

1

Introdução

O presente trabalho é fruto de dois anos de pesquisa referentes ao período do curso de mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)¹. Durante esse tempo, grande parte das ideias aqui esboçadas foram discutidas em sala de aula, em congressos, e em críticas a textos que rascunhavam este trabalho. Dessa forma, os capítulos aqui presentes são aperfeiçoamentos dos textos “Repensando as sanções”, apresentado no II Congresso da Sociedade Brasileira de Filosofia Analítica; “How sanctions can make a difference”, exposto na oficina *Criterios de Atribución de Responsabilidad: entre los límites éticos y jurídicos*, realizada pelo *Grupo de Investigación de Filosofía del Derecho* da *Universidad de Girona*; e, principalmente, do artigo “Aspectos Filosóficos e Psicológicos das Punições – Reunindo algumas peças do quebra-cabeça”, escrito em co-autoria com o Professor Noel Struchiner.

A escolha por essa temática surgiu a partir da leitura, durante o curso de Teoria do Direito, de textos recentes de Frederick Schauer que sugerem a importância tanto do tema, como da abordagem aqui utilizada. Schauer tem incitado uma mudança no modo de operar da filosofia analítica do direito. Esse novo pensamento, segundo ele, deve ser de trabalhar não apenas com elementos necessários e suficientes para o conceito de direito, mas também com aqueles considerados importantes para a existência dos sistemas jurídicos de que se tem notícia.

A sanção, como relata o autor, é um desses elementos importantes. Pessoas comuns, não raramente, enxergam o direito como algo dotado de

¹ Agradeço aos comentários precisos que Rachel Nigro e Leandro Chavitaresh gentilmente teceram em sede de avaliação dessa dissertação. A incorporação de grande parte, senão de todas, as críticas e respostas à obra foi feita na versão final desse trabalho.

capacidade punitiva. Elas cumprem suas leis com medo de serem punidas e, da mesma forma, exigem punição para aqueles que as desrespeitam. Ainda que seja, portanto, logicamente possível pensar em um ordenamento jurídico livre de sanções, não é assim que experimentamos o mundo real. A presença dessa aura punitiva que envolve o direito é algo que habita o imaginário dos cidadãos.

A organização social em torno de uma autoridade responsável por garantir a cooperação de todos para evitar atos egoístas que prejudiquem o grupo é uma ferramenta de sobrevivência da qual costumamos lançar mão (Tyler, 2006, p. 20). Para a autoridade ser efetiva, no entanto, é importante que as pessoas sigam seus comandos e normas. Sendo assim, a utilização de sanções é um dos instrumentos mais eficientes que a autoridade possui para garantir que suas normas serão cumpridas. Trata-se de uma tentativa de incentivar o cumprimento das normas apostando em um cálculo de custo e benefício em favor da conduta que se deseja obter.

Embora outros métodos de garantia da efetividade de normas possam ser mais eficazes, menos prejudiciais para a sociedade a longo prazo, e que, portanto, mereçam aprofundamento teórico – como a percepção da legitimidade da autoridade e das normas que ela produz –, acreditamos que o tema das sanções ainda vale ser pesquisado. Essa crença é baseada justamente na importância, como destacamos, que as sanções ainda parecem ter para o funcionamento dos sistemas jurídicos e para o próprio conceito de direito que as pessoas comuns possuem.

Ainda que diversos estudos, de diferentes áreas, tenham sido dedicados ao tema ao longo dos anos, como destaca Tom Tyler (2006), pouco foi discutido pelos filósofos analíticos do direito. É justamente a proposta anti-essencialista de Schauer que recoloca luzes no tema e que instiga a investigar os efeitos da presença de sanções na normatividade jurídica. Entender esse elemento pode nos ajudar a compreender como o direito de fato funciona, além de permitir a prescrição de respostas mais próximas à realidade aos problemas que surgem para aqueles que vivem e experimentam o direito em seu dia a dia.

Com o intuito de levar à frente essa nova agenda e influenciados pela empolgação com as novas possibilidades da filosofia experimental, neste trabalho

foi adotada uma investigação de cunho naturalista² para entender as sanções. O objetivo é justamente o de compreender alguns dos diversos ângulos do mesmo fenômeno, de forma a reunir diferentes informações que permitam entender a relação das pessoas quando há sanções em normas, bem como elas próprias atribuem punição umas às outras.

Trataremos, portanto, de sanção, de coerção e de punição e, embora, esses termos mereçam diferenciações mais acuradas por parte dos filósofos, aqui serão tratados de forma pouco distinta. Portanto, embora a coerção normativa possa existir mesmo sem uma sanção – ou seja, ainda que se possa falar que uma norma coage alguém a fazer algo por ter o status de norma e não por possuir uma sanção –, o termo será por vezes utilizado como sinônimo de sanção. Isso se dá porque a literatura, por ser de várias áreas, acaba fazendo uso dos termos para designar o mesmo fenômeno. Para os propósitos deste trabalho é suficiente a definição de Austin, para quem a noção de sanção deve ser entendida como a possibilidade de se infligir um mal (punição) a alguém pela não observação de uma regra (Austin, [1832] 2001: 22).

Passado esse ponto, podemos esclarecer desde já o fluxo de ideias que pretendemos empregar neste trabalho. A proposta é começar o trabalho explicando o motivo pelo qual a sanção não vigora nos debates atuais da filosofia analítica do direito e por que acreditamos que ela deva voltar a vigorar na agenda dos estudiosos dessa área. Serão expostas a posição de John Austin e a crítica de Herbert Hart, cujo entendimento da sanção como elemento desnecessário para explicar a obrigação jurídica, e o conceito de direito, prevaleceu entre os positivistas. Posteriormente, exporemos as críticas de Schauer quanto à noção de Hart e faremos coro ao apelo pelo uso de uma noção anti-essencialista do conceito de direito como forma de melhor compreendê-lo. Defenderemos, ainda, nesse capítulo a utilização dos métodos investigativos próprios do naturalismo para tentar entender como as sanções de fato trabalham e afetam o funcionamento das normas jurídicas.

² Adotar tal perspectiva não significa um comprometimento com uma visão naturalista, no sentido de apostar em uma essência comum a todos os homens. Não se está negando a importância que a cultura exerce na formação dos indivíduos. O objetivo aqui é apenas a apropriação do método de investigação dos filósofos naturalistas, que envolve maior interdisciplinaridade e um maior compromisso com avaliações empíricas das proposições filosóficas.

A segunda etapa do trabalho visa a fornecer mais um argumento em favor do estudo do elemento punitivo. As sanções geralmente são adicionadas às regras para aumentar a força normativa dessas. Se acreditamos – e temos bons motivos para fazê-lo –, como será demonstrado nesse capítulo, que o uso de regras tem um valor positivo para o bom funcionamento das sociedades, e as sanções se fazem presentes para ajudar essas regras, logo, temos uma boa razão para fazer com que elas auxiliem da melhor forma possível. Será visto, principalmente por meio de estudos com experimentos na área da economia, que elas realmente podem trazer um ganho importante às regras. No entanto, por vezes as sanções acabam enfraquecendo as regras e fazendo com que as pessoas as descumpram. Buscaremos entender esse fenômeno e sugeriremos que para desvendá-lo por completo e evitá-lo, devemos compreender como as pessoas punem, ou seja, como elas mesmas enxergam o ato de se sancionar alguém.

Seguindo esse fluxo, a terceira parte será ocupada com as contribuições filosóficas e psicológicas ao debate sobre o tema. Será visto que os estudos indicam uma postura retributivista, como uma resposta automática e emotiva para o sentimento de ultraje moral que a violação de certas normas gera nas pessoas. O tema, no entanto, está longe de ser simples. Nosso comportamento está repleto de assimetrias, como o fato de termos uma tendência em favor do utilitarismo quando projetamos normas, embora sejamos retributivistas quando aplicamos essas mesmas normas; a atribuição de intencionalidade, fator importante para determinar a punição, não ser moralmente neutra, embora devesse; e o fato de punirmos acidentes, postura incompatível com uma posição retributivista.

A conclusão do trabalho buscará reforçar o que foi dito nas etapas do texto, bem como de se ocupar da análise do conjunto de dados levantados. Espera-se ser frutífera a empreitada aqui iniciada no sentido de se ajudar a entender como as sanções funcionam e como elas afetam as normas. Além disso, a intenção é que este texto seja capaz de fornecer material de trabalho para aqueles que pretendem indicar novos desenhos institucionais condizentes com a realidade.