proteção das pessoas e de seus projetos de vida. Como bem ensina Dworkin, direitos são “*trunfos*” a serem promovidos visando o crescimento das pessoas e de uma coletividade

respectiva sociedade. A partir da sua emissão não se desenvolve uma Constituição como instância reflexiva do sistema jurídico” (NEVES, 2007, p.149-50).

¹³ O item 52 do Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, informa que a impunidade por atos de tortura está disseminada e se evidencia pelo fracasso generalizado em levar-se os criminosos responsáveis pela prática da tortura no Brasil à justiça, bem como pela persistência de uma cultura que aceita os abusos cometidos pelos funcionários públicos. http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf

justa e democrática (DWORKIN, 2010, p.189). E é em prol deles que as pessoas se mobilizam para pressionar organizações, governos e sujeitos a agirem de modo diferente.

Mesmo que Shapiro rejeite essa associação, não há como não refletir sobre a ideia de plano sem pensar nas críticas desenvolvidas ao modelo socialista ou qualquer outro que venha a definir uma estrutura social que seja tão dependente da confiança naqueles que controlam as grandes instituições. As distopias escritas no início do século passado são todas muito descrentes na capacidade de governos e instituições de não se corromperem e agirem em prol de interesses, mesmo que esses sejam apresentados como sendo os da maioria.

O único remédio possível à proteção de minorias e de seus direitos – mesmo os dos que adotam comportamento que ameaçam a sociedade, como os terroristas, estupradores e homicidas – é o reconhecimento e o acesso de todas as pessoas aos procedimentos de um direito civilizado, exposto e aberto à atuação política e crítica. A teoria de Shapiro peca por não abordar a legitimidade do direito, não promover o seu papel civilizador e deixar de demonstrar a sua importância democrática. Neste sentido Lon Fuller (*apud* WALDRON, 2011, p. 896) argumenta que comandos, normas ou planos contam apenas como direito se, na sua forma e no procedimento que lhe é associado há o respeito à dignidade e à liberdade daqueles a quem o direito será aplicado.

Há certa ironia no título da obra de Shapiro, “juridicidade” (*legality*), que é identificada com a noção de planejamento, pois muitas pessoas consideram o planejamento social como mais ou menos o oposto do valor da “juridicidade” (WALDRON, 2011, p.897).

A questão é que usamos a palavra direito – e não apenas a palavra direito, mas todo o aparato da juridicidade e o legado de nosso pensamento sobre as especificidades das formas jurídicas, dos procedimentos jurídicos e dos compromissos jurídicos – para frisar a separação entre as formas de decisão e valores nos quais a separação é baseada. Este é um aparato e legado complexo, e – não obstante o profundo e poderoso argumento de Shapiro – eu acredito que não se possa reduzi-lo a um simples conceito de plano. (WALDRON, 2011, p.899, tradução nossa).

A noção de direito como plano, como defende Shapiro, é muito restrita. Ela não abarca toda a complexidade do fenômeno jurídico na atualidade.

6. Considerações finais.

Como no último parágrafo do seu livro “*O império do direito*” alerta Dworkin, o direito está longe de ser alguma relação de autoridades com poderes sobre nossas vidas.

Antes, ele é definido pela atitude contestadora, interpretativa e autorreflexiva, voltada a realização de certos valores políticos.

A teoria de Shapiro que defende a visão do direito como plano persiste em promover a distinção entre o público e o privado, o teórico e o prático, bem como afasta a questão moral da discussão jurídica. A sua proposta é interessante, contudo, em razão das objeções contraintuitivas que lhes são decorrentes. Como demonstrado ao longo deste texto, ela não dispõe de mecanismos procedimentais hábeis a desenvolver a participação ativa dos indivíduos e a gerar a proteção dos direitos dos indivíduos. Fica claro que a escolha de Shapiro pela otimização da coordenação social coloca em segundo plano a característica protetiva que marca o fenômeno jurídico.

Assim, respondendo à pergunta orientadora desta reflexão – se a visão coordenadora do direito como plano é capaz de garantir a proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades e abusos de quem possui o poder para traçar as diretivas da comunidade – verificou-se que a resposta deve ser negativa, pois a teoria ora estudada é destituída da preocupação e dos procedimentos capazes de gerar a estabilização típica dos regimes democráticos, por não promover a capacidade de autodeterminação dos indivíduos. Em um grave equívoco, ela rejeita o conhecimento acumulado ao longo da evolução histórica das práticas sociais.

Ela repete alguns dos erros apontados às teorias contratualistas e convencionalistas ao defender uma preocupação restrita aos fatos e ao demonstrar forte apego à autoridade, em detrimento da capacidade de autodeterminação das pessoas. A sua noção de economia da confiança se baseia na construção de hierarquias e de ampla concessão de discricionariedade. Em casos onde ocorre ofensa à confiança depositada, seu sistema de coordenação se demonstrou ser ineficiente já que não há freios capazes de inibir a corrupção do sistema jurídico pelos interesses políticos ou econômicos.

A noção de direito promovida por Shapiro não abarca toda a complexidade do fenômeno jurídico na atualidade, e por isso é bastante limitada. Ela fica alheia à necessidade deste ser o resultado do ato contestador adotado pelo cidadão consciente comprometido com os compromissos públicos de sua sociedade em dada circunstância, mesmo quando dividido pelos projetos, interesses e convicções com os demais sujeitos (DWORKIN, 2007, p.492). Ao término da análise, fica a sensação de que Shapiro apresenta uma ótima percepção sobre o

direito, mas que carece de desenvolvimento quanto às questões referentes ao ponto de vista interno.

7. Referências Bibliográficas

APPIAH, Kwame Anthony. *Introdução à filosofia contemporânea*. Trad. Véra Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2006.

BRATMAN, MICHEL. Taking plans seriously. *Social Theory and Practice*, vol 9, n. 2-3, pp. 271-287 Summer-Fall 1983.

_____. Shared Cooperative Activity. *The Philosophical Review*, vol 101, Issue 2, pp. 327-341, 1992.

BUSTAMANTE, Thomas. Book review: Legality, by Scott Shapiro. *Legal Studies*, vol. 32. n. 3, pp. 499-507, 2012-a.

_____. Interpreting plans: a critical view of Scott Shapiro's Planning Theory of Law. *Australian Journal of Legal Philosophy*. vol 37, pp. 219-250, 2012-b.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração geral e pública*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2006

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. *HART, H. L. A.* Trad. Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Martins Elsevier, 2010.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradante. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. CAT /OP/BRA/R.1. 08 de fevereiro de 2012. Disponível em http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, MA/London: Belknap Press, 2011.

SUNSTEIN, Cass R., VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol 101, pp. 885-951, 2003.

VERMEULE, Adrian. *Law and the Limits of Reason*. Oxford: OUP, 2009.

WALDRON, Jeremy. Planning for legality. *Michigan Law Review*, vol 109:883, April 2011.

_____. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. Vol 115, pp. 1346-1406, 2006.